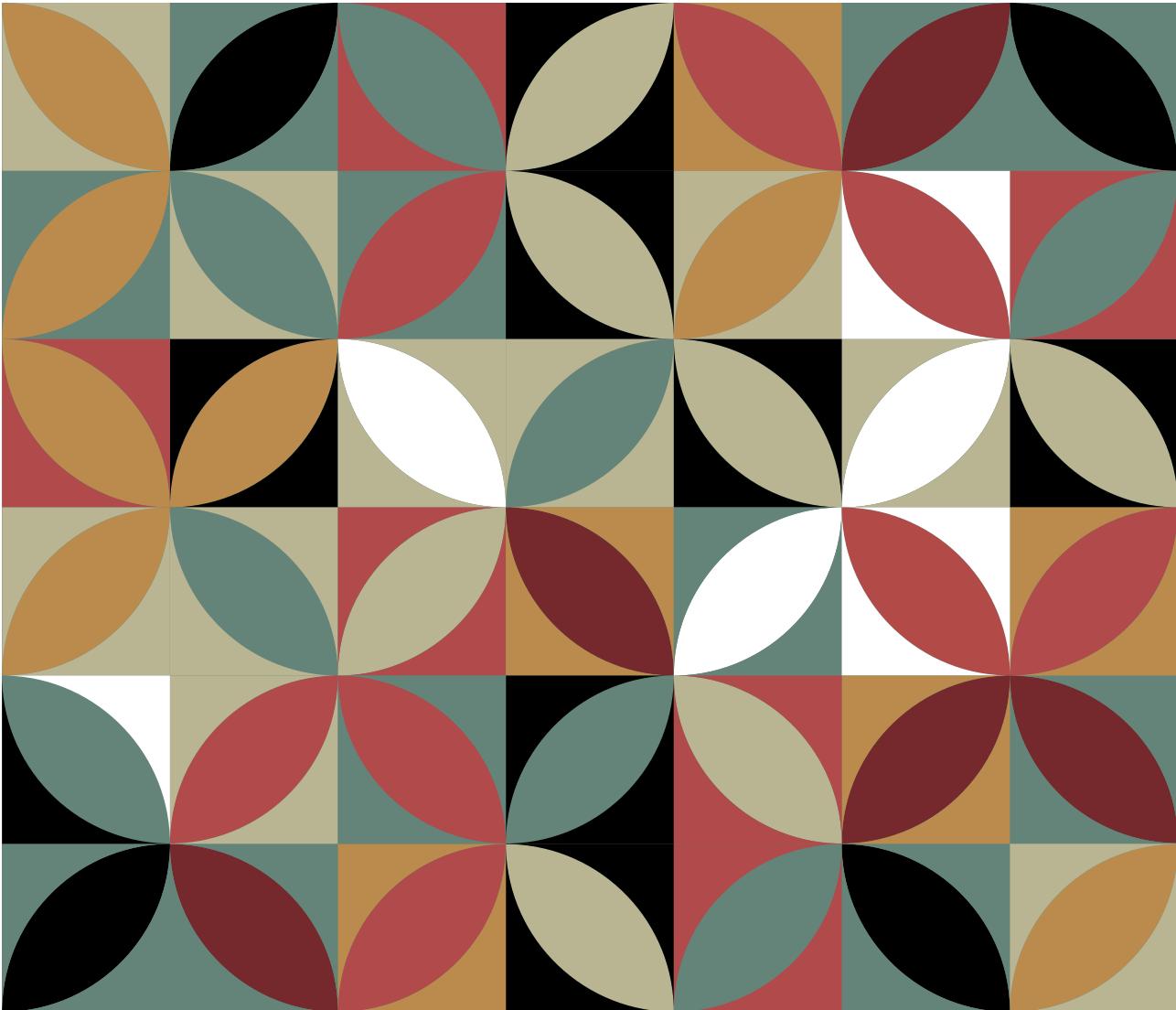


CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

UNA MIRADA DESDE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Directores

Alfredo Galán Galán
Andrés Fernando Ospina Garzón





CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

UNA MIRADA DESDE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL



CUADERNOS RAICA

#1

CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

UNA MIRADA DESDE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Directores:

Alfredo GALÁN GALÁN

Andrés Fernando OSPINA GARZÓN

Analía ANTÍK Raúl LETELIER WARTENBERG

Rhita BOUSTA Germán LOZANO VILLEGAS

Betieli DA ROSA SAUZEM MACHADO Andrés Fernando OSPINA GARZÓN

Alfredo GALÁN GALÁN Christophe PIERUCCI

Gianluca GARDINI Flavio QUEZADA RODRÍGUEZ

Ricardo HERMANY Alexandre SANTOS SERRA

Martin IBLER Joaquín TORNOS MAS

Camila LEMOS DE MELO Claudia TUBERTINI

Orlando VIGNOLO CUEVA



FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

Universidad
Externado
de Colombia

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona
c/ Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid
www.gobiernolocal.org

Corrección y revisión de textos: María Teresa Hernández Gil

Producción: Estilo Estugraf Impresores, S.L.

Depósito legal: M-18501-2024
ISBN: 978-84-128852-1-7 (papel) \
978-84-128852-2-4 (digital)

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita
del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas
en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra
por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la
reprografía y el tratamiento informático, y la distribución
de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

- PRESENTACIÓN** 11 **Comienza la travesía: RAICA, Cuadernos RAICA y el control económico-financiero de los recursos públicos**
ALFREDO GALÁN GALÁN y
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

INFORMES NACIONALES

I. América

- 23 **INFORME NACIONAL DE ARGENTINA. El control financiero sobre el patrimonio público en Argentina**
ANALÍA ANTÍK
- 41 **INFORME NACIONAL DE BRASIL I. El control de la actividad financiera en la Administración pública en el federalismo brasileño: el papel de los tribunales de cuentas a nivel local**
RICARDO HERMANY y BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO
- 59 **INFORME NACIONAL DE BRASIL II. La responsabilidad de los agentes públicos: la improbadidad administrativa y sus formas de reparación judicial**
RICARDO HERMANY Y CAMILA LEMOS DE MELO
- 75 **INFORME NACIONAL DE CHILE. El control de la gestión de los recursos financieros públicos en el derecho chileno**
FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ
- 101 **INFORME NACIONAL DE COLOMBIA. El control fiscal en Colombia: perspectivas, análisis y retos**
GERMÁN LOZANO VILLEGRAS
- 125 **INFORME NACIONAL DE PERÚ. Las categorías jurídico-administrativas del control gubernamental peruano**
ORLANDO VIGNOLO CUEVA

II. Europa

- 163 INFORME NACIONAL DE ALEMANIA. El control sobre la gestión de los recursos públicos. En particular, la visión desde los Gobiernos locales**
MARTIN IBLER
- 199 INFORME NACIONAL DE ESPAÑA. El control económico-financiero de los recursos públicos. El caso español**
JOAQUÍN TORNOS MAS
- 225 INFORME NACIONAL DE FRANCIA. El control financiero sobre el patrimonio público en Francia**
CHRISTOPHE PIERUCCI
- 247 INFORME NACIONAL DE ITALIA. El control económico-financiero de los recursos públicos en un Estado autonómico: el caso de Italia**
CLAUDIA TUBERTINI
- 259 INFORME NACIONAL DE PORTUGAL. El control financiero de las entidades locales: una reflexión sobre el Tribunal de Cuentas portugués**
ALEXANDRE SANTOS SERRA

CONCLUSIONES DE LAS MESAS TEMÁTICAS DE DISCUSIÓN

- 275 Conclusiones sobre los aspectos institucionales y orgánicos del control económico-financiero de los recursos públicos**
GIANLUCA GARDINI
- 281 Conclusiones sobre las peculiaridades del control económico-financiero en las Administraciones locales**
ALFREDO GALÁN GALÁN

287 Conclusiones sobre la responsabilidad y reparación por la indebida administración de los recursos públicos
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

293 Conclusiones sobre el presente y futuro del control económico-financiero de los recursos públicos
RAÚL LETELIER WARTENBERG

RELATORÍA GENERAL

301 El control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local
RHITA BOUSTA

PRESENTACIÓN

Comienza la travesía: RAICA, Cuadernos RAICA y el control económico-financiero de los recursos públicos

Alfredo Galán Galán

*Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

Andrés Fernando Ospina Garzón

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad Externado de Colombia*

SUMARIO. 1. La historia de la constitución de la Red Académica Internacional de Control de la Administración. 2. La primera jornada RAICA: control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local. 3. La publicación de las conclusiones de la primera jornada y la continuidad de futuro: el nacimiento de la colección Cuadernos RAICA.

1. La historia de la constitución de la Red Académica Internacional de Control de la Administración

El 20 de octubre de 2023, en la sede de la Fundación Democracia y Gobierno Local, en la ciudad de Madrid, con motivo de la celebración de su primer encuentro, se constituyó formalmente la Red Académica Internacional de Control de la Administración (RAICA). Las reglas de organización y funcionamiento de la Red se recogen en el Acta Fundacional que fue rubricada en dicha fecha por todos los miembros referente.

RAICA tiene como objeto el estudio, desde una perspectiva principalmente jurídica y académica, de cuestiones seleccionadas por ser relevantes en la materia de control sobre la actividad de las Administraciones públicas.

Su finalidad, por tanto, dado el carácter internacional de la Red, es facilitar la elaboración de estudios comparados sobre las cuestiones previamente elegidas.

En el momento inicial, de su constitución, forman parte de la Red representantes de ambos lados del Atlántico; en concreto, de cinco países de América (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú) y de otros tantos de Europa (Alemania, España, Francia, Italia y Portugal). No obstante, nace abierta a la incorporación de representantes de otros países de esas dos áreas geográficas.

En síntesis, la estructura de la Red se cimienta en los siguientes tipos de participaciones:

- a) Entidades promotoras de la Red. Tienen esta condición la Fundación Democracia y Gobierno Local (España) y la Universidad Externado (Colombia). Su función ha sido promover la creación de la Red y, en lo sucesivo, impulsar la continuidad de sus actividades.
- b) Coordinadores de la Red. Su función es la coordinación de las actividades de la Red. Existen dos coordinadores, uno por cada área geográfica (América y Europa). En el momento inicial, tienen esta condición Alfredo Galán (Universidad de Barcelona y director de la Fundación Democracia y Gobierno Local) y Andrés Fernando Ospina (Universidad Externado de Colombia).
- c) Secretaría Técnica de la Red. Le corresponde la función de realizar las labores de secretaría de la Red y asistencia a los coordinadores. Es asumida, en el momento inicial, por la Fundación Democracia y Gobierno Local.
- d) Miembros referente. Existe uno por cada país presente en la Red y se requiere que tenga la condición de profesor universitario. Su función es la representación de la Red en su país. Le corresponde, principalmente, decidir las cuestiones que vayan a ser objeto de los encuentros anuales e identificar al experto interviniente de su país. En el momento inicial, son miembros referente los siguientes: por Alemania, el profesor Martin Ibler (Universidad de Konstanz); por Argentina, la profesora Analía Antik (Universidad Nacional de Rosario); por Brasil, el profesor Ricardo Hermány (Universidad de Santa Cruz do Sul); por Chile, el profesor Raúl Letelier (Universidad de Chile); por Colombia, el profesor Andrés Fernando Ospina (Universidad Externado de Colombia); por España, el profesor Alfredo Galán (Universidad de Barcelona); por Francia, la profesora Rhita Bousta

(Universidad de Lille); por Italia, el profesor Gianluca Gardini (Universidad de Ferrara); por Perú, el profesor Orlando Vignolo (Universidad de Piura); y por Portugal, el profesor Pedro Gonçalves (Universidad de Coimbra).

- e) Expertos nacionales. Tienen atribuida la función de realización del estudio, desde la perspectiva de su país, sobre la cuestión que sea objeto de análisis en el encuentro anual de la Red. Intervendrá uno por cada país representado en la Red.

En relación con el funcionamiento de la Red, con una periodicidad anual, se realizará un encuentro con el objeto de estudiar la concreta cuestión que, dentro de la genérica materia relativa al control de las Administraciones públicas, haya sido previamente fijada por los miembros referente. Estos encuentros tendrán lugar en los países representados en la Red, con la intención de que las ediciones alternen las dos áreas geográficas. Los resultados obtenidos en cada encuentro se recogerán en una obra colectiva, publicada por la Fundación Democracia y Gobierno Local. El libro que el lector tiene ahora en sus manos constituye, precisamente, el primero de los frutos de la Red.

En definitiva, como reza en el Acta Fundacional de la Red, formalizada el 20 de octubre de 2023, “los miembros referente que firman este documento declaran su intención de que la RAICA se constituya como un foro académico riguroso y de excelencia, con vocación de permanencia y que, año tras año, realice aportaciones esenciales para que las Administraciones públicas sean, cada vez más y de mejor manera, instrumentos democráticos, eficaces y eficientes en aras de la consecución del interés general, expresión de buenas prácticas y de ética pública, así como de realización de la dignidad humana, y garantes de los derechos y libertades públicas. También manifiestan su intención de entrelazar lazos académicos y de amistad y respeto”.

2. La primera jornada RAICA: control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local

El primer encuentro de la Red tuvo lugar el pasado 20 de octubre de 2023, de manera presencial en la ciudad de Madrid, con el apoyo institucional de la Fundación Democracia y Gobierno Local y con la presencia, en el acto de inauguración, de representantes del Tribunal de Cuentas de España y del Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL) de este mismo país.

En el encuentro han participado expertos académicos de los diez países miembros de la Red, coincidentes o no con los miembros referente. En concreto, aportaron valiosas contribuciones los siguientes académicos: por Alemania, el profesor Martin Ibler (Universidad de Konstanz); por Argentina, la profesora Analía Antik (Universidad Nacional de Rosario); por Brasil, el profesor Ricardo Hermany (Universidad de Santa Cruz do Sul); por Chile, el profesor Flavio Quezada (Universidad de Tarapacá); por Colombia, el profesor Germán Lozano (Universidad Externado de Colombia); por España, el profesor Joaquín Tornos (Universidad de Barcelona); por Francia, el profesor Christophe Pierucci (Universidad de Estrasburgo); por Italia, la profesora Claudia Tubertini (Universidad de Bolonia); por Perú, el profesor Orlando Vignolo (Universidad de Piura); y por Portugal, el profesor Alexandre Santos (Universidad de Coimbra).

El objeto de la jornada fue el estudio comparado del control económico-financiero de los recursos públicos, en especial, con una mirada desde la Administración local. Esta vasta materia se ordenó en torno a cuatro ejes temáticos:

- a) En primer lugar, se ha debatido sobre los aspectos institucionales y orgánicos del control económico-financiero de los recursos públicos, con la moderación del profesor Gianluca Gardini. En esta parte inicial de la jornada, ha quedado clara la diversidad de modelos de control existentes en los diferentes países. Hay sistemas que cuentan con un órgano unipersonal y otros con órganos colegiados. Se ha señalado que ambos modelos presentan pros y contras; ahora bien, disponer de un órgano unipersonal suele suponer optar por otorgarle un mayor protagonismo desde el punto de vista político. Por otro lado, también se ha discutido sobre la naturaleza y el régimen jurídico del órgano de control: ¿se trata de un órgano administrativo, de un órgano judicial o de un tercer tipo de órgano?; ¿cuál es su régimen jurídico, y, en su caso, el derecho supletorio por el que se rige? Muchos se han pronunciado a favor de su consideración como órgano de naturaleza constitucional, pero, sobre todo, dichas voces centraron el debate en determinar cuáles son las garantías que tienen los ciudadanos ante este órgano, lo cual se considera esencial a la hora de enjuiciar y valorar su funcionamiento.
- b) En segundo lugar, se ha abordado el presente y futuro del control económico-financiero de los recursos públicos, con moderación del profesor Raúl Letelier. Se ha destacado, en este campo, cómo

los órganos de control han ido asumiendo múltiples tareas en los últimos años. Así, han ido aumentando las funciones de control económico-financiero y extendiendo sus competencias al control de políticas públicas, en particular sociales. También se ha abierto la discusión sobre las formas de intervención de estos órganos; en particular, sobre la posibilidad de que de ellos emanen mociones y recomendaciones, que no está claramente delimitada en cuanto a su concepto, naturaleza, alcance y, especialmente, garantía de cumplimiento.

- c) En tercer lugar, se ha profundizado en las peculiaridades del control económico-financiero en el ámbito de las Administraciones locales, moderado por el profesor Alfredo Galán. En este campo, se ha constatado cómo las formas de organización territorial determinan la estructura de los órganos de control en los diferentes sistemas. Pero más allá de la concreta forma de cada modelo de control, se ha destacado, en este debate, la oportunidad de que los órganos de control, con motivo del enjuiciamiento de la actividad de los entes locales, no solo se dediquen a sancionar las actividades irregulares, sino que, sobre todo, estimulen las buenas prácticas que puedan identificar. Así, deben dedicar una parte de sus esfuerzos a señalar aquellas buenas prácticas que desarrollan las Administraciones locales en el ámbito del control económico-financiero, de modo que estas puedan servir de referente, de ejemplo, a otras Administraciones públicas.
- d) Y, en cuarto lugar, se ha afrontado el estudio de la responsabilidad y reparación por la indebida administración de los recursos públicos, con moderación del profesor Andrés Fernando Ospina. En este campo, se han examinado los posibles mecanismos a emplear, como son las multas o las sanciones para la reparación de perjuicios, tratándose de delimitar perfectamente su alcance, sus causas y la necesidad de la concurrencia de elementos subjetivos, como el dolo o la culpa. Pese a la diversidad de modelos existentes en los distintos países, se ha llegado a la conclusión de la existencia de unas líneas básicas, a partir de las cuales se podría reconstruir un régimen común.

La jornada, rica en debates e intensa en contenidos, concluyó con la síntesis de las principales ideas recogida en la relatoría general que corrió a cargo de la profesora Rhita Bousta.

3. La publicación de las conclusiones de la primera jornada y la continuidad de futuro: el nacimiento de la colección Cuadernos RAICA

En el origen de la constitución de la Red está presente la voluntad de dar la máxima difusión posible a las conclusiones de los encuentros que periódicamente vayan realizándose en su seno. Con esta difusión, lo que se pretende, además de contribuir al avance del conocimiento científico en los temas tratados, es promover un más extenso y ulterior debate sobre cuestiones que se han considerado de gran interés para las Administraciones públicas de nuestros países.

En este contexto se explica la publicación del presente libro, que recoge las aportaciones de la primera jornada sobre control económico-financiero de los recursos públicos, con una especial mirada desde la Administración local. Su contenido, más allá de esta presentación inicial, se estructura en tres apartados: los informes de los expertos nacionales, las conclusiones de los moderadores de las cuatro mesas y la relatoría general conclusiva. Cada informe nacional, esto es, los referidos a los diez países integrantes de la Red, aborda las cuestiones que se han considerado más relevantes de los cuatro grandes ejes temáticos en los que se ha organizado el estudio de la materia: los aspectos institucionales y orgánicos del control económico-financiero de los recursos públicos; el presente y el futuro de este tipo de control; sus peculiaridades en el ámbito de las Administraciones locales; y la responsabilidad y reparación por la indebida administración de los recursos públicos. Seguidamente, el responsable de la moderación de los debates sobre cada uno de esos cuatro temas aporta su contribución escrita destacando las principales ideas del examen comparado de los informes nacionales. Y las conclusiones globales y conclusivas se recogen en la relatoría general con la que se pone fin a la obra.

De manera coherente con su finalidad estatutaria, concretada en el impulso y desarrollo de actividades de estudio y divulgación en materias de interés para los Gobiernos locales, la Fundación Democracia y Gobierno Local inicia con este libro una nueva colección, los Cuadernos RAICA, con la pretensión de que allí tengan acomodo las futuras publicaciones que habrán de resultar de los nuevos encuentros anuales de la Red. La presente obra pretende ser, pues, la primera de muchas otras que, con el pasar del tiempo, vayan conformando una útil y rigurosa biblioteca sobre materias relativas al control de las Administraciones públicas, especialmente las de ámbito local. La próxima cita ya está fijada: la segunda jornada RAICA tendrá lugar, en la ciudad de Bogotá, con el amparo de la Universidad Externado de Colombia, el día 3 de septiembre de 2024, con la intención de abordar de manera com-

parada el análisis de la acción de regreso o de repetición contra los agentes del Estado o personal al servicio de las Administraciones públicas. Estamos convencidos de que este segundo encuentro mantendrá e, incluso, superará el nivel de excelencia del primero. Dicho lo cual, y llegados a este punto, no queda más que desear suerte a sus organizadores y mostrar nuestro más sincero agradecimiento a todos aquellos que han hecho posible la aventura de la RAICA.

INFORMES NACIONALES

I. América

INFORME NACIONAL DE ARGENTINA

El control financiero sobre el patrimonio público en Argentina

Analía Antik

*Directora de la Maestría en Derecho Público, Facultad de Derecho.
Universidad Nacional de Rosario*

SUMARIO. 1. Aclaración preliminar. 2. Marco constitucional de los órganos de control. 3. La naturaleza del órgano encargado de realizar el control –judicial o extrajudicial–. 3.1. Judicial. 3.2. Extrajudicial. 4. Estructura formal (unipersonal o bien de órgano colegiado) y método de nombramiento del órgano de control. Funciones. 4.1. SIGEN. 4.2. AGN. 5. Su relación con el poder público, central o descentralizado. Deber de información. 6. Garantías de independencia e imparcialidad de los miembros del órgano. 7. Garantías que protegen la posición jurídica de los sujetos pasivos del control. 8. Garantías frente a las consecuencias de inhabilitación del ejercicio de derechos políticos que podría generar la responsabilidad que se establezca fruto del control. 9. Colofón. 10. Bibliografía.

1. Aclaración preliminar

Argentina es un país federal, que cuenta con diversas estructuras controlantes en cada una de las jurisdicciones: federal, de las provincias y de los Gobiernos locales, estén estos organizados como partidos, municipios o comunas, de conformidad con lo establecido por las constituciones provinciales.

Las provincias son preexistentes a la nación y, por tanto, conservan todo el poder no delegado expresamente por la Constitución Nacional (CN) al Gobierno federal (art. 121).

El recorte del tema se realizará respecto de la organización del control patrimonial en el ámbito federal.

La transparencia fiscal es un atributo limitativo para las entidades públicas, por cuanto que facilitar información es ceder poder. La responsabilidad de los Gobiernos y de los sistemas políticos se refleja en la estructura reglamentaria de la publicación de las cuentas financieras públicas (Chan, 2003: 65).

El ejercicio de responsabilidad requiere de instituciones entendidas como organizaciones y reglas de juego. La cuestión de los derechos humanos hoy no es tanto su fundamentación sino la de su protección, y a este campo pertenecen las instituciones llamadas a vigilar su efectivo cumplimiento.

Los Entes Fiscalizadores Superiores (EFS) pertenecen a este entramado que controla la actividad pública y garantiza el derecho de todos los ciudadanos a la equidad y justicia del gasto público, para lo cual los informes públicos son indispensables.

Una equitativa distribución del gasto público garantiza la realización de los derechos económicos y sociales.

2. Marco constitucional de los órganos de control

En Argentina existen —a nivel nacional— dos tipos de controles: interno y externo.

Por la Ley 24.156¹, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAF), se crean dos organismos: la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN).

La primera a cargo del control interno y la segunda a cargo del externo².

Ambas son creadas por la referida ley, pero con la reforma de 1994, la AGN se incorporó al texto constitucional.

La SIGEN “es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación” (art. 97).

1. B.O. 24/10/1992.

2. Art. 3: “Los sistemas de control comprenden las estructuras de control interno y externo del sector público nacional y el régimen de responsabilidad que estipula y está asentado en la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión”. Art. 7: “La Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación serán los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente”.

"El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General" (art. 100).

Respecto de la AGN el artículo 85 de la Constitución Nacional establece: "El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos".

Este artículo debe leerse en concordancia con el 75, inc. 8 CN, referente a las atribuciones del Congreso, que reza: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo³, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración

3. "La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional". La distribución señalada se efectúa mediante lo que se denomina "ley-convenio", instituto que conforme al texto transcripto queda constitucionalizado. Sin perjuicio de ello, es de hacer notar que el tema sigue siendo conflictivo, dado que la ciudad de Buenos Aires, a partir de la reforma constitucional, debe ser considerada como una provincia más que recibe los fondos coparticipables, dejando de depender del Gobierno federal. Por otro lado, se garantiza la remisión automática de fondos por parte de la nación (lo que ya se encontraba garantizado por ley antes de la reforma); *cfr.* Armanague (1999: 266). Para analizar la conflictividad de los fondos coparticipables, *cfr.* CSJN, Expte. 1865/2020, ORIGINARIO, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – cobro de pesos", sentencia del 21/12/2022, disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7815281&cache=1707162677389>.

nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

La AGN es la Entidad de Fiscalización Superior (EFS) de la República Argentina y tiene a su cargo el control del sector público nacional financiero y no financiero. Este último incluye la Administración central, los organismos descentralizados e instituciones de seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, los fondos fiduciarios, las universidades nacionales y otros entes.

Según el artículo 85 de la CN, el Poder Legislativo ejerce, como atribución propia, el control externo del sector público nacional (SPN) en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos. Su examen y opinión sobre el desempeño y la situación general de la Administración pública se sustenta en los dictámenes de la AGN, la cual tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera que fuera su modalidad de organización. Además, con su dictamen interviene necesariamente en el trámite parlamentario de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

La figura de la AGN en el ámbito del poder legislativo tiende a promover el ejercicio independiente de la función de control y se encuadra en la clásica doctrina de separación e independencia de poderes.

Amén del precepto constitucional, la Ley 24.156 establece en su artículo 116 la creación de la AGN con personalidad jurídica propia e independencia funcional y financiera.

El control ejercido por la AGN es posterior a la gestión estatal (art. 117). Su fin es promover el uso eficiente, económico y eficaz de los recursos públicos, en el marco de la observancia de la ley, y contribuir a la rendición de cuentas en beneficio de la sociedad. Por ello, enfoca su tarea en aportes a la mejora permanente de la gestión estatal.

3. La naturaleza del órgano encargado de realizar el control –judicial o extrajudicial–

3.1. Judicial

Las funciones que llevan a cabo los órganos a cargo de control patrimonial son de naturaleza administrativa, aunque la AGN se encuentre enmarcada en el seno del Parlamento. Algunas de ellas son irrevisables por parte del poder judicial, atento a corresponder a competencias de los otros órganos,

el ejecutivo (SIGEN) y el legislativo (AGN). Sin embargo, cuando estos controles no funcionan o lo hacen insuficientemente, el órgano judicial interviene por denuncias de oficio llevadas a cabo por los fiscales o bien por parte de particulares. Se analizará más adelante un fallo paradigmático emitido por un tribunal federal oral argentino, de naturaleza penal.

El problema es que según el Gobierno de turno hay controles que no operan de la misma manera. Un ejemplo de ello es la Oficina Anticorrupción (OA), de naturaleza administrativa, que se retiró como querellante justamente en la causa que se comentó precedentemente, bajo el argumento de que el perfil es el de la prevención en diversas áreas y la recolección de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios, cuando la propia OA —pero durante otro mandato— reclamó al Tribunal Oral que no se postergue el inicio de un juicio de “un gravísimo caso de corrupción administrativa”⁴.

Con relación al control por un juez ordinario de las decisiones de los organismos de control, Argentina adscribe al modelo judicialista (cfr. art. 109 CN)⁵.

No existen, como en el sistema francés o el italiano, tribunales administrativos⁶.

Además, los artículos 116 y 117 CN determinan la competencia del poder judicial para analizar y juzgar las conductas de la Administración, aunque con limitaciones, atento al principio de separación de poderes.

Se debe tener en cuenta si la actividad sujeta a control judicial es reglada o discrecional, atento a que esta última se encuentra, en principio, exenta de la autoridad de los magistrados. El problema con esta clasificación es que en la práctica la distinción no es tan clara (cfr. Giusti y Colombo, 2023: 41).

En principio, el juez puede controlar las decisiones regladas y los elementos reglados que estén presentes en las decisiones discretionarias. Pero no puede controlar el núcleo puramente discrecional, es decir, una decisión

4. Cfr. noticia publicada el 15 de mayo de 2019 en el sitio oficial de la OA, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anticorrupcion-reclamo-que-se-inicie-el-juicio-contra-cristina-kirchner-por-la>, consultado el 25 de septiembre de 2023.

5. “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fencidas”.

6. Incluso la doctrina argentina discutía —hasta no hace tantos años— sobre la posibilidad de que la Administración pudiera dictar actos de naturaleza jurisdiccional: Marienhoff a favor, Gordillo en contra. Sin perjuicio de las diversas posturas, siempre debe asegurarse el control judicial suficiente; cfr. Armanague (1999: 389).

en la cual la ley ha habilitado a la Administración a optar entre más de una solución (cfr. Giusti y Colombo, 2023: 42).

La diferencia entre el control administrativo y el judicial puede advertirse en sus efectos. “La norma general consiste en que, entablada una acción contra la Administración por una o más personas que consideran afectados sus derechos o intereses, y que demandan ante la justicia la modificación de la acción u omisión administrativa, la sentencia que dicte el juez sólo tiene efecto entre las partes, esto es, solo tiene efecto respecto a aquellas personas que han participado en el juicio” (Giusti y Colombo, 2023: 42)⁷.

Ello nos advierte que controlar a la Administración no alcanza para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración. Se requiere de la existencia de otros órganos y mecanismos de control que puedan evaluar e impugnar los actos de la Administración (cfr. Giusti y Colombo, 2023: 43).

3.2. Extrajudicial

3.2.1. *Legislativo*: que realiza el Parlamento en ejercicio de su función legislativa (aprobación del presupuesto, art. 75, inc. 8, CN), recepción de informes del Jefe de Gabinete de Ministros, interpelación o moción de censura (art. 101 CN), juicio político a los funcionarios de alto rango exentos del control disciplinario (art. 53 CN) y citación del Jefe de Gabinete y demás ministros para pedidos de informes (art. 71 CN); o la técnica a cargo de la AGN (aunque, como ya se dijo, el control en este caso es administrativo, a pesar de que el órgano dependa del Congreso).

3.2.2. *Político también por parte del Parlamento*: de la recaudación y el uso de los recursos públicos, que coloca la responsabilidad en el Presidente (arts. 99 y 100 CN).

3.2.3. *Administrativo*: ejercido por órganos que integran la Administración central o descentralizada (SIGEN) y por órganos que ejercen el control en la órbita del Parlamento (AGN).

7. El principio general del efecto de la sentencia entre las partes ha cedido con la reforma constitucional de 1994, en el caso de las acciones colectivas reguladas en el art. 43 CN, que contempla los bienes colectivos indivisibles (ambiente, defensa de la competencia, defensa del usuario y el consumidor, etc.), que nuestra Corte Federal ha denominado “intereses individuales homogéneos”, conforme lo ha expuesto en el caso “Halabi”, fallos 332:111, disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6625571&cache=1707166873744>.

4. Estructura formal (unipersonal o bien de órgano colegiado) y método de nombramiento del órgano de control. Funciones

4.1. SIGEN

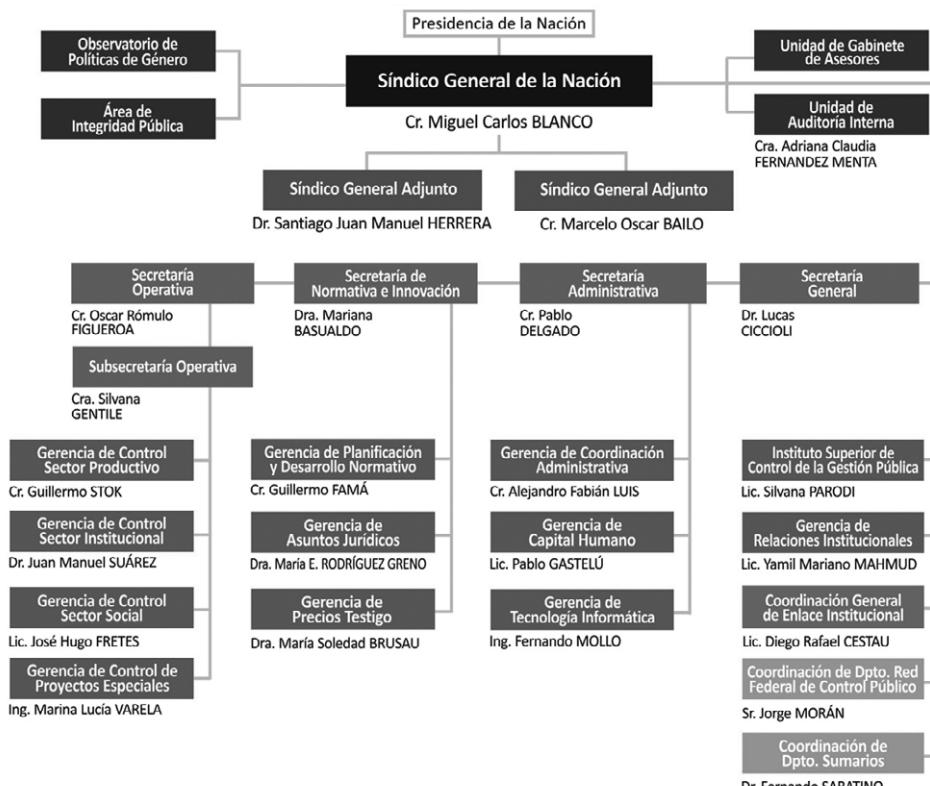
Se encuentra a cargo del Síndico General de la Nación. Conforme el artículo 99, inc. 7, de la Constitución Nacional, es nombrado por el Presidente de la Nación.

Funciones:

- Dictar y aplicar normas de control interno, que deberán ser coordinadas con la Auditoría General de la Nación.
- Emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna.
- Realizar o coordinar la realización, por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones.
- Vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación.
- Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación.
- Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna.
- Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, orientar y supervisar su ejecución y resultado.
- Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna y acordadas con los respectivos responsables.
- Atender los pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría.

- Formular directamente, a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendentes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia.
- Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público.
- Mantener un registro central de auditores y consultores a efectos de la utilización de sus servicios.
- Ejercer las funciones del artículo 20 de la Ley 23.696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación del ente de control externo.

Organigrama Sindicatura General de la Nación



Fuente: SIGEN

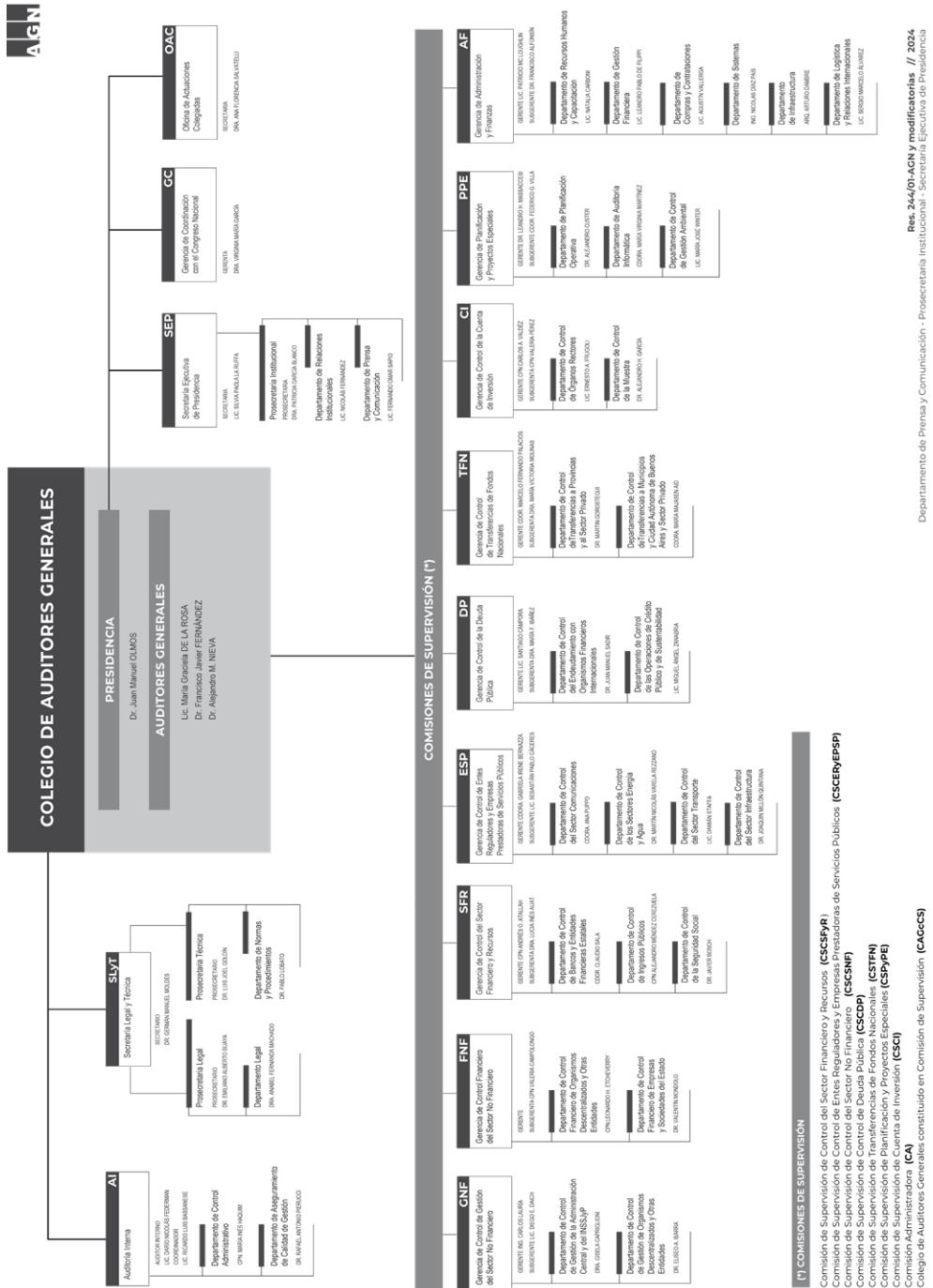
4.2. AGN

Se encuentra a cargo de siete (7) miembros, de los cuales son designados tres (3) por la Cámara de Senadores y tres (3) por la Cámara de Diputados. El Presidente del organismo, conforme el artículo 85 de la CN, es designado conforme a la propuesta del partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Funciones:

- Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes.
- Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones. Estos trabajos podrán ser realizados directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría.
- Audituar, por sí o mediante profesionales independientes de auditoría, a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito de conformidad con los acuerdos a los que, a estos efectos, se llegue entre la Nación Argentina y dichos organismos.
- Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la Administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio.
- Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar los exámenes especiales que sean necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento. A tales efectos puede solicitar al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y al Banco Central de la República Argentina la información que estime necesaria en relación con las operaciones de endeudamiento interno y externo.
- Audituar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada por aquella.
- Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.

- Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros, así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado.
- Fijar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría referidos en este artículo y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de estos.
- Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos. A tal efecto, todo funcionario público con rango de ministro, secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de organismos descentralizados o integrante del directorio de empresas y sociedades del Estado, está obligado a presentar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de asumir su cargo o de la sanción de la presente ley una declaración jurada patrimonial, con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, la cual deberá ser actualizada anualmente y al cese de funciones.
- Fiscalizar el efectivo cumplimiento de los cargos que se impongan al beneficiario de un bien inmueble de propiedad del Estado nacional transferido a título gratuito por ley dictada en virtud del artículo 75, inciso 5, de la Constitución Nacional (inciso incorporado por el art. 1º de la Ley 26.599, B.O. 7/7/2010).



Control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local

Fundación Democracia y Gobierno Local
Cuadernos RAICA #1
ISBN: 978-84-128852-1-7 (papel) \ 978-84-128852-2-4 (digital)

Fuente: AGN

5. Su relación con el poder público, central o descentralizado. Deber de información

La SIGEN y la AGN controlan organismos de la Administración tanto centralizada como descentralizada.

Conforme a la LAF —art. 2—: “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado”.

El artículo 8, destaca qué órganos y entes componen la Administración pública sujeta a control:

“Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:

a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.

b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”.

Resulta importante destacar que por el artículo 15 del Decreto N.º 829/2022, B.O. 14/12/2022, se prohíbe, a partir del 1 de enero de 2023, a todas las jurisdicciones, entidades y otros entes que conforman el Sector Público Nacional, en el marco de las disposiciones del presente artículo, realizar transferencias a fondos fiduciarios, empresas públicas y otros entes del Sec-

tor Público Nacional que cuenten con fondos de libre disponibilidad, instruyéndose al Ministerio de Economía a dictar las normas complementarias y aclaratorias del artículo de la norma de referencia.

Respecto al deber de información, el último informe disponible de la AGN data de 2021. Allí se informa que la cuarta medición IDIGI 2021, el índice que mide la disponibilidad de información a la ciudadanía sobre la gestión institucional de las entidades fiscalizadoras superiores miembros de la OLACEFS, destaca que la AGN alcanzó el nivel óptimo, pasando de 85 puntos en 2019 a 99,77 puntos en 2021, lo que la ubica en los primeros lugares a nivel regional. Esto además está en línea con la Agenda 2030, cuyo objetivo es “garantizar el acceso público a la información”⁸.

El control e involucramiento de diferentes actores externos es un elemento vital para la calidad institucional en los organismos de control. Un ejemplo claro son las acciones que fomentan la participación y el compromiso de la ciudadanía con la transparencia y la rendición de cuentas. En este camino hemos avanzado de manera contundente. En 2021 se duplicó la cantidad de propuestas recibidas (64) por parte de las organizaciones de la sociedad civil en el programa de Planificación Participativa, que, el año próximo, cumplirá 20 años desde su implementación⁹.

6. Garantías de independencia e imparcialidad de los miembros del órgano

En este punto nos concentraremos en el control que lleva a cabo la AGN, atento a que la SIGEN es dependiente, como se dijo, del Poder Ejecutivo Nacional.

Resulta de interés poner en debate la tensión habida entre lo establecido en el artículo 85 de la CN y lo dispuesto por la Ley de Administración Financiera (LAF) N.º 24.156, en cuanto a la estructura del órgano de conduc-

8. Cfr. Memoria Anual Auditoría General de la Nación (AGN) 2021, <https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/Transparencia/Memorias%20AGN/Memoria%20AGN%202021.pdf>, consultada el 21/09/2023. En la edición 2023 del Índice de Disponibilidad de Información a la Ciudadanía sobre la Gestión Institucional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (IDIGI-EFS), la AGN logró cumplimentar el 100 % de los criterios analizados por la OLACEFS. Estar en el primer puesto de este ranking significa que la AGN tiene un sitio web accesible con el uso de etiquetas y facilidad de navegación para personas con discapacidad; con información oportuna, es decir, que sus contenidos están actualizados y no obsoletos; que utiliza mecanismos comunicacionales para facilitar la lectura y comprensión de la información, como por ejemplo el uso del lenguaje claro y sencillo, y también que garantiza la perceptibilidad de usuarios en su navegación. AGN. Puntaje máximo en disponibilidad de información a la ciudadanía, disponible en <https://www.agn.gob.ar/noticias/puntaje-maximo-en-disponibilidad-de-informacion-la-ciudadania>.

9. Del informe del presidente de la AGN, año 2021.

ción. Despouy¹⁰ entiende que la Constitución se refiere a “control por oposición”, en tanto que la LAF entroniza un órgano colegiado. Barra, que precedió a Despouy en el ejercicio de la presidencia de la AGN, entiende que es unipersonal (Barra, 2010: 728).

Es de remarcar que, en Argentina, ocurrió que en los años 1999 y 2002 el presidente de la AGN era afín al partido de gobierno. Sin embargo, en ambas ocasiones el presidente de la AGN renunció para permitir la asunción de un representante de la oposición.

Sin perjuicio de ello, hubo momentos muy tensos cuando el partido de gobierno pretendió socavar la independencia de la AGN intentando desplazar a su presidente, como sucedió en octubre de 2012¹¹, bajo la alegación de que se encontraba con mandato vencido desde marzo de 2010.

Estas situaciones atentan contra la independencia e imparcialidad de la AGN, en atención a que en muchas oportunidades se pretende dar preeminencia a normas legales en perjuicio del texto constitucional.

7. Garantías que protegen la posición jurídica de los sujetos pasivos del control

Las garantías que protegen la posición jurídica de los sujetos pasivos del control son todas las que integran el marco jurídico de la responsabilidad de los funcionarios públicos, esto es, el principio de legalidad, el *non bis in idem* y el debido proceso adjetivo.

Si bien son de raigambre constitucional, también se encuentran contenidas en la LAF.

Respecto del principio de legalidad, exige que la conducta reprochable se encuentre legalmente descripta. Es de interés aclarar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha aceptado que en materia disciplina-

10. Fue presidente de la AGN desde 2002 hasta 2016.

11. Quizás la causa de la reacción del Gobierno pueda encontrarse en el caso recordado como la “Tragedia de Once”, en la que el 22 de febrero de 2012 perdieron la vida más de cincuenta personas. Leandro Despouy había advertido al Gobierno sobre serias fallas en la prestación del servicio público de trenes, a través de cuatro duros informes de la AGN, denunciando que la subsidiaria empresa Trenes de Buenos Aires (TBA) no cumplía los requisitos básicos sobre seguridad operativa y mantenimiento. Los documentos fueron realizados en distintas fechas, pero las críticas y recomendaciones del organismo de contralor externo se repiten sistemáticamente en los emitidos en 2002, 2003, 2005 y 2008. A juzgar por el deficitario estado general de conservación que presenta el sistema, la gestión del concesionario puede caracterizarse como ineficaz, concluye el documento fechado el 12 de marzo de 2008; cfr. Urdinez (2012).

ria no se aplique estrictamente el principio de legalidad, señalando que la laxitud tiene límites¹².

Respecto de la doble punición por el mismo hecho, el *non bis in idem*, el artículo 28 de la Ley 25.164¹³ establece lo siguiente: "El personal no podrá ser sancionado más de una vez por la misma causa, debiendo graduarse la sanción en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente".

Para que esta garantía pueda esgrimirse se requiere la concurrencia de tres requisitos: i) identidad en el hecho que da origen a la punición; ii) identidad en el sujeto; iii) identidad en el bien jurídico afectado por la conducta dañosa. Este último recaudo no puede tomarse en consideración en el caso de que al agente se le sancione disciplinaria y penalmente, por tratarse de regímenes diferentes y complementarios¹⁴.

El debido proceso también encuentra recepción en el artículo 29 de la ley de empleo, en cuanto reza: "El personal comprendido en el ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del art. 1º inciso f) de la Ley 19.549 o la que la sustituya"¹⁵.

8. Garantías frente a las consecuencias de inhabilitación del ejercicio de derechos políticos que podría generar la responsabilidad que se establezca fruto del control

Debe comentarse la causa "Vialidad", fallada el 06/12/2022, por la cual la vicepresidenta de la nación fue condenada a seis (6) años de prisión e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos. El Tribunal Oral en lo Criminal N.º 2 entendió que el delito perjudicó al Estado argentino en 84.335 millones de \$ (es un fallo dictado en 1.616 páginas que se encuentra apelado ante la Cámara de Casación Federal). A pesar de la condena, al no

12. CS, "Spínola Melo, Oscar Federico c/ Estado Nacional s/ Empleo Público", sentencia de 05/09/2006: "[...] a pesar que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descriptas, en el sentido en que lo son los delitos en el derecho criminal, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzadamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado a posteriori por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste". En todo caso, la Corte exige que exista una implícita indicación del modo en que la conducta del agente ha ocasionado un daño al adecuado funcionamiento del servicio. Cfr. Giusti y Colombo (2023: 245-246).

13. Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, B.O. 08/10/1999.

14. Cfr. Giusti y Colombo (2023: 246).

15. La Ley 19.549 es la Ley de Procedimientos Administrativos (LNPA) que rige en el ámbito nacional. El art. 1º bis estipula que el debido proceso adjetivo implica: i) el derecho a ser oído; ii) el derecho a ofrecer y producir prueba; iii) el derecho a una resolución fundada.

ser firme, la funcionaria puede ejercer sus derechos políticos y funcionariales sin obstáculos. De hecho, la vicepresidenta continuó en funciones hasta el vencimiento de su mandato el 9 de diciembre de 2023.

9. Colofón¹⁶

Tanto en el sistema presidencialista como en el parlamentario, las Cámaras disponen de un instrumento formidable de control: *la aprobación del Presupuesto*. El control político que supone la aprobación del presupuesto continúa existiendo aun en el supuesto de que el partido en el Gobierno también domine el Legislativo por tener la mayoría necesaria. En este caso, el debate presupuestario constituye la mejor ocasión para someter a crítica pública la política del Ejecutivo. Así, al menos en principio, las objeciones de la oposición no se dirigen a modificar las previsiones del Gobierno, sino que tienen como principal destinataria a la opinión pública.

El control no pretende hacer efectiva una responsabilidad política concreta, inmediata, sino una *responsabilidad política difusa*. También en el debate presupuestario la fuerza del control parlamentario descansa, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras; más que en derrocar al Gobierno, en desgastarlo o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral.

Los tradicionales principios jurídicos que inspiran la elaboración del presupuesto constituyen una manifestación de la supremacía del poder legislativo y de la ley con relación al ejecutivo. En principio, mediante el presupuesto, el Parlamento puede imponer al ejecutivo cuánto podrá gastar, dónde deberá hacerlo y en cuánto tiempo.

Dentro del contexto de la globalización se deben reforzar las capacidades de gestión estatal para el desarrollo de políticas públicas, mediante “la profesionalización de la burocracia estratégica, el fortalecimiento de sus instrumentos gerenciales y el mejoramiento de su desempeño en la elaboración de políticas. Sin embargo, la realización de modificaciones en el aparato administrativo no es suficiente. Es imprescindible la recuperación

16. Extracto tomado de Antik et al. (2009), Transferencia de resultados del proyecto de investigación “Fortalecimiento de las instituciones a través del control de gestión y de la participación ciudadana como reaseguro de los Derechos Humanos y su vigilancia cotidiana”, realizado en el marco del Programa de Proyectos de Alto Impacto Socio-Económico de la Secretaría de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Educación de la Nación, bajo la dirección de la Dra. Noemí Nicolau y la codirección del Dr. Tomás Hutchinson.

de las bases de legitimidad y de la eficacia social de la acción gubernamental, es decir, de la gobernabilidad de los países" (Consejo Científico del CLAD, 2000: 1).

Hoy, la *responsabilización* (*accountability*)¹⁷ se considera como un elemento fundamental para la construcción de una nueva gobernabilidad democrática. La responsabilización se da a través de los mecanismos de control procedimentales clásicos, mediante el control parlamentario, por la introducción de la lógica de los resultados en la Administración pública, por la competencia administrativa, y mediante la información y la participación social.

La evolución de las formas del Estado guardián al de bienestar, y el paso a las modernas formas de democracia representativa, contribuyen a que el tema de la *legitimidad* de la Administración pública se convierta en una problemática cada vez más compleja. El Estado se ha ido transformando de un Estado menos *regulador* a uno más *distribuidor* y *redistribuidor* de recursos y creador de riqueza, y esta transformación se produce por la delegación de importantes políticas públicas a instituciones administrativas no representativas democráticamente; este proceso de delegación pone en el tapete el problema de la responsabilidad política y el control sobre los procesos y los resultados de la política misma.

La expansión de los aparatos públicos y la extensión de sus funciones han llevado a una dificultad adicional, en la conformación del control sobre los recursos destinados al funcionamiento de la Administración, que cada vez más necesita mayores recursos presupuestarios.

17. El concepto *accountability* (responsabilización) se origina en los países anglosajones, tornándose central en Estados Unidos. Significa que el Gobierno tiene la obligación de rendir cuentas a la sociedad. La responsabilización se inserta en un sistema más amplio, el régimen democrático moderno, cuyos principios centrales son la soberanía popular y el control de los gobernantes por los gobernados. Mediante las elecciones se satisface el control vertical del Gobierno, pero esto no asegura el buen desempeño de la democracia. La idea de *accountability* se refiere a la idea de la rendición de cuentas continua de los gobernantes; para ello es necesario implementar, además de los controles clásicos derivados de la tradicional división de poderes, controles burocráticos, sociales y políticos, tendentes a lograr gestiones transparentes y en consecuencia poder evaluar los resultados de las políticas gubernamentales. En otras palabras, los ciudadanos deben ser capaces de reconstruir la cadena causal que vincula las demandas políticas y los resultados. Solo de este modo ellos podrán recompensar a los gobernantes que actuaron en defensa de sus mejores intereses y castigar a aquellos que no lo hicieron; *cfr.* Anastasia (2000: 119).

10. Bibliografía

- Anastasia, F. (2000). Responsabilización por el control parlamentario. En CLAD (coord.). *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*. Buenos Aires: Eudeba.
- Antik, A., Delannoy, S., Mack, A. y Taller, A. (2009). Sistema de control de gestión externo e interno en el ámbito de la provincia de Santa Fe. *Zeus*, 6, 296-300.
- Armanague, F. (1999). *Constitución de la Nación Argentina*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Barra, R. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. 4). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Chan, J. (2003). La Contabilidad Pública: una reflexión sobre la teoría, los fines y las normas. *Revista Española de Control Externo*, 14, 63-76.
- Consejo Científico del CLAD. (2000). La Responsabilización ("accountability") en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana. Disponible en <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/docelec/unpan/ar/000178.pdf>.
- Giusti, J. y Colombo, L. (2023). *El control sobre la Administración pública*. Buenos Aires: Eudeba.
- Urdinez, V. (2012). La auditoría había hecho cuatro duros informes sobre fallas en los trenes. *El Cronista*, 23-02-2012. Disponible en <https://www.cronista.com/economia-politica/La-Auditoria-habia-hecho-cuatro-duros-informes-sobre-fallas-en-los-trenes-20120223-0074.html> (última consulta: 25 de septiembre de 2023).

INFORME NACIONAL DE BRASIL I

El control de la actividad financiera en la Administración pública en el federalismo brasileño: el papel de los tribunales de cuentas a nivel local^{1,2}

Ricardo Hermany³

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Santa Cruz do Sul — UNISC

Betieli da Rosa Sauzem Machado⁴

Candidata a doctora.
Universidad de Santa Cruz do Sul — UNISC

**SUMARIO. 1. Introducción. 2. Federalismo brasileño y autonomía finan-
ciera de las entidades locales. 3. Controles de la Administración pública**

1. Este trabajo fue realizado con el apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Educación Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamiento 001.

2. Esta publicación cuenta con el apoyo de una subvención institucional de la Confederación Nacional de Municipios (CNM).

3. Profesor del Programa de Licenciatura y Postgrado en Derecho – Maestría/Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC; Postdoctoral en la Universidad de Lisboa (2011); Doctor en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos (2003) y Doctor Sandwich por la Universidad de Lisboa (2003); Maestría en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1999); Coordinador del grupo de estudio Gestión Local y Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico de la Confederación Nacional de Municipios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. Correo electrónico: <hermany@unisc.br>.

4. Estudiante de Doctorado en Derecho del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul, con beca PROSUC/CAPES, modalidad I, dedicación exclusiva (2021-2025). Estancia de estudios de doctorado en la Universidad de Santiago de Compostela (España), con beca brasileña PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Beca de la Confederación Nacional de Municipios en convenio Apesc/CNM. Maestría en Derecho del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul (2020). Postgrado en Derecho Procesal Público

brasileña. 4. El control financiero en municipios con énfasis en tribunales de cuentas. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La gestión eficaz de los recursos públicos es una preocupación central en cualquier sistema democrático, y en el contexto del federalismo brasileño, esta preocupación adquiere particular relevancia, dado que existe una división de competencias entre la Unión, los estados miembros, los municipios y el Distrito Federal, otorgando autonomía política, financiera y administrativa a estos ámbitos. Sin embargo, esta descentralización de competencias trae consigo la necesidad de un control riguroso de la actividad financiera, con el fin de garantizar la eficiencia, transparencia y responsabilidad en la gestión de los recursos públicos.

Por lo tanto, Brasil se destaca como un país federativo y con sesgo cooperativo, que delega poderes fiscales a diferentes esferas de gobierno, haciendo del control de la actividad financiera un desafío complejo y multifacético. En este contexto, los tribunales de cuentas desempeñan un papel fundamental como órganos de vigilancia y control de las finanzas públicas, realizando así vigilancia y monitoreo de los recursos públicos en todas las esferas de gobierno, especialmente adoptando un modelo de federalismo trino.

Por lo tanto, se propone el problema de investigación: ¿cuál es el papel de los tribunales de cuentas en el control de la actividad financiera en la Administración pública en el federalismo brasileño, en el nivel local? Para responder al problema de investigación, se utiliza el método de enfoque deductivo, ya que se parte de un análisis general (premisa mayor) del federalismo brasileño y de la autonomía financiera de las entidades, para llegar a un enfoque específico (premisa menor), en el que se analiza el papel de los tribunales de cuentas para el control de la actividad financiera. El método procedural será hermenéutico para la correcta interpretación de los textos y la técnica de investigación será bibliográfica, mediante documentación indirecta.

La investigación se desarrollará en torno a tres objetivos específicos, a saber: analizar el modelo de federalismo adoptado en Brasil y la autonomía de las entidades, con énfasis en las finanzas; estudiar el concepto y tipos de controles existentes en la Administración pública brasileña; y abordar el control financiero municipal con foco en el papel de los tribunales de cuentas.

por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2020). Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2016). Miembro del grupo de estudio Gestión Local y Políticas Públicas, coordinado por el Prof. Ricardo Hermany. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> Correo electrónico: <betielisauzerm@yahoo.com.br>.

2. Federalismo brasileño y autonomía financiera de las entidades locales

Es importante resaltar que, a partir de la promulgación de la Constitución de la República Federativa del Brasil, el 5 de octubre de 1988, el federalismo brasileño fue concebido como un modelo orientado a una distribución más equilibrada de poderes entre las esferas de gobierno, con miras a reducir las tensiones existentes en la relación desigual entre el Gobierno central y los Gobiernos periféricos. Es de destacar que la Constitución enfatizó el federalismo cooperativo, en el que el Estado pretende garantizar la solidaridad y la acción conjunta para lograr objetivos comunitarios (Puccinelli Jr, 2012).

La Constitución restableció la Federación al disponer, en el artículo 1, que la República Federativa del Brasil está formada por la unión indisoluble de los estados miembros, los municipios y el Distrito Federal, constituyendo un Estado democrático de derecho (Bercovici, 2004). En este contexto, el citado artículo también prohibía el derecho de secesión para todas las entidades federativas, en cualquier hipótesis o condición, como consecuencia del principio de indisolubilidad del vínculo federativo, ya que la forma federativa en Brasil tiene la condición de cláusula permanente, en los términos del artículo 60, párrafo 4, inciso I de la Constitución, o sea, este artículo prohíbe la abolición de la federación. Además, el artículo 18 establece la autonomía y las entidades que integran la federación, a saber: la Unión, los 26 estados miembros, el Distrito Federal y los 5570 municipios.

Es de destacar que el sistema de cooperación entre Gobiernos comienza con el reconocimiento de que cada una de las unidades federativas tiene el deber de colaborar con las demás, con el objetivo de orientar, coordinar y controlar el proceso político-administrativo. Sin embargo, los recursos y la capacidad de ejecución se distribuyeron de manera desigual, por lo que el sistema de cooperación estaría justificado, ya que adopta condiciones mínimas para desempeñar el rol dentro de la estructura. En este sentido, este sistema se implementa a través de la distribución de competencias verticales y se basa en que los Gobiernos central, regional y local tienen como plan el desempeño de la tarea estatal para que los ciudadanos se beneficien, además de asumir una cooperación subsidiaria para que los ciudadanos menores reciban ayuda cuando no puedan realizar tareas por sí solos (Andreas Krell, 2008).

Se destaca que, como resultado, se estructuró un complejo sistema de competencias privadas, distribuidas horizontalmente, y competencias concurrentes, distribuidas verticalmente, autorizando la participación de órdenes parciales en el ámbito de sus propias competencias en el orden central mediante delegación (Dias Menezes de Almeida, 2000). La Constitución de 1988, debido al complejo entramado de entidades federativas, pasa a enu-

merar las divisiones de competencias en un modelo diferente, es decir, se identifica entre los artículos 21 y 30 de la Constitución la “columna vertebral” que sustenta la división de responsabilidades entre las entidades (da Silva Corralo, 2012).

Las competencias de la Unión se dividen en: materiales concurrentes, en el artículo 21⁵, y legislativa privada, en el artículo 22⁶; también se concede a los estados miembros competencia residual, en los términos del artículo 25, y competencia para crear municipios, según lo previsto en el artículo 18, §4.[°]. La provisión de competencias para los municipios se expresa en los artículos 29 y 30. Cabe señalar también que la Constitución estableció expresamente el federalismo cooperativo en los artículos 23 y 24.

En este contexto, el artículo 23 enumera una serie de materias relativas a competencias comunes entre la Unión, los estados miembros, los municipios y el Distrito Federal, donde los estándares de cooperación entre las citadas entidades se establecerán únicamente a través de una Ley Complementaria, según el párrafo único del citado artículo. Y el artículo 24 establece las materias de competencia para legislar concurrentemente para la Unión, los estados miembros y el Distrito Federal, con excepción de la limitación de la Unión para establecer solo normas generales y de los estados miembros y el Distrito Federal para adaptarlas conforme a sus especificidades, siempre que no contradigan la ley federal (Bercovici, 2004).

Así, Brasil, a diferencia de muchas federaciones, está formado por un sistema que presenta tres niveles de gobierno –federalismo trino–, pues incluyó a los municipios como miembros de la federación. Además, los tres niveles de gobierno tienen sus propios poderes legislativo y ejecutivo, mientras que los niveles federal y estatal tienen sus propios poderes judiciales. Además, la Constitución innovó en varios aspectos, entre ellos: mayor provisión de recursos para los ámbitos subnacionales, ampliación de derechos sociales como salud y educación; así como comenzó a vislumbrar un mayor control institucional y social sobre los tres niveles de gobierno (Souza, 2005).

La Constitución pasó a prever los municipios como entidades federales, que forman la tercera esfera de gobierno, dotadas de autonomía, según una lectura combinada entre los artículos 1 –que enumera las entidades que

5. Se trata de competencias administrativas y exclusivas de la Unión, que no pueden ser delegadas.

6. Son competencias legislativas y exclusivas de la Unión, que pueden ser delegadas mediante ley complementaria.

componen la República Brasileña—, 18 —que prevé la organización político-administrativa brasileña—, y 34, inciso VII, letra “c” —que reconoce y garantiza la autonomía de las entidades locales—. Bonavides (2009) destaca que el artículo 18 insertó a los municipios en la organización político-administrativa, elevándolos junto al Distrito Federal, como formadores de la tercera esfera de autonomía, alterando significativamente la tradición dual del federalismo brasileño, emergiendo una nueva dimensión básica.

De esta manera, la inclusión de los municipios como miembros de la federación es una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1988, pues hasta entonces todas las Constituciones otorgaban gobierno propio y competencias exclusivas a los municipios con relación a su autonomía, pero remitían a los estados miembros para organizar y crear municipios. Por lo tanto, a partir de 1988, hubo normas que establecían autonomía dirigida directamente a las entidades locales, incluyendo la facultad de autoorganización, es decir, estas entidades pasaron a tener competencia para elaborar sus propias leyes orgánicas, de conformidad con el artículo 29 (Bercovici, 2004).

La Constitución de 1988 garantiza a los municipios cuatro capacidades: 1) la autoorganización, que se implementa mediante una ley orgánica elaborada y promulgada por la Cámara de Concejales, sin injerencia de ningún tipo por parte del Legislativo estatal o federal; 2) autogobierno, ejercido por alcaldes y concejales elegidos por voto directo y secreto; 3) autolegalización en materias de interés local y otras, de forma supletoria y concurrente; y 4) autoadministración para la recaudación de impuestos de su competencia, aplicando sus ingresos y prestando servicios públicos a la comunidad local (Penalva Santos, 2011).

En cuanto a la autonomía financiera, se encuentra sustentada en el artículo 30, inciso III, de la Constitución, así como lo previsto en los artículos 145, 146, 149-A, 150, 156, 158 y 159 de la citada norma, o sea, los respectivos artículos abordan la facultad de los municipios de instituir sus propios impuestos y definir transferencias constitucionales obligatorias, que pueden ocurrir como resultado de la participación en impuestos estatales y federales, o mediante la distribución a través de fondos. Sin embargo, Giroldo y Lempfer Bossoli (2012) explican que para alcanzar la plena autonomía es necesario hacer efectiva esta autonomía, buscando apoyar las demás competencias de las entidades municipales, sin que estas sean económicamente dependientes de otras.

Se pueden citar como los principales instrumentos para la obtención de crédito: financiación externa; disputa por recursos federales, en forma de créditos de organismos y entidades oficiales, convenios, programas, fondos,

transferencias a fondos perdidos o gastos realizados directamente en las unidades federadas; el gasto de las empresas estatales, de carácter privado, además de otras particularidades, que permiten el acceso a fuentes diversificadas de financiación y el uso de la banca estatal para incrementar los recursos (Barroso, 2006).

Por lo tanto, la autonomía financiera es un supuesto fundamental para los municipios brasileños, garantizándoles la capacidad de gestionar sus recursos de forma independiente; sin embargo, esta autonomía no debe interpretarse como un cheque en blanco para la gestión de los recursos públicos. En consecuencia, la Administración pública, en todos sus niveles, está sujeta a rigurosos controles para asegurar la transparencia, eficiencia y responsabilidad en la aplicación de los recursos.

Esta descentralización de los poderes fiscales resulta en una compleja red de ingresos y gastos, es decir, la autonomía financiera no debe verse como una exención de responsabilidades, sino más bien como un espacio para la innovación y la responsabilidad en la gestión pública local, que requiere un sistema de control financiero sólido. En este sentido, serán analizados los controles en la Administración pública brasileña.

3. Controles de la Administración pública brasileña

El control tiene una relación directa con la cooperación entre entidades para permitir el diálogo entre ellas y la buena gestión pública, además de ser una condición *sine qua non* no solo para evaluar el cumplimiento de los principios administrativos encaminados a asignar recursos públicos y verificar la efectividad de los derechos fundamentales, a través de la prestación de servicios públicos de calidad. Por lo tanto, la supervisión está protegida por la Constitución, abarcando la legitimidad, legalidad, efectividad, eficiencia y economía de los actos administrativos para servir al interés público. En el complejo cuadro que conforma la Administración pública, los controles juegan un papel esencial para asegurar la transparencia, responsabilidad y eficiencia en la gestión de los recursos y en la ejecución de las políticas públicas. Estos controles, de diversa naturaleza y alcance, son importantes para mantener la integridad del aparato estatal, y, para satisfacer el interés público, es necesario que haya control.

Se señala que se caracteriza por ser un conjunto de instrumentos que el ordenamiento jurídico estableció para que la Administración pública, los poderes judicial y legislativo y la sociedad, directamente o a través de órganos especializados, puedan ejercer la facultad de supervisión, revisión de la

actuación administrativa y orientación de todos los organismos, agentes y entidades públicas, en todos los ámbitos. Es de destacar, en este contexto, que el gestor no tiene discrecionalidad para gestionar el aparato estatal y el gasto público, ya que sus acciones están vinculadas al interés público y a los deseos sociales.

De este modo, la supervisión es necesaria y está respaldada por la Constitución, apuntando a la legitimidad, legalidad, eficacia, eficiencia y economía de los actos administrativos. Para ello, la Administración cuenta con órganos que realizan supervisión y control, con el objetivo de garantizar que no se viole el interés público y que quienes practiquen actos de corrupción o abuso de poder sean sancionados.

El Estado de derecho, desde sus inicios, es inseparable de la idea de control; así, este modelo de Estado tiene como alcance la existencia de instituciones y herramientas hábiles que garanticen su sometimiento a la ley. Se señala que los mecanismos de control tienen como objetivo asegurar que la Administración actúe de conformidad con los principios del ordenamiento jurídico, tales como: legalidad, finalidad pública, moral, motivación, publicidad, economía, impersonalidad, razonabilidad, legitimidad, transparencia, entre otros (Dias Costa, 2006).

De esta manera, el control de la Administración también puede conceptualizarse como acciones que tienen por objeto examinar, verificar, auditar, supervisar –concomitante, preventiva o posteriormente– aspectos relevantes para la legitimidad y la legalidad, además de actividades materiales, decisiones y actos administrativos, a través de acciones específicas, técnicas y métodos planificados para la inspección, con el fin de orientar, monitorear y corregir los errores encontrados (Pinto Monteiro Diniz, 2015).

Además, es importante resaltar que el control de la Administración involucra una variedad de clasificaciones, por lo que a efectos de este trabajo se adoptan dos divisiones, en las cuales se pueden agrupar según: 1) el momento en que se realiza el control; y 2) el organismo que ejerce el control (especie de control). Respecto al momento en que se realiza el control, se puede observar que se subdivide en tres categorías: I) previo: también llamado preventivo o *a priori*, que es el control que se realiza antes de que se lleve a cabo el acto administrativo, buscando prevenir irregularidades o actos ilegales; II) concomitante: tiende a monitorear simultáneamente, *pari passu*, la actuación administrativa, permitiendo la remediación inmediata en caso de irregularidad; y III) posterior: llamado *a posteriori* o correctivo, que sirve para revisar el acto para confirmarlo como legal y regular, corregirlo cuando se encuentren defectos o deshacerlo mediante declaración de nulidad o revocación (Martins Guerra, 2019; Mileski, 2018).

En cuanto al órgano que ejerce el control —tipos de control—, se puede apreciar que se subdivide en: I) administrativo o interno; II) judicial; III) social; y IV) legislativo o externo. De esta manera, se evidencia que el control administrativo o interno se refiere al poder-deber que ejerce la propia Administración pública sobre sus actos y agentes, derivado de los principios de autoprotección y jerarquía, dándole condiciones para anular, revocar o alterar actos, además de sancionar a los agentes con las penas legales. Cabe señalar que este control puede ocurrir de oficio o por provocación (Martins Guerra, 2019; Mileski, 2018).

De esta forma, el control interno lo ejerce cualquiera de los poderes u órganos y entidades sobre los empleados o los actos realizados por estos, y este modelo de control, en un sentido *lato*, se identifica como control administrativo (Pinto Monteiro Diniz, 2015). Por lo tanto, se puede decir que el control interno de la Administración se basa en la supervisión que realiza sobre los actos y actividades realizados por sus órganos y entidades descentralizadas a que están vinculados (Medauar, 2012).

En relación con la supervisión presupuestaria, financiera y contable, este control adquiere un carácter específico, al ser una atribución destinada a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, estando previsto en la Constitución en el artículo 74, que tiene por objeto salvaguardar la buena y regular aplicación de los recursos públicos. Los párrafos, en resumen: el primero establece las posibilidades de responsabilidad solidaria de los responsables de este modelo de control, si no comunican al órgano de cuentas cualquier irregularidad o ilegalidad de la que tengan conocimiento (Pinto Monteiro Diniz, 2015; Mileski, 2018).

El segundo párrafo se refiere a la garantía de cualquier ciudadano, partido político, sindicato y asociación que esté legitimado para, de conformidad con la ley, denunciar ilegalidades e irregularidades ante los órganos contables. Además, la relación entre el control interno y el externo es de cooperación, pero los responsables del control interno pueden ser considerados solidariamente responsables si no informan al tribunal las cuentas de las irregularidades e ilegalidades de las que tengan conocimiento (Pinto Monteiro Diniz, 2015).

Además, se observa que, en el control judicial, por la naturaleza de su función, el Poder Judicial está urgido a resolver situaciones contenciosas entre la Administración pública y el ciudadano, que involucran la órbita de los tres poderes del Estado —ejecutivo, legislativo y judicial—. Por lo tanto, en este control se logra específicamente la legalidad y moralidad de los actos

administrativos realizados en el ámbito del Ejecutivo y en la Administración de otros órganos y entidades del Estado, siempre y cuando no usurpe la valoración subjetiva de la Administración —mérito administrativo—, de conformidad con el artículo 5.º, incisos XXXV y LXXIII, de la Constitución (Martins Guerra, 2019; Mileski, 2018).

En el ordenamiento jurídico existen diversos medios para su ejercicio —conocidos como recursos constitucionales—, entre los que se destacan: *habeas corpus*, *habeas data*, “*mandado de injunção*”, orden de seguridad, acción popular y acción civil pública (Martins Guerra, 2019; Mileski, 2018). Mileski (2018: 188-189) aborda que el control social se dirige hacia aspectos de la política fiscal, siendo la transparencia y la participación popular elementos fundamentales para su ejercicio. Esto permite a los ciudadanos “condiciones efectivas de participación y supervisión en el proceso presupuestario, dándoles condiciones para proponer, monitorear, evaluar y controlar las acciones de los Gestores Pùblicos”.

Finalmente, el control legislativo o externo lo ejerce el Poder Legislativo, siendo de carácter esencialmente político, pero también se da en el aspecto financiero, directamente, a través de sus órganos, comisiones técnicas o de investigación —Congreso Nacional: Cámara de Diputados y Senado Federal, en el nivel federal; asambleas legislativas, en los estados miembros; y Cámara Legislativa, en los municipios—, de conformidad con los artículos 48 a 52 y 70 de la Constitución. Ejemplos de control son: suspender actos y contratos del Ejecutivo; instalar una Comisión Parlamentaria de Investigación para investigar las irregularidades; proceder al juicio de las cuentas del Titular del Poder Ejecutivo; suspender o destituir (*impeachment*) al presidente o ministros⁷; ejercer el control externo de la Administración, directa e indirectamente, con la asistencia del Tribunal de Cuentas (Martins Guerra, 2019; Mileski, 2018).

De esta manera, Martins Guerra (2019: 121) denomina “control (técnico) autónomo” al control externo que ejercen los tribunales de cuentas, el cual es realizado por instituciones especializadas, a través de órganos constitucionales autónomos. Esta modalidad también se denomina control financiero, realizada por los tribunales de cuentas, órgano creado específicamente con el propósito de ejercer —como auxiliar del Poder Legislativo— el control presupuestario, contable, financiero, patrimonial y operativo de todos los órganos y entidades del Estado, según los artículos 70 a 75 de la Constitución. Con esto pásese al estudio relativo al control financiero que ejercen los órganos de cuentas.

7. Por el principio de simetría, también es aplicable a nivel municipal por parte la Cámara Legislativa Municipal.

4. El control financiero en municipios con énfasis en tribunales de cuentas

En primer lugar, cabe señalar que a nivel local existe una especificidad en el sistema de control interno —previsto en los artículos 70 a 75 de la Constitución— cuando se centra en la supervisión financiera, presupuestaria y contable, ya que el artículo 31 destaca que la supervisión de municipios será ejecutada por la Cámara Legislativa Municipal, mediante control externo, y mediante los sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal. Así, el ejercicio de este se dará sobre toda la Administración municipal, incluido el Poder Legislativo, o sea, el control estará “establecido y organizado de una manera única, pero con una estructura sistémica, cuyos organismos del sistema —personal, contabilidad, auditoría, etc.— actúen de manera coordinada, bajo la dirección de un centro de control interno”, que tendrá responsabilidades sobre los dos poderes presentes a nivel local (Mileski, 2018: 209).

En cuanto al control externo ejercido en el ámbito de la supervisión financiera, contable, presupuestaria, patrimonial y operativa de las entidades de la Administración directa e indirecta, en relación con la legitimidad, legalidad, economía y supervisión de la aplicación de subvenciones y donaciones de ingresos, la prueba se otorga a través de delegación constitucional, siendo ejecutada por el Poder Legislativo, en las figuras del Congreso Nacional, la Asamblea Legislativa (de la Cámara Legislativa del Distrito Federal) y las Cámaras Municipales, asistidos por los tribunales de cuentas de la respectiva entidad de la federación. En la Constitución de 1988, los tribunales de cuentas están previstos con facultades y jurisdicción ampliadas, recibiendo funciones que no estaban presentes en Constituciones anteriores.

Los órganos de cuentas están previstos en la Constitución en el Título IV —Organización de Poderes, en el Capítulo I—, Poder Legislativo, regulado en la Sección IX, que trata de la supervisión contable, financiera y presupuestaria, según lo previsto en los artículos 70 a 75. El citado órgano es considerado como un organismo independiente y autónomo, que no pertenece a ninguno de los poderes de la República y que ejerce la judicatura *sui generis*, como órgano de control.

Así, de acuerdo con el sistema de control contable, financiero y presupuestario adoptado por la Constitución, el control externo debe ser ejercido por el Poder Legislativo, de conformidad con el artículo 70. Sin embargo, su ejecución debe realizarse a través de un órgano que sea independiente en sus actuaciones y que tenga plena autonomía sobre los tres poderes, ejerciendo el control con facultades propias, que son indelegables y exclusivas, según el artículo 71. Dicho órgano es el Tribunal de Cuentas (Dias Costa, 2006).

El artículo 71 de la Constitución establece competencias para el Tribunal de Cuentas de la Federación (TCU), y el artículo 75 las extiende a los tribunales de cuentas de los estados, cuyas Constituciones deben seguir, en su caso, lo determinado para el TCU, debido al principio de simetría constitucional. Las funciones de los tribunales de cuentas pueden agruparse en cuatro categorías: 1) opinativas e informativas, mediante la emisión de opinión previa sobre las cuentas del titular del Ejecutivo y en las respuestas a las consultas formuladas al Tribunal; 2) supervisoras, en el caso de auditorías e inspecciones; 3) correctivas, cuando fijan un plazo para corregir irregularidades; y 4) jurisdiccionales especiales, en el momento de juzgar las cuentas del titular del Ejecutivo, conforme a lo previsto en el inciso II del artículo 71 de la Constitución.

En la organización político-administrativa brasileña existen un Tribunal de Cuentas Federal, varios tribunales de cuentas estatales y otros municipales —estos fueron aprobados por la Constitución de 1988, considerando que el párrafo 4, del artículo 31, prohíbe la creación de tribunales, consejos u órganos de cuentas de entidades locales—. El órgano de cuentas de la Unión supervisa las cuentas de la entidad federativa y las transferencias —a través de fondos— a entidades subnacionales, mientras que los órganos estatales monitorearán las cuentas de los estados miembros y de los municipios, cuando no existan en los municipios. Por lo tanto, en Brasil existen 33 tribunales de cuentas, entre ellos: 1 Tribunal Federal de Cuentas (TCU); 26 tribunales de cuentas del Estado (TCE)⁸; 3 tribunales de cuentas municipales del Estado (TCM)⁹; 2 tribunales de cuentas municipales¹⁰ (TCM)¹¹; y 1 Tribunal de Cuentas del Distrito Federal.

En cuanto a su composición, es mixta, ya que se compone de políticos y profesionales; así, se evidencia que el TCU tiene como miembros a 9 ministros, 3 de los cuales son designados por el Presidente de la República, entre miembros de las carreras concursadas dentro del propio TCU, y 6 de-

8. En los estados miembros de Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

9. Para todos los municipios de los estados miembros: 1) Bahía, previsto en la Constitución del Estado de 1989; 2) Goiás, establecido por la Ley 8.338, de 18/11/1977; y 3) Pará, según lo establecido en la Enmienda Constitucional N.º 13, de 16/10/1980. Se observa que el órgano de cuentas de los municipios de Ceará, creado por la Ley 2.343, de 24/06/1954, fue extinguido en 2017.

10. Solo dos municipios tienen sus propios tribunales de cuentas: 1) São Paulo, según la Ley Estatal 7.213, de 20/11/1968; y 2) Río de Janeiro, creado por la Ley Estatal 183, de 23/10/1980.

11. La sigla TCM se utiliza tanto para los tres tribunales de cuentas municipales del Estado como para los 2 tribunales de cuentas municipales. Sin embargo, existen diferencias en sus jurisdicciones y actividades.

signados libremente por el Congreso Nacional, donde la elección suele ser de exparlamentarios. Por simetría, los tribunales de cuentas estatales están formados por 7 consejeros, 2 de los cuales son elegidos en el marco técnico por el Gobernador y los otros 5 por la Asamblea Legislativa. Es importante resaltar que, además de ministros y consejeros, los tribunales de cuentas cuentan con el apoyo de un amplio equipo técnico, capacitado en diversas áreas (Bitencourt y Reck, 2018; Mileski, 2018).

Cabe señalar también que la institución de tribunales de cuentas estatales —y presentes en los municipios en casos específicos— es actualmente obligatoria, debido al principio de simetría constitucional. Dado el modelo de fiscalización previsto a nivel nacional, estos deben proteger la obediencia al modelo de órgano de cuentas federal, previsto para el TCU, incluyendo las reglas de competencia y organización. Por lo tanto, es evidente que la diferencia entre los tribunales de cuentas subnacionales y el nacional —que también fiscaliza las transferencias federales, vía fondos de participación, a entidades estatales y municipales— se centra en el número de miembros —concejeros—.

En este contexto, se observa que los requisitos para la supervisión financiera de las entidades locales —incluso en el caso de municipios pequeños— son los mismos que para las entidades estatales y nacionales. Por lo tanto, los tribunales de cuentas son órganos encargados del control externo de los recursos públicos en todas las esferas de gobierno: federal, estatal y municipal. Su actuación se rige por la Constitución Federal y las Constituciones y leyes estatales, otorgándoles la prerrogativa de analizar la legalidad, legitimidad y economía de los actos de gestión de los administradores públicos.

Además, estos tribunales tienen la facultad de juzgar las cuentas de los administradores públicos, aplicar evaluaciones y brindar orientación para mejorar la gestión; esto es, en cada nivel de gobierno, tienen la responsabilidad de monitorear la aplicación de los recursos públicos y velar por el cumplimiento de las leyes financieras y regulaciones. Por tanto, se señala que, al realizar este control financiero específico, los tribunales de cuentas contribuyen a fortalecer la gobernanza municipal, promoviendo la confianza de los ciudadanos en la gestión pública y asegurando el uso eficaz y ético de los recursos públicos.

5. Conclusión

La investigación buscó responder: ¿cuál es el papel de los tribunales de cuentas en el control de la actividad financiera en la Administración pública en el federalismo brasileño, en el nivel local? En este sentido, el abordaje del

tema se dividió en tres objetivos específicos, el primero de los cuales analizó el modelo de federalismo adoptado en Brasil y la autonomía de las entidades, con énfasis en la autonomía financiera. En este punto, se destacó que Brasil, a diferencia de muchas federaciones, está formado por un sistema que presenta tres niveles de gobierno —federalismo trino—, ya que incluye a los municipios como miembros de la federación. Además, los tres niveles de gobierno tienen sus propios poderes legislativo y ejecutivo, mientras que los niveles federal y estatal tienen sus propios poderes judiciales.

La Constitución pasó a prever los municipios como entidades federa-das, que forman la tercera esfera de gobierno, dotadas de autonomía, se-gún una lectura combinada entre los artículos 1 —que enumera las entida-des que componen la República Brasileña—, 18 —que prevé la organización político-administrativa del sistema brasileño— y 34, inciso VII, letra “c” —que reconoce y garantiza la autonomía de las entidades locales—. De este modo, la autonomía financiera es lo que más destaca, ya que es un supuesto fun-damental para los municipios, garantizándoles la capacidad de gestionar sus recursos de forma independiente.

Sin embargo, esta autonomía no debe interpretarse como un cheque en blanco para la gestión de los recursos públicos. En consecuencia, la Ad-ministración pública, en todos sus niveles, está sujeta a rigurosos controles para asegurar la transparencia, eficiencia y responsabilidad en la aplicación de los recursos. Esta descentralización de los poderes fiscales resulta en una compleja red de ingresos y gastos, esto es, la autonomía financiera no debe verse como una exención de responsabilidades, sino como un espacio para la innovación y la responsabilidad en la gestión pública local, que requiere un sistema sólido de control financiero.

En este contexto, se procedió a analizar los controles en la Adminis-tración pública brasileña, y en este punto se observó que esto involucra di-versidad de clasificaciones, por lo que, para los fines de la investigación, se adoptaron dos divisiones, en las que se pueden agrupar como sigue: 1) el momento en que se realiza el control; y 2) el organismo que ejerce el control (especies de control). En cuanto al momento en que se realiza el control, se encontró que se subdivide en tres categorías: I) previo; II) concomitante; y III) posterior.

En cuanto al órgano que ejerce el control —especies de control— se de-mostró que se subdivide en: I) administrativo o interno; II) judicial; III) social; y IV) legislativo o externo. De esta manera, el control administrativo o interno se refiere al poder-deber que ejerce la propia Administración pública sobre sus actos y agentes, derivado de los principios de autoprotección y jerarquía,

otorgándole condiciones para anular, revocar o alterar actos, además de castigar a los agentes con las penas previstas por la ley.

De esta forma, el control interno lo ejerce cualquiera de los poderes u órganos y entidades sobre los empleados o los actos realizados por estos, y este modelo de control, en un sentido amplio, se identifica como control administrativo. De supervisión presupuestaria, financiera y contable, este control adquiere un carácter específico, al ser una atribución destinada a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, estando previsto en la Constitución en el artículo 74, que tiene como objetivo salvaguardar la buena y regular aplicación de recursos públicos.

Asimismo, en el control judicial, se insta al Poder Judicial a resolver situaciones contenciosas entre la Administración pública y el ciudadano, que involucran la órbita de los tres poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial. Por lo tanto, en este control se logra específicamente la legalidad y moralidad de los actos administrativos realizados en el ámbito del Ejecutivo y en la Administración de otros órganos y entidades del Estado, siempre que no usurpe la valoración subjetiva de la Administración —el mérito administrativo—, de conformidad con el artículo 5.º, incisos XXXV y LXXIII, de la Constitución.

Además, se conceptualizó el control social, el cual está dirigido a aspectos de la política fiscal, siendo la transparencia y la participación popular elementos fundamentales para su ejercicio. Esto permite a los ciudadanos condiciones efectivas de participación y control en el proceso presupuestario, brindándoles los medios para proponer, monitorear, evaluar y controlar las acciones de los gestores públicos.

Finalmente, el control legislativo o externo lo ejerce el Poder Legislativo, siendo de carácter esencialmente político, pero también se da en el aspecto financiero, directamente, a través de sus órganos, comisiones técnicas o de investigación —Congreso Nacional: Cámara de Diputados y Senado Federal, en el nivel federal; asambleas legislativas, en los estados miembros; y Cámara Legislativa Municipal, en los municipios, que están asistidos por los tribunales de cuentas—.

Así, en el tercer y último objetivo se abordó el control financiero en los municipios, centrándose en el papel de los tribunales de cuentas en el control externo, y, en primer lugar, se destacó que a nivel local existe una especificidad en el sistema de control interno, cuando se centra en la supervisión financiera, presupuestaria y contable. Por lo tanto, el artículo 31 destaca que la supervisión de los municipios será realizada por la Legislatura Municipal,

a través del control externo, y a través de los sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal.

En cuanto al control externo ejercido en el ámbito de la supervisión financiera, contable, presupuestaria, patrimonial y operativa de las entidades de la Administración directa e indirecta, en relación con la legitimidad, legalidad, economía y supervisión de la aplicación de subvenciones y condonaciones de ingresos, se evidencia que es concedido a través de delegación constitucional, siendo ejecutada por el Poder Legislativo, en las figuras del Congreso Nacional, la Asamblea Legislativa (de la Cámara Legislativa del Distrito Federal) y las Cámaras Municipales, auxiliadas por los tribunales de cuentas de la respectiva entidad de la federación. En este contexto, la institución de tribunales de cuentas estatales —y presentes en los municipios en casos específicos— es obligatoria, debido al principio de simetría constitucional. Dado el modelo de fiscalización previsto a nivel nacional, deben mantener la obediencia al modelo del órgano de cuentas federal, previsto para el TCU, incluidas las normas de competencia y organización.

Además, la diferencia entre los tribunales de cuentas subnacionales y el nacional —que también supervisa las transferencias federales, vía fondos de participación, a entidades estatales y municipales— se centra en el número de miembros —concejeros—. Por lo tanto, los requisitos para la supervisión financiera de las entidades locales —incluso en el caso de municipios pequeños— son los mismos que para las entidades estatales y nacionales.

Asimismo, estos tribunales, como pilares del control externo en Brasil, desempeñan un papel central en el monitoreo de los recursos públicos y la promoción de una administración pública responsable y transparente. Su desempeño en los municipios es especialmente crucial, en el control de la gestión financiera, contribuyendo al desarrollo sostenible, la equidad social y la participación ciudadana, así como el análisis exhaustivo de los estados financieros de los gestores municipales, verificando la regularidad del gasto, el cumplimiento de las normas legales, la adecuada aplicación de los recursos públicos, cumplimiento de las leyes y eficiencia del gasto. Además, emiten recomendaciones y determinaciones, orientan a los gestores para corregir irregularidades y contribuir al mejoramiento de la gestión local, o sea, brindan lineamientos para el mejoramiento de la Administración a nivel municipal.

Por lo tanto, la existencia de múltiples tribunales de cuentas, distribuidos en diferentes esferas de gobierno, garantiza un control más efectivo y cercano a las realidades locales, fortaleciendo así el sistema de inspección de las cuentas públicas en Brasil. Así, al asegurar el cumplimiento de las

normas legales y los estándares éticos, estos tribunales no solo refuerzan la integridad del sistema público, sino que también fortalecen los principios democráticos para asegurar que se satisfagan los intereses y necesidades de la comunidad. Por ello, los tribunales de cuentas juegan un papel esencial en la construcción de una Administración pública más sólida y confiable en todo el país.

6. Bibliografía

- Andreas Krell, J. (2008). *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum.
- Barroso, L. R. (2006). A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. En L. R. Barroso. *Temas de Direito Constitucional* (2.^a ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- Bercovici, G. (2004). *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Bitencourt Müller, C. y Reck Rodrigues, J. (2018). A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. En R. G. Leal et al. (eds.). *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas* (pp. 45-60). Madrid: Editora Bubok.
- Bonavides, P. (2009). *Curso de direito constitucional* (24.^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Brasil. Constituição. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988*. Disponible en <http://www.planalto.gov.br> (último acceso: 28 sept. 2023).
- da Silva Corralo, G. (2012). O poder municipal na elaboração e execução de políticas públicas. *Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul*, 37, 116-130.
- Dias Costa, L. B. (2006). *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum.
- Dias Menezes de Almeida, F. (2000). *Competências na Constituição de 1988* (2.^a ed.). São Paulo: Atlas.
- Giroldo, C. N. y Lempfer Bossoli, M. (2012). Autonomia municipal e federalismo fiscal brasileiro. *Revista de Direito Público, Londrina*, 7 (3), 3-20.
- Machado Horta, R. (1995). *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Martins Guerra, E. (2019). *Controle externo da administração pública e os Tribunais de Contas* (4.^a ed.). Belo Horizonte: Fórum.
- Medauar, O. (2012). *Controle da administração pública* (2.^a ed. rev., actual. y ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- Mileski, H. S. (2018). *O controle da gestão pública* (3.^a ed.). Belo Horizonte: Fórum.
- Penalva Santos, A. (2011). Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*. Curitiba, 120, 209-230.
- Pinto Monteiro Diniz, G. (2015). *Estado de Direito e controle estratégico de contas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.
- Puccinelli Jr, A. (2012). *O federalismo cooperativo e a reserva do possível no âmbito da saúde, educação e saúde pública*. Tese (Curso de direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Salgado, E. D. y Gabardo, E. (2008). A competência legislativa municipal para a inovação da linha substitutiva em caso de impedimento ou vacância do prefeito – entre autonomia política e democracia popular. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, 8 (33), 219-241.
- Souza, C. (2005). Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociología Política*. Curitiba, 24, 105-121.

INFORME NACIONAL DE BRASIL II

La responsabilidad de los agentes públicos: la improbidad administrativa y sus formas de reparación judicial^{1,2}

Ricardo Hermany³

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Santa Cruz do Sul — UNISC

Camila Lemos de Melo⁴

Candidata a doctora.
Universidad de Santa Cruz do Sul — UNISC

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Corrupción y patologías corruptivas en la Administración pública. 3. Sanciones impuestas a los gerentes públicos según la Ley de Improbidad Administrativa (LIA) y la Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF). 4. Métodos de reparación. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

1. Investigaciones en desarrollo y derivadas de actividades realizadas en el ámbito del Grupo de Estudio “Gestión Local y Políticas Públicas”, coordinado por el Prof. Dr. Ricardo Hermany (Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul — UNISC) y vinculado al Directorio del CNPq.

2. Este trabajo fue realizado con el apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Educación Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamiento 001.

3. Postdoctoral en la Universidad de Lisboa (2011). Doctor en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos (2003) y Doctor Sandwich por la Universidad de Lisboa (2003). Maestría en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1999). Profesor del Programa de Licenciatura y Posgrado en Derecho – Maestría/Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordinador del grupo de estudio Gestión Local y Políticas Públicas - UNISC. Consultor Jurídico del CNM - Confederación Nacional de Municipios. Abogado. Correo electrónico: hermany@unisc.br.

4. Estudiante de Doctorado en Derecho del Programa de Postgrado de la Universidad de Santa Cruz do Sul. Becario CAPES, modalidad II. Maestría por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2023) y maestría en Derecho de la Unión Europea por la Universidad de Minho, bajo el régimen sándwich (2023). Licenciado en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2013). Correo electrónico: camilalmelo@yahoo.com.br.

1. Introducción

El presente estudio se guía por el hallazgo empírico de interferencia del Estado por múltiples factores, específicamente la corrupción y sus efectos en la Administración pública y la sociedad, de ahí la preocupación que motivó la investigación sobre algunas de las principales posibilidades de reparación del daño a la ciudadanía. De esta manera, la Ley de Improbidad y la Ley de Responsabilidad Fiscal en Brasil se destacan como instrumentos legales que posibilitan una mayor seguridad en la reparación de los daños causados a los bienes públicos por los responsables de su administración.

Así, el objetivo del trabajo es analizar la Ley de Improbidad y la Ley de Responsabilidad Fiscal en Brasil como herramienta para ayudar en la determinación de responsabilidad e implicaciones jurídicas para administradores y agentes públicos involucrados en actos ilegales. Con base en estas premisas, se enfatiza que la improbadidad administrativa –conceptualizada como actos ilegales, poco éticos o deshonestos– tiende a comprometer la confianza de los ciudadanos en la Administración, además de causar daños al erario y a la sociedad, por lo que se propone como un problema de investigación: ¿cuáles son las formas y su eficacia de reparación jurídica para los agentes involucrados en actos de improbadidad administrativa en el sistema jurídico brasileño?

La hipótesis planteada es que la responsabilidad de los agentes es fundamental para mantener la integridad y la transparencia, además de contribuir a la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. Por lo tanto, la Ley de Improbidad Administrativa enumera cuatro tipos: enriquecimiento ilícito, actos que causan pérdidas al erario, el otorgamiento o la aplicación indebida de beneficios financieros o tributarios, y actos que violan los principios de la Administración pública, y estos actos pueden ser reparados a través de la aplicación de sanciones civiles, administrativas y penales.

Así, para dar respuesta al problema propuesto, se utiliza el método de enfoque deductivo, realizando un análisis de datos generales –premisa mayor– a los particulares –premisa menor–, hasta la conclusión. El método de procedimiento es hermenéutico, lo que posibilita la correcta interpretación de los textos. Y en cuanto a la técnica de investigación utilizada, es bibliográfica, enfocándose en el análisis de documentación indirecta, observando los contornos y fundamentos de la legislación, obras diversas, libros, artículos, monografías, disertaciones, tesis, que brindan información sobre los temas tratados en la investigación.

En cuanto a los objetivos específicos, se enumeran tres, los cuales representan cada uno de los temas a analizar en el presente estudio. En el primero se analizarán de manera no exhaustiva la corrupción y sus patologías en la Administración pública; en el segundo se estudiarán las principales sanciones impuestas en la Ley de Improbidad y la Ley de Responsabilidad Fiscal brasileñas; y en el último se abordarán las formas de reparación existentes en Brasil.

2. Corrupción y patologías corruptivas en la Administración pública

Ante el escenario de inestabilidad, se creó un ambiente propicio para el surgimiento de “malezas” como la corrupción y actos impropios, que afectan de diferentes maneras la relación entre los ciudadanos y la Administración pública, ya que la corrupción sustrae y usurpa los fondos públicos que son esenciales para implementar políticas públicas, obras, adquirir bienes y servicios de manera eficiente y que satisfagan las necesidades de las personas. Además, los actos de improbadidad pueden causar daño al erario, enriquecimiento ilícito, y ser violatorios de los principios de la Administración, generando así una serie de perjuicios a la sociedad.

La práctica de actos corruptos en la esfera pública asombra a la sociedad, reflejándose directamente en la credibilidad de las instituciones públicas y de los administradores públicos, y, a medida que la corrupción se propaga, debilita los institutos democráticos existentes. En Brasil destacan los escándalos de la Operación Lava Jato, que con el aporte de los medios de comunicación fomentó la participación y el involucramiento de los ciudadanos frente a la crisis y a las indecoridades corruptoras expuestas por innumerables gerentes y servidores públicos.

La relevancia de la investigación aquí emprendida se revela por la observación de que la corrupción es considerada una de las principales causas de la desigualdad social y la deslegitimación de la democracia. En este sentido, la investigación *Global Shapers Annual Survey 2020* predice que, además de los enfrentamientos económicos y la polarización política, el descontento ciudadano se ha endurecido con sistemas que no han logrado promover el avance de políticas de mejora, como las prácticas anticorrupción.

La desaprobación de cómo los Gobiernos están abordando problemas económicos y sociales profundamente arraigados ha provocado protestas en todo el mundo, lo que podría debilitar la capacidad de los Gobiernos para tomar medidas decisivas en caso de que se produzca una recesión. Sin estabilidad económica y social, es posible que los países no tengan los re-

cursos financieros, el espacio fiscal, el capital político o el apoyo social necesarios para abordar riesgos globales clave (Transparency International, 2021).

En la época contemporánea, la corrupción en la Administración pública afecta directamente el modelo de Estado democrático de derecho, desestima a las instituciones públicas por la conducta de sus autoridades, contribuye al desperdicio de los recursos públicos, con la baja calidad de las obras y servicios públicos, con el desvío de fondos en áreas no prioritarias, para obstaculizar el crecimiento económico y disuadir la inversión extranjera, para una regulación excesiva, entre otras consecuencias (Zenker, 2019). La mayor demanda de transparencia en la Administración pública se observa tanto en países en transición de régimes autoritarios a sociedades más democráticas como en democracias maduras.

Como resultado de la sociedad de la información, la difusión de datos ha cambiado la forma de control de la Administración pública, ya que ha contribuido a aumentar las demandas ciudadanas de rendición de cuentas por las acciones de sus Gobiernos. El modelo de Estado de derecho promueve el control de la Administración, al estructurarse sobre la separación de poderes y los límites establecidos para el ejercicio del poder del Estado. En este sentido, este control permite vigilar, orientar y corregir la actuación de las autoridades administrativas para que no se desvíen de las normas y los principios rectores del ordenamiento jurídico y de los intereses públicos que legitiman su existencia.

Se reitera, en este contexto, que para que la integridad pueda desempeñar su papel, debe ser sensible a su finalidad, sobre todo, en las relaciones entre los ciudadanos y el poder público. Se requiere, por lo tanto, una integración permanente entre el servicio público y el pueblo, necesaria para materializar la confianza entre ambos, actualmente perdida, debido a los innumerables e incessantes escándalos de corrupción.

“Si los agentes públicos no demuestran claramente su compromiso con la integridad, será poco probable que los ciudadanos confíen en ellos o asuman buena fe en sus actividades, incluso si no son corruptos. Además, la corrupción sistémica hará que los ciudadanos honrados se alejen y se interesen cada vez menos en la política, abriendo espacio para quienes ven los cargos políticos sólo como una oportunidad para realizarse” (Zenker, 2019: 256).

La corrupción existe en innumerables ramas del conocimiento y su forma cambia según el momento en que ocurre, el lugar en que se practica, las instituciones y la formación social, política e institucional. Ha estado presente

desde los inicios de la humanidad: se difunde y se adapta de la misma manera que las sociedades se alternan estructural, jurídica y funcionalmente, siendo considerada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico en el mundo.

Hay mucho por hacer en la formación de una cultura de integridad contra la corrupción en la administración pública, y una de las posibilidades surge de la imposición de políticas públicas que prioricen el valor de la honestidad en conjunto con los esfuerzos que se realizan a nivel mundial (Santos Jr. y Petitan, 2020).

Además, según Bitencourt y Reck (2015: 38-39), “[...] defender la corrupción como un fenómeno multifacético [...] amplía las posibilidades punitivas contra quienes no sólo actúan de manera indebida, sino también contra quienes perjudican el interés público, ya sea por falta de gestión o por falta de eficiencia, entre otros. Y luego, se puede ver que la respuesta a estos problemas no puede operacionalizarse de manera tan cerrada, como en el caso del derecho penal, o del derecho administrativo o del derecho civil, como si fueran nichos en los que el derecho no se comunicaría. Por lo tanto, ante problemas complejos se deben producir respuestas que sean tan complejas como lo son para afrontarlos. Considerar la corrupción como un fenómeno multifacético significa que la ley debe proporcionar respuestas múltiples e interconectadas”.

Por último, Leal (2013) presenta una “dimensión simbólica de la corrupción” más allá de la corrupción institucionalizada, es decir, la corrupción “de valores democráticos” que afecta directamente las relaciones sociales entre los ciudadanos, las instituciones representativas y, principalmente, los directivos públicos. Así, a partir de la delimitación del concepto de corrupción como fenómeno multifacético que afecta a nuestro país y, principalmente, a las arcas públicas, analizaremos las principales formas de reparación previstas en la legislación nacional.

3. Sanciones impuestas a los gerentes públicos según la Ley de Improbidad Administrativa (LIA) y la Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF)

Tras comprender el impacto de la corrupción en la Administración pública, este estudio avanzará hacia las sanciones impuestas por actos de improbidad administrativa. En este sentido, el art. 37 de la Constitución Federal brasileña determina como consecuencias por actos de improbidad administrativa la suspensión de derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de bienes y el reembolso al erario. Desde esta perspectiva, Justen Filho (2016) explica que la improbidad administrativa puede reve-

larse como una acción u omisión que incumple el deber constitucional de moralidad en el desempeño de funciones públicas, lo que puede resultar en sanciones civiles, administrativas y penales, acumulativamente o no, según lo establece la ley.

Con la mirada puesta en la evolución legislativa de la lucha contra la práctica de actos corruptos en Brasil, en 1992 surgió la Ley de Improbidad - Ley Federal n.º 8.429 de 1992, que tiene disposiciones que se aplican al sector público y a las empresas privadas. Cabe señalar que, a pesar de no ser agente público, siempre que induzca o contribuya a la práctica de actos de improbadidad o se beneficie de ello, directa o indirectamente, se considerarán como actos impropios, según el art. 3.º de la norma.

La Ley de Improbidad Administrativa y su reciente modificación legislativa (Ley Federal n.º 14.230/2021)⁵ aborda el sistema de rendición de cuentas por actos de improbadidad administrativa, que protege la probidad y organización del Estado en el ejercicio de sus funciones, como una de las formas capaces de garantizar la integridad de los bienes públicos y sociales. La norma sufrió una actualización en 2021, y desde entonces considera como actos de improbadidad administrativa las conductas intencionales calificadas de enriquecimiento ilícito (art. 9), los actos que causan pérdidas al erario (art. 10) y que violan los principios de derecho público (art. 11).

Antes del cambio legislativo de 2021, la Ley de Improbidad preveía la pérdida del servicio público y la suspensión de los derechos políticos solo después de la sentencia definitiva e inapelable de la condena. Hoy en día, todas las sanciones previstas en la norma en discusión solo pueden aplicarse después de la sentencia firme, ya que fue dictada con el objetivo de satisfacer el deseo de combatir la corrupción –en el sentido más amplio– (Nohara, 2023).

Según Nohara (2023: 819), el acto de improbadidad, en sí mismo, no constituye delito, pero es susceptible de caracterizarlo, según lo dispuesto en el art. 12, que señala que el responsable del acto de improbadidad administrativa está sujeto a las determinaciones específicas, aplicadas individual o acumulativamente, “con independencia de la indemnización íntegra de los daños materiales, si es efectiva, y de las sanciones penales y de responsabilidad común, civil y administrativa previstas en la legislación específica”. El artículo también menciona otras sanciones además de las objetivas en la Cons-

5. Lei Federal n.º 14.230, de 26 de octubre de 2021, que modifica la Ley n.º 8.429, de 2 de junio de 1992, sobre la improbadidad administrativa. Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm (último acceso: 4 octubre 2023).

titución: pérdida de bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio, multa civil y la prohibición de contratar con el poder público, o de recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios (Ley Federal n.º 14.230, de 26 de octubre de 2021).

En resumen, la LIA tiene cuatro tipos de improbadidad: enriquecimiento ilícito, actos que causan daño al erario, incluido el de reciente incorporación, otorgamiento o aplicación indebida de beneficios económicos o tributarios, actos que violan los principios de la Administración pública. Para actos de enriquecimiento ilícito, las sanciones incluyen la pérdida de bienes o valores añadidos ilícitamente a los mismos; la pérdida del servicio público; la suspensión de derechos políticos por hasta 14 años; la disposición para el pago de una multa civil equivalente al valor del aumento de patrimonio, y la prohibición de contratar con autoridades públicas por un período no superior a 14 años.

Los actos de improbadidad administrativa que causen daño al erario público por acción u omisión intencional dan lugar a las siguientes sanciones, que podrán aplicarse acumulativamente o no: pérdida de valores o bienes añadidos al patrimonio de manera ilícita; pérdida del servicio público; suspensión de derechos políticos por hasta 12 años; el pago de una multa civil equivalente al valor del daño; prohibición de contratar con el Gobierno o recibir incentivos fiscales o crediticios por un período no superior a 12 años.

Y los actos de improbadidad que vulneran los principios de la Administración pública, según Nohara (2023: 825), independientemente del reconocimiento de la producción de daño al erario y enriquecimiento ilícito de agentes públicos, “requiere un daño relevante al bien jurídico protegido para ser objeto de sanciones”. Estos están sujetos al pago de una multa civil de hasta 24 veces el valor de la remuneración recibida por el agente público, y tienen prohibido contratar con el Gobierno o recibir beneficios o incentivos fiscales por un período no mayor de cuatro años.

La Administración pública brasileña se basa, entre otros principios, en la legalidad, con la premisa de que el administrador público actúa solo dentro de las disposiciones legales. En este sentido, la Ley de Responsabilidad Fiscal pretende fortalecer los principales ejes de la Administración pública: “planificación, transparencia, control y responsabilidad en la gestión de los recursos públicos y rendición de cuentas” (Slomski, 2008: 174).

Esta norma solidificó lo dispuesto en la Ley de Improbidad Administrativa, ya que la exigencia de un agente público honesto está en línea con la necesidad de una buena gestión financiera. La norma en cuestión estu-

vo significativamente influenciada por la Unión Europea, con el Tratado de Maastrict, que estableció el principio de repudio a los déficits públicos excesivos, los objetivos de inflación, los parámetros para el déficit presupuestario y el límite para la deuda pública. En Brasil, con la promulgación de la Ley de Responsabilidad Fiscal, las restricciones mencionadas fueron impuestas a estados y municipios, violando el principio de autonomía federativa de las entidades (Efraim y Murta, 2015).

La Ley de Responsabilidad Fiscal busca la transparencia en la gestión fiscal, a través de la publicidad de los actos realizados, permitiendo así el control de estos actos por parte de la sociedad. Además, la actuación planificada y transparente prevista en esta ley tiene como objetivo prevenir y corregir los riesgos de desviaciones que puedan influir en el necesario equilibrio de las cuentas públicas. Así, las directrices que impone la legislación, al final, se vuelven necesarias para una gestión financiera responsable y, en consecuencia, para una Administración pública moral y fiable.

La referida norma promueve la supervisión, la transparencia y el control de los actos de gestión, permitiendo sancionar a los agentes y directivos públicos que incumplan las disposiciones legales, causando daños a los asuntos públicos. Con esto, queda claro que el incumplimiento, al igual que en la LIA, puede derivar en responsabilidad penal, civil y administrativa, incluso en la terminación del mandato, cuando se trata de directivos públicos.

Por lo tanto, corresponde a cada agente público, individualmente, responsabilizarse de sus actos, lo que tampoco impide que ayuden y se comprometan con su entorno, máxime cuando hablamos de la práctica de actos corruptores en la Administración pública, porque cuando la Administración pública no actúa con probidad, responsabilidad, equidad y transparencia, esto compromete varias “libertades sustantivas que, por consiguiente, comprometen las libertades individuales” (Sen, 2010). Por ello, pasaremos al análisis de las formas de reparación existentes en la LIA y la LRF brasileñas.

4. Métodos de reparación

Tras comprender el impacto de la corrupción en la Administración pública y las sanciones impuestas a los administradores públicos en la Ley de Improbidad Administrativa y la Ley de Responsabilidad Fiscal, se avanzará en el estudio de las formas de reparación existentes en la legislación brasileña. En el ordenamiento jurídico brasileño existen instrumentos, procedimientos y mecanismos para obtener indemnización por daños causados a los bienes públicos por quienes son responsables de su administración, cuidado o ges-

tión. Estos mecanismos pueden ser administrativos o judiciales, dependiendo de las circunstancias y la gravedad del daño.

El fundamento constitucional para punición de quienes practican actos de improbadidad administrativa se ajusta al § 4 del art. 37 de la Carta Magna; conviene establecer que, en su parte final, el texto constitucional enfatiza que se aplicarán las penas previstas, sin perjuicio de la acción penal que corresponda, lo que está señalando que las sanciones impuestas no son de carácter penal, resultan de una pena prolongada en vía de ejecución judicial civil.

Respecto a la Ley de Improbidad Administrativa, debe ser observado que un acto de improbadidad puede corresponder a un delito penal siempre que se encuadre dentro de un delito tipificado en el Código Penal o en la legislación complementaria como consecuencia de la propia disposición constitucional, que establece que la ley definirá su forma y graduación sin perjuicio de las normas penales aplicables. En este sentido, Di Pietro (2024: 1004) concluye lo siguiente:

“(a) O ato de improbadade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no artigo 37, §4º da Constituição não têm natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo [...] (c) se o ato de improbadade corresponder também a um crime, a apuração da improbadade pela ação penal cabível será concomitante com o processo criminal”.

Antes de profundizar en nuestros métodos de reparación, es importante resaltar la naturaleza de las medidas previstas en la Constitución Federal en materia de improbadidad administrativa. Esta se caracteriza por un delito de carácter civil y político, que puede implicar la suspensión de dos derechos políticos: la indisponibilidad de beneficios y la no reparación de los daños causados al fisco. Sin embargo, se pueden sufrir consecuencias en el ámbito penal, con la iniciación concomitante de un procedimiento penal, cuando proceda, en el ámbito administrativo, con la iniciación concomitante de un procedimiento administrativo y con la pérdida de la función pública. Además, la idea del carácter civil y político de las medidas sancionadoras se ve reforzada por la posibilidad de su aplicación a personas que no encajan en el concepto de servidores o agentes públicos, sobre las cuales la Administración no puede exceder su poder disciplinario (Di Pietro, 2024: 1005).

Los agentes públicos en general, de acuerdo con un procedimiento absolutamente uniforme, están sujetos a tres esferas de responsabilidad: penal, administrativa y civil. En otras palabras, los agentes públicos pueden ser considerados responsables en tres esferas: la responsabilidad penal es la que resulta de la comisión de delitos por parte de agentes públicos; la responsabilidad administrativa corresponde a la violación de deberes funcionales, que atenta contra el funcionamiento del servicio público y su finalidad; se invoca la responsabilidad civil cuando se causa un daño que además debe ser reparado.

Ahora, a título de exemplificación, se puede mencionar que una de las condenas previstas en la LIA se refiere a la obligación de reparar el daño y al decreto de pérdida del patrimonio del condenado, con cosa juzgada. Además, esta sentencia puede afectar al sucesor en el ámbito patrimonial, hasta el límite del valor de su herencia. Así, al tratarse de la reparación de daños en la LIA, adopta la acción civil de reparación de daños al erario, con miras a reembolsar al erario los daños que le hayan causado mediante sanciones civiles y políticas como multas, suspensión de derechos políticos y pérdida del servicio público, según lo previsto en su art. 18:

“Art. 18. La sentencia que considera la acción basada en los arts. 9 y 10 de esta Ley impondrá una indemnización por daños y perjuicios y por la pérdida o reversión de bienes y valores adquiridos ilícitamente, según el caso, a favor de la persona jurídica perjudicada por el hecho ilícito. §1º Si es necesario liquidar el daño, la persona jurídica perjudicada procederá con esta determinación y con el procedimiento posterior para cumplir la sentencia relativa al reembolso del patrimonio público o a la pérdida o reversión de bienes. §2º Si la persona jurídica perjudicada no adopta las medidas a que se refiere el §1º de este artículo dentro de los 6 (seis) meses, contados a partir de la sentencia definitiva sobre el origen de la acción, corresponderá al Ministerio Público proceder con la respectiva liquidación del daño y cumplimiento de la sentencia relativa al reembolso del patrimonio público o a la pérdida o reversión de este, sin perjuicio de la posible responsabilidad por la omisión encontrada”.

Así, la compensación por daños prevista en la LIA fue considerada como un nuevo mecanismo para combatir la corrupción (Delgado, 2000). En definitiva, la Acción de Improbidad Administrativa derivada de la LIA prevé la responsabilidad de los agentes públicos por actos de improbadidad que causen daño al erario, además de permitir acciones judiciales para reparar el daño y la aplicación de sanciones, como la pérdida del cargo y suspen-

sión de derechos políticos. Otra forma de compensación es la Acción de Reembolso del Tesoro Público, por daños causados al patrimonio público resultantes de actos ilícitos. En este caso, corresponderá al Ministerio Público o a la propia Administración pública emprender acciones legales para recuperar las cantidades malversadas.

La preocupación por la ética y la lucha contra la corrupción en el área del derecho administrativo fue tal que la inclusión del principio de moral administrativa en la Carta Magna fue considerada como un reflejo de ello. Con su inserción, la improbadidad administrativa dejó de aplicarse solo a los agentes políticos y se extendió a toda la Administración pública, ampliando su alcance. Esto aumentó el rigor de sus disposiciones legales. Así, el principio de moralidad se correlaciona con el principio de legalidad en un sentido amplio, tratando no solo del cumplimiento del derecho formal, sino también del derecho material; y “abarcía la moralidad, la probidad y todos los demás principios y valores consagrados por el ordenamiento jurídico” (Di Pietro, 2024: 1001). En este sentido, como principios, tanto la moral como la probidad administrativa pueden confundirse, pero, como infracción, la improbadidad tiene un alcance mayor frente a la inmoralidad, al constituir la violación del principio de moral administrativa una de las hipótesis de un acto de improbadidad definido por la ley.

Además, todavía es posible recibir un reembolso del tesoro público, según el art. 37, § 6.º, de la Constitución Federal, mediante la acción de responsabilidad civil, como se vio anteriormente, y mediante la Acción Civil Pública, de legitimación activa del Ministerio Público u otras entidades en los casos de lesión al interés difuso o colectivo. Además de esto, cuando existe una irregularidad en las cuentas públicas, la LRF prevé la posibilidad de establecer un proceso contable para determinar las responsabilidades de los administradores públicos.

Es importante resaltar que la Ley Federal n.º 8.429/92 tiene su aplicación a nivel nacional y, por tanto, es de obligado cumplimiento para todas las esferas de gobierno en el momento de definir los sujetos activos (arts. 1 a 3), los actos de improbadidad (arts. 9, 10 y 11), las sanciones aplicables (art. 12), cuando establece normas sobre el derecho de representación (art. 14), cuando prevé delitos penales (art. 19) y cuando establece normas sobre prescripción de la interposición de acción judicial (art. 23). Sin embargo, la misma norma tiene disposiciones que se aplican estrictamente en el área administrativa, donde cada entidad de la federación brasileña tiene competencia exclusiva para legislar. En otras palabras, dichas disposiciones son aplicables únicamente a nivel federal y no incluyen materias de competencia concurrente prevista en

el art. 24 de la Carta Magna, por ejemplo, el proceso administrativo a que se refiere el art. 14, modificado por la Ley Federal n.º 14.230/21.

Así, podemos resumir los métodos de reparación de la LIA en actos de improbadidad administrativa que resulten en enriquecimiento ilícito; actos de improbadidad administrativa que causen pérdidas al erario; y actos de improbadidad administrativa que violen los principios de la Administración pública. Como se ve, muchos de ellos pueden corresponder a delitos previstos en la legislación penal e infracciones administrativas definidas en el Estatuto de los Servidores Públicos. Por tanto, nada impide la iniciación de procesos administrativos, civiles y penales, correspondiendo al primero investigar las infracciones administrativas conforme a las reglas establecidas en el Estatuto Funcional; al segundo le corresponde investigar la improbadidad administrativa y aplicar las sanciones previstas en la Ley n.º 8.429/21; y, finalmente, el tercero investigará el delito penal conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Cabe mencionar también los casos de concomitancia entre las instancias administrativa, civil y penal, que fueron modificados recientemente por la Ley Federal n.º 14.230/21, que determina que las sentencias civiles y penales surtirán efectos en relación con la acción de improbadidad cuando concluyan que no exista conducta o en los casos de negación de autoría. En este sentido, el § 4 del mismo artículo determina: “la absolución penal en una acción que trata de los mismos hechos, confirmada por decisión colegiada, impide la tramitación de la acción prevista en esta Ley, con comunicación con todos los motivos de absolución previstos”. Sin embargo, este párrafo está siendo impugnado por la ADIn 7.236, por violar el principio de eficiencia o máxima eficacia de las normas constitucionales, la protección deficiente y la prohibición de regresión (Di Pietro, 2024). La polémica sobre la actualización legislativa gira en torno a la disposición legal de independencia entre los órganos civil y penal, que se vería debilitada por el cambio legislativo de 2021.

Por lo tanto, los métodos de reparación previstos en la Ley de Improbidad Administrativa refuerzan la fundamentalidad en promover prácticas de transparencia y probidad en la Administración pública brasileña para restablecer la confianza de la población y el sentimiento de pertenencia colectiva, para minimizar los riesgos existentes de mala gestión y mal desempeño de los agentes públicos; y, como consecuencia, potencian los resultados positivos en el interés público. Además, la obtención de una indemnización por los daños causados a los bienes públicos puede implicar tanto procedimientos administrativos como procedimientos judiciales, en función de la naturaleza del caso y de las partes involucradas, y dependiendo la elección

del instrumento adecuado de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

5. Consideraciones finales

Como se ve, la presencia persistente y dañina de corrupción y actos indebidos en la Administración pública no solo quita recursos públicos esenciales para el desarrollo de políticas efectivas y servicios públicos de calidad, sino que también socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas. La corrupción es identificada como una de las principales causas de desigualdad social y deslegitimación de la democracia, y su persistencia amenaza la estabilidad económica y social de los países.

Además, los costes económicos de la corrupción son astronómicos y representan una parte importante del PIB mundial. La posición de Brasil en los *rankings* internacionales de transparencia también revela la urgente necesidad de medidas efectivas para combatir la corrupción; entre 2022 y 2023, Brasil bajó diez posiciones en el *ranking* internacional de percepción de corrupción publicado por Transparencia Internacional el 30 de enero de 2024, pasando a la posición 104. Ante este sombrío escenario, es crucial que se fortalezcan los esfuerzos para combatir la corrupción y que la sociedad, junto con las instituciones gubernamentales, desempeñe un papel activo en la promoción de la integridad y la responsabilización de quienes participan en prácticas corruptas.

Si bien la LIA es un mecanismo importante para combatir la corrupción y las irregularidades en la Administración pública, enfrenta desafíos en su aplicación, incluidas la lentitud del Poder Judicial, que en ocasiones compromete la efectividad de la ley en vista de su plazo de prescripción de ocho años, y la ausencia de medidas preventivas para la ocurrencia de irregularidades en el ámbito administrativo, y no solo medidas para responsabilizar a las personas una vez cometido el acto. En este sentido, los programas de integridad pública pueden contribuir a promover la prevención de actos inapropiados en el ámbito administrativo a través de la difusión de una cultura de integridad. A pesar de los desafíos existentes para la aplicación de la LIA, esta debe ser considerada una herramienta importante en la lucha contra la corrupción y la incorrección en la Administración pública.

En este aspecto, la Ley de Improbidad Administrativa y la Ley de Responsabilidad Fiscal juegan un papel indispensable en la legislación brasileña, ya que refuerzan las disposiciones establecidas en la Carta Magna sobre los principios y reglas que deben seguir los gestores y agentes públicos con

miras a una buena administración. La interfaz entre las normas surge de la necesidad de promover la ética y la gestión pública honesta, con su sector financiero planificado y equilibrado. Así, se confirma la hipótesis planteada de que la responsabilidad de los agentes es fundamental para mantener la integridad y la transparencia, además de contribuir a la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas.

6. Bibliografía

- Bitencourt, C. M. y Reck, J. R. (2015). A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista. En R. G. Leal (org.). *Patologias corruptivas: as múltiplas faces da Hidra*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.
- Brossard, P. (1990). *O impeachment* (2.ª ed.). Porto alegre: Revista dos Tribunais.
- Delgado, J. A. (2000). *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/79062453.pdf> (último acceso: octubre 2023).
- Di Pietro, M. S. Z. (2024). *Direito Administrativo* (36.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Efraim, R. da S. y Murta, A. C. D. (2015). Atos de Improbidade na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista do Direito Tributário e Financeiro. Minas Gerais*, 1 (2), 420-442.
- Garcia, M. N. (2024). *Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade*. Disponible en https://www.mpf.mp.br/atuacao-te-matica/CCR5/publicacoes/publicacoes-diversas/prerrogativa-de-foro/monica_nicida_agente-politico.pdf.
- Justen Filho, M. (2016). *Curso de direito administrativo* (12.ª ed. rev., actual. y ampl.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Leal, R. G. (2013). A corrupção como problema institucional: o impacto no âmbito dos poderes do Estado e da Sociedade Civil. En R. G. Leal. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade* (pp. 76-95). Santa Cruz do Sul: Edunisc.
- Nohara, I. P. D. (2023). *Direito Administrativo* (12.ª ed.). Barueri: Atlas.
- Santos Jr., B. dos y Petitan, A. (2020). Por uma cultura da integridade agora. En R. P. A. de Castro (coord.). *Compliance, gestão de risco e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum.
- Sen, A. (2010). *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras.

- Slomski, V. (2008). *Governança corporativa e governança na gestão pública*. São Paulo: Atlas.
- Transparency International. (2021). *Global Corruption Barometer European Union 2021 — Citizens' views and experiences of corruption*.
- (2024). *Corruption Perceptions Index 2023*. Disponible en <https://images.transparencycdn.org/images/CPI-2023-Report.pdf> (último acceso: 30 enero 2024).
- Zenkner, M. (2019). *Integridade governamental e empresarial: um espe-
ctro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em
Portugal*. Belo Horizonte: Fórum.

INFORME NACIONAL DE CHILE

El control de la gestión de los recursos financieros públicos en el derecho chileno¹

Flavio Quezada Rodríguez

Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Tarapacá

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. El control político y administrativo de la gestión de los recursos financieros públicos.** 2.1. El control político por órganos representativos y el control administrativo interno. 2.2. El control administrativo externo de la Contraloría General de la República. **3. El control judicial y la responsabilidad ante el uso indebido de recursos financieros públicos.** 3.1. La responsabilidad administrativa y patrimonial de quienes gestionan recursos financieros públicos. 3.2. La responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos. **4. Conclusiones.** **5. Bibliografía.**

1. Introducción

En el derecho chileno la Administración pública tiene por finalidad satisfacer las necesidades públicas, de manera regular y continua, e impulsar el desarrollo del país². Para concretar aquello, gestiona un conjunto de bienes muebles e inmuebles (bienes públicos), organiza y dirige a personas natura-

1. Agradezco la revisión del borrador de este trabajo a los profesores Sebastián Salazar y Gonzalo Flores. Todo error u omisión es exclusiva responsabilidad del autor.

2. Esto constituye la concreción del mandato —genérico— del Estado que dispone el inciso 4.^º del art. 1.^º de la Constitución, según el cual debe “promover el bien común”, y que se contiene en el art. 3.^º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

les competentes para las tareas que componen su función (funcionarios públicos) y dispone de medios financieros para interactuar económicamente en la sociedad (recursos financieros públicos). Es titular también de un conjunto de poderes creados y configurados jurídicamente para ser ejercidos con la misma finalidad. En suma, se trata de una organización que cuenta con un abanico de importantes instrumentos (bienes, funcionarios, recursos y poderes juridificados) para lograr un fin noble.

Sin embargo, los bienes pueden gestionarse inadecuadamente, los funcionarios no cumplir con sus tareas propias, los poderes pueden ejercerse abusivamente o ser desviados a fines privados y los recursos financieros públicos pueden utilizarse para objetivos distintos de los que impone el ordenamiento jurídico. Para intentar evitar lo anterior, desincentivarlo y sancionarlo cuando acontezca, la Administración chilena está sometida a un importante conjunto de controles institucionalizados: es controlada por órganos políticos representativos y la ciudadanía (control político y social); se controla a sí misma (control administrativo interno); es controlada por otros órganos administrativos con distintos grados de autonomía o independencia (control administrativo externo) y, finalmente, es controlada por un tercero imparcial e independiente: los tribunales de justicia (control judicial). Esto explica que el control sea tanto un elemento estructural del constitucionalismo chileno como un principio básico de su derecho administrativo³. En este esquema reposa la concreción de la finalidad de la Administración y, con ello, su legitimidad político-social (Valadés, 1998: 27-32).

Históricamente, en comparación con la región, Chile ha contado con bajos índices de corrupción (Silva, 2018: 263). En esa senda, en las últimas décadas, Gobiernos de distintas sensibilidades políticas han impulsado importantes reformas legales y constitucionales para fortalecer la probidad pública. Sin embargo, de forma paralela a sucesivos escándalos por el mal uso de recursos públicos, se ha ido asentando una percepción ciudadana muy crítica, que ha llevado a un aumento e intensificación de los controles institucionales y ciudadanos (Silva, 2018: 240-261).

Se debe advertir que el control no es un fin en sí mismo, ni su creciente ampliación e intensificación es siempre deseable, puesto que los instrumentos de control operan como un sistema: cada uno de ellos tiene efectos

3. A este respecto, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha señalado que “constituye un elemento consustancial al Estado de Derecho, que sus órganos y, en particular, aquellos que forman parte de su Administración estén sujetos a control público, sin que ninguno de ellos pueda quedar al margen de ese presupuesto fundamental” (Dictamen n.º 18.850, de 2017).

en el comportamiento de los demás. Así, un sistema de control mal configurado puede generar un bloqueo de la acción pública, su inhibición cuando resulta necesaria o una indiferencia ante las objeciones de los entes de control (Valadés, 1988: 158). De este modo, el derecho administrativo pierde su “vocación” propia: la concreción del interés general (Nieto, 1975). Precisamente es lo anterior lo que ha relevado el reciente debate sobre la denominada “administración defensiva” (Boto, 2023; Di Donato, 2023) y el llamado “miedo al lápiz” (La Rosa, 2021); incluso se ha demostrado empíricamente el desmedro de los intereses generales que provoca (Artinger *et al.*, 2019). Esta advertencia, dada la historia reciente del derecho administrativo chileno, resulta especialmente importante (Soto, 2023).

En suma, una adecuada configuración del sistema de control –en un régimen democrático– involucra a todos los órganos del poder en una perspectiva sistémica que debe ser equilibrada. Lo anterior exige que el ejercicio del control sea verificable, que dé lugar a responsabilidades efectivas, que su intensidad sea razonable, sus objetivos evaluables, su despliegue renovable, revisable para su mejora continua y permanentemente equilibrable para permitir (y no impedir) la acción pública que concreta en la realidad social los intereses generales (Valadés, 1998: 158). Articular estos elementos es una (difícil) tarea disciplinar propia –entre otras áreas– de la ciencia del derecho administrativo.

En esta ocasión se desarrollará un aspecto específico de ese esquema general: el control de la gestión de los recursos financieros públicos. Materia no menor, puesto que constituye una de las principales manifestaciones de las políticas públicas (Salvador Armendáriz, 2023: 723-724), pero que, lamentablemente, ha sido objeto de pocos estudios jurídicos y su legislación es tan fragmentaria como dispersa (Montalva, 2019: 30-31). En Chile, estos recursos son asignados por la ley y se obtienen fundamentalmente mediante dos vías: por la estimación de ingresos y gastos de la ley de presupuestos, o por la fuente del endeudamiento (Pallavicini, 2016: 211).

Se debe precisar de entrada que –desde una óptica dogmática-conceptual (*i. e. jurídica*)⁴– aquí se ha optado por la expresión “recursos financieros públicos”, como subgénero de los “recursos públicos”. Se entiende

4. Esta precisión resulta necesaria, pues la literatura nacional y extranjera disponible utiliza diversas nomenclaturas o expresiones para referirse al problema objeto de estudio, lo cual, entre otros factores, podría explicarse por la invasión de la jerga económica en esta materia. Este fenómeno reciente pareciera ocultar el importante desarrollo jurídico que tuvo desde los albores del derecho administrativo como disciplina universitaria (*v. gr.* la obra intelectual de Gaston Jèze) (Piron, 2022).

por aquellos los medios económicos con los que cuentan las Administraciones públicas y que utilizan o gestionan como gasto público que se autoriza o permite mediante la legalidad presupuestaria, para el cumplimiento de sus fines propios⁵. Se añade la expresión “financieros”, puesto que existen otros medios económicos que son considerados “activos no financieros”, tales como los bienes fiscales (Valdivia, 2019; Aparicio y Ramírez, 2022). Lo anterior tiene, por cierto, asidero en el derecho positivo vigente⁶, en cuyo marco resulta posible avanzar una clasificación entre (i) los recursos financieros públicos que pertenecen al patrimonio del fisco y son gestionados por la Administración central del Estado, (ii) los que pertenecen y son gestionados por otras personas jurídicas de derecho público, y (iii) los que son administrados por particulares, sean personas naturales o jurídicas, vía transferencias que se realizan a través de distintos mecanismos jurídicos, entre los cuales el principal es la subvención (García, 2012). En suma, se trata del control de la gestión del dinero que proviene de los contribuyentes y del cual dispone legalmente la Administración para desarrollar sus tareas (Rodríguez, 2018: 230).

Para abordar el tema antes delimitado, el presente trabajo se divide en tres partes. En la primera se aborda el control político que ejercen órganos representativos y el control administrativo, tanto interno como externo; luego, en la segunda parte, se desarrolla el régimen de responsabilidades por el uso indebido de recursos financieros públicos y el control judicial que aquello involucra; por último, se entregan algunas conclusiones sobre el tema estudiado.

2. El control político y administrativo de la gestión de los recursos financieros públicos

Como contextualización, debe tenerse en consideración que el Estado chileno es unitario-descentralizado (Valle, 2021) y que su régimen de gobierno es una democracia presidencialista (Ahumada, 2012). Lo primero, por cuanto la administración financiera del Estado –como su control– encuentra un centro de articulación e impulso político-jurídico: la Administración central a disposición del Gobierno que encabeza el Presidente, el cual es fiscalizado

5. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha sido consistente en señalar que, “en materia de administración de haberes públicos, el Estado y sus organismos deben observar el principio de legalidad del gasto, en virtud del cual los egresos que se autoricen sólo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente contemplados en la regulación aplicable” (Dictamen n.º 406.582, de 2023).

6. Decreto Ley n.º 1263 de 1975, Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado.

políticamente por la Cámara de Diputados y jurídicamente por la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia, cuya estructura piramidal reconduce finalmente a la Corte Suprema.

Lo anterior se enmarca en la garantía de las libertades propias de una democracia, que configuran un espacio público que permite la participación de la ciudadanía en las tareas gubernamentales y los asuntos administrativos. Lo dicho cuenta con sustento constitucional⁷ y es un principio básico de toda la administración pública⁸. La importancia del control ciudadano está documentada en la discusión especializada chilena, e interacciona usualmente de forma virtuosa con los controles institucionalizados, sea como consecuencia de aquellos o impulsándolos (Ramírez y Barría, 2020; Márquez y Riquelme, 2019; Pinochet, 2019).

2.1. El control político por órganos representativos y el control administrativo interno

De conformidad con la estructura territorial del Estado chileno, la legalidad presupuestaria se encuentra articulada en tres niveles territoriales: el nacional, el regional y el municipal, cada uno de los cuales se complementa con normativa administrativa de los entes territoriales respectivos (Gobiernos regionales y municipalidades). A nivel nacional, la Constitución encomienda al Presidente el “gobierno y la administración del Estado” (art. 24), lo cual, en materia presupuestaria, se expresa en la iniciativa exclusiva⁹ de toda legislación referente a “la administración financiera o presupuestaria del Estado” (inciso 3.º del art. 65), así como respecto a la ley de presupuestos (art. 67). Lo señalado previamente es uno de los rasgos propios del “fuerte” presidencialismo chileno y sus antecedentes históricos datan desde las primeras constituciones del siglo XIX (Szmulewicz, 2014).

En el seno del ejecutivo, la elaboración del proyecto de ley de presupuestos está a cargo de un servicio público especializado dependiente del

7. El inciso 5.º del artículo primero de la Constitución consagra “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, desde el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho a la participación ciudadana en la Administración pública, en general, y la local, en particular. Así, en su sentencia rol n.º 1868, del 20 de enero de 2011.

8. El inciso segundo del art. 3.º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que la Administración debe observar un conjunto de principios, entre ellos, la “participación ciudadana en la gestión pública”.

9. “Se trata de asuntos que sólo pueden iniciar su discusión legislativa cuando el Ejecutivo lo estima conveniente, sin que los parlamentarios puedan introducir mociones o proponer modificaciones en aquellas áreas incluidas dentro de estas materias” (Soto, 2009: 46).

Ministerio de Hacienda denominado “Dirección de Presupuestos”. Dicho proyecto es el resultado de un proceso previo que incluye distintos mecanismos de control de la eficaz y correcta ejecución presupuestaria del año anterior (Cornejo, 2021), en el marco de las definiciones políticas que haga el Gobierno en esta materia y la legislación sobre responsabilidad fiscal¹⁰ (Ffrench-Davis, 2016). Por otro lado, también le corresponde elaborar las propuestas de normas e instrucciones de ejecución presupuestaria que dicte el Ministerio de Hacienda y ejercer una “supervigilancia técnica” sobre las distintas “oficinas de presupuestos” que están insertas en distintas estructuras organizativas de los ministerios. A estas últimas les corresponde “velar porque la ejecución del Presupuesto se realice de acuerdo con las finalidades que señala la ley”¹¹.

Otro organismo importante en el autocontrol de la Administración es el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno. Este consejo es un órgano asesor del Presidente de la República cuyo objeto es asesorar en materias de auditoría interna y ayudar a fortalecer los procesos de gestión de riesgos, de control interno y de gobernanza de los órganos de la Administración del Estado, a través del análisis de la gestión respecto de la economía, eficiencia y eficacia; del cumplimiento de las normas y procedimientos, y de la protección de los recursos públicos y de la probidad¹².

Paralelamente a la dimensión de autocontrol antes señalada, según dispone la Constitución, corresponde a la Cámara de Diputados –en cuanto órgano colegiado— la fiscalización de los “actos del Gobierno” (numeral 1.^o del art. 52), expresión que ha sido interpretada en términos amplios por la práctica política (*i. e.* se extiende tanto a los actos de gobierno en sentido estricto como a los de la Administración pública en general, incluyendo a las empresas del Estado) y cuyos antecedentes históricos son antiguos (González, 2014; García, 2011). Su dimensión política resulta innegable y se justifica

10. Ley n.^o 20.128 sobre responsabilidad fiscal. En lo que concierne al marco institucional sobre esta materia, el legislador creó en 2019 el Consejo Fiscal Autónomo, el cual es un organismo administrativo autónomo, de carácter técnico y consultivo, cuyo objeto es “contribuir con el manejo responsable de la política fiscal del Gobierno Central” (art. 2.^o de la Ley n.^o 21.148 que crea el Consejo Fiscal Autónomo). Este consejo está integrado por cinco miembros que deben ser “expertos de reconocido prestigio profesional o académico en materias fiscales y presupuestarias”, los cuales son designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado, adoptado por dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto (art. 3.^o de la Ley n.^o 21.148 que crea el Consejo Fiscal Autónomo). Cabe precisar que, en cuanto organismo perteneciente a la Administración del Estado, se encuentra sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Sobre la extensión de sus atribuciones: Dictamen n.^o 27.875, de 2019, de la Contraloría General de la República.

11. Decreto con Fuerza de Ley n.^o 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda.

12. Decreto Supremo n.^o 17, de 2023, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

por tratarse de un órgano dotado de una importante legitimidad democrática, tanto por su elección directa como por expresar el pluralismo político de la sociedad chilena (Montalva, 2019: 34). Así, su objetivo es “influir en las decisiones políticas del Gobierno, ya sea para confirmar la línea política seguida o para disentir de la misma, de forma transparente y pública frente a la comunidad” (Bronfman *et al.*, 2013: 295).

La gestión de los recursos públicos financieros ha sido en varias ocasiones objeto de control mediante esta facultad genérica, lo cual se expresa en diversos instrumentos, tales como la adopción de acuerdos o la sugerencia de observaciones, la citación de un ministro de Estado a fin de formular preguntas relacionadas con las materias vinculadas al ejercicio de su cargo y la creación de comisiones especiales investigadoras para recabar informaciones¹³. Lo anterior institucionaliza una actividad política que culmina con un juicio o parecer acerca de determinados “actos del Gobierno”, en base a criterios jurídicos o de mérito, oportunidad o conveniencia; aunque, en definitiva, la finalidad última es generar un impacto en la opinión pública (Molina, 2018: 36).

La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional establece que cada legislatura debe constituir una “comisión especial”, denominada Comisión Mixta de Presupuesto, la cual está integrada por el mismo número de diputados y senadores. Entre sus tareas, debe “realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario. [...] [Para estos efectos,] podrá solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria que sea proporcionada por el Ejecutivo [...]. Contará para ello con una unidad de asesoría presupuestaria”¹⁴. Esta comisión controla también la política de responsabilidad fiscal en el marco de la legislación respectiva.

A nivel regional, la Constitución dispone que “[l]a Administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el de-

13. Además de lo anterior, los arts. 9.^º y 10.^º de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional habilitan a cada diputado y senador a requerir informes y antecedentes específicos a los órganos que integran la Administración pública. Los antecedentes de esta facultad se encuentran en una reforma legal de 1959 (Palominos, 2019). Cabe mencionar que el ejercicio de estas atribuciones de control puede dar lugar a una “acusación constitucional” contra ciertas altas autoridades expresamente enumeradas en la Constitución, cuya admisibilidad es declarada por la Cámara de Diputados y luego juzgada por el Senado. La sanción es la destitución del cargo y la prohibición de ejercer funciones públicas por un período de cinco años.

14. Art. 19 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. La unidad de asesoría presupuestaria opera en la práctica, aunque se ha documentado que no ha operado tal como fue ideada (Montalva, 2019: 37-38).

sarrollo social, cultural y económico de la región. [...] El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional” (art. 111). Ambos órganos son elegidos mediante elección popular directa. El consejo es un “órgano normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional. [...] [Corresponde] al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación” (art. 113).

En su calidad de órgano fiscalizador del Gobierno regional, corresponde al Consejo “[f]iscalizar el desempeño del gobernador regional en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional, como también el de las unidades que de él dependan o que ejerzan competencias propias del gobierno regional”¹⁵. Para estos efectos, cuenta con un conjunto de instrumentos de control: (i) la adopción de acuerdos o sugerencia de observaciones que se transmiten por escrito al gobernador regional y que debe responder fundadamente; (ii) la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del Gobierno regional; (iii) el encargo de auditorías internas al jefe de la unidad de control en materias específicas; y (iv) solicitar que el gobernador regional dé cuenta en una sesión especial de alguna materia específica¹⁶.

Le ley dispone que todo Gobierno regional debe contar con una unidad de control, la cual debe realizar su auditoría operativa interna, con el objeto de fiscalizar la legalidad de sus actuaciones y controlar su ejecución financiera y presupuestaria. Orgánicamente depende del gobernador regional y colabora directamente con el consejo regional en su función de fiscalización. En razón de lo anterior, le corresponde representar al gobernador regional los actos administrativos que estime ilegales, el cual debe adoptar las medidas necesarias para enmendarlo. En el caso de no hacerlo, esta unidad debe remitir los antecedentes a la Contraloría General de la República e informar por escrito al consejo regional¹⁷.

A nivel local, las municipalidades —a diferencia de los Gobiernos regionales— gozan de autonomía financiera, como una de las dimensiones de su

15. Art. 36, literal g), de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

16. Art. 36 bis de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. Además de lo anterior, cada consejero regional también puede requerir información y se le debe contestar fundadamente dentro del plazo de 30 días. Art. 36 ter LOCGAR.

17. Art. 68 quinquies de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

autonomía constitucional, razón por la cual determinan su propio presupuesto¹⁸. Los principales órganos de estos entes territoriales son el alcalde (su máxima autoridad) y el concejo municipal, ambos elegidos mediante elección popular directa. Este último ejerce funciones resolutivas, normativas y fiscalizadoras. Así, le corresponde fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipales y la ejecución del presupuesto municipal, así como analizar el registro público mensual de gastos detallados que lleva la Dirección de Administración y Finanzas. Para cumplir esta tarea, puede citar o pedir información, a través del alcalde, a los organismos o funcionarios municipales cuando lo estime necesario para pronunciarse sobre las materias de su competencia y solicitar informes a las empresas, corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subvenciones de la municipalidad.

El concejo, por la mayoría de sus miembros, puede disponer la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del municipio. Esta facultad puede ejercerse una vez al año en los municipios cuyos ingresos anuales superen las 6250 unidades tributarias anuales¹⁹, y cada dos años en los restantes municipios. No obstante lo anterior, el concejo puede disponer de la contratación de una auditoría externa que evalúe el estado de situación financiera del municipio, cada vez que se inicie un período alcaldicio²⁰.

La literatura especializada destaca la importancia del control interno en el ámbito local y señala que estos instrumentos interactúan de forma virtuosa con los demás mecanismos de control, puesto que “permiten aumentar la eficiencia y reducir los costos asociados a las actividades de control necesarias para identificar a aquellas municipalidades con mayor grado de riesgo” (Olate *et al.*, 2021: 49; Ahumada, 2022). Respecto al rol del concejo como órgano fiscalizador, estudios recientes concluyen que un riesgo importante es su eventual captura por parte del alcalde, quien —al manejar el presupuesto de la comuna— puede ofrecer programas específicos a los concejales (Lübbert, 2022: 15).

Por otro lado, en el contexto del marco de flexibilidad organizativa que habilita la ley, todas las municipalidades deben contar necesaria-

18. Sin embargo, estudios empíricos concluyen que “[...] las municipalidades chilenas no son independientes en relación a los recursos obtenidos, es decir, carecen de autonomía financiera, dado que los ingresos de la mayoría de estas representan una baja parte de los recursos totales necesarios para la operación municipal anual” (Olate *et al.*, 2021: 60). Esto sería así —según el mismo estudio—, pues existe —en la gran mayoría de las municipalidades— una alta dependencia de los recursos del Gobierno central.

19. Esto es, aproximadamente, 400 000 000 de pesos chilenos (*i. e.* US\$ 431 000).

20. Art. 80, inciso 3.^º, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

mente con una unidad interna de control²¹, la cual tiene entre sus atribuciones controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal, así como colaborar directamente con el concejo para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras. En razón de lo anterior, le corresponde representar al alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando de ello al concejo, para cuyo objeto tendrá acceso a toda la información legalmente disponible.

Finalmente, existen dos mecanismos generales de autocontrol de la Administración que resultan aplicables a todos sus órganos y que, evidentemente, se extienden también a la gestión de los recursos financieros públicos: el control jerárquico permanente y la refrendación presupuestaria. El primero se contiene en el art. 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²², y consiste en el deber de toda autoridad y jefatura de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda. Dicho control se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones. En suma, tal como ha señalado la jurisprudencia, “debe ser realizado por la autoridad antes, durante y después de la actuación, de modo que no existen actuaciones ajenas o exentas de control”, y abarca la debida protección del patrimonio público (Pallavicini, 2016: 228-230).

El art. 100 de la Constitución dispone que se prohíbe a las tesorerías del Estado efectuar cualquier tipo de pago sin un acto administrativo expedido por una autoridad competente, en el cual se exprese el fundamento legal que lo autoriza y siempre que se haya efectuado previamente la respectiva “refrendación presupuestaria” del documento que ordena el pago (*i. e.* que se ha corroborado la existencia de recursos suficientes)²³. En definitiva, esta antigua institución constituye un eficiente mecanismo de operatividad de la legalidad presupuestaria.

21. Art. 29 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

22. Esta norma se reitera en las leyes que establecen el estatuto tanto de los funcionarios de la Administración del Estado como de los funcionarios municipales.

23. Esta exigencia también se contiene en el art. 56 de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República: “Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse”.

2.2. El control administrativo externo de la Contraloría General de la República

Aunque la Contraloría General de la República integra la Administración del Estado²⁴, cuenta con una importante independencia del Gobierno y las Administraciones públicas. Es por ello que constituye el principal órgano de control administrativo externo. Por otro lado, el control judicial está recomendado a los tribunales de competencia común, cuya vía recursiva puede llegar hasta la Corte Suprema. Aunque la Contraloría es una institución que presenta similitudes con otras existentes en la región, sus rasgos particulares e importancia constituyen rasgos de identidad del derecho administrativo chileno (Obando y Allesch, 2015). Por su parte, el control judicial constituye un pilar fundamental del Estado de derecho chileno y ha adquirido en las últimas décadas un mayor protagonismo en el sistema de control (Ferrada, 2021; Cordero, 2020b).

El art. 98 de la Constitución dispone que la Contraloría General de la República es un “organismo autónomo”, el cual “ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”. Desde sus orígenes –en 1927– fue pensada como un organismo que tendría, entre otras, la finalidad de controlar el gasto público, razón por la cual “tuvo un inicio principalmente financiero, respondiendo a aquel objetivo de simple ordenación y restricción del gasto” (Letelier, 2015: 289; Silva, 2018: 149-164)²⁵. Dado que debía constituirse en un contrapeso a una Administración pública dirigida centralmente por el Presidente de la República, siempre –en tiempos democráticos– se ha caracterizado por su independencia, así como por la centralidad de su poder en la figura del Contralor General de la República (Letelier, 2015: 291).

Su máxima autoridad –el Contralor– es designado por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, que –a su vez– debe adoptarse por

24. Art. 1.^º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

25. De hecho, en la fundamentación de la ley que la creó se habla de “la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, [...] [la cual] ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios” (Letelier, 2015: 290).

tres quintos de sus miembros en ejercicio. Dicho cuórum, en el contexto del sistema político chileno, implica un importante poder de negociación de la oposición política, el cual usualmente se traduce en un poder de veto; en otros términos, su designación es el resultado de una decisión consensuada entre el Gobierno y las fuerzas de oposición. Esto explica que la autonomía constitucional se traduzca, en la práctica, en una efectiva independencia que habitualmente contrapesa (incluso incomoda) a quienes desempeñan labores gubernamentales (Jiménez, 2023: 169). Esta autoridad ejerce su cargo por ocho años, no renovables por otro período, y hasta cumplir 75 años de edad.

La clasificación tradicional de las funciones de la Contraloría distingue entre la función jurídica, la función de auditoría, la función de control del personal de la Administración del Estado, la función de contabilidad general de la nación y la función de juzgamiento de cuentas (Letelier, 2015: 294-298). En este trabajo se expondrán aquellas relevantes en el control de la gestión de los recursos financieros públicos.

La función jurídica consiste en un control de legalidad —que incluye también la constitucionalidad— de la actuación administrativa, el cual se ejerce principalmente a través de dos instrumentos: la toma de razón y la emisión de dictámenes²⁶. Ambos permiten verificar, entre otras materias, la legalidad de la gestión de los recursos financieros públicos, en cuanto dimensión especial de la legalidad administrativa. Así, v. gr., en la toma de razón de contratos administrativos que involucren montos importantes, como en la interpretación de la ley de presupuestos o las facultades de la Dirección de Presupuestos.

En breve síntesis, la toma de razón consiste en una revisión preventiva de la legalidad de los actos administrativos —que se encuentran sujetos a este control— dictados por los servicios públicos²⁷, mientras que los dictámenes son pronunciamientos de la Contraloría que se emiten de oficio o a solicitud de autoridades, parlamentarios, órganos estatales o particulares, mediante los cuales se informa acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas en materias de su competencia (Letelier, 2015: 295)²⁸. Los

26. Se añade usualmente también la denominada “refrendación de deuda pública”, la cual consiste en una especie de autorización de los documentos de deuda emitidos por los servicios públicos (Letelier, 2015: 296).

27. Este instrumento, cuyos antecedentes históricos datan del siglo XIX, ha sido objeto de una profunda modernización en el año 2019 a través de las resoluciones 6, 7 y 8 de 2019 de la Contraloría General de la República (Aldunate, 2005; Guzmán, 2019).

28. La propia Contraloría ha señalado que “[m]ediante los dictámenes, entonces, se realiza un trabajo de análisis e interpretación para fijar, con efectos generales y fuerza vinculante, el

dictámenes en su conjunto conforman la llamada “jurisprudencia administrativa”, la cual constituye “una suerte de acervo jurídico de la interpretación correcta de las normas jurídicas que afectan a la Administración” (Letelier, 2015: 296) y que resulta obligatorio o vinculante para todos los órganos de la Administración (Letelier, 2015: 295-296)²⁹. Los tribunales de justicia pueden controlar el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría General, lo cual ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual señala que aquello tiene por finalidad “verificar si en su ejercicio decidió de un modo ilícito [...], lo que supone comprobar si el organismo fiscalizador ha respetado sus precedentes” (Cordero, 2020a: 132).

Por su parte, la auditoría se define normativamente como “el proceso de análisis, crítico, metodológico y sistemático, de examen de todas o algunas de las actuaciones, operaciones o programas ejecutados por el auditado, iniciado de oficio o a petición de terceros”³⁰, esto es, constituye “la fiscalización de que el ingreso y el gasto de los fondos públicos se realicen de acuerdo a la legislación vigente” (Letelier, 2015: 296). Según la jurisprudencia de la propia Contraloría, tiene por objeto “velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público, la probidad administrativa y la inversión de los fondos públicos, como asimismo de verificar la exactitud o razonabilidad de los respectivos estados financieros y la observancia de los principios de eficacia, eficiencia y economicidad en el uso de los recursos públicos, según corresponda”³¹.

Cabe destacar que los servicios sujetos a este instrumento de control son muchos más que los sometidos a la toma de razón, lo cual incluye a particulares que perciben recursos públicos “a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada”³², así como las entidades privadas en las que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones tengan aportes de capital mayoritario, “para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas entidades, la regularidad de sus operaciones

verdadero sentido y alcance de normas legales o reglamentarias, lo que permite dar uniformidad a su aplicación a lo largo del territorio nacional” (Dictamen n.º 428343, de 2023).

29. El art. 19 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República dispone que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

30. Art. 18 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

31. Dictamen n.º 428343, de 2023.

32. Art. 25 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

y hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados”³³. Lo anterior –de conformidad con una reciente jurisprudencia– ha tenido especial importancia en materia municipal³⁴.

La resolución respectiva de la Contraloría dispone que existen tres tipos de auditorías: (i) las de cumplimiento, cuya finalidad es verificar que las actuaciones, operaciones, sistemas y programas y los aspectos de propiedad cumplen con el marco jurídico que rige al auditado; (ii) la auditoría financiera, que tiene por objeto determinar la exactitud y/o razonabilidad de la información financiera de un auditado con el marco de referencia de emisión y regulatorio aplicable; y, finalmente, (iii) la auditoría general, que tiene por finalidad velar por el cumplimiento de las normas jurídicas aplicables al auditado³⁵. Finalmente, cuando se trata de investigar hechos o situaciones puntuales, la auditoría adopta la denominación de “investigación o inspección”³⁶, según sea el caso³⁷.

Las auditorías pueden comprender también un “examen de cuentas”, esto es, una “revisión de los hechos económicos registrados en las cuentas de los auditados y su documentación de respaldo, relacionada con la custodia, administración, recaudación, recepción, inversión, pago o, en su caso, rendición de recursos”³⁸. A través de este examen, se verifica la legalidad, fidelidad de la documentación de respaldo, acreditación, exactitud de los cálculos, proporcionalidad e imputación que debe concurrir en las cuentas que se informan y presentan a la Contraloría³⁹.

El resultado de la función de auditoría es un “Informe Final u Oficio de Auditoría”, en el cual se indican la normativa aplicable a la materia auditada, ciertos antecedentes generales de lo analizado, el alcance de la auditoría, la metodología utilizada y las “observaciones” que realiza la Contraloría, *i. e.* las irre-

33. Art. 16 de la Ley n.º 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

34. Dictamen n.º 235.694, de 2022, en el cual se concluyó que “en consideración a las amplias facultades que el artículo 136 de la ley N° 18.695 entrega a esta Contraloría General respecto de las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza, para fiscalizarlas de modo análogo que a los órganos de la Administración del Estado, no se advierte motivo para excluirlas del mismo régimen de responsabilidad en el manejo financiero de los fondos de origen público que gestionen, incluso si no cuentan con personalidad jurídica, como ocurre con ciertas asociaciones municipales”.

35. Inciso segundo del art. 18 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

36. Art. 19 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

37. Arts. 20 y 21 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

38. Art. 24 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

39. *Idem*.

gularidades detectadas⁴⁰. Una unidad interna especializada del ente contralor realiza un posterior “seguimiento” de las correcciones necesarias para subsanar las “observaciones”. En el contexto de esta función, la Contraloría realiza también procedimientos disciplinarios destinados a establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos por las irregularidades que detecte; sin embargo, esta materia se analizará en la sección siguiente.

Por otro lado, la función de contabilidad consiste en “la recopilación y procesamiento de los hechos económicos de las entidades públicas que se encuentran en la cobertura del Sistema de Contabilidad General de la Nación. Del mismo modo instruye a los servicios con normas sobre contabilidad y prepara informes consolidados sobre esas cuentas” (Letelier, 2015: 298)⁴¹. Finalmente, cabe señalar que la función de juzgamiento de cuentas permite establecer la responsabilidad patrimonial de los funcionarios que administran recursos financieros públicos, materia que también se aborda en la sección siguiente.

3. El control judicial y la responsabilidad ante el uso indebido de recursos financieros públicos

En esta sección se desarrollan las responsabilidades que genera el uso indebido de recursos financieros públicos, lo cual reconduce necesariamente al control judicial de la Administración pública chilena. El contencioso administrativo es un asunto especialmente debatido en la literatura jurídica especializada, en parte debido a la fragmentación y asistematicidad de la legislación aplicable (Ferrada, 2021: XI).

A ese esquema general no se añade usualmente el estudio de los denominados “delitos funcionarios”, cuestión que resulta cuestionable, puesto que la existencia, operatividad y ampliación de la persecución penal de los funcionarios públicos repercute necesariamente en la acción pública; es decir, se trata de un asunto que no puede soslayarse por el derecho administrativo, aunque suponga un tránsito hacia la –tan sofisticada como compleja– dogmática del derecho penal. En efecto, el control de la acción pública resulta indisociable de esta dimensión normalmente ausente en el trabajo de los administrativistas.

40. Arts. 50, 51 y 52 de la Resolución n.º 20 de 2015 de la Contraloría General de la República.

41. En la actualidad esta tarea está regulada, principalmente, en tres resoluciones: (i) Resolución n.º 16 de 2015 sobre el Sistema de Contabilidad General de la Nación NICSP-CGR para el Sector Público; (ii) Resolución n.º 3 de 2020 sobre el Sistema de Contabilidad General de la Nación NICSP-CGR para el Sector Municipal; y (iii) Resolución n.º 4.848 de 2020 sobre normativa contable para las instituciones de educación superior del Estado.

En suma, quienes gestionan recursos financieros públicos —tanto funcionarios públicos como particulares— están sujetos a un régimen de distintos tipos de responsabilidad: responsabilidad administrativa, patrimonial y penal. Al igual que otros mecanismos de control, estas interactúan entre sí y, con ello, condicionan la acción pública.

3.1. La responsabilidad administrativa y patrimonial de quienes gestionan recursos financieros públicos

La Administración pública puede sancionar a quienes gestionen indebidamente los recursos financieros públicos, mediante sanciones administrativas a los particulares y medidas disciplinarias a los funcionarios públicos (Bermúdez, 2007: 39). El fundamento de las últimas está en su estructura jerarquizada, la cual genera un deber de disciplina y obediencia a las instrucciones impartidas por el superior jerárquico (Montero, 2015: 116). En concreto, las sanciones pueden consistir en una censura o reproche por escrito, multa (*i. e.* privación de un porcentaje de la remuneración mensual), suspensión del empleo o destitución.

En el ámbito disciplinario, está asentado en el derecho chileno el denominado principio de independencia de las responsabilidades, esto es, que la sanción disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o patrimonial y de la penal. Por lo tanto, la decisión que se adopte en un proceso penal no excluye la posibilidad de aplicar una medida disciplinaria en razón de los mismos acontecimientos (Montero, 2015: 122-123). Las infracciones de los deberes y obligaciones propios de los funcionarios públicos —que fueren susceptibles de una medida disciplinaria— deben ser acreditadas en el respectivo procedimiento administrativo⁴² y deben aplicarse considerando su gravedad y las circunstancias atenuantes o agravantes que se establezcan. Aquellos procedimientos son instruidos por la Administración pública a la cual está adscrito el funcionario concernido, quien adopta la decisión final, salvo en aquellos casos en que lo realiza la Contraloría General, sea por disposición legal especial o razones de oportunidad (Olguín, 2023; Ponce, 2020; Díaz y Urzúa, 2018).

Por regla general, los funcionarios que reciban una orden o instrucción que consideren ilegal deben representarlas por escrito al respectivo jerarca y, de esa forma, quedan exentos de toda responsabilidad si el superior insis-

42. En la legislación chilena son de dos tipos: la investigación sumaria y el sumario administrativo, que se distinguen por las mayores garantías de este último en atención al hecho que puede adoptar medidas más gravosas.

te en su decisión. Lo anterior cuenta con una norma especial en materia de legalidad presupuestaria, según la cual los oficiales de presupuestos deben representar por escrito las órdenes que reciban de sus jefes respectivos o el propio ministro, las cuales solo pueden insistirse por orden escrita de este último. En ese caso, se debe dar cuenta de esta situación a la Dirección de Presupuestos y a la Contraloría General. Solo de procederse así queda saneada o exenta la responsabilidad del oficial de presupuestos⁴³. Lo anterior es importante, puesto que los oficiales de presupuestos y su respectiva jefatura son solidariamente responsables de los perjuicios que ocasione la inobservancia de las leyes o reglamentos sobre los fondos fiscales. En suma, la representación de órdenes ilegales permite eximir de responsabilidad administrativa y patrimonial a estos funcionarios tan importantes en la gestión de los recursos financieros públicos.

Por otro lado, existe una responsabilidad similar a la anterior, también de índole administrativa, que determinan órganos administrativos fiscalizadores (en el derecho chileno varios de ellos se denominan “Superintendencia”) —que presentan similitudes con las denominadas “agencias independientes” del derecho (administrativo) comparado— (Cordero y García, 2012). Se trata de aquellas sanciones administrativas que se imponen a particulares que gestionan recursos financieros públicos, transferidos desde la Administración pública, por su utilización indebida. En general, al igual que en las sanciones disciplinarias, rige el principio de independencia de responsabilidades. Cabe mencionar que la legislación establece ciertos instrumentos especiales de control de estos recursos en manos privadas, entre los cuales la rendición de cuentas del sector de educación resulta paradigmática. Finalmente, todo ese esquema encuentra un mecanismo de “supracontrol” constituido por las facultades propias de la Contraloría General, que, a su vez, controla dichas “agencias”.

Tal como se ha mencionado previamente, las infracciones de las exigencias legales en la gestión de estos recursos no conllevan solo una responsabilidad de tipo administrativo de los funcionarios públicos, sino también una de índole patrimonial o civil consistente en la reparación del daño causado al patrimonio público. Esta última también aplica a aquellos particulares que gestionan recursos financieros públicos de un órgano público. Sin embargo, existe un mecanismo bastante particular y propio del derecho chileno respecto a ciertos sujetos, el denominado “juicio de cuentas”, que es sustanciado y resuelto por un órgano inserto en la Contraloría General —el Tribunal de Cuentas— y que, para estos efectos, se entiende que ejerce juris-

43. Art. 16 Decreto con Fuerza de Ley n.º 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda.

dicción, por expreso mandato constitucional y legal (Caldera Delgado, 1978: 113-114; Cerda Cattan, 2013: 60).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “el juicio de cuentas es un procedimiento de carácter contencioso administrativo en que se busca establecer la responsabilidad extracontractual de quienes se encontraban a cargo de la administración de fondos públicos, cuya cuenta, una vez realizado el examen, ha resultado reparada”⁴⁴. De este modo, “existe un órgano que ejerce funciones de examen de cuentas [la Contraloría General] y otro ente jurisdiccional asociado orgánicamente al primero [el Tribunal de Cuentas] pero distinto del fiscalizador, que determina la responsabilidad de los cuentadantes y ejerce sus funciones en forma independiente” (Cerda Cattan, 2013: 61; Jara Schnettler, 2012). En otros términos, el juicio de cuentas es el resultado de un control previo (v. gr. una auditoría) en el cual se objeta alguna rendición de cuenta (*i. e.* se formula un “reparo”)⁴⁵.

El Tribunal de Cuentas está regulado en la ley que creó la Contraloría General, la cual atribuye al Subcontralor General la primera instancia y a un órgano colegiado la segunda, constituido por el Contralor General —que lo preside— y dos abogados que hayan destacado en la vida profesional o universitaria, los cuales son designados por el Presidente de la República a propuesta en terna del Contralor General. Por último, las sentencias de segunda instancia pueden ser revisadas por la Corte Suprema, mediante el denominado “recurso de queja”⁴⁶, hipótesis ya asentada por la jurisprudencia.

En breve síntesis, para configurar la responsabilidad civil extracontractual que se establece en este proceso, deben concurrir la totalidad de sus elementos constitutivos, esto es, daño, imputabilidad de la acción u omisión y relación causal entre los dos primeros. Es decir, se requiere precisar el efectivo grado de participación que pueda caber a los demandados. Además, se debe establecer la calidad de cuentadante, esto es, que se trate de una persona que reciba, custodie, administre o pague con fondos de las entida-

44. Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 161.963-2023, de fecha 21 de noviembre de 2021.

45. Se lo define como “un acto negativo o de rechazo de la cuenta que comporta una crítica específica a la misma, en el sentido de que ésta adolece de vicios de fondo, no subsanables en cuanto a su legalidad y a la documentación que la sustenta. [...] Tiene la virtud de ser el acto jurídico procesal de parte calificado por la ley como idóneo para iniciar propiamente el denominado ‘juicio de cuentas’” (Jara Schnettler, 2012: 139).

46. En el derecho chileno se entiende por tal “un medio de impugnación que tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de sentencias interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, o en sentencias definitivas, que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario” (art. 545 del Código Orgánico de Tribunales).

des sometidas a la fiscalización de la Contraloría, y que son responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro imputables a su dolo o culpa (Montero, 2015: 124)⁴⁷.

Por último, los particulares que gestionan recursos financieros públicos también responden por los daños patrimoniales que causen al patrimonio público de conformidad con las reglas generales, esto es, según las disposiciones del Código Civil. Hace excepción a lo anterior la existencia de un servicio público cuyo objeto es defender los intereses del Estado ante los tribunales de justicia; se trata del Consejo de Defensa del Estado, el cual, por lo demás, tiene también importantes atribuciones en materia de responsabilidad penal.

3.2. La responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos

La última dimensión que se aborda en este trabajo es la responsabilidad penal de quienes gestionan recursos financieros públicos, esto es, funcionarios públicos y particulares a quienes se transfieren aquellos con fines de interés general. Tal como corresponde a un Estado de derecho, esta responsabilidad es determinada por los tribunales de justicia.

La responsabilidad penal constituye una dimensión del control judicial subdesarrollada desde el derecho administrativo chileno, posiblemente porque exige un tránsito hacia la dogmática penal que hace percibirla como ajena a lo que se entiende ser el objeto de estudio disciplinar. Sin embargo, lo anterior es un error, al menos por dos razones: en primer lugar, porque la probabilidad y efectividad de establecimiento de responsabilidades penales influye en el actuar de los funcionarios públicos, y (esta es la segunda razón) por lo mismo, la acción de la Administración pública resulta condicionada por la amplitud e intensidad de la persecución penal (Shavell, 2004: 492-514). En efecto, que toda incorrección o incumplimiento en los de-

47. En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que "tanto el artículo 98 de la Constitución Política como el propio artículo 85 de la Ley N° 10.336 hacen extensiva la responsabilidad pecuniaria derivada del examen y juzgamiento de las cuentas no sólo a los servidores estatales, sino en general a toda persona que reciba fondos o bienes públicos en tenencia, administración o custodia, de modo que bajo la denominación de 'cuentadante' deben considerarse incluidos tanto funcionarios públicos como, asimismo, toda persona, aun privada, que perciba o recepcione recursos de fuente estatal para afectarlos a un fin público determinado" (Sentencia n.º 732, de 30 de diciembre de 2016). El criterio anterior ha sido aplicado a los trabajadores de las entidades de derecho privado que pueden constituir los municipios (Dictamen n.º 235.694, de 2022).

beres y obligaciones legales conlleve o pueda conllevar una responsabilidad especialmente gravosa —como la penal— aumenta la propensión a la adopción de “decisiones defensivas” (Artinger et al., 2019: 11-12), las cuales, a su vez, suponen un sacrificio de los intereses generales, puesto que es menos probable que se adopten las mejores decisiones. De este modo, el desafío propio del derecho administrativo (tanto a nivel dogmático como científico) es equilibrar las dimensiones del control para, de ese modo, permitir una cultura de una razonable tolerancia al error que no signifique un aumento de propensión a él, ni, menos aún, de faltas a la probidad (Artinger et al., 2019: 22-23; Gutiérrez, 2018). Desde una perspectiva dogmática, lo anterior debería operar como una directriz para la reconstrucción del principio de independencia de responsabilidades en el derecho chileno.

En los últimos años ha existido una tendencia legislativa a sancionar penalmente a funcionarios públicos que incurran en actos corruptos; entre otros factores, aquello se explica por exigencias de tratados internacionales que ha ratificado Chile (Artaza, 2016). Esto ha sido objeto de reproche desde una perspectiva de política criminal, puesto que no sería la vía más idónea para responder a las causas de los actos corruptos (Hernández, 2006: 217-219).

El derecho penal chileno establece un conjunto de tipos penales para sancionar a funcionarios públicos y particulares que hacen un uso indebido de recursos financieros públicos o, en general, afectan el patrimonio de Administraciones públicas. En razón de ello, un sector de la doctrina penal afirma que “el bien jurídico comúnmente protegido por este grupo de figuras sea, tanto el patrimonio estatal como la actividad que ejercen los entes públicos tendientes a la obtención de ingresos y a la realización de gastos para la satisfacción de necesidades colectivas” (Mayer, 2007: 231). Una de aquellas figuras es el delito de fraude de subvenciones (art. 470 del Código Penal), el cual sanciona a quienes fraudulentamente obtienen del fisco, las municipalidades y demás instituciones del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas. De forma paralela, la legislación ha tipificado también hechos similares respecto a beneficios tributarios, aduaneros y de fomento (Mayer, 2009).

La malversación de caudales públicos está tipificada de tres formas en los arts. 233 a 235 del Código Penal. Así, se castiga en primer lugar al “empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga” (art. 233). Se tipifica también el denominado desfal-

co o distracción, que comete el “empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos su disposición” (art. 235), morigerando la pena en caso de que no se produzca daño o entorpecimiento. Finalmente, se castiga también la llamada sustracción culposa, en la que incurre el “empleado público que, por abandono o negligencia, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción” (art. 234) (Matus y Ramírez, 2021: 299-300).

La legislación chilena castiga también el delito denominado aplicación pública diferente (art. 236 del Código Penal), el cual comete “el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados”. La doctrina penal señala que supone la inexistencia de perjuicio al patrimonio público, por lo cual se trataría de un incumplimiento respecto a los deberes que le impone el cargo. En concreto, el sujeto activo debe administrar los fondos que aplica, esto es, tener capacidad de disposición sobre ellos, conforme a las reglas del derecho administrativo. Además, los fondos objeto material de este delito deben tener una destinación específica diferente de aquella en que se aplican, según las exigencias propias de la legalidad presupuestaria. Dado que la aplicación diferente debe ser arbitraria, no se ha entendido que incurre en este delito quien la realiza con la finalidad de “una mayor eficacia del Servicio para hacer frente a una contingencia” (Matus y Ramírez, 2021: 306-307)⁴⁸.

El delito de fraude al fisco está tipificado en el art. 239 del Código Penal y “sanciona una especial forma de fraude por engaño, en que el autor es un empleado público y la víctima, el Fisco [...]. Puesto que en este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o de un tercero” (Matus y Ramírez, 2021: 308). Así, lo comete el “empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”.

Por otro lado, el art. 241 bis del Código Penal establece otro delito, que castiga al “empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado”, el cual, por su am-

48. Se critica la existencia de este tipo, puesto que “se trata de un delito de difícil comprensión político criminal, pues se sanciona como delito una falta administrativa que no produce perjuicio y que, ni siquiera, es un hecho prohibido absolutamente, pues los cambios de destinaciones de fondos son una práctica común en la administración, por lo que parecen suficientes los resguardos administrativos disponibles en la actualidad, especialmente mediante sistemas informáticos, para evitar cualquier imputación arbitraria de gastos” (Matus y Ramírez, 2021: 307).

plitud, configura un tipo residual de delitos funcionarios (Matus y Ramírez, 2021: 298; Hernández, 2006: 215). Por último, cabe precisar que el Código Penal (art. 260) dispone una definición amplia o funcional de “empleado público”, la cual comprende en dicha categoría a “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado”; añade que “no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

4. Conclusiones

El esquema desarrollado en este trabajo permite afirmar la efectiva existencia de un sistema de control de la gestión de recursos financieros públicos en el derecho administrativo chileno, el cual involucra distintos tipos de responsabilidades. Estas últimas, a su vez, aunque son independientes, están íntimamente vinculadas, puesto que su amplitud e intensidad que configura la práctica jurídica repercute en el quehacer de la Administración pública.

Una tarea pendiente de la disciplina es entregar herramientas que permitan a los operadores jurídicos, en especial al legislador, equilibrar los mecanismos de control, para alcanzar un óptimo de efectiva protección del patrimonio público y promoción de probidad, sin que ello implique renunciar a la eficacia administrativa. La lucha contra la corrupción no debe implicar impedir que la gestión pública cumpla con su finalidad última: la satisfacción de aquellas necesidades que explican nuestra vida en comunidad.

5. Bibliografía

- Ahumada, A. (2022). La administración local y los mecanismos anticorrupción: relevancia del fortalecimiento interno. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 177-186.
- Ahumada, P. (2012). La administración presidencial y el control de la burocracia. *Revista de Derecho Público*, 76, 149-168.
- Aldunate, E. (2005). La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26, 19-30.
- Aparicio, R. y Ramírez, J. (2022). Análisis del proceso de control de inventarios en instituciones públicas chilenas: principales aspectos que emergen en la gestión de bienes públicos y propuestas de mejora, para fortalecer la eficiencia de los procesos, su probidad y transparencia. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 63-97.

- Artaza, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, 21, 307-339.
- Artinger, F., Artinger, S. y Gigerenzer, G. (2019). C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration. *Bussiness Research*, 12, 9-25.
- Bermúdez, J. (2007). La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 14, 21-41.
- Boto, A. (2023). Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital. *Documentación Administrativa*, 10, 40-58.
- Bronfman, A., Cordero, E. y Aldunate, E. (2013). *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago: Legalphublishing.
- Caldera Delgado, H. (1978). El juicio de cuentas. *Revista de Derecho Público*, 24, 113-143.
- Cerda Cattan, Á. (2013). El juzgado de cuentas y sus atribuciones. *Revista de Derecho Público*, 79, 55-81.
- Cordero, L. (2020a). El control de la Corte Suprema sobre los precedentes de la Contraloría General de la República. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 4, 125-135.
- (2020b). *El Derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: Ediciones DER.
- Cordero, L. y García, J. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho Público*, 415-435.
- Cornejo, M. (2021). Herramientas para el análisis de la ley de presupuestos del sector público. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 5, 67-97.
- Di Donato, L. (2023). Defensive Behaviour and Bad Regulation: Problems and Remedies. *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3, 1-23.
- Díaz García, L. I. y Urzúa Gacitúa, P. (2018). Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. *Revista Ius et Praxis*, 24 (2), 183-222.
- Ferrada, J. (2021). *Justicia Administrativa*. Santiago: Ediciones DER.
- Ffrench-Davis, R. (2016). La experiencia de Chile con el balance fiscal estructural. *Cuadernos de Economía*, 35, 149-171.
- García, A. (2011). Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno. *Revisa de Derecho Público*, 75, 35-50.
- García, W. (2012). La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico. *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2, 61-92.

- González, O. (2014). Atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 10, 103-126.
- Gutiérrez, E. (2018). Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales. Política Criminal*, 25, 104-143.
- Guzmán, E. (2019). Innovación en la toma de razón. Análisis de la nueva resolución. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 213-234.
- Hernández, H. (2006). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27, 183-222.
- Jara Schnettler, J. (2012). Caducidad y notificación del reparo en el Juicio de Cuentas. *Revista de Derecho Público*, 77, 135-162.
- Jiménez, G. (2023). ¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 37, 165-192.
- La Rosa, G. (2021). La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Simplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa. *Diritti Fondamentali*, 3, 171-187.
- Letelier, R. (2015). Contraloría General de la República. En J. Bassa, J. Ferrada y C. Viera (eds.). *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (pp. 285-314). Santiago: LOM.
- Lübbert, V. (2022). Desafíos de anticorrupción en municipios en Chile. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 8, 9-31.
- Márquez, M. y Riquelme, L. (2019). La participación en el presupuesto público chileno. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 2, 73-99.
- Matus, J. y Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (4.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayer, L. (2007). El patrimonio del Estado como objeto de protección penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, 205-234.
- (2009). Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 283-325.
- Molina, D. (2018). Ejercicio actual de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados: análisis empírico de acuerdos y observaciones. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 18, 35-49.
- Montalva, C. (2019). Control del presupuesto público. Rol del Congreso Nacional y de la Contraloría General de la República. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 29-48.
- Montero, C. (2015). La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio. *Revista de Derecho Público*, 82, 111-141.

- Nieto, A. (1975). La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, 76, 9-30.
- Obando, I. y Allesch, J. (2015). Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile. *Dereito, Estado e Sociedad*, 46, 156-191.
- Olate, C., Herrera, C., Arenas, F. y Santander, V. (2021). Los principales vectores financieros en la gestión de recursos municipales. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 5, 47-66.
- Olgún, A. (2023). La unidad de sumarios de la Contraloría General de la República. Origen y evolución. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 9, 35-56.
- Pallavicini, J. (2016). El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. *Anuario de Derecho Público*, 209-230.
- Palominos, X. (2019). Facultad de los parlamentarios de solicitar informes y antecedentes específicos a la Administración del Estado. Aspectos críticos en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 19, 51-64.
- Pinochet, O. (2019). Participación ciudadana en la gestión pública local: el caso de la comuna de Pudahuel. *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 1, 99-128.
- Piron, D. (2022). Le contrôle des finances publiques, contours et enjeux. En D. Piron (ed.). *Le contrôle administratif et juridictionnel des finances publiques* (pp. 1-21), Bruselas: Larcier.
- Ponce, P. (2020). Derecho a recurso, destitución y delegación de funcionarios públicos. Consideraciones en torno a un dictamen de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 32, 201-212.
- Ramírez, A. y Barría, D. (2020). Participación ciudadana en la Administración del Estado ¿Es la evaluación participativa una alternativa viable? *Revista Chilena de la Administración del Estado*, 3, 175-202.
- Rodríguez, A. (2018). Una perspectiva constitucional del control del gasto público. *Revista Española de Control Externo*, 58, 229-244.
- Salvador Armendáriz, M.ª A. (2023). Medios económicos. En F. Velasco Caballero y M. M. Darnaculleta Gardella (dirs.). *Manual de Derecho administrativo* (pp. 721-739). Madrid: Marcial Pons.
- Shavell, S. (2004). *Founations of Economic Analysis of Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Silva, P. (2018). *La república virtuosa. Probidad pública y corrupción en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Soto, P. (2023). El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36, 183-204.

- Soto, S. (2009). Iniciativa exclusiva e ideas matrizes: los aportes del Tribunal Constitucional. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 1, 45-65.
- Szmulewicz, E. (2014). Iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República en materias de gasto público: antecedentes históricos y derecho comparado. *Revista Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 11, 5-14.
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valdivia, J. M. (2019). El derecho público de los bienes fiscales. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (eds.). *El dominio público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018)* (pp. 131-150). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valle, J. (2021). *El Estado unitario chileno. Reconstrucción crítica de su ethos*. Santiago: LOM.

INFORME NACIONAL DE COLOMBIA

El control fiscal en Colombia: perspectivas, análisis y retos

Germán Lozano Villegas

*Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
de la Universidad Externado de Colombia, abogado
asesor, consultor y litigante*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Marco constitucional y legal del control fiscal en Colombia. 3. El control fiscal y la garantía convencional de derechos políticos. 4. Control fiscal en los territorios. 5. Mecanismos para resarcir a la Administración frente a daños fiscales. 6. Conclusiones: Algunas reflexiones frente al futuro y alcance del control fiscal en Colombia. 7. Bibliografía. 8. Anexos.

1. Introducción

La función de control fiscal es uno de los escenarios de mayor relevancia frente al cumplimiento efectivo de los cometidos estatales señalados en la Constitución, dado que con ella se garantiza el adecuado manejo y gestión de fondos de la Nación y por ende se vela por la protección del patrimonio público (Corte Constitucional, 2015). Para entender de mejor manera el control fiscal en Colombia, es necesario realizar una breve exploración histórica de cómo se institucionalizó esta vertiente de la función administrativa.

Por medio de la Ley 42 de 1923, se creó como servicio nacional administrativo el Departamento de Contraloría, a cargo de un funcionario denominado Contralor General de la República y un ayudante, el Auditor General, funcionarios nombrados por el ejecutivo con aprobación de la Cámara de Representantes. La creación de este órgano se dio como consecuencia de la Misión Kemmerer (Suárez Ricaurte, 2018). Constitu-

cionalmente, solo fue hasta el año 1945 con el Acto Legislativo 01 de 1945 que se incorporó este órgano de control a la Carta Política, asignándole lo que hasta el momento se denominaba la “vigilancia de la gestión fiscal”. Frente al tipo de control que se ejercía por esta entidad, a través de la Ley 20 de 1975, se fijaron los sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal, señalando que las funciones de este órgano se realizarían a través de las etapas integradas de “control previo”, “control perceptivo”¹ y “control posterior”.

Las discusiones más importantes que se dieron entre 1975 y 1991 se presentaron frente al modelo de control fiscal y estaban dadas en relación con el control previo. Este tipo de vigilancia sobre la gestión de recursos públicos se caracterizaba por presentarse con anterioridad a que actúe la Administración, concepción que para el Constituyente de 1991 resultó ser poco eficaz. En efecto, dado que para que la Administración pudiera ejecutar recursos era necesario contar con el aval previo de la Contraloría, se llegó a contar con situaciones en donde este organismo “coadministraba”, y abusaba de su poder (Mosquera y González, 2020).

La gran transformación que sufrió el control fiscal con la Constitución de 1991, se dio gracias a la transformación del modelo previo y perceptivo a uno posterior y selectivo, que se fundamenta entonces en la revisión de muestra de actuaciones ya adelantadas por los ejecutores, que se analizan frente a sus resultados. Sobre el particular, el Consejo de Estado (2011) explicó:

“Esto es, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos que son objeto de control y de los resultados obtenidos por los mismos, mediante un procedimiento técnico de elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones y actividades que permitan obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal (S.P.)”.

Este breve recuento histórico permite entender que el control fiscal como objeto de estudio ha sido dinámico y muchos factores normativos y políticos inciden en su desarrollo. Sin embargo, para lograr entender de mejor forma esta subespecie de la función administrativa, es necesario analizar las condiciones orgánicas y constitucionales actuales.

1. En relación con el control perceptivo, el mismo se entendía como aquella función asociada a “verificar objetivamente la integridad de las existencias y la correcta contabilización de las operaciones, evitando que los responsables de manejo den una finalidad diferente de la que se ha asignado, a los fondos o elementos que tengan bajo su custodia” (Gobernación del Atlántico, 2020).

2. Marco constitucional y legal del control fiscal en Colombia

A partir del título X de la Constitución Política, se desarrollan los organismos de control dentro de la estructura del Estado, entendiendo que son las autoridades que desarrollan funciones relacionadas con el control disciplinario, la defensa de los intereses de la nación y el ejercicio del control fiscal; su delimitación orgánica se da por fuera de las ramas del poder público, ya que no están adscritos ni vinculados a ninguno de ellos (Departamento Administrativo de la Función Pública, S.F.), pero pertenecen a la estructura del Estado (Rodríguez, 2011).

De acuerdo con la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional (2002), la ubicación que se dio a los órganos de control en la estructura orgánica de la Constitución asegura una garantía de autonomía de ellos, que se materializa en lo siguiente: i) ellos no pertenecen a ninguna de las ramas; ii) al tener una actuación por fuera de ellas, son independientes funcionalmente, y iii) gozan de un poder para ordenar su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión encomendada.

Dentro de este título, se organizó la Contraloría General de la República, como una entidad de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, que no tendrá funciones distintas a las del cumplimiento de su misión y al desempeño de las labores necesarias para su propia organización. A cargo de esta entidad, la Constitución de 1991 previó la existencia del funcionario público denominado “Contralor General”, elegido por el Congreso de la República, durante el primer mes de sesiones y que desempeña esta función por un periodo de cuatro años. Frente a la elección de este servidor, la Constitución previó un mecanismo para garantizar su idoneidad, a través de la realización de un concurso público que fue desarrollado mediante la Ley 1904 de 2018².

El papel de la Contraloría General de la República en relación con sus vigilados ha sido claramente definido por la jurisprudencia constitucional; en tal sentido, Corte Constitucional (2020) ha explicado que ella:

“[...] acompaña horizontal, colaborativa y armónicamente a las ramas tradicionales del poder público, a través de una función especializada y autónoma mediante la cual inspecciona la actividad fiscal externa de

2. Las etapas del proceso de selección para contralor son las siguientes: i) convocatoria pública, ii) inscripción, iii) conformación de listado de admitidos, iv) aplicación de pruebas de conocimiento, v) evaluación de criterios de selección, vi) realización de entrevista; para finalmente proceder a la elección en una sesión del Congreso en Pleno. Ciertamente, la definición del modelo de designación de este importante funcionario se dio desde la visión del sistema de *checks and balances*.

todas las instituciones del Estado desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados (S.P.)”.

Tal y como se indicó anteriormente, el nuevo modelo de control planteado por la Constitución fue el del posterior y selectivo; sin embargo, en el año 2019 se presentó una reforma constitucional profunda, que buscaba modernizar el ejercicio del control fiscal. A partir de esta reforma, se introdujo el enfoque de control preventivo y concomitante, el cual suscitó en su momento enormes dudas, ya que se confundía con el control previo que fue suprimido en 1991. Sin embargo, el enfoque de la reforma planteaba un seguimiento permanente a la ejecución de los recursos, con apoyo fundamental de dos actores: i) la población civil, que ejecuta control social, y ii) los líderes de los procesos, en el marco del control interno; sin que se llegara al extremo de coadministrar. El control preventivo fiscal, ciertamente encuentra enormes ventajas en relación con la protección del patrimonio público. La OCDE (2021: 12) ha reconocido que esta modalidad de evaluación de la gestión permite:

“[...] vigilar el nivel de ejecución de gastos de proyectos [...] en tiempo real y así intervenir de manera oportuna si se observan sobrecostos o atrasos sin tener que esperar que se termine la obra y documentar los hallazgos en una auditoría posterior”.

Sobre esta misma línea, afirmó este organismo internacional que dicho mecanismo de control, que tiene presencia en otras latitudes³, puede ayudar en la labor de prevenir riesgos asociados a la corrupción y al fraude, antes de su consumación. A diferencia de lo que sucede con el control posterior y selectivo, que básicamente identifica aquellas situaciones que han generado daños sobre el patrimonio, el control preventivo de acuerdo con la OCDE busca eliminar riesgos potenciales que puedan desencadenar daños que eran previsibles. La Corte Constitucional (2020), al analizar la constitucionalidad de la reforma constitucional, y tras efectuar un análisis comparativo entre el control preventivo y previo⁴ y el juicio de sustitución, definió como elementos centrales de la reforma los siguientes:

“[...] la Corte considera indispensable destacar que el Acto Legislativo 4 de 2019 se cuidó de advertir que el control preventivo y concomitante: (i) no implicará coadministración; (ii) se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación

3. Este control está presente en países como Perú, en Brasil en el Tribunal Federal de Cuentas, en México en la Auditoría Superior de la Federación, en Jamaica, entre otros. OCDE, *op. cit.*

4. Véase 8. Anexos: Cuadro 1. Comparativo entre el control previo y preventivo.

e impacto de los recursos públicos; (iii) mediante el uso de tecnologías de la información; (iv) con la participación activa del control social y con la articulación del control interno; (v) con carácter excepcional no vinculante; (vi) sin que pueda versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos y finalmente (vii) realizándose en forma de advertencia al gestor fiscal, cuyo ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas".

Al concluir el examen de constitucionalidad, encontró la Corte que el acto legislativo no lesionaba principios constitucionales relacionados con la separación de poderes; por el contrario, se trata de una medida que buscaba fortalecer el control fiscal frente a nuevos retos asociados a la corrupción y el uso de nuevas tecnologías.

Frente a los sistemas de control fiscal, en desarrollo de las modificaciones introducidas en el acto legislativo 4 de 2019, el Presidente de la República expidió el Decreto 403 de 2020, en donde señaló los siguientes sistemas: i) control financiero, ii) control de legalidad, iii) control de gestión, iv) control de resultados, v) revisión de cuentas y vi) evaluación de control interno; sin embargo tales disposiciones fueron anuladas por la Corte Constitucional en razón a que no existía unidad de materia entre la autorización para ejercer temporalmente la función legislativa y el contenido de lo regulado.

3. El control fiscal y la garantía convencional de derechos políticos

Una de las discusiones que se han suscitado en los últimos años, especialmente a raíz de la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, se refiere a la posibilidad de que organismos administrativos, como las contralorías, restrinjan derechos políticos de servidores públicos de elección popular. El panorama en el ordenamiento en Colombia ha sido objeto de varias posiciones que, por un lado, buscan defender el ejercicio del control (tanto fiscal como disciplinario), como herramientas que pueden intervenir frente a estos derechos; mientras que hay otras posiciones que buscan aplicar de manera integral y completa el precedente convencional.

En Colombia, la Ley 610 de 2000 creó un instrumento denominado boletín de responsables fiscales, como una publicación que socializa a las personas que hayan sido condenadas en un proceso de responsabilidad fiscal y que, a su vez, les impide acceder a cargos públicos (de cualquier tipo). Esta consecuencia jurídica fue igualmente reproducida por el Código General

Disciplinario de los servidores públicos, que en su artículo 42 plantea como una inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos el hecho de haber sido declarado responsable fiscalmente⁵.

Frente al particular, en la sentencia *Petro Urrego vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos planteó una regla convencional, relacionada con la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para esta Corte, la restricción de derechos políticos solo puede estar dada por una decisión judicial, proferida por autoridad competente, en el marco de un proceso penal. Al analizar el contexto colombiano, la CIDH (2020) señaló:

"Por otro lado, el Tribunal constata que el artículo 60 de la Ley 610 de 18 de agosto de 2000 señala que 'la Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él'. Asimismo, dicho artículo señala que no se podrán posesionar en cargos públicos 'quienes aparezcan en el boletín de responsables' hasta que se cancele la sanción. Para efectos del presente análisis, esta norma debe ser entendida en su relación con el artículo 38 del Código Disciplinario Único, el cual prevé que '[t]ambién constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: [...] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente'. De lo anterior se concluye que, aun cuando las facultades de la Contraloría no contemplan la atribución directa para destituir o inhabilitar funcionarios públicos de elección popular, las sanciones pecuniarias que pueden imponer, cuando estas resultan en la obligación de realizar el pago de una deuda fiscal de alta cuantía, como sucedió en el caso del señor Petro, pueden tener el efecto práctico de inhabilitarlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Disciplinario Único y de la prohibición a los funcionarios competentes de dar posesión a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales.

115. En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir

5. "ARTÍCULO 42. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: [...]

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente. [...]

PARÁGRAFO 1. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente".

derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento (S.P.)".

A partir de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, frente al boletín de responsables fiscales, este alto tribunal ordenó al Estado colombiano realizar una modificación del orden interno, con la finalidad de que el mismo se adecue a las garantías convencionales; sin embargo, hasta la fecha esta orden no se ha cumplido⁶.

Con anterioridad a la expedición de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico permitía el control judicial de las decisiones dictadas en procesos de responsabilidad fiscal, por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, como una garantía de protección de los derechos del involucrado. Con la reciente reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, se incorporó un control automático de legalidad, que no fue bien acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷. En efecto, esta norma terminó por ser declarada inexistente por la Corte Constitucional (2022), al considerar lo siguiente:

"[...] existía un tratamiento diferenciado entre los responsables fiscales y el resto de destinatarios de actos administrativos que carece de justificación constitucional. Señaló que el patrón de comparación estaba dado por la condición de justiciables, como ciudadanos destinatarios de actos administrativos susceptibles de ser controlados por la jurisdicción. También encontró que el trato diferenciado se concretaba en la manera disímil en que los responsables fiscales y los demás justiciables accedían a la administración de justicia. Según la demanda, unos

6. Frente a la misma, se considera que además de cumplir con el mandato señalado en la convención americana de derechos humanos, el Estado está obligado a garantizar compromisos internacionales derivados de tratados contra la corrupción. En tal sentido, es posible que en una interpretación que garanticé ello, organismos de control como la CGR o la Procuraduría puedan restringir derechos políticos, siempre que se trate de hechos derivados de corrupción (Gómez Lee, 2021).

7. Desde su creación, diferentes salas del Consejo de Estado dispusieron inaplicar el artículo 136A del CPACA, por considerar que esta norma no consagraba un medio de protección para los sujetos que han sido declarados fiscalmente, sino que menoscababa sus garantías que pueden verse mejor representadas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Consejo de Estado, 2021).

tienen control automático e integral mientras que los otros deben demandar. Según el derecho viviente del Consejo Estado, la asimetría se traduce en que unos cuentan con todas las garantías procesales y los otros no. Finalmente, y siguiendo la metodología del juicio integrado, la Corte dijo que dicho tratamiento no estaba justificado porque si bien el control automático era efectivamente conducente para lograr los fines constitucionalmente importantes de la celeridad, la seguridad jurídica y la descongestión judicial (extraídos del trámite legislativo de la norma), lo cierto es que el grado de limitación de los derechos de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad y al debido proceso era desproporcionado en comparación con el nivel de satisfacción de dichos fines (S.P.)".

De esta manera, en el ordenamiento colombiano persiste la posibilidad de que los declarados responsables fiscalmente puedan someter a control judicial aquellos actos administrativos que, potencialmente, pueden limitar el ejercicio de sus derechos convencionalmente tutelados. En efecto, para ello cuentan con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual se pueden solicitar y aportar pruebas, se puede solicitar la suspensión provisional del acto acusado y, en todo caso, el proceso judicial se tramita en doble instancia, permitiendo que el ordenamiento interno cuente con instrumentos para adecuarse a los estándares convencionales.

4. Control fiscal en los territorios

La Constitución Política, en línea con el principio de la descentralización como criterio fundante, diseñó un modelo de control fiscal para los territorios, a partir de la creación de las contralorías territoriales (artículo 272 C.P.). En efecto, la disposición en cuestión autorizó a los concejos distritales y municipales y a las asambleas departamentales para que ellas crearan, en sus respectivas entidades territoriales, contralorías como organismos técnicos dotados de autonomía administrativa y presupuestal. Las contralorías territoriales están bajo el liderazgo de un contralor territorial, servidor público que es igualmente electo por las asambleas y los concejos para un periodo de cuatro años, que no puede coincidir con el del Gobernador o Alcalde. Ahora bien, para su elección, la Constitución definió que la misma se daría previa una convocatoria pública, en la que se garantizaran "los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género"⁸.

8. Artículo 272 C.P.

A pesar de la garantía constitucional de autonomía, con la que se crearon las contralorías territoriales, lo cierto es que las modificaciones introducidas con el acto legislativo 4 de 2019 llevaron a incrementar las facultades de la Contraloría General de la República en relación con las territoriales. Veamos cómo se dio ello:

- En primer lugar, se estableció una competencia prevalente de la CGR para realizar evaluación de la gestión fiscal y control respectivo sobre entidades territoriales, asunto que sería regulado por la Ley.
- En segundo lugar, el Contralor General de la República debe llevar un registro de la deuda pública de las entidades descentralizadas territorialmente.
- En tercer lugar, corresponde al Contralor General de la República dictar normas generales para que se garantice la armonización de los sistemas de control fiscal, tanto del orden nacional como territorial.
- En cuarto lugar, se habilitó al Contralor General de la República a intervenir en casos excepcionales en las funciones de control y vigilancia de las contralorías territoriales. Para llevar a cabo dicha función, debe mediar solicitud del gobernante local, de la corporación de elección popular correspondiente (asamblea o concejo), de una comisión permanente del Congreso de la República o por petición ciudadana a través de un mecanismo de participación ciudadana. De igual manera, procederá por petición de la propia contraloría.
- La relación funcional que se da entre las contralorías territoriales y la Contraloría General de la República se regula por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad⁹.

9. La definición y caracterización de estos principios fue realizada por el legislador extraordinario a través del Decreto-ley 403 de 2020, en donde se indicó frente a estos componentes generales:

- Concurrencia: en virtud de este principio, la CGR comparte competencias en materia de vigilancia y control fiscal con las contralorías territoriales.
- Coordinación: de acuerdo con lo señalado en la Ley, el ejercicio de las competencias concurrentes se hace armónica y colaborativamente, sin que implique que las funciones especiales de la CGR anulen la competencia de las contralorías territoriales.
- Subsidiariedad: la competencia de las contralorías territoriales debe hacerse de la manera más próxima con el ciudadano, sin perjuicio de que la CGR intervenga directamente en los asuntos propios de las contralorías territoriales.

En aplicación del principio de prevalencia, “cuando la Contraloría General de la República inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; así mismo, si la contraloría territorial inició un ejercicio de control fiscal y la Contraloría General de la República decide intervenir de conformidad con los mecanismos establecidos en el presente Decreto Ley, desplazará en su competencia a la contraloría territorial, sin perjuicio de la colaboración que las contralorías territoriales deben prestar en estos eventos a la Contraloría General de la República”¹⁰.

La limitación de la autonomía de las contralorías territoriales, de igual manera se materializa en la estructuración legal del modelo de control fiscal. En efecto, el artículo 5 del Decreto-ley 403 aseguró que las acciones y los objetos de control en el ámbito territorial son establecidos con independencia técnica, pero con las siguientes barreras:

- Que esa independencia técnica sea supeditada a la “colaboración técnica” que puede existir con la Contraloría General de la República.
- Pese a que las contralorías territoriales pueden definir los procedimientos técnicos de control, los métodos y las formas de rendir cuentas por parte de los sujetos vigilados, en todo caso, la Contraloría General de la República tiene la facultad de unificar y estandarizar la vigilancia y el control fiscal, acto que en todo caso tiene carácter vinculante para las contralorías territoriales.

De igual manera, para el ejercicio del control preferente por parte de la Contraloría Territorial, se crearon unos instrumentos en favor de la Contraloría General de la República que son los siguientes: a) vigilancia fiscal concurrente integral o selectiva, transitoria o permanente; b) Plan Nacional de Vigilancia y Control Fiscal; c) Sistema Nacional de Control Fiscal —SINACOF—; d) acciones conjuntas y coordinadas entre contralorías; e) intervención funcional de oficio¹¹; f) intervención funcional excepcional; g) fuero de atracción.

10. Artículo 3 del Decreto-ley 403 de 2020.

11. En desarrollo del mandato de intervención funcional oficiosa, el legislador extraordinario quiso ser precavido al establecer criterios objetivos para su procedencia; v. gr., la existencia de objetos de control con trascendencia o impacto social, económico, ambiental o político; la falta de capacidad técnica de la contraloría territorial; sin embargo, dio un amplio margen de discrecionalidad al Contralor General de la República, quien en un tercer supuesto puede intervenir por su decisión, obedeciendo criterios “técnicos de pertinencia, eficiencia, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad (artículo 19 del Decreto-ley 403 de 2020).

Tal vez uno de los aspectos más controversiales y que compromete la autonomía territorial¹², tanto de la Contraloría en ejercicio de sus funciones como de las mismas corporaciones públicas de elección popular, está dado por la intervención administrativa. De acuerdo con lo señalado en el artículo 32 del Decreto-ley 403 de 2020, esta intervención es un desarrollo del principio de subsidiariedad, que permite a la Contraloría General de la República asumir, de manera temporal y parcial, las competencias de las contralorías, no solo desde la perspectiva misional, sino también administrativa, para garantizar la objetividad y eficiencia en el ejercicio del control fiscal.

En la práctica, la intervención implica que la Contraloría General de la República –CGR– designa un agente interventor que asume las funciones del Contralor Territorial, en lo relacionado con las causas que dieron origen a la intervención, y por tanto, el contralor territorial conserva sus competencias en los demás asuntos. Es claro que, en la actualidad, la posición de la CGR es privilegiada y se encuentra realmente fortalecida, teniendo en cuenta que el legislador le asignó competencias no solo frente a autoridades y gestores fiscales en ese orden, sino que tiene prevalencia para el control igualmente en el ámbito territorial. A partir de esta visión, pueden construirse entonces dos apreciaciones del grado de autonomía e independencia de las contralorías territoriales:

- No cuentan con la suficiente autonomía y pueden verse coartadas en su independencia técnica: Frente a esta visión, se puede decir que los entes de control fiscal territorial no tienen la suficiente autonomía, por las siguientes razones:

12. La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de valorar recientemente los estándares de autonomía e independencia de las contralorías departamentales. En la sentencia C-376 de 2022, el Alto Tribunal explicó lo siguiente: "En resumen, las contralorías departamentales son órganos de control que ostentan autonomía e independencia. La autonomía se refiere a la capacidad de ejercer su función de control fiscal a través de una administración y presupuesto propios. También implica, en principio, que el servidor público que dirige el órgano de control no sea designado ni pueda ser removido por funcionarios pertenecientes a las entidades a las que está llamado a vigilar, así como que los actos mediante los cuales se ejerce la vigilancia fiscal no estén supeditados a la aprobación o revisión de los entes vigilados. Por su parte, la independencia conlleva la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales asignados a esos organismos de control. Con todo, el ejercicio adecuado de la vigilancia fiscal requiere la independencia y autonomía de los órganos que la ejecutan, sin perjuicio del mandato de cooperación que deviene transversal a todas las entidades que hacen parte del Estado colombiano".

El ejercicio interpretativo realizado por la Corte, realmente es válido si se toma en cuenta la autonomía e independencia desde la perspectiva orgánica interna del ente territorial, es decir, de la relación de los órganos de control frente a sus vigilados. Ciertamente, las apreciaciones objetivas permiten determinar que los entes territoriales cuentan con un control fiscal independiente, que es ejercido por autoridades propias.

- Su labor puede ser intervenida desde diferentes instrumentos, inclusive apelando a facultades discrecionales, en las cuales el Contralor General de la República tiene amplio manejo.
- Es posible que la CGR intervenga mediante agente el ejercicio de las funciones de las contralorías territoriales, haciendo que ellas sean susceptibles de ser reemplazadas en el ejercicio ordinario de sus funciones, inclusive, pudiendo ordenar medidas de tipo administrativo interno.
- En todo caso, la CGR cuenta con la posibilidad de asumir el control fiscal preferente, instrumento que puede vaciar el contenido funcional de las contralorías territoriales.

De igual manera, se puede considerar el riesgo frente a la independencia técnica de las contralorías territoriales, cuando se asigna la competencia a la CGR para expedir, con carácter vinculante, una unificación y estandarización respecto de los procedimientos técnicos de control, métodos y formas de rendir cuentas, así como los mecanismos para el ejercicio de la facultad de vigilancia fiscal. Mientras tanto, desde una visión menos estricta, se puede indicar lo siguiente:

- El ejercicio de control fiscal en el ámbito territorial es autónomo e independiente, y las medidas adoptadas por el legislador están encaminadas a asegurar fines legítimos, como asegurar la objetividad e imparcial del control: Esta visión esencialmente contempla que la función de control fiscal territorial es autónoma e independiente, frente al orden nacional, ya que las competencias entregadas a la CGR son todas excepcionales y atienden a criterios objetivos. De igual forma, pese a que existen estos instrumentos de intervención, los mismos están constitucionalmente avalados, y adquieren relevancia en ciertos escenarios en los cuales se pueden ver afectadas la objetividad y la calidad del control.

A partir de todo lo expuesto, y al margen de la posición que se adopte frente a esta temática, no se puede dejar de admitir que se ha buscado modernizar el ejercicio de control fiscal en los territorios. En efecto, tanto las modificaciones constitucionales como legales, han buscado fortalecer el ejercicio de este control, entregando amplias facultades a los diferentes órganos según su nivel y buscando la especialización de sus funciones¹³. En

13. Muestra de ello es la creación de un sistema especial de carrera administrativa para los funcionarios de las contralorías territoriales, materializado con la expedición del Decreto 409 de 2020.

tal caso, el equilibrio entre las competencias de la CGR y la autonomía territorial depende ya no de la consignación abstracta de facultades entre uno y otro ente, sino del uso adecuado, racional y proporcional de las funciones que les han sido asignadas.

5. Mecanismos para resarcir a la Administración frente a daños fiscales

En Colombia, para lograr la determinación de responsabilidad por el daño al patrimonio del Estado, con ocasión o en ejercicio de la gestión fiscal, existe el proceso de responsabilidad fiscal, regulado por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011. El mismo, garantiza la reparación al Estado mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para la determinación de responsabilidad, la Ley cualifica los sujetos que pueden ser objeto de este tipo de trámite, a aquellos que ejerzan gestión fiscal, en los términos del artículo 3 de la Ley 610 de 2000¹⁴.

Frente a esta cualificación, la Corte Constitucional ha señalado que este concepto resulta preponderante para la determinación de responsabilidad fiscal, y, en su ausencia, no es posible adelantar este tipo de procedimientos, por desbordar la esfera de vigilancia y control por parte de estos organismos¹⁵. El trámite adelantado en el proceso de responsabilidad fiscal es puramente administrativo y no tiene connotaciones jurisdiccionales, es adelantado tanto por las contralorías territoriales como por la General de la República, y el mismo no tiene naturaleza sancionatoria, sino puramente resarcitoria. Al respecto, la Corte Constitucional (2014)¹⁶ ha explicado que el mismo tiene las siguientes características:

14. "ARTÍCULO 3º. GESTIÓN FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

15. En la sentencia C-438 de 2022, la Corte Constitucional declaró inexistente el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, al considerar que tal disposición disponía que particulares son responsables fiscales sin tener la calidad de gestores fiscales.

16. De igual manera, la Corte Constitucional (2014) en la sentencia T-738 explicó: "La Corte Constitucional ha señalado que el proceso de responsabilidad fiscal comprende el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelanta la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales, con el fin de determinar la responsabilidad que corresponde por la administración o manejo irregular de los dineros o bienes públicos. En el trámite de la responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan

"Con base en el régimen jurídico vigente en cada momento, se han establecido una serie de características predicables de esta forma de responsabilidad. En la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal (S.P.)".

De esta manera, puede indicarse que el proceso de responsabilidad forma parte propiamente de la función administrativa de control fiscal, que se subdivide fundamentalmente en dos etapas: i) una en donde se realiza la vigilancia de la gestión fiscal (mediante auditorías, control preventivo, entre otras), y ii) el proceso de responsabilidad propiamente dicho, con las características descritas.

De acuerdo con lo señalado por la Ley, para que se pueda establecer responsabilidad fiscal, se requieren los siguientes elementos: i) en primer lugar, una conducta dolosa o culposa, atribuible al sujeto cualificado (gestor fiscal), la efectiva materialización del daño patrimonial al Estado, y un nexo causal entre uno y otro. A la luz de lo señalado en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, la culpa que permite establecer responsabilidad fiscal es culpa grave, y por tanto se trata de un procedimiento de responsabilidad subjetivo, en donde es necesario que la conducta del procesado se encuadre dentro de un estándar contrario al comportamiento objetivo exigido al gestor fiscal.

Para adelantar este trámite resarcitorio, el legislador expresamente planteó un término para su ejercicio, de tal forma que las contralorías cuentan con cinco años desde la ocurrencia de los hechos para proferir el respectivo auto de apertura del proceso; este término considerado como de caducidad. Por su parte, una vez iniciado el proceso, la Contraloría cuenta con cinco años para determinar la responsabilidad o no del implicado, so pena de su prescripción. Estos términos forman parte de las garantías del debido proceso¹⁷, pues aseguran que las acciones que generen perjuicios fiscales no

el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal".

17. Uno de los asuntos que más discusiones generó una vez expedida la Ley 610 correspondió a la excepción de cosa juzgada que existe en los procesos de responsabilidad fiscal, siendo esta una garantía asociada al debido proceso del artículo 29 de la Constitución. En efecto, el

desencadenen potestades eternas, sino que se encuentren efectivamente limitadas en el tiempo.

El proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo con la descripción legal adjetiva, puede desarrollarse a través de dos procedimientos diferentes: el ordinario¹⁸ y el verbal¹⁹; este último se aplica cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación, es decir, cuando existe demostración objetiva del daño o detrimiento al patrimonio económico del Estado y existen testimonios que ofrecen serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que compromete la responsabilidad fiscal de los implicados.

El proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo con lo señalado en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, será de única instancia²⁰ cuando el daño patrimonial sea igual o inferior a la menor cuantía de la contratación de la

artículo 17 señala: "ARTÍCULO 17. REAPERTURA. Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrarre que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal".

La Corte Constitucional (2008), en la sentencia C-382 de 2008, consideró que esta medida, de excepción a la cosa juzgada, era constitucional, en la medida en que (i) es dictada por el legislador dentro del marco amplio de sus competencias constitucionales; (ii) por su intermedio se persigue un fin legítimo –la justicia material y la defensa del orden justo y del patrimonio público–; (iii) la misma es razonable y no arbitraria, toda vez que opera conforme a causales específicas constitucionalmente admisibles y dentro de unos términos previamente establecidos en la ley: el consagrado para la caducidad y la prescripción, y, finalmente, (iv) es también una medida proporcional, pues si bien consagra una excepción al principio de cosa juzgada, redunda en beneficio de valores y fines constitucionales de mayor jerarquía como la justicia y el orden justo (S.P.).

Sin embargo, en nuestro criterio y pese a que no se trata de un proceso sancionatorio sino resarcitorio, es una medida inconstitucional, dado que efectivamente desconoce la cosa juzgada, abriendo paso a que los entes de control fiscal puedan abrir cuantas veces consideren necesaria una causa, que terminó por una negligencia probatoria y solo sería admisible la misma en eventos en los cuales: i) se trate de una prueba sobreviniente o cuando la decisión inicialmente adoptada de terminación se fundamente en pruebas falsas.

18. Véase 8. Anexos. Cuadro n.º 2 del procedimiento ordinario fiscal.

19. Véase 8. Anexos. Cuadro n.º 3 del procedimiento verbal fiscal.

20. Es claro que, durante el procedimiento administrativo, el investigado tiene múltiples garantías de defensa; sin embargo, la existencia de procesos de única instancia puede plantear ciertas restricciones al derecho al debido proceso. En este sentido, debe indicarse que los procesos de esta naturaleza se encuentran constitucionalmente justificados en la libertad de configuración legislativa, que en todo igualmente garantiza la posibilidad de impugnación de estos actos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en donde se garantiza la doble instancia del proceso judicial.

respectiva entidad. Es pertinente señalar que el proceso de responsabilidad fiscal, a pesar de ser resarcitorio, ostenta elementos propios de procesos sancionatorios. En efecto, una visión del mismo comparado con el proceso disciplinario encuentra que comparten dos etapas fundamentales: una de instrucción (que va en el disciplinario hasta el pliego de cargos o su equivalente en responsabilidad fiscal que es la imputación) y otra de juzgamiento (que va desde la notificación del pliego de cargos en el disciplinario, o su equivalente en el proceso de responsabilidad fiscal, hasta el fallo correspondiente)²¹.

Una vez culminado el proceso de responsabilidad fiscal, este podrá llevar únicamente a dos caminos: exoneración de responsabilidad o declaratoria de responsabilidad fiscal. En este último caso, la Ley determinó las siguientes consecuencias:

- El fallo de responsabilidad fiscal presta mérito ejecutivo; una vez esté en firme y para su cobro, las entidades pueden hacer efectiva la facultad de jurisdicción coactiva.
- Como se indicó, los fallos de responsabilidad fiscal son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.
- Tal y como se explicó al inicio del texto, la responsabilidad fiscal genera la inclusión en el boletín de responsables fiscales, instrumento que conforme a lo explicado amerita una revisión ante la posible colisión de la misma, respecto de lo señalado en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- La declaratoria de responsabilidad fiscal habilita a que la Contraloría correspondiente solicite a la autoridad administrativa la caducidad del contrato, siempre que se cumplan los requisitos legales para ello (que esté en ejecución y no se haya liquidado el contrato).

21. Ahora bien, así como sucede en los procesos de índole disciplinaria a partir de la expedición de la Ley 2094 de 2021, en los cuales se garantiza la división de roles entre instrucción y juzgamiento, y conforme a la estructura procesal antes vista, una opción de mejora para favorecer los derechos de los vinculados es que se plantee una división de roles, que asegure que dos autoridades independientes conozcan de la fase inicial del proceso (desde la indagación hasta el auto de imputación) y la fase final del proceso (desde la notificación del auto de imputación hasta el fallo de responsabilidad fiscal). Sin embargo, es claro que, en todo caso, el trámite regulado tanto en la Ley 1474 como en la 610 contempla múltiples garantías de defensa de los vinculados. Las mismas, aunque no ostentan la misma rigurosidad de los procesos penales, sí plantean instrumentos idóneos de defensa.

Debido a estas condiciones, el ordenamiento ha planteado múltiples garantías procesales para los vinculados a estos procesos, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Motivación obligatoria de las decisiones, y las mismas deben fundarse en pruebas válidamente recopiladas durante el trámite.
- Previo a la imputación, es obligatorio que se escuche en versión libre al procesado.
- El vinculado en un proceso de responsabilidad fiscal puede ser asistido con abogado de confianza. En caso de que no sea localizado se le nombrará defensor de oficio.
- Existen unos términos claramente definidos, que son perentorios de conformidad con la Ley.
- Se garantiza al vinculado su defensa; para ello podrá presentar sus argumentos en las diferentes etapas, puede solicitar pruebas, así como impugnar sus decisiones (salvo el caso del proceso de única instancia).

A pesar de que existen enormes garantías para los involucrados en este tipo de procesos, es necesario que aún se aborden algunos aspectos que pueden garantizar la satisfacción plena del derecho al debido proceso, tal como se explicó en este acápite.

6. Conclusiones: Algunas reflexiones frente al futuro y alcance del control fiscal en Colombia

Las reflexiones que hasta el momento se han señalado nos han permitido observar la manera como se desarrolla el control fiscal en Colombia. La estructura de control fiscal en Colombia, ciertamente se plantea desde dos perspectivas: una preventiva y otra resarcitoria. Dentro de la función preventiva, encontramos que las autoridades que ejercen el control fiscal tienen la posibilidad de analizar, en tiempo real, la ejecución del gasto público, y formular las advertencias correspondientes, sin incurrir en coadministración. Ahora bien, es importante que esa función preventiva y de vigilancia se encuentre enlazada a la resarcitoria, para garantizar así que cuando haya detrimento del patrimonio público se pueda recuperar el daño inferido.

La estructura orgánica en la que se encuentran inmersas las contralorías, igualmente garantiza la independencia y autonomía de este ente de

control. Para el caso de la Contraloría General de la República, el mecanismo de elección permite un control fiscal objetivo, ya que en el mismo participa el Congreso y sobre él media un concurso público, en el que se verifican las calidades para cumplir con esta función. Aunque, por supuesto, existen riesgos de captura y corrupción asociados al ejercicio del control fiscal, los controles dispuestos para la verificación de la conducta de los servidores públicos de estas entidades pueden ser efectivos. En efecto, sobre ellos existen múltiples tipos de responsabilidad, como la disciplinaria, la fiscal que ejerce la Auditoría (como externa) y la penal sobre la que tiene competencia la Fiscalía General de la Nación.

La existencia de un control fiscal, estructurado en la forma como se ha diseñado en Colombia, resulta adecuada, aunque no se niega que existan aspectos que se deban reformar. Ciertamente uno de esos aspectos es la existencia del boletín de responsables fiscales, un instrumento que, como ya se dijo, fue analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontrando que el mismo puede restringir derechos políticos, sin que la contraloría cuente con esta facultad. Lo mismo sucede con la posibilidad de reapertura de los procesos de responsabilidad fiscal, una figura que amerita mayores restricciones o su eliminación, para garantizar materialmente el derecho al debido proceso. Ahora bien, como opciones de mejora, es posible lograr su transformación mediante las siguientes acciones:

- Asegurar el uso adecuado de nuevas tecnologías en el control fiscal, especialmente a partir del uso de la inteligencia artificial. Es claro que el manejo de la información es uno de los componentes más importantes al realizar el control fiscal. La gestión de resultados de las entidades y frente al gasto público se expresa en valores, cuantificables y sobre todo verificables a partir de la información que puede solicitar la Contraloría. En tal sentido, con el acompañamiento del Ministerio de las TIC se puede lograr la estructuración de sistemas de valoración de información con apoyo de inteligencia artificial, que seguramente redundarán en una mayor efectividad del control.
- Realizar las reformas necesarias de tipo legal y reglamentario, que permitan armonizar el ordenamiento interno con los estándares convencionales frente a la restricción de derechos políticos. Tal y como se indicó previamente, respecto del boletín de responsables fiscales.
- Fortalecer el Centro de Estudios Fiscales, como un espacio que permite la profesionalización del control fiscal y puede ser un instrumento adecuado para mejorar las condiciones de capacitación, no

solo de funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República, sino también, de aquellos pertenecientes a las contralorías territoriales.

- Establecer mecanismos de elección diversos en el orden territorial, asegurando así una mayor transparencia en el ejercicio de control y evitando la cooptación de estos órganos, por parte de quienes gobiernan.

Muchas voces en Colombia han sugerido la eliminación definitiva del control fiscal o la desaparición de los organismos territoriales de control; no obstante, la historia institucional y el recorrido realizado en este texto han permitido destacar un valioso instrumento de protección del patrimonio público. Es por ello que cualquier intento de intervención sobre esta función no debe propugnar su eliminación; por el contrario, debe buscar su modernización.

7. Bibliografía

- Consejo de Estado, Sala Consulta y Servicio Civil. (24 de mayo de 2011). Sentencia expediente 11001-03-06-000-2011-00023-00(2056) [C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sala Séptima de Decisión. (28 de abril de 2021). Auto expediente 11001-03-15-000-2021-01175-00(A) [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de marzo de 2015). Sentencia C-103 de 2015 [M.P. María Victoria Calle].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de octubre de 2002). Sentencia C-828 de 2002 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (4 de marzo de 2016). Sentencia T- 110 de 2016 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de mayo de 2020). Sentencia C-140 de 2020 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de marzo de 2022). Sentencia C-091 de 2022 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de octubre de 2022). Sentencia C-376 de 2022 [M.P. Hernán Correa Cardozo].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (30 de septiembre de 2014). Sentencia T- 738 de 2014 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de junio de 2014). Sentencia C-338 de 2014 [M.P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de julio de 2020). Sentencia Caso Petro Urrego Vs. Colombia [Pres. Elizabeth Odio Benito].

- Departamento Administrativo de la Función Pública. (S.F.). *Organismos de control.* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/manual-estado/organismos-control.php#:~:text=Son%20aquellos%20organismos%20a%20los,las%20Ramas%20del%20poder%20p%C3%BAblico>.
- Gobernación del Atlántico. (2020). *Control perceptivo del presupuesto.* <https://www.atlantico.gov.co/index.php/glosario-de-terminos-17697/14972-control-perceptivo-del-presupuesto#:~:text=Tiene%20como%20fin%2C%20verificar%20objetivamente,que%20tengan%20bajo%20su%20custodia>.
- Gómez Lee, I. (2021). *Fundamentos de la Responsabilidad Fiscal en Colombia: incluye estudio del Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto Ley 403 de 2020.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mosquera Perea, L. y González Zapata, A. (2020). Del control previo y perceptivo al posterior y preventivo: estudio de la trayectoria en el control fiscal en Colombia. *Revista Inveniendi et Ludicandi*, 15, 71-90.
- OCDE. (2021). El Control Preventivo y Concomitante de la Entidad Fiscalizadora Superior de Colombia: Estrategias modernas para nuevos desafíos. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2021/12/preventive-and-concomitant-control-at-colombia-s-supreme-audit-institution_41ede00e/142aeelf-es.pdf.
- Rodríguez, L. (2011). *Estructura del Poder Público en Colombia.* Bogotá: Temis.
- Suárez Ricaurte, F. (2018). Organismos de Control en la Constitución Política de 1991. *Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo II* (pp. 399-448).

8. Anexos

Cuadro 1. Diferencias entre el control previo y preventivo

CONTROL PREVIO	CONTROL CONCOMITANTE Y PREVENTIVO
En el trámite previo a la celebración del contrato debía asistir un representante de la Contraloría General, de manera que, si tenía observaciones sobre el mismo, no era posible contratar hasta tanto la Contraloría no se hubiere pronunciado y se reestudiara el asunto (Decreto 925 de 1976, art. 5).	El control “preventivo y concomitante” tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos.
La contratación estatal estaba sometida al visto bueno del Contralor (Decreto 911 de 1932, art. 9, Ley 20 de 1975, art. 9).	El control preventivo y concomitante se ejerce de forma paralela, a través de advertencias al gestor fiscal, sin que las mismas resulten vinculantes.

Fuente: Sentencia C-140 de 2020 de la Corte Constitucional.

Cuadro 2. Procedimiento ordinario fiscal

ETAPA PROCESAL	CARACTERÍSTICAS
Indagación preliminar (art. 39)	Procede cuando no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables. Tiene una duración de seis (6) meses.
Apertura de proceso de responsabilidad fiscal (art. 40)	A través de esta etapa se da formal inicio al proceso de responsabilidad; el supuesto necesario para ello es que de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo. Durante el trámite del proceso se pueden vincular garantes, como en aquellos casos en los cuales hay amparos de póliza de seguros vigentes. El término de esta etapa procesal es de tres meses, prorrogable hasta por dos meses más.

ETAPA PROCESAL	CARACTERÍSTICAS
	Una vez culminadas las mismas, la autoridad procederá a i) archivar el proceso, cuando haya lugar, o ii) proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal, y seguir con el trámite correspondiente.
Auto de imputación de responsabilidad fiscal (art. 48)	<p>La siguiente etapa dentro del proceso de responsabilidad fiscal se inicia con el auto de imputación, que se da cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.</p> <p>De este auto, se correrá traslado por diez días para presentar los argumentos de defensa.</p>
Término probatorio (art. 51)	Una vez finalizada la etapa anterior, se procederá al decreto y práctica de pruebas, para lo cual se contará con un término de 30 días.
Término para fallar (art. 52)	Finalizado el término probatorio, la autoridad tiene treinta días para proferir el fallo correspondiente.
Segunda instancia (art. 57)	La segunda instancia se tramitará respecto del fallo de responsabilidad fiscal dentro del término de veinte días, pudiendo decretar pruebas de oficio y practicarlas en diez días.

Fuente: Elaboración propia, basada en lo señalado en la Ley 610 de 2000.

Cuadro 3. Procedimiento verbal fiscal

ETAPA PROCESAL	CARACTERÍSTICAS
Auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal	En él, además de cumplir con los requisitos de la imputación, se deberá citar a audiencia de descargos.
Audiencia de descargos	En ella se podrán llevar a cabo las siguientes actuaciones: 1. Ejercer el derecho de defensa. 2. Presentar descargos a la imputación. 3. Rendir versión libre. 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago. 5. Notificar medidas cautelares. 6. Interponer recurso de reposición. 7. Aportar y solicitar pruebas. 8. Decretar

ETAPA PROCESAL	CARACTERÍSTICAS
	<p>o denegar la práctica de pruebas. 9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos. 10. Formular recusaciones. 11. Interponer y resolver nulidades. 12. Vincular nuevo presunto responsable. 13. Decidir acumulación de actuaciones. 14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.</p> <p>El trámite de pruebas podrá ser de máximo un año.</p>
Audiencia de decisión	<p>En ella, previo a la lectura de la decisión, se escuchará a los implicados en alegatos de conclusión.</p> <p>La audiencia se puede suspender por veinte días, para dictar el correspondiente fallo.</p>

Fuente: Elaboración propia, basada en lo señalado en la Ley 1474 de 2011.

INFORME NACIONAL DE PERÚ

Las categorías jurídico-administrativas del control gubernamental peruano

Orlando Vignolo Cueva¹

Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Piura

SUMARIO. **1. Nota inicial.** **2. Los datos esenciales del control gubernamental peruano.** 2.1. Una definición conceptual del control gubernamental. 2.2. Las fuentes especiales infraconstitucionales del control gubernamental peruano. **3. Los sujetos auditados y su problemática.** **4. Los tipos de servicios de control gubernamental con énfasis en el servicio de orientación de oficio.** **5. El informe de control y su naturaleza jurídica.** 5.1. Las formas de actuación de la Contraloría General de la República. Datos iniciales. 5.2. El informe y otros actos del control gubernamental son actos jurídico-administrativos. 5.3. En específico, el informe de control y su naturaleza jurídica. 5.4. Para culminar, la naturaleza jurídica de otros actos del control. En concreto, de los actos del control simultáneo. **6. Bibliografía.**

1. Nota inicial

Poco se ha escrito en el derecho administrativo peruano sobre la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) y su actividad jurídica. La mayo-

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio del Estudio Vignolo y Reyes Arrese (VRA Abogados). Presidente de la Sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOP. Director de la revista *Anuario de la Función Pública*. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

ría de los trabajos que pueden citarse en la actualidad provienen de profesores o funcionarios públicos que pasaron por sus filas y compartieron roles en el control gubernamental². Lo poco escrito ha hecho que el control gubernamental se haya mantenido marcadamente aislado y fuera de toda comunicación con las instituciones y los principios de su ciencia jurídica matriz (el derecho administrativo), a pesar que la CGR es una Administración pública y ejerce diversas potestades administrativas habilitadas bajo el principio de legalidad. En puridad, nunca se ha podido construir la idea de un derecho administrativo del control gubernamental, que se asume a sí mismo como una parte especial o sectorial ligada a unos principios y categorías administrativas comunes, teniendo a continuación un espacio para la singularidad, pero sin abandonar completamente lo anterior.

Todo lo anteriormente descrito ha ocasionado dos cuestiones gravitantes y muy polémicas: a) una zona de inmunidad judicial casi perpetua de la actividad de control gubernamental, alejada de lo establecido por el art. 148 de la Constitución Política del Perú (en adelante, CP); y, en segundo lugar, b) una CGR que no se siente ligada a figuras esenciales como el *procedimiento administrativo* (a pesar de que los instruye), los principios punitivos o de funcionamiento administrativo (a pesar de que los cita en sus normas propias), a la emisión de *actos administrativos* diversos (por el pavor a la impugnabilidad, a pesar de que los notifica a diario), a saber diferenciar la verdadera potestad de la actividad material o técnica, o al ejercicio y límites de la clásica potestad reglamentaria (aunque su ordenamiento cuente con una frondosa cantidad de directivas).

Existen diversas causas para explicar y superar este complejo encierro, querido por los propios y poco fustigado por los ajenos. Pero quizás lo principal está en la falta de creación de una teoría jurídico-administrativa peruana vigorosa que cumpla el doble papel de juridificación de las actuaciones de la CGR y, a la vez, de ser muralla frente a la arbitrariedad del control. Una doctrina que partiendo de explicar lo existente, con el innegable influjo de fuentes especiales (como el *soft law auditor* que se explicará luego), plantee conceptos y una toma de postura sobre los institutos esenciales de este régimen jurídico. Esto a larga debe permitir repensar las cosas en el seno de la propia CGR y, a continuación, servir de herramienta para activar la labor judicial de fiscalización sobre las diversas actuaciones del control gubernamental. Más teoría, menos arbitrariedad. Menos repetición de lo mismo, más posibilidades de cambio.

2. Por todos, se debe revisar Morón Urbina (2013). Uno de los pocos trabajos jurídicos de persona no ligada al control es el de la constitucionalista García Cobián Castro (2013).

Por otro lado, creo firmemente que la posibilidad de cambio está en superar una visión interpretativa excesivamente exegética, que solo mire los contornos propios de este ordenamiento sectorial, sin tener una perspectiva sistémica y, esencialmente, de explicación mediante muchas categorías de la parte general de derecho administrativo que resultan fundamentales para toda organización administrativa. Si se quiere, lo urgente es quebrar una mirada hacia sí mismo y de mera autocomplacencia, que incluso llega al extremo de vedar la crítica de los terceros, diluyéndola detrás de grandes problemas como la corrupción pública, la eficiencia de la gestión pública o el uso degradado de fondos públicos. Todo esto –de alguna manera– se ha venido repitiendo en mucha de la escasa doctrina existente, realizándose muchas justificaciones de oportunidad antes que jurídico-institucionales³.

Ahora bien, la deducción y la exégesis de las fuentes (normativas) del control gubernamental son claramente dominadas por una idea de auto-suficiencia por parte de muchos de sus operadores involucrados, quedando la técnica de la exégesis como la reina madre de la producción científica, salvo escasísimos textos. Pero frente a esto, muchos de los primeros olvidan que “la exégesis de la ley se halla dominada por el *principio in claris non fit interpretatio*, dado que se presupone que la claridad de la norma y la completitud del sistema tornan innecesaria su interpretación. De ahí que, en rigor, en lugar de [interpretar] las leyes, esta postura considera que solo cabe, en el ámbito de los operadores jurídicos, la aplicación silogística de la ley” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2020: 15).

Entonces, moramos en medio de un silogismo del control gubernamental que deduce muchas respuestas obvias e irrebatibles (como los servicios de control, la naturaleza de los informes de control, el carácter preconstituido de estos, entre otras cuestiones), consumándose una “conclusión diáfana” o que aparenta serlo. Dejándose apartadas las posibilidades de explicación profunda de cara a los pilares y sostenimiento

3. Sin perjuicio de que resulta muy discutible la alusión a las potestades implícitas realizada por García Cobián Castro (2013), si es muy criticable, siguiendo lo señalado en el párrafo principal, que por ejemplo esta autora intente justificar la potestad sancionadora del régimen de responsabilidad administrativa funcional de la CGR en “el cumplimiento de su misión institucional de control de la ejecución presupuestaria [...] la finalidad de colaboración con otros poderes y organismos autónomos para la consecución de la cautela de los recursos públicos, la prevención de la corrupción y el correcto funcionamiento de la administración pública”. Ninguno de esos argumentos, por sí mismos, son la base para permitir la implantación de una potestad sancionadora en vía administrativa, y menos aún pueden usarse como arma arrojadiza para saltarse los canales normales de construcción de la legalidad material de un régimen como el citado. No debe olvidarse que esta falta de argumentos punitivos llevó en el año 2019 al descalabro de este sistema sancionador ante el TCP (ver el Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N.º 0020-2015-PU/TC). La historia reciente debe enseñar para no cometer los mismos errores.

de este régimen (como los límites de los servicios de control, el rol del debido proceso del control, la protección efectiva de las garantías de los auditados, el valor probatorio de los actos del control en sede jurisdiccional o administrativa, entre otros). Ni la CGR es una *raris avis*, ni nuestra CP inventó una nueva fórmula organizativa del poder público cuando puso en marcha la fundamental cláusula preceptuada en su art. 82. La CGR fue fundada por el Constituyente como tipo muy concreto de Administración pública con personalidad jurídico-pública propia. Y así debe ser tratada por quien se acerque a estudiarla.

A partir de lo explicado, debo indicar que este trabajo busca presentar los datos funcionales y de institutos esenciales del control gubernamental peruano, sin dejar de tener una mirada jurídica específica sobre ciertos asuntos problemáticos de este derecho administrativo especial. De alguna manera quisiera oponerme al silogismo auditor y administrativizar más los argumentos que brindaré a lo largo de las siguientes líneas, siempre entendiendo que, aunque puedan aparecer múltiples manifestaciones de la figura (que está en su propia esencia) (Barnés, 2019: 309) con adjetivos diversos (gubernamental, financiera, de legalidad, económico, etc.), debe entenderse que estamos ante un conjunto de potestades o funciones administrativas del control gubernamental. Haz de poderes que se apartan del control y la responsabilidad política, o del control jurídico por excelencia que es ejercido por los jueces del poder judicial y el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TCP) (Morón Urbina, 2013: 64).

La visión total del instituto (Morón Urbina, 2013: 64), el descarte frente a modalidades del control a cargo de otros poderes públicos y la superación de la polisemia (Agudo González, 2018: 24)⁴ de la figura son tres claves para superar un laberinto que, con no poco esfuerzo, sí es posible desentrañar. Esto lleva necesariamente al entendimiento de que el control gubernamental es un régimen necesitado de múltiples ciencias jurídicas y no jurídicas, tanto que en la actualidad su principal herramienta técnica (la auditoría) trasciende la “mera verificación del apego al marco legal de los actos y procesos públicos” (Morón Urbina, 2013: 94). En los tiempos que corren, sus finalidades y prácticas específicas se vienen aplicando también para examinar eficacia, eficiencia, metodologías y medios para alcanzar objetivos de interés público y hasta criterios de oportunidad en la gestión propia de los sujetos auditados. Todas estas últimas manifestaciones, ejemplos muy concretos

4. El derecho peruano se ha hecho eco de esta necesidad de individualización de los tipos de control: Danós Ordóñez (2019: 309).

del amplísimo principio de carácter *integral*, regulado en el literal b) del artículo 9 de la Ley del sistema nacional de control (en adelante, LSNC)⁵.

Y todo esto, de lo cual daré cuenta en los siguientes apartados, puede marcar un claro avance de esta materia en los últimos años, pero también, si es que se aplica irreflexiva o irresponsablemente por parte de los órganos competentes, es un claro punto de inflexión negativa que puede terminar corroyéndola en sus cimientos, debido a su directo impacto respecto a principios y figuras esenciales que permiten el equilibrio institucional en la cláusula del Estado de derecho, tales como el ejercicio de la potestad discrecional habilitada jurídicamente a la Administración pública auditada, o el principio de prohibición de la coparticipación o cogestión del auditor⁶ que aparece implícitamente en muchas normas tales como el literal a) del artículo 15 de la LSNC⁷, entre otras reglas de posterior aprobación.

No debe olvidarse que, en aras de reforzar estos límites infranqueables, el Legislador peruano creó una cláusula legal de protección de la discrecionalidad administrativa aparecida en el texto original de la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 29622. Esta surgió debido a los excesos cometidos en múltiples acciones de control por parte de la CGR y

5. En esta norma legal se ha indicado que "el ejercicio del control consta de un conjunto de acciones y técnicas orientadas a evaluar, de manera cabal y completa, los procesos y operaciones materia de examen en la entidad y sus beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, las metas cualitativas y cuantitativas establecidas, su vinculación con políticas gubernamentales, variables exógenas no previsibles o controlables e índices históricos de eficiencia".

6. Al respecto, se ha indicado que "la función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera pueden llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino los poderes de ordenador del gasto, que la fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito". Véase Herrera Vergara (1991: 42).

7. El Legislador peruano ha preceptuado que la CGR (o el denominado sistema de control) principalmente se ocupa de "la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, el cual también comprende supervisar la legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control en la ejecución de los lineamientos para una mejor gestión de las finanzas públicas, con prudencia y transparencia fiscal, conforme a los objetivos y planes de las entidades, así como de la ejecución de los presupuestos del Sector Público y de las operaciones de la deuda pública", sin entrar en ningún tema propio de la gestión de la organización administrativa o empresa pública sometida a un servicio de control. El límite infranqueable de todo órgano de control gubernamental es siempre la propia actividad y actuación del sujeto auditado, impidiéndose por completo cualquier forma velada o manifiesta de entrada a la gestión, actividad jurídica o material, intermedia o final-decisoria ligada al fiscalizado.

órganos de auditoría interna. La norma legal en cuestión indica que en “los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias”.

2. Los datos esenciales del control gubernamental peruano

Un primer dato de este instituto nos muestra una materia heterogénea a cargo monopólicamente de la CGR, merced a un progresivo posicionamiento excluyente de esta entidad administrativa y la consecuente e implícita eliminación del control interno, con algunas excepciones⁸. En ese sentido, la última década ha supuesto un avance definitivo hacia un apartamiento de otros sujetos de derecho, principalmente organizaciones administrativas y empresas públicas de todo estilo, de cualquier ejercicio de potestad o actividad técnico-material del control-auditor, apareciendo así una supremacía única y no solo superior de la citada CGR. Sobre esto presentaré algunos comentarios en líneas posteriores.

Esta última cuestión que resulta hartamente discutible respecto de lo proyectado por el artículo 82 de la CP, genera a continuación consecuencias sobre el control gubernamental, pues, a pesar de su variedad y múltiples subcategorías, este tiene una definición y ejecución estándar, con fuentes jurídicas discutidas con una sola perspectiva (a propuesta o generadas solo por la CGR) y de poco margen para la disidencia y la sana contradicción entre los órganos administrativos involucrados. Esto último, tanto que nunca se ha podido crear un sistema de recursos administrativo para sus actos finales y, de manera muy errática, solo se ha promovido una extraña revisión de

8. Me estoy refiriendo a la *supervisión* recaída sobre la ejecución de contratos administrativos, que podría considerarse como uno de los últimos controles internos en pie. Por todos los regímenes contractuales existentes, ver el numeral 10.1 del TUO LCE (Ley de Contratos del Estado), que preceptúa que la “entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder”. El otro control interno aún en manos de las organizaciones administrativas auditadas es la *investigación preliminar* de corte disciplinaria que viene señalada en el art. 92 de la LSC, indicándose que este órgano es el encargado de “precalificar las presuntas faltas, documentar la actividad probatoria, proponer la fundamentación y administrar los archivos emanados del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria de la entidad pública”.

oficio a cargo de una Vice-contraloría⁹. Por tanto, un segundo dato esencial es que esta materia es de *aplicación monocorde* y de una *coherencia muy sólida* (cuestión que es buena y mala —a la vez— para todos los involucrados).

Por otro lado, los elementos y definición del instituto son de origen exclusivamente *legal*. En ninguna parte de nuestra vigente CP se introdujo una definición y alcance del control gubernamental. Es más, el citado artículo 82 de la Carta constitucional nos introduce en una cláusula organizativa de la CGR, permitiendo su fundación por el Constituyente, con un alto nivel de protección (merced a la autonomía citada expresamente como mecanismo de tutela frente a todos los poderes públicos) y la dotación de una cantidad importante de potestades y objetivos de interés público, tales como supervisar: “la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”. Se trata de una disposición muy peculiar, pues origina una entidad administrativa (siendo la CGR de las pocas que han tenido este honor en nuestra teoría organizativa), de la cual solo se puede inferir un futuro régimen funcional del control gubernamental, al menos en sus objetivos constitucionales, referidos principalmente a i) la legalidad de ejecución presupuestaria pública, ii) la revisión técnico-económica del gasto público, y iii) la legalidad de las funciones de los auditados siempre en referencia a las dos primeras finalidades.

El desarrollo posterior en legislación descompuso por completo ese orden inicial de fines constitucionales del control, apareciendo expansiones a partir de la propia configuración inicial legal de este instituto. Así, de acuerdo con el art. 6 de la LSNC, el control gubernamental se define como “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”. Como se puede apreciar del citado artículo, y en medio de un amasijo muy grande de palabras, el control gubernamental verifica de manera integral, entre otros, los actos de la gestión pública, principalmente (pero no únicamente) aquellos relacionados con la administración

9. Sobre esta potestad, bastante peculiar y aplicable solo sobre informes de control, puede examinarse el artículo 24 de la LSNC y su desarrollo reglamentario previsto en la Resolución de Contraloría N.º 005-2021-CG, que aprueba la Directiva N.º 001—2021-CG/ACA, “Revisión de oficio de Informes de Control”, modificada por la Resolución de Contraloría N.º 038-2021-CG.

adecuada de los fondos públicos, por parte de los funcionarios y servidores públicos, para el cumplimiento de las metas institucionales. Su ejercicio tiene como uno de sus fines últimos el mejoramiento de los sistemas de funcionamiento de las organizaciones administrativas y las empresas públicas (los sujetos auditados), mediante actuaciones de naturalezas y tiempos de realización muy disímiles. Esto último, evidentemente, es una ampliación del Legislador que puede terminar derivando en múltiples actuaciones del control de todo sentido y forma.

En función de lo antes indicado, este instituto —principalmente— se termina materializando alrededor de las clásicas actividades de policía administrativa, potestades consultivas y de derecho sancionador, sin perjuicio de la sumatoria incesante de otras técnicas provenientes de la actividad reglamentaria y el impulso de actuaciones jurisdiccionales y administrativas de riesgos o daños económicos respecto a responsabilidades del “personal del sector público”¹⁰ (principalmente aplicable con la incoación de pliegos de cargos disciplinarios, investigaciones preliminares con visos disciplinarios, demandas de responsabilidad civil y denuncias penales contra individuos que trabajan para los sujetos auditados). Por tanto, se puede resumir que esta materia se desenvuelve entre la denominada *alta inspección*¹¹ y otras técnicas aplicativas de las actividades administrativas regulares. Así, con estos anteriores datos, se puede entender de mejor manera la larga noción del artículo 6 de la LSNC y agrupar por categorías funcionales las potestades y actividades técnico-materiales mencionadas en otras partes de este régimen positivo (ver los artículos 15 y 22 de la LSNC).

Por otro lado, la definición legal muestra que el control gubernamental tiene una indudable finalidad *patrimonialista*. Su esencia y razón de existir están ligadas a la protección o tutela de los llamados “recursos y bienes del Estado”¹², asumiéndose que “lo controlable o fiscalizable no le está dado a un sujeto por su naturaleza jurídica, sino por la particular circunstancia de administrar recursos o bienes públicos” (Morón Urbina, 2013: 25). Esto se repite

10. El personal del sector público es un concepto que puede extraerse del régimen de control gubernamental, particularmente de la recientemente repuesta responsabilidad administrativa funcional, que es extremadamente deleznable. En este punto me remito a las críticas formuladas en Vignolo Cueva (2016: 120-121).

11. La alta inspección como supervisión y vigilancia de actividades o actuaciones de terceras entidades administrativas por parte de una organización altamente autónoma, puede ser revisada en Bermejo Vera (1998: 50-51).

12. De manera poco precisa y repetitiva, el Legislador da contenido a esta nomenclatura indicando que son recursos y bienes “sobre los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad, incluyendo los recursos fiscales y de endeudamiento público contraídos según las leyes de la República” (ver Octava Disposición Complementaria Final de la LSNC).

abiertamente en el artículo 2 de la LSNC, cuando se señala que la CGR debe “propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado”. En tiempos más recientes esta visión aplicable a la categoría se ha acentuado cuando el Legislador ha colocado sobre los hombros de la CGR, de una manera más declarativa antes que realista, que sus potestades y capacidades queden “orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción” (ver el artículo 1 de la Ley de fortalecimiento de la Contraloría –en adelante, LFCGR–)¹³.

Ahora bien, sin teoría de los bienes públicos de respaldo, considero es imposible determinar el alcance de los “recursos y bienes del Estado”, menos especificar los supuestos exactos en los cuales puede manifestarse esta noción que permite dar carta de naturaleza al control gubernamental¹⁴. Así, es posible entender que esta noción instrumental es un cúmulo de cosas públicas, las cuales, teniendo siempre como eje la propiedad (o “sus atributivos”), y que luego puedan ser apropiables material o jurídicamente por algún sujeto auditado (Administración pública o empresa pública), se compondrían de los siguientes elementos: a) los bienes corpóreos del dominio

13. Esta norma legal publicada en el año 2018 continúa una senda propia del fenómeno anticorrupción, que bien puede verse previsto de una manera más ensamblada desde la suscripción de la Convención Interamericana contra la corrupción en el año 1996. Aunque los fines de este dispositivo de *soft law* sean loables y compartidos por cualquier ciudadano de bien, debo decir que su traslado a los derechos nacionales ha sido –por lo menos– penoso y tortuoso. Así, su aplicación mecánica e irreflexiva ha estropeado figuras esenciales como los conceptos de funcionarios públicos, función pública, patrimonio público, entre otros. Todo esto, a pesar de que puedan existir algunos avances destacables (como la implantación de técnicas de preventión de diversa índole); sin embargo, las fuentes jurídicas y los defensores de estos procesos han terminado creando una mitología que debe ser creída solo por existir, sin resultados tangibles y sin una disminución efectiva de los casos de corrupción pública en nuestro continente. Lamentablemente, la CGR ha sido introducida en este fenómeno, y en la actualidad está pagando las consecuencias de este soberbio mito. Mucho ayudaría al interés público y los ciudadanos si tuviéramos una CGR que se concentrara en pocos objetivos, pero bien hechos (por ejemplo, en mejorar el contenido probatorio y de evidencia de sus informes de control).

14. En este punto me adscribo por completo a la teoría de las cosas públicas que ha sido formulada por el profesor español López Ramón (2011), por la cual las primeras son las más variadas cosas apropiables sobre las que se puede “obtener ventajas de ellas. El principal de los derechos sobre los bienes es el de *propiedad*, que identifica la más completa relación de las personas con las cosas, hasta el punto de que en el propio lenguaje jurídico las palabras bien, propiedad y derecho de propiedad aparecen como sinónimas, y cuando se emplean genéricamente incluyen todos los derechos reales (propiedad, posesión, usufructo, servidumbre). El objeto de la propiedad no siempre será un bien material, aunque conviene tener en cuenta que los bienes inmateriales son una creación jurídica que permite transformar en cosas apropiables: a) los productos de la mente humana formando la propiedad intelectual e industrial o genéricamente la propiedad incorporeal, y b) los diversos títulos jurídicos representativos de las relaciones económicas que podemos designar como las propiedades mercantiles”.

público y de dominio privado de titularidad pública, no importando si su régimen es de bienes estatales, municipales o de ordenación singular (como los recursos naturales o los bienes militares); b) los derechos reales distintos de la propiedad pública que puedan ser ejercitados por organizaciones administrativas; c) la propiedad mercantil corpórea e incorporal ejercida por empresas públicas, sean estatales, regionales, municipales o de capital mixto (en la parte que corresponda a la titularidad pública); d) las diversas modalidades de propiedad incorporal de titularidad pública (propiedad intelectual, marca, de patentes, software, etc.); e) los derechos de crédito de titularidad pública regulado por el régimen de actividad financiera del Estado, y, por último, f) los fundamentales fondos públicos regulados por el régimen de presupuesto público.

Ahora bien, la amplitud, diversidad y números de los bienes y recursos estatales que entran en la mirada de la CGR determina la necesidad de adaptar el control gubernamental a diversos mecanismos y ciencias que le sean útiles. Lo dicho determina que este régimen recurra siempre a dos grandes formas de subcontroles que pueden ser elegidos discrecionalmente por la CGR en el caso concreto: a) por un lado, el de legalidad (de cumplimiento “de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción”), y, en segundo lugar, b) el administrativo-financiero (que implica la “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado” (Morón Urbina, 2013: 73). Por ende, esa mirada apriorística de que el control es difuso resulta una verdadera ficción. En este derecho administrativo especial, lo borroso se termina por revertir rápidamente, puesto que el operador-auditor o el operador-auditado debe asumir inmediatamente ante qué tipología se encuentra sometido o se está tratando de impulsar, y no quedarse solo en el concepto legal general, el laberinto de palabras que componen estas disposiciones o una interpretación básica de las normas de la LSNC.

En otro punto, vale indicar que la ejecución del control gubernamental respecto a cada caso concreto supone siempre una obligatoria adaptabilidad del régimen ante los hechos y sujetos fiscalizados. Lo expresado viene obligado por los principios de legalidad y el carácter técnico y especializado, y, en segundo término, por la necesidad de siempre utilizar interpretaciones sistémicas por parte de los órganos competentes. Las figuras y esta técnica interpretativa son una necesidad para cada operador del control gubernamental y, además, todas las anteriores combinadas suponen siempre superar la literalidad y soledad de la regla o categoría establecida en la fuente normativa primaria de este régimen (sea la LSNC, la propia LFCGR o las di-

rectivas por cada servicio de control), o la mera nomenclatura vacía de conceptos (como el “nombre genérico de entidades” que aparece en el art. 3 de la LSNC), para pasar a entender que los institutos del control gubernamental, y particularmente sus servicios usados para auditar o fiscalizar, siempre llenarán y completarán su contenido y objeto respectivos con las fuentes jurídicas especiales y propias de cada materia y sujeto auditado.

Así, este proceso de adaptabilidad del control gubernamental producirá tres efectos concretos sobre cada operador que se acerca al mismo: a) primero, la discriminación forzosa y constitucional¹⁵ entre los sujetos auditados para entenderlos como disímiles en naturaleza jurídica, existiendo Administraciones públicas de todo estilo, o empresas públicas de forma pública, o empresas públicas de forma privada-societaria y ciertos privados en el listado desordenado preceptuado por el citado artículo 3 de la LSNC; b) cada materia auditada tiene un segmento de fuentes singulares que aporta y se vuelve relevante para las específicas actuaciones de control gubernamental; c) por último, a partir de la importancia de la fuente especial de la materia a examen, asumir el valor capital de las normas internas y de organización de cada sujeto auditado, las cuales permitirán el despliegue lícito del principio de responsabilidad personal respecto a los individuos que trabajan para los primeros (ver el literal d] del artículo 22 de la LSNC).

Por último, como ya se puede deducir de anteriores argumentos, este régimen es el más ligado a las categorías de la lesión y el riesgo (previsible) recaídos contra el patrimonio público (“bienes y recursos del Estado”), como mecanismos fundamentales de consecución posterior de las mencionadas responsabilidades personales. El surgimiento de cualquiera de los mecanismos de responsabilidad punitiva y no punitiva gira siempre alrededor de que cada servicio de control se dirija a la probanza —al menos indiciaria— del daño (económico) ocurrido y la concretización efectiva de una escala de riesgos que siempre deberán ser extraídos del mundo organizativo y de la función pública o sistema laboral de cada sujeto auditado. Solo la evidencia probatoria puede permitir que en medio del servicio —y *a posteriori*— se quiebre o relativice parcialmente la presunción de licitud de la operación

15. No debe dejarse de tomar en cuenta que nuestra CP obliga a distinguir la función pública del personal de empresas públicas (al menos de aquellas que hayan sido creadas de forma societaria y sometidas al derecho privado); por ende, ninguna norma legal, sea organizativa, sectorial o de cualquier estilo, puede pretender unificar jurídicamente a los individuos o las organizaciones económicas de titularidad pública o del poder público en las que trabajan. Por tanto, considero que cualquier interpretación contraria a esta distinción constitucional y ontológica resulta completamente *antijurídica*. Al respecto, ver el art. 40 de la CP, que preceptúa: “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

examinada (ver el literal II del art. 9 de la LSNC)¹⁶. Además, estas dos primeras figuras son las categorías que permiten hacer ciertos los principios de materialidad y el carácter selectivo del control, en tanto, de manera respectiva, los órganos del control solo deberán ocuparse de “las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada”, y aquellas otras que “denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa” (ver los literales k] y l] del art. 9 de la LSNC).

2.1. Una definición conceptual del control gubernamental

Los diferentes elementos que se han planteado en el anterior apartado permiten construir una definición sintética del control gubernamental peruano. Puede considerarse que este es un régimen de funcionamiento de la alta inspección pública dedicado en exclusiva a tres grandes objetivos de interés público: “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública”, tomando en cuenta el uso y destino del patrimonio público de todo nuestro Estado, el cumplimiento normativo “y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento”, y, de manera más reciente, “la prevención y lucha contra la corrupción”. Cada una de estas finalidades gigantescas determina la selección de un conjunto de ciencias, fuentes jurídicas y tipo exacto de servicio de control, incluso de una auditoría específica siempre bajo un criterio material (de obra, financiero-económica, de programa) a cargo —de manera excluyente— de los órganos de la CGR; o de manera residual en órganos que se encuentran bajo vinculación jerárquica con esta entidad administrativa superior, o, incluso, bajo un contrato de servicio técnico (como pasa con las actuaciones técnicas de las sociedades de auditoría de naturaleza privada)¹⁷.

Esta noción formulada plantea una clara superación del derecho como única ciencia de cobertura de esta materia tan relevante en los inicios republicanos, para entrar hacia actuaciones más heterogéneas propias de la intervención administrativa en el Estado social y democrático de derecho

16. Esta norma legal, tomando la vieja presunción de validez de los actos administrativos, preceptúa que, “salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes”.

17. Estos privados colaboradores del control gubernamental son definidos legislativamente como las “personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo, que son designadas previo concurso público de méritos, y contratadas por la Contraloría General de la República para examinar las actividades y operaciones de las entidades, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados a las mismas” (ver el reformado artículo 20 de la LSNC).

y que se liga a los campos de la ingeniería, economía, contabilidad u otras ciencias no jurídicas, permitiendo así que estas actividades auditadas puedan ser revisadas con toda rigurosidad, amplitud, certeza y pulcritud, evitándose a toda costa la rudimentaria y antijurídica “confrontación entre el texto de las normas jurídicas y los actos sometidos a control, esto es una labor de comprobación de la corrección, de la regularidad o del cumplimiento legal, sin que el auditor contemplé algún valor agregado a su análisis ni un compromiso con los objetivos permanentes de la Administración pública” (Morón Urbina, 2019: 712).

Así definido, el control gubernamental tendría un doble grupo de elementos bastante claros; por un lado (Morón Urbina, 2013: 65), los datos orgánicos (concretados en el monopolio exclusivo de la CGR sobre el régimen y otros datos organizativos que se manifiestan mediante garantías organizativas de “objetividad en su cometido, tales como la supremacía o supremacía sobre los sujetos controlados o en niveles de autonomía respecto al resto de organismos”), y por otro lado, los datos funcionales (que se involucran alrededor de objetivos legalmente establecidos y formas de actividades jurídicas y materiales bastante peculiares de la CGR y otros sujetos auditores). En este último dato, en concreto respecto a las actividades jurídicas del control, aparecen variadas actividades administrativas bastante clásicas (como la policía administrativa o la consultiva) que deben practicarse respetando el contenido jurídicamente otorgado de la discrecionalidad administrativa (y su tipología) a favor de los auditados, permitiendo que la actuación examinada del respectivo sujeto no pueda verse alterada, desconocida, mancillada, ignorada o, lo que podría ser peor, mal entendida por el auditor, puesto que deberá ser obligatoriamente receptiva de sus fuentes y datos singulares, según los términos expuestos en líneas anteriores.

Esta mirada del control gubernamental obliga a que sea también entendida como una materia de evaluación de lo existente, en marcha o por hacerse por parte de diversos auditados, jamás de coadministración y corresponsabilidad en la gestión administrativa o empresarial-pública examinada. Pero que, sin embargo, somete sus campos a las viejas figuras de la potestad administrativa (reglada o discrecional), la técnica de la empresa pública, el procedimiento administrativo (en muchos casos), la actividad material, el debido proceso, la legalidad (*positive bindung*), la teoría probatoria (en las acciones de control, principalmente), o el esencial principio de responsabilidad (que se aplica para recomendar un “posterior juzgamiento” en diferentes vías judiciales o administrativas que se abren a partir de la polémica independencia de responsabilidades). Por tanto, es un derecho administrativo especial que mantiene una conexión muy intensa con la parte

general mediante vasos comunicantes y transversales puestos a la luz y más que evidentes a los ojos de quien quiera verlas (las categorías anclas que acabo de reseñar).

En cualquier caso, esta definición, que se basa en las fuentes jurídicas vigentes, permite asegurar que las actividades del control gubernamental se agrupen en una noción conceptual debidamente delimitada, con un régimen propio que debe respetarse en cada caso concreto, guiando y ordenando así las potestades y actividades materiales o técnicas habilitadas por el ordenamiento a favor de la CGR y otros órganos auditores menores. Lo expresado muestra además la posibilidad de diferenciar, desde el principio, que el régimen del control gubernamental siempre será completamente diferente a los de las materias auditadas. Por eso, queda claro para los involucrados, bajo nuestro derecho, que todos se encuentran obligados a conocer y poner en práctica en cada supuesto concreto, al menos, dos regímenes jurídicos (el del control gubernamental y el de la operación evaluada), a fin de luego obtener un acto de control debidamente fundamentado y útil para el interés público y las mencionadas finalidades jurídicas especiales, que además respete los principios de legalidad, el carácter integral y carácter técnico y especializado del control.

2.2. Las fuentes especiales infraconstitucionales del control gubernamental peruano

En primer término, el régimen del control gubernamental ha tenido un fenómeno de expansión de materias debido al trabajo incesante del Legislador durante las últimas tres décadas (a partir de la publicación de nuestra actual CP), y por el influjo del fenómeno anticorrupción (pública). Su inicial matriz constitucional, que era bastante acotada a algunos fines esenciales, terminó siendo ampliada en actividades y objetivos por la legislación sectorial y la propia organizativa que regula la CGR, principalmente mediante la habilitación de nuevas o repuestas potestades administrativas (como la sancionadora o el acceso casi ilimitado a documentos)¹⁸, o la introducción

18. Ver la modificación literal a) del art. 22 de la LSNC, que señala que la CGR puede tener "acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual. Dicha atribución incluye el acceso directo, masivo, permanente, en línea, irrestricto y gratuito a las bases de datos, sistemas informáticos y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administran las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control" (ver el art. 3 de la LFCGR).

velada de supuestos nuevos principios (como el acceso a la información, que parece más una potestad intensa de la CGR)¹⁹.

Esta extensión determina que dicho régimen tenga en la actualidad un gran número de leyes en diferentes campos, todas necesitadas de una interpretación sistémica para dar coherencia a las respuestas jurídicas concretas. Citaré a continuación solo algunas: a) la LSNC (la más antigua y con mayor contenido jurídico general para el control gubernamental), b) la LFCGR (que amplió estructura y actividades de la CGR para buscar la “prevención y lucha contra la corrupción”), c) la Ley N.º 29622 (que reintrodujo la CGR en las actividades sancionadoras sobre el personal del sector público), d) la Ley de protección del denunciante interesado (que introdujo la figura del denunciante interesado para proteger y dar beneficios a funcionarios públicos), e) la Ley N.º 31433 (que centra su foco de atención en el control aplicado sobre las actuaciones de las municipalidades y los Gobiernos regionales del país), y, por último, f) la Ley de tipificación de la responsabilidad administrativa funcional (que tipifica las nuevas conductas infractoras tras la demolición jurídica que hizo el TCP sobre la legalidad material del régimen de responsabilidad administrativa funcional mediante el Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N.º 0020-2015-PI/TC).

En segundo lugar, la CGR ha practicado su potestad reglamentaria de una manera desordenada y en números bastante amplios. Principalmente, a través del Contralor, órgano máximo de esta entidad administrativa, se han producido reglamentos para todas las materias, alcances y circunstancias coyunturales, siempre utilizando la nomenclatura de directiva. Así, existen las que se ocupan de los servicios de control (las acciones de control, principalmente), pasando por las que ven temas domésticos, las que reglamentan leyes coyunturales (para reglamentar la responsabilidad administrativa funcional), materias específicas (como las nuevas declaraciones preventivas de bienes y rentas y prevención de conflictos de interés), entre otras. En cualquier caso, la CGR ha publicado más de un centenar de directivas sin tener una codificación mínima y con pocas dosis de transparencia de cómo se ejerce su potestad reglamentaria (con mayor énfasis en aquellas que impactan sobre terceros).

19. Al respecto, ver la modificación literal m) del art. 9, que indica que la CGR tiene “acceso a la información, referido a la potestad de los órganos de control de requerir, conocer y examinar toda la información y documentación sobre las operaciones de las entidades sujetas al ámbito de control gubernamental, aunque sea secreta, necesaria para su función. Esto comprende el acceso directo, masivo, permanente, en línea, irrestringido y gratuito a las bases de datos, sistemas informáticos y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administran las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control” (ver el art. 3 de la LFCGR).

Por otro lado, a lo largo de los anteriores apartados he venido citando algunos principios que aparecen positivizados en el art. 9 de la LSNC. Esta norma de enorme extensión recoge 21 categorías que quedan bajo una muy extraña regla de un tratamiento privilegiado y dominante de la CGR, puesto que los primeros “pueden ser ampliados o modificados por la Contraloría General, a quien compete su interpretación”. Considero que esta cláusula normativa desconoce la naturaleza de estas fuentes²⁰ y es atentatoria del principio de legalidad, porque permite una especie de interpretación discrecional que aparenta mostrar sentidos aplicativos, pero una lectura más detenida nos presenta una imposición disfuncional de esta técnica que puede ser planteada para derogar, inaplicar o suprimir por completo una regla-principio mediante acto administrativo. Es una situación muy polémica que considero debe ser repensada por el Legislador por la enorme inseguridad jurídica y arbitrariedad que ocasiona a la salvaguarda del interés público del control y –sobre todo– a la esfera jurídica de los propios auditados.

Ahora bien, la mayoría de “principios” que aparecen en la LSNC no son necesariamente tales. Algunos son reglas de gestión de importancia esencial, aunque sí todos son vinculantes o exigibles para las entidades administrativas del control gubernamental (particularmente cuando ejercitan potestades y tareas materiales de este especial y cualificado sector de actuación). Al respecto, bien vale la pena tomar en cuenta lo advertido por el profesor López Menudo (1992) cuando señalaba que no todos los principios tienen igual relevancia jurídica, ni algunos que son llamados como tales merecen esta condición, afirmando claramente que existe una extraña consideración del Legislador, cierta doctrina científica y algunos operadores por inflar su número:

“[...] muchos [...] no debieran ser tenidos como tales, sino acaso como meros criterios legales más o menos consolidados o como simples *regulae iuris*; y también debido al uso indiscriminado de dichos principios, sin especiales precauciones sobre su distinto valor jurídico resultante de una categorización de los mismos, que tampoco aparece claramente formulada en esa jurisprudencia, aunque creemos que ello es hoy absolutamente obligado y necesario, máxime tras el advenimiento de la Constitución, dado que no cabe atribuir a todos los principios idéntico valor” (López Menudo, 1992: 21).

En el fondo los verdaderos principios son solo aquellos que han tenido maduración y decantación de su contenido en el tiempo, posterior reconocimiento y efectiva aplicación social por parte de los destinarios. Pero, principalmente, poseen un carácter irrebatible y absoluto que los fuerza a

20. En este punto me remito por completo a Vignolo Cueva (2019: 81 y ss.).

colocarse antes y por encima de cualquier otra fuente jurídica (otra razón más para dudar de la constitucionalidad de parte del mencionado artículo 9 de la LSNC). En otras palabras, son cosas justas por naturaleza, sin posibilidad alguna de que una postura en contrario pueda negar su existencia, valor práctico o carácter fundante en el derecho, puesto que representan su razón suprema y espíritu informador (Del Vecchio, 1979: 137).

Los anteriores conceptos sobre los principios me llevan necesariamente a clasificar y distinguir dentro del listado legal del art. 9 de la LSNC. Así, en primer lugar, tendríamos aquellos que son verdaderos principios de origen constitucional; luego estarían los que son principios de origen legal, y, por último, están aquellos que pueden entenderse como reglas de gestión del control gubernamental. Así, en el primer grupo tendríamos los principios de a) legalidad, b) el debido proceso de control, c) la autonomía funcional y, de manera cercana, por su conexión con derechos constitucionales, d) las reservas tributarias, de secretos bancarios y de identidades de los auditados. En el segundo grupo de principios, tendríamos: a) la universalidad, b) el carácter integral, c) la eficiencia, eficacia y economía, d) la oportunidad, e) la objetividad, f) la materialidad, g) el carácter selectivo del control, h) la presunción de licitud, i) la publicidad y j) la participación ciudadana. Por último, respecto a reglas de gestión tenemos: a) acceso a la información de las materias auditadas, b) el carácter técnico y especializado del control, c) la continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad al efectuar una acción de control, y, por último, d) la flexibilidad.

3. Los sujetos auditados y su problemática

Como había argumentado antes, los sujetos auditados bajo el control gubernamental no son todos iguales. Detrás del concepto legal incluido en este régimen aparecen distintos sujetos individuales, cada uno con vínculos jurídicos y aspectos funcionales muy diferentes entre sí (ver el artículo 3 de la LSNC). Así, aparecen dos grandes bloques de análisis jurídico en este punto. Por un lado, los sujetos auditados propiamente dichos, conformados por las organizaciones administrativas, empresas públicas y algunos privados que se acercan o gestionan los bienes y recursos del Estado. En segundo lugar, aparecen los individuos que trabajan para los auditados y que podrían verse involucrados en el señalamiento indiciario de responsabilidades y posterior deslinde, apareciendo los verdaderos funcionarios públicos y empleados de las diversas modalidades de función pública existentes, funcionarios políticamente elegidos que gobiernan las entidades administrativas territoriales, los designados directamente por los anteriores, titulares, directivos públicos

de diversas raíz y modalidad de servicio y personal privado de empresas públicas (municipales como los revisados en este caso).

Por eso, más allá de la irregular interpretación del “concepto único” que había planteado, un primer elemento que debe exigirse a cualquier órgano que ejecute los correspondientes servicios de control es siempre especificar y encuadrar el estatuto del sujeto auditado (el régimen personal, organizativo y funcional específico aplicable a este individuo), dentro del propio objeto y la anterior planificación de la actividad, a fin de no llevar adelante situaciones contrarias a la naturaleza organizativa del auditado. Esto obliga incluso a un respeto estricto de la legalidad aplicable a este (en los tres aspectos antes señalados), sin posibilidad alguna de implantar nociónes, obligaciones, encuadres organizativos, deberes y potestades no asimilados a su puesto, posición y/o perfil específico. Todo lo dicho, en tanto obligación de discriminación positiva, encuentra soporte en el principio de responsabilidad (personal) y el antes citado principio del “carácter técnico y especializado del control”, bajo el cual cualquier servicio siempre debe considerar “la necesidad de efectuar el control en función de la naturaleza de la entidad en la que se incide” (ver el literal e] del art. 9 de la LSNC).

Esta primera previsión garantista y de distinción por sujetos se conecta luego con las garantías y los derechos que deben desplegarse sobre los individuos que trabajan o trabajaron para los primeros. En ese sentido, la cláusula básica que permite construir y explicar el arsenal de garantías y derechos que tienen estos particulares para afrontar las distintos servicios de control, y en particular frente a las acciones de control, proviene del reconocimiento hecho por el Legislador del citado debido proceso de control (ver el literal g] del art. 9 de la LSNC), principio de fuerte desarrollo jurisprudencial en nuestro Tribunal Constitucional y Poder Judicial que ha intentado ser singularizado a fin de garantizar “el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos”. Al respecto, debe entenderse que este principio da cobertura jurídica a las formas y los procedimientos especiales (que deben ser respetados como parte de la legalidad del control gubernamental y que resultan aplicables directamente sobre las entidades administrativas auditadas), además de las propias facultades y garantías que ya en concreto serían más cercanas y consustanciales a las personas auditadas.

Sumadas a lo anterior, existen las denominadas garantías de orden especial que deben cumplirse estrictamente en las acciones de control. Por ejemplo, en toda práctica de auditorías gubernamentales (principalmente las de cumplimiento), existen cuatro atributos que deben aparecer en todo

el pliego de desviaciones y la posterior elaboración del informe de auditoría²¹. Así, la comisión auditora o el órgano pertinente debe relatar en forma ordenada y objetiva los hechos debidamente evidenciados con indicación de los respectivos atributos: condición, criterio, efecto y causa, agregando –de ser el caso– el señalamiento de la presunta responsabilidad administrativa funcional, penal o civil, e identificando seguidamente a las personas comprendidas en estos hechos fiscalizados, considerando además ciertos parámetros extra como el deber incumplido, la reserva, la ruptura indiciaria de la presunción de licitud y una cierta relación causal en la producción de daños antijurídicos. Todas estas garantías van apareciendo en las directivas específicas que regulan las principales acciones de control que tienen a su cargo la CGR y los órganos inferiores de control institucional.

Vale indicar que estos atributos son definidos por las directivas respectivas de la siguiente manera: a) la condición, entendida como los hechos que describen los errores, las deficiencias o las irregularidades detectadas, está referida a la situación advertida y debe ser sustentada con la evidencia probatoria pertinente; luego aparece b) el criterio, que implica la norma, disposición o parámetro de medición aplicable a la condición; en tercer lugar, se define c) el efecto, que está dado alrededor del perjuicio identificado o resultado adverso ocasionado como consecuencia de haberse producido la condición; finalmente, aparece el atributivo de d) la causa, que debe entenderse como la razón o motivo que dio lugar al hecho deficiente detectado. Esta se consignará cuando haya podido ser determinada y aparecerá en la fecha de la comunicación del hallazgo.

Por otro lado, existen las garantías de orden externo derivadas del carácter de investigación preliminar que poseen algunas acciones de control (particularmente los servicios de auditoría), y sus actos de control finales. Esta problemática sobre todo aparece en los denominados “informe de auditoría”²², el cual tiene carácter de prueba preconstituida y abre paso al posible inicio de un procedimiento sancionador, entre otros tipos de procesos judiciales y procedimientos aplicables al principio de responsabilidad personal. Dentro de este marco, resulta necesario respetar: a) la debida no-

21. Estas garantías especiales aparecen contempladas en el numeral 7.30 de las Normas Generales de Control Gubernamental aprobado por la Resolución de Contraloría N.º 273-2014-CG, y también en el numeral 7.1.3.1. de la Directiva de auditoría de cumplimiento aprobada por la Resolución de Contraloría N.º 473-2014.

22. Debe indicarse que el informe de auditoría expone por escrito los resultados y recomendaciones de la acción de control, con la finalidad de brindar oportunamente información al titular de la “entidad” y otras autoridades u organismos competentes que permita promover acciones de mejora, correctivas u otras necesarias en la conducción y ejecución de las actividades examinadas.

tificación en que se incluyan el carácter y los fines de la acción de control; b) la acotación del objeto investigado, en el sentido de informar al auditado de no solo “la causa de la acusación”, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos; c) el derecho a que las actividades de auditoría tengan un contenido y una densidad mínimos, en cuanto la información correspondiente debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada”; d) el derecho a ser oído (derecho de defensa) y la oportunidad para presentar argumentos; e) la oportunidad del administrado para preparar sus alegaciones, lo cual incluye, necesariamente, el acceso a la información necesaria y antecedentes administrativos; y, por último, f) la notificación adecuada de la decisión que dicte el órgano de control y la debida motivación de esta.

Como se puede apreciar, todas estas garantías transversales al régimen de control gubernamental parten del derecho al debido proceso del cual gozan todos los sujetos de derecho en cualquier modalidad de actuación jurídica de las organizaciones del Poder público del país. Así, debido a su importancia, este derecho constitucional se encuentra reconocido como un macro derecho-garantía constitucional dentro de nuestro ordenamiento, conforme se desprende del numeral 3 del art. 139 de nuestra CP²³, el cual no solo lo limita al ámbito jurisdiccional, sino que sus facultades y mecanismos tutivos resultan exigibles también en sede administrativa e incluso en las relaciones entre particulares (tal como ha sido referido y extendido en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional)²⁴.

4. Los tipos de servicios de control gubernamental con énfasis en el servicio de orientación de oficio

Los servicios de control gubernamental son un conjunto heterogéneo de actividades que efectúan los órganos inferiores y la CGR para materializar los

23. “Artículo 139.— Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

24. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 067-93-AA/TC (caso “Pedro Arnillas Camio”), donde el TC señaló que “el respeto de las garantías del Devido Proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado”; Expediente N.º 292-96-AA/TC; Expediente N.º 647-96-AA/TC; Expediente N.º 684-97-AA/TC; Expediente N.º 026-97-AA/TC, entre otros.

objetivos legislativos del control gubernamental. No todas son actuaciones jurídicas, pues involucran desde la instrucción de los procedimientos administrativos especiales denominados como acciones de control sumados a actividades técnicas o materiales especializadas que tratan de examinar operaciones o asuntos de interés general concretos. En muchos de estos últimos tienen un gran valor aplicativo las ciencias contables y de auditoría (por eso el frecuente uso de normas técnicas internacionales sobre esta materia)²⁵. En muchos casos, todas estas actuaciones se ocupan principalmente del patrimonio público (los bienes y recursos del Estado), pero —en general— debido al carácter expansivo de las materias y los fines que tiene a cargo la CGR, estos servicios de control han venido introduciéndose en asuntos cada vez más complejos (como la búsqueda probatoria anticorrupción o la prevención de posibles gestiones de riesgo, “no oportunas” o antijuídicas, de las “entidades auditadas”).

Los servicios de control —como categoría general— tienen como antecedentes más remotos diversos artículos de la denominada Declaración de Lima, acuerdo de *soft law* suscrito por los representantes de todas las contralorías y entidades fiscalizadoras superiores del mundo en octubre de 1977. Así, solo por citar tres ejemplos relevantes directamente relacionados con la diversidad de actuaciones actuales de la CGR, se puede encontrar el art. 2 de este documento, que plantea un reconocimiento directo de los controles previo y posterior, o el art. 3, que recoge los controles interno y externo, o, por último, el art. 4, que preceptúa la necesidad de los controles formales y de realizaciones²⁶.

Ahora bien, como dato orgánico esencial, los servicios de control son prestados por los órganos propios de la CGR, sus órganos dependientes descentralizados denominados OCI (conforme a su competencia legal y funciones descentralizadas), así como, y solo en actividades puramente técnicas, por las sociedades de auditoría (en adelante, SOA), cuando son designadas y contratadas conforme a la normativa singular sobre la materia. Esta doble

25. En general, en nuestro país, la Junta de Decanos de los Colegios Profesionales de Contadores Públicos ha venido reconociendo un gran número de estas normas internacionales (por todas, ver la Resolución N.º 004A –2019-JDCCPP/CD). Esto, evidentemente, impacta en las fuentes y la forma de los trabajos de auditoría de la CGR; por eso, las NAGU (Normas de auditoría gubernamental) y MAGU (Manual de auditoría gubernamental) están completamente inspiradas y respetan (al menos formalmente) los principios, garantías de actuación profesional y reglas de gestión que plantean estas normas (ver, respectivamente, la repetidamente modificada Resolución de Contraloría N.º 162-95-CG y la modificada Resolución de Contraloría N.º 152-98-CG).

26. Más datos sobre la relevancia de estos productos del derecho blando del control gubernamental pueden examinarse en Morón Urbina (2013: 17-18).

participación de órganos administrativos muy distintos entre sí y de muchos privados externalizados obliga a mantener incólumes las garantías del auditado y que —principalmente— los involucrados busquen un patrón de actuación estándar tras las respectivas directivas que intentan ejecutar.

Por otro lado, el desarrollo de los servicios de control comprende la utilización de las técnicas, prácticas, métodos y herramientas de control y de gestión necesarias para el adecuado cumplimiento de unos objetivos previamente esbozados, teniendo en cuenta la naturaleza y las características particulares de las entidades, además de la materia u operación que se va a evaluar, fiscalizar o auditar. De ahí la fuerte presencia del principio de previa planificación en muchos de estos servicios, cuestión que incluso deberá ser cuidada por los funcionarios o el personal que se ocupa específicamente, y que puede ser puesta a prueba si es que algún auditado o examinado reclama algún antecedente (concretamente, si por ejemplo requiere los papeles de auditoría). De igual forma, en las prácticas de estas actuaciones se debe considerar a) su carácter integral y especializado, b) su nivel apropiado de calidad, y c) el uso óptimo de los recursos. Existen otras características y las condiciones de los servicios de control que son determinadas caso por caso en cada directiva específica, y que en este punto no vale la pena explicar.

Aunque existe una clasificación bastante extendida sobre los servicios de control, quisiera introducir una fórmula más propia del derecho administrativo general, la cual permitirá un mejor lenguaje jurídico entre todos. Así, en primer término debe entenderse que estos servicios de control son la categoría genérica que incluye las a) acciones de control (ver el art. 10 de la LSNC²⁷) y otras b) actuaciones materiales o técnicas del control gubernamental (tales como “inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control” preceptuadas en el artículo 8 de la LSNC). Solo sobre los primeros servicios de control recaerá la vieja y garantista institución del procedimiento administrativo²⁸; por ende

27. El legislador peruano ha sido claro al colocar en primacía a la acción de control, definiéndola como la gran actuación jurídica de la CGR, pues la estima como “la herramienta esencial del Sistema, por la cual el personal técnico de sus órganos conformantes, mediante la aplicación de las normas, procedimientos y principios que regulan el control gubernamental, efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales”. Es más, esta primacía se cierra con el señalamiento de que este tipo de servicio de control será el único que pueda producir “los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado. Sus resultados se exponen al Titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil y/o penal”.

28. Existen muchas definiciones sobre el procedimiento administrativo, incluso una muy difundida desde el texto legal del TUO LPAG (ver el actual art. 29 de este dispositivo), que lo

se instruiría una tramitación especial y puede llevar a la producción de un acto del control. Por otro lado, no debe olvidarse la tipología básica planteada por este régimen, basada en la temporalidad de realización de esta actuación de cara a la materia analizada:

- a) servicios de control previo,
- b) servicios de control simultáneo,
- c) servicios de control posterior.

5. El informe de control y su naturaleza jurídica

5.1. Las formas de actuación de la Contraloría General de la República. Datos iniciales

No existe actuación efectiva de una Administración pública peruana que no pueda ser entendida a la luz de alguna de las siguientes categorías; o es acto administrativo, o estamos ante actuaciones materiales o actos materiales que pueden o no tener consecuencias jurídicas sobre otros sujetos de derecho. Evidentemente existen grandes distancias conceptuales entre uno y otro instituto (incluso con regímenes muy diferentes en nuestro ordenamiento positivo), centradas fundamentalmente en que los primeros contienen verdaderas declaraciones jurídicas (porque son actos jurídicos) a diferencia del merocurrir fáctico y cotidiano de las actuaciones materiales. Sobre esto último, en cuanto a los términos y elementos de distancia entre estos institutos, haré algunos comentarios a continuación. Sin embargo, sí debe quedar claro que las formas determinadas utilizadas por las organizaciones administrativas, debidamente tipificadas, se engloban siempre bajo cualquiera de las dos anteriores alternativas, sin que existan más opciones adicionales (salvo algunas posturas doctrinales muy específicas)²⁹.

estima como un “conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”. Para mayor análisis, entre los numerosos trabajos peruanos, puede leerse Zegarra y Baca (2011).

29. El profesor español Gallego Anabitarte propuso la actuación informal como una “forma de contraposición” a los actos administrativos y actos materiales de las Administraciones públicas. Esta postura interesante no ha tenido ninguna recepción en nuestra doctrina y fuentes positivas. Véase Gallego *et al.* (2001: 22). Existe también otra nomenclatura denominada “actos materialmente administrativos”, que tuvo un gran éxito en la doctrina argentina y de otros países del continente, y que también debe ser descartada de nuestro derecho. Esta tesis no tuvo eco en la dogmática nacional, y aún menos acogida normativa o jurisprudencial relevante. Esta postura, con un nombre bastante particular, en el fondo camufla la verdadera teoría del acto administrativo y el concepto de lo que se entiende por Administración pública en un país.

La selección de cualquiera de las dos formas de actuación administrativa en un caso concreto determina la utilización de un consecuente régimen jurídico y, a continuación, la naturaleza que puede predicarse de la categoría revisada. Así, los actos del control gubernamental, en cualquiera de sus denominaciones (informe de control, informe de auditoría, informe de orientación de oficio, etc.), quedarán obligatoriamente asimilados a alguna de estas dos formas (sin posibilidad de escape o tercera posibilidad), o serán actos administrativos o, por el contrario, se les deberá considerar necesariamente como actuaciones materiales sometidas a una conceptualización y una tipología muy particulares.

Es importante resaltar que el instituto seleccionado debe nacer y también otorgar cobertura a las diversas relaciones jurídico-administrativas que luego aparecerán entre los órganos de control institucional o la CGR (a través de cualquiera de sus órganos, incluyendo los desconcentrados y *ad hoc*) y los sujetos auditados. Por ende, se trata de una forma de actuación que produce consecuencias y efectos jurídicos tangibles. Vale indicar que todas estas relaciones jurídicas nacerán de la aplicación de fuentes normativas muy singulares (propias de este derecho administrativo tan especial), y siempre mediante la ejecución de las potestades administrativas y actividades técnico-financieras de control gubernamental previamente habilitadas por el Legislador a favor de la CGR. Por último, solo esta citada participación administrativa permitirá la aparición de este tipo de relación jurídico-administrativa, la cual es calificada en doctrina como de origen legal indirecto³⁰.

Por otro lado, existe un dato fundamental, proveniente de la esencia misma del derecho administrativo, que resulta importante para justificar la selección de una u otra forma de actuación administrativa de la CGR frente a la producción o emisión de los informes de control y otros. Esto es el uso o

aplicadas sobre una parte de la actividad jurídica de poderes públicos no administrativos (tales como el Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional o Ministerio Público). En estos casos, los defensores de esta supuesta “nueva categoría” propugnaban superar el acto administrativo para los poderes públicos constitucionalmente autónomos, otorgando así una respuesta a una vieja polémica doctrinal. Como bien se resumió, esta discusión se realizó entre quienes “sostenían una concepción limitada y subjetiva del Derecho Administrativo, según la cual estos actos no serían en sentido estricto actos administrativos, y quienes propugnaban una revisión formal de los límites del Derecho Administrativo, en la que lo determinante sería la materia”. Véase Cid Villagrasa (2005: 430). En el derecho peruano, sobre esta última discusión no puede dejar de revisarse el trabajo pionero de Abrúña Puyol (2010: 66 y ss.).

30. Como bien señalaba Entrena Cuesta, el acto administrativo determina el nacimiento de este tipo de relación jurídico-administrativa, la cual surge de manera mediata, indirecta y en aplicación posterior de una ley. Cabe reconocer entonces que el acto administrativo es un hecho jurídico por excelencia y el más importante en nuestro derecho, siendo este un dato que marcará la respuesta. Véase Entrena Cuesta (1970: 461).

no del procedimiento administrativo en las actividades de la CGR que resulten examinadas por un específico operador. Como bien se ha señalado en líneas anteriores, este ordenamiento especial ha diseñado y plasmado una serie de servicios de control que deben ser practicados por los diversos órganos de la CGR o, de manera externalizada y sin delegación de potestades (permitiendo solo la gestión de actividades técnicas)³¹, por parte de las SOA (privados contratistas de la auditoría gubernamental).

Dentro de estos servicios de control aparecen diversos procedimientos especiales que protocolizan y garantizan el debido proceso³² exclusivamente para permitir el despliegue de las acciones de control. Ahora bien, la tipología de esta última dependerá de la combinación de dos factores esenciales para definir su objeto y alcance. Por un lado, el tipo de órgano competente encargado de instruirlo (si es uno propio del sujeto auditado o por el contrario se trata de uno instaurado en la estructura o de manera *ad hoc* por la CGR)³³. En segundo lugar, la temporalidad o el momento en que se efectúa respecto a la materia auditada o revisada (previo, simultáneo o después de acaecidos los hechos examinados). La combinación de ambos elementos determina la selección del procedimiento respectivo para una determinada acción de control, las propias tipologías de estas tramitaciones y la consecuente producción del acto de control gubernamental que corresponda y esté previamente tipificado por el ordenamiento de la CGR.

Así, por ejemplo, la CGR ha desarrollado reglamentariamente el servicio de control simultáneo sin introducir en ninguna de sus reglas positivas la palabra procedimiento, a pesar de que este dispositivo determina la aparición de etapas o fases diversas desde el planeamiento hasta la examinación

31. Esta falta de delegación de potestades sobre las llamadas SOA aparece claramente preceptuada en el actual artículo 20 de la LSNC (reformado por el art. 3 de la LFGCR), al catalogarlas como personas jurídico-privadas, “designadas previo concurso público de méritos, y contratadas por la Contraloría General de la República para examinar las actividades y operaciones de las entidades, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados a las mismas”.

32. No debe olvidarse que este principio-derecho tan relevante aparece claramente recogido en el literal g) del artículo 9 de la LSNC, presentándose como la figura que permite garantizar “el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos”.

33. La distinción entre órganos propios y ajenos respecto al sujeto fiscalizado, que luego permita diferenciar –respectivamente– el control interno y externo, cada vez ha ido perdiendo más brío y aplicabilidad en nuestro derecho. Todo esto, debido a las repetidas reformas legislativas que amplían las responsabilidades de la CGR (por todas, ver la Ley N.º 29555). En la actualidad es posible afirmar que los órganos de control interno (de siglas OCI), en su versión original como órganos propios de los sujetos auditados, aparecen en franca retirada. Es más, pueden catalogarse como órganos domésticos de verdadero control externo (completamente dependientes de la CGR).

periódica de lo producido (evaluación y seguimiento de las situaciones adversas detectadas), modalidades según supuestos, unas estrictas reglas de elaboración del correspondiente informe, derechos, obligaciones y garantías de los intervenientes, las potestades de los órganos competentes de la CGR, la tipificación del nombre y contenido del acto que antecedente a la finalización de este servicio (reporte de avance de situaciones adversas, informe de hito de control, informe de control concurrente, informe de visita de control y el utilizado informe de orientación de oficio), entre otras cuestiones propias de una norma procedimental o adjetiva de vía administrativa. Por eso, palabras más o menos, detrás de toda esta regulación normativa sectorial estamos ante verdaderas tramitaciones que deben estimarse como ejemplos de procedimientos especiales³⁴.

En el mismo sentido, debe quedar establecido que la mayoría de directivas de la CGR tiene como ámbito objetivo esencial la regulación de una numerosa cantidad de procedimientos especiales necesarios para guiar las múltiples acciones de control. En otras palabras, deben ser asumidos como dispositivos infralegales o reglamentarios de corte adjetivo y que intentan juridificar al máximo la actividad más relevante de la CGR ante los sujetos auditados, incluso planteando limitaciones y garantías frente al ejercicio de las correspondientes potestades administrativas de esta entidad administrativa.

Ahora bien, es evidente que el ordenamiento del control gubernamental ha intentado alejarse, camuflar, crear palabras alternativas o incluso presentar conceptos diferentes a esta noción legal, tuitiva y estándar en nuestro derecho (procesos, por ejemplo). Todo esto, a fin de evitar a toda costa que los servicios de control se sometan a esta fundamental categoría. Sin embargo, las normas reglamentarias de la CGR poco pueden hacer frente al debido proceso de control y la fuerza intensa del mencionado instituto recogido en el artículo II de la Ley de procedimiento administrativo general (en adelante, TUO LPAG), por la cual: a) sin importar la condición de la organización administrativa, se aplica obligatoriamente a todas las “actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimien-

34. Los procedimientos especiales son definidos por la doctrina más reputada en nuestro idioma como una cadena de tramitación que tiene instrucciones singulares o diferentes, tal como claramente se puede observar en las diversas acciones de control recogidas en el ordenamiento vigente de la CGR. Así, se indicó que “la especialidad hay que buscarla en la tramitación, no en el fin público que trata de servir, pues si se atendiera al criterio de la finalidad habría que concluir que todo procedimiento es especial respecto de los demás”. Véase González Navarro (1981: 415).

tos especiales"; b) los regímenes singulares (como el del control) "que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas" por el TUO LPAG; y c) que obliga a los reglamentos de procedimientos especiales a someterse a seguir "los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento" preceptuados en el TUO LPAG.

Entonces, cuando se necesita y utiliza el procedimiento administrativo ante tramitaciones diversas y por parte de organizaciones administrativas de la más diversa índole (como sucede con la multicitada CGR), estamos ante una auténtica noción ordenadora de nuestro derecho público³⁵. Por ende, esta debe tener la mayor estabilidad y definición posible, sin que puedan discutirse su existencia y, menos, su virtualidad efectiva. Más allá de los perjuicios que puedan esgrimir ciertos operadores del control, lo cierto es que el procedimiento especial es la máxima forma de tutela existente en este régimen, capaz de permitir mantener el equilibrio entre las potestades a ser ejercitadas por los órganos competentes, las garantías a ser respetadas a favor de los auditados o evaluados y la búsqueda de la salvaguarda efectiva del interés público que se ve involucrado en cada acción de control. Por eso, sí se considera que, sumado a las garantías antes anunciadas, aparece flotando y siendo real un verdadero derecho al procedimiento de la acción del control.

A partir de todo lo expresado, es posible plantear que la definición jurídica de los informes y otros actos de control gubernamental quedará establecida por la combinación de cuatro elementos: a) la selección correcta de la categoría del acto administrativo; b) la utilización reglada y obligatoria de la teoría del procedimiento administrativo para su producción; c) el uso en el caso concreto de la figura de las acciones de control preceptuada en el art. 10 de la LSNC, como servicios de control altamente protocolizados y respetuosos del debido proceso de control; y por último d) la obligatoriedad de que lo producido surja de una previa relación jurídica de control gubernamental y, a continuación, sostenga o dé cobertura a otras relacionadas con su contenido u objeto (como la posterior fiscalización, el seguimiento de recomendaciones, entrega de información, deslinde de responsabilidades, actuaciones procesales diversas, práctica sancionadora administrativa, entre otras).

35. En este punto me remito a los postulados que esgrimió el profesor Sainz Moreno, indicando que en el lenguaje jurídico de un país "los llamados 'conceptos instrumentales' o 'conceptos jurídicos ordenadores' ('legitimación', 'personalidad jurídica', 'nulidad', etc.), deben tener un *significado definido*, porque su función se cumple siendo precisos". Véase Sainz Moreno (1976: 45-46).

5.2. El informe y otros actos del control gubernamental son actos jurídico-administrativos

La catalogación de los informes de control como actos administrativos en el derecho peruano no es sencilla ni pacífica. Ni la CGR, ni la judicatura peruana, menos un sector de la doctrina, aceptan esta posición. Sin embargo, aparecen varios datos que presentaré a continuación que hacen pensar todo lo contrario. En cualquier caso, estas dudas se deben principalmente a tres factores: a) la falta de unidad en la doctrina peruana sobre lo que significa el acto administrativo; b) una contraposición conceptual e interpretativa de varios operadores nacionales (jueces, abogados y ciertos profesores de Derecho Administrativo) sobre lo que significan jurídicamente los actos internos o de administración interna y los actos de trámite de nuestras organizaciones administrativas; y finalmente, c) la confusión existente sobre las actuaciones administrativas que son impugnables judicialmente, a pesar de que nuestro vigente TUO de la LPCA es bastante claro.

Lo que sí parece completamente zanjado en nuestro derecho administrativo es que los informes y otros actos de control no son actuaciones materiales de la CGR. Es más que evidente que todas estas actuaciones están totalmente ligadas a la categoría general de los actos jurídicos y contienen una serie de declaraciones administrativas provenientes de distintos órganos de control gubernamental, siempre bajo el previo ejercicio de potestades administrativas habilitadas expresamente por el ordenamiento. Además, también debe entenderse que los actos materiales se caracterizan “por no contener en sí una declaración expresa [...] son solamente el desarrollo de una actividad. Por ejemplo [...] una felicitación, el dictado de una clase por un funcionario, la recogida de la basura por los empleados municipales, los actos de apropiación material de los bienes del deudor en un procedimiento ejecutivo” (Abruña y Baca, 2008). En cualquier caso, el TUO LPAG ha reconocido esta cuestión de manera directa (ver el numeral 1.22 de este dispositivo)³⁶.

Pero volvamos a las primeras cuestiones de discusión para explicarlas. Luego esto nos permitirá asumir una postura y calificar, así, la naturaleza jurídica del informe de control y otros actos de control gubernamental. En

36. Además, otra definición directa de la actuación material, acto material o comportamiento material de la Administración pública la califica como el “acto o conjunto de actividades fácticas o eminentemente físicas que, sin requerir una cualificación particular por parte del agente o ejecutante, resultan de la gestión de la Administración”. Véase Lexvademecum.com (diccionario jurídico en línea), última modificación 10 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://lexvademecum.com/2017/11/10/acto-administrativo/>.

primer término, han existido dos posturas que intentan explicar las calificaciones del acto administrativo y negaciones de este aparecidas en el TUO LPAG (por todos, ver los numerales 1.1 y 1.2. de este dispositivo). Esto ha generado la existencia de dos posiciones doctrinarias que han influenciado de diversa manera a nuestros operadores. Por un lado, está la *tesis estricta* que considera los actos administrativos como actos jurídicos —exclusivamente— formados por declaraciones administrativas de voluntad, a la usanza de los negocios jurídicos del derecho civil muy estudiados en doctrina alemana³⁷. La segunda postura es la amplia que considera el acto administrativo como un acto jurídico que contiene diversos tipos de declaraciones emitidas por la Administración pública competente, pudiendo ser las primeras de voluntad, juicio, deseo o conocimiento³⁸, con lo cual existirían diversas manifestaciones en vía externa e interna, pudiendo ser muy diverso en contenido y consecuencias jurídicas. Esta última es una tesis muy influenciada por la doctrina italiana, principalmente por lo que explicó el profesor italiano Guido Zanobini durante la primera mitad del siglo pasado³⁹.

En segundo lugar, a partir de la tesis que uno escoja dentro de las dos alternativas anteriores, tanto los actos de administración interna como los actos de trámite, entre otros supuestos, quedarían dentro o fuera de la noción de acto administrativo. Normalmente, los informes de control y otros actos son incluidos apartados de los primeros en virtud del art. 24 de la LSNC, regla que indica que “constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de éste, y pueden ser revisados de oficio por la Contraloría General, quien podrá disponer su reformulación, cuando su elaboración no se haya sujetado a la normativa de control, dando las instrucciones precisas para superar las deficiencias, sin perjuicio de la adopción de las medidas correctivas que correspondan”.

Esto último ha sido repetido mecánicamente y con poco sustento en una reciente sentencia del TCP, indicándose lo siguiente:

“[...] los informes de control emitidos por el Sistema Nacional de Control se limitan a emitir conclusiones y recomendaciones sobre el hecho objeto de control en el ejercicio de sus funciones y atribuciones constitucionales, trasladando sus hallazgos a las instituciones competentes para el inicio de las acciones correspondientes. En otras palabras, son actos que por vocación se encuentran orientados a materializar el fun-

37. Por todos, ver el trabajo de Huapaya Tapia (2011: 149-193).

38. Por todos, ver el trabajo de Abrúña Puyol (2016: 250-271).

39. La noción expresada por este fundamental doctrinario italiano apareció en Zanobini (1947: 187).

cionamiento del servicio de control y no están destinados a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, por lo que son actos de administración interna y no actos administrativos⁴⁰.

Entonces, escogiendo la mejor alternativa que convenga a un determinado operador, muchos niegan el carácter de acto administrativo del acto interno o de administración interna del informe de control y otros productos de servicios de control, interpretando —antisistémicamente— la legislación sectorial vigente y el numeral 1.2.2 del TUO LPAG sin asumir otras reglas de este propio dispositivo (incluyendo la propia definición legal extensa de esta categoría preceptuada en su numeral 1.1). En adición, a pesar de estas cuestiones aplicativas, nadie los deja fuera del instituto del acto jurídico, dándoles así una posición especial, tanto que por ejemplo la propia legislación del control gubernamental les reconoce un sinnúmero de efectos jurídicos, tales como los siguientes:

- El artículo 7.35 de las Normas Generales de Control Gubernamental (en adelante, “NGCG”) establece que apenas recibido un informe de control “[...] el titular o los funcionarios competentes deben disponer la implementación de las recomendaciones”.
- El artículo 7.39 de las NGCG dispone que “[...] Una vez emitido, el informe debe ser comunicado al titular de la entidad y a las unidades orgánicas de la Contraloría que resulten competentes, para que se disponga la implementación de las recomendaciones formuladas y las acciones complementarias que resulten pertinentes. Las excepciones a la comunicación del informe al titular serán reguladas en la normativa específica”.
- El artículo 4.18 de las NGCG reconoce lo siguiente: “El titular de la entidad es el responsable de disponer las acciones y designar a los encargados de la implementación de las recomendaciones formuladas en los resultados de la ejecución de los servicios de control, y de mantener un proceso permanente de evaluación de los avances obtenidos hasta lograr su total implementación; informando a la Contraloría y al Órgano de Control Institucional en la oportunidad y forma que establezca la Contraloría. Caso contrario, incurrirán en infracción sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría, de acuerdo a la normativa sobre la materia”.

40. Sentencia del TC, recaída en el EXP. N.º 01389-2022-PA/TC, f.j. 5.

- Por otro lado, aparecen efectos directos que se presentan sobre los administrados auditados que no solo tienen que ver con el señalamiento para un deslinde individual de responsabilidad ante la entidad administrativa o empresa pública empleadora (tal como sucede con la consulta formulada), sino que convierten a estos en posibles sujetos de responsabilidad administrativa funcional, a partir de constituirse en el principal medio probatorio de este estricto régimen disciplinario a cargo de la Contraloría General de la República.
- Por último, no debe dejarse de citar la aplicación del denominado Reglamento de Infracciones y Sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (Res. de Contraloría N.º 100-2018-CG). El informe, que no se examinado en sus recomendaciones o conclusiones por parte de la entidad o empresa pública auditada, es posible de hacer surgir “infracciones graves y muy graves” en contra de los funcionarios que omitieron “estas consecuencias”.

Pero en aras de ir definiendo, creo que en la actualidad los informes y otros actos del control gubernamental tienen una posibilidad abierta en nuestro derecho de tener dos formas de explicación de su naturaleza jurídica: a) la más aceptada es la de que son *actos internos de la CGR* que producen consecuencias sobre unos determinados sujetos (las entidades administrativas, empresas públicas auditadas y los individuos que trabajan para los primeros), pero a pesar de esta inicial calificación legislativa no dejan de ser *actos jurídicos productores de unos efectos*, a partir de una específica declaración del órgano de control; b) la segunda, menos aceptada, pero importante para discernir otras cuestiones que trataré a continuación, es la que lo considera como un *acto administrativo bastante singular*, producido a partir de una serie de fases y diligencias muy protocolizadas que dan lugar a un procedimiento especial de elaboración y producción del primero. Ambas explicaciones, como se notará, tienen un acercamiento muy fuerte, y casi terminan siendo argumentaciones muy similares para el instituto analizado⁴¹.

41. Es más, si se estableciera algún nivel de estudio sobre los actos internos, derivaría en una inmensa cercanía entre estos, el acto administrativo y el acto jurídico (general). Además, cabe mencionar que los propios actos internos se clasifican en los siguientes, siendo necesario revisarlos caso por caso: a) los actos de relación interorgánica, b) los de relación intersubjetiva, c) los que producen efectos indirectos sobre los administrados (los de trámite), d) los que no producen efectos jurídico-administrativos. Por ende, no es tan sencillo sacar a todos estos de

5.3. En específico, el informe de control y su naturaleza jurídica

El informe de control es el acto jurídico por excelencia producido solo en algunas específicas acciones de control de la CGR. Su elaboración en secuencias y fases muy rígidas, los estrictos requisitos y formas esenciales que lo rigen, sus fuertes limitaciones mediante principios, un contenido con tendencia a la evidencia probatoria y efectos jurídicos muy diversos sobre los auditados, prueban la importancia capital de este acto. Lo indicado da lugar a que nuestro Legislador tenga muchas previsiones y por ejemplo subraye que los informes de control son los únicos que pueden señalar presuntas “responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado” (ver el artículo 10 de la LSNC).

Así, los informes de control son una especie muy concreta de acto del control gubernamental que solo se produce desde un servicio de control posterior, y más certamente a través de la aplicación de alguna de las llamadas auditorías gubernamentales en cualquiera de sus denominaciones y modalidades (sean de cumplimiento, examen especial, financiera, de gestión u otras). Vale indicar que la auditoría —como acción de control— implica necesariamente una serie de procedimientos especiales, de fuerte aplicabilidad del principio de previa planificación y muy rigurosamente regulados por directivas de la CGR, por los cuales, mediante técnicas jurídicas, económico-financieras u otros parámetros de contraste propios de diversas ciencias, se busca “comprender la realidad administrativa [...] pero a partir de los contextos reales que en ella convergen, además de comprender en su análisis a la calidad de la propia normativa vigente basándose en los objetivos valorativos” (Morón Urbina, 2013: 93). También, en ciertos casos, la auditoría gubernamental puede ser usada exclusivamente para “un examen de conformidad a las leyes y reglamentos vigentes” (Morón Urbina, 2013: 93).

En el mismo sentido, el procedimiento de control posterior más relevante y utilizado, que produce los informes de control más completos, se denomina “auditoría de cumplimiento”, que se define en el numeral 6.1 de la Resolución de Contraloría N.º 001-2022-CG como un examen objetivo y profesional, muy sistemático, que tiene como propósito obtener y evaluar “evidencia para determinar los aspectos significativos de los actos, actividades, procesos, asuntos específicos o resultados de las operaciones financieras, presupuestarias, operativas y administrativas realizadas por las entidades y

la teoría de los actos administrativos, pues muchos de los actos internos comparten el origen declarativo y la producción de consecuencias predicables del primer instituto. Véase Abruña y Baca (2008: 111-112).

dependencias" sujetas al control gubernamental. En el mismo sentido, un elemento que resalta es la fuerte incidencia de evidencia probatoria para alcanzar un informe que pueda aportar medios para las próximas relaciones jurídicas que se establecerán a partir de su notificación (en vía administrativa, sedes judiciales o incluso en la propia mejora de la gestión de la institución). Otras modalidades de auditoría, con sus propios reglamentos, siguen esta misma tendencia a informes que tiene un fuerte valor porque adjuntan evidencia probatoria.

Pero aparecen tres cuestiones adicionales de los informes de control que saltan a la vista y que los distinguen de otros actos propios del control gubernamental. Estas son:

- a) El informe de control siempre es un acto jurídico con tres tipos de declaraciones: de voluntad, de juicio y de deseo⁴². Por un lado, están las de voluntad, que fundamentalmente se expresan en el señalamiento indiciario o preliminar de responsabilidades personales o individuales de funcionarios o personal del sector público que trabajan o trabajaron para las instituciones auditadas, existiendo una clara definición de la CGR de que se instauren actuaciones posteriores en contra de estos particulares. Estas mismas declaraciones de voluntad se pueden revisar en el cúmulo de medios probatorios que se adjuntan y pueden ser usadas en las actuaciones ulteriores antes señaladas. Estas declaraciones aparecen muchas veces reflejadas en las recomendaciones efectuadas. Por otro lado, las declaraciones de juicio están contenidas a lo largo de los argumentos, alegaciones técnico-jurídicas y conclusiones, aparecen dictámenes sobre legalidad u otras ciencias no jurídicas. Finalmente, las declaraciones de deseo se reflejan en ciertas recomendaciones y apéndices de los informes en los cuales se recogen algunas propuestas de mejoras institucionales y de gestión.
- b) El informe de control es un medio probatorio por sí mismo, pudiendo ser usado para la vía administrativa, arbitral, judicial o de gestión, junto con el resto de evidencia que pueda tener asumida en su contenido, bajo los principios de libre apreciación de la prueba, igualdad de armas, libertad probatoria y contradicción. En nuestro

42. Como bien señala el profesor Abruña, las declaraciones de voluntad producen definiciones y estabilización de una situación jurídica concreta, bajo situaciones de favorabilidad o desfavorabilidad; las de juicio son informes, dictámenes o juicios valorativos sobre una situación fáctica; y, por último, las de deseo son propuestas dadas por el órgano emisor. Véase Abruña Puyol (2016: 254).

derecho no se puede aceptar un medio como pleno solo por su mera existencia o por quien lo produce (por todos, ver el artículo 6 del TUO LOPJ, que exige la igualdad de partes y otros aplicables a la teoría probatoria).

- c) Su objeto, al ser diverso, siempre obliga a mostrar un señalamiento de responsabilidad individual; por ende, produce unas consecuencias jurídicas más estables frente a otros poderes públicos, incluso ante los jueces y árbitros, sin que esto implique una primacía probatoria de este acto del control.

5.4. Para culminar, la naturaleza jurídica de otros actos del control. En concreto, de los actos del control simultáneo

En este apartado final quisiera centrarme en las diferencias existentes entre el informe de control y otros actos del control gubernamental. Particularmente, trataré de establecer la naturaleza de los denominados informes de orientación de oficio provenientes de los servicios de control simultáneo y que se encuentran actualmente regulados por la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG. Las diferencias sustanciales, que tienen directo impacto sobre el valor probatorio que se tratará a continuación, pueden ser establecidas en las siguientes consideraciones:

- a) A diferencia de los informes de control que cierran o finalizan los procedimientos de auditoría gubernamental, los informes producidos en el control simultáneo son dictámenes o juicios intermedios que no cierran estas acciones de control. Por tanto, se trata de verdaderos actos de trámite que quedan encadenados con otras actuaciones y fases de estas tramitaciones, tales como las posteriores “comunicaciones preventivas o correctivas respecto de las situaciones adversas identificadas y comunicadas” mediante el informe de orientación de oficio (ver el numeral 6.1.8 de la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG).
- b) Los informes de orientación de oficio se basan en un control de legalidad preventivo y revisión documentaria muy básica de las denominadas situaciones adversas de una actuación en curso. Previamente, el órgano de control hace un verdadero análisis de riesgos respecto de diversas materias, mediante el señalamiento de actividades o hitos de control. Por tanto, produce efectos preventivos para que sean evalua-

dos por la institución auditada, y esta tome luego una decisión final (la cual puede implicar incluso el desistimiento, con sustento, que pueda ser comunicado al órgano de control).

- c) Los informes de orientación de oficio no tienen un gran trabajo de obtención de evidencia probatoria, a diferencia de lo que se realiza en una auditoría gubernamental y la producción de un informe de control en los servicios de control posterior. Como señala expresamente la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM, es una acción de control que se realiza en plazos breves (ver numeral 6.1.1, literal b], del Reglamento) y bajo un análisis esencialmente documentario (ver numeral 6.1.6 del Reglamento), a fin de evaluar de manera sincrónica una actividad en marcha (con un claro enfoque preventivo).

6. Bibliografía

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- (2016). Sobre el denominado concepto estricto del acto administrativo. *Revista Foro Jurídico*, 15.
- Abruña Puyol, A. y Baca Oneto, V. (2008). *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito.
- Agudo González, J. (2018). *La función administrativa del control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Madrid: Civitas.
- Barnés, J. (2019). Elementos de una teoría del control de la Administración. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Bermejo Vera, J. (1998). La Administración inspectora. *Revista de Administración Pública*, 147.
- Cid Villagrasa, B. (2005). Los actos de gestión, administración y personal. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, extra 1, 429– 461.
- Danós Ordóñez, J. (2019). El control de la Administración pública en Perú. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Del Vecchio, G. (1979). *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Entrena Cuesta, R. (1970). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Gallego Anabitarte, A., et al. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- García Cobián Castro, E. (2013). Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de

- las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. *Derecho PUCP*, 71, 443-475.
- González Navarro, F. (1981). Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos. *REVL*, 211, 409-454.
- Herrera Vergara, H. (1991). Informe de ponencia sobre estructura del Estado. *Gaceta Constitucional*, 59.
- Huapaya Tapia, R. A. (2011). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. En AA. VV. *Administración pública, Derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*. Lima: Ara editores.
- López Menudo, F. (1992). Los principios generales del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 129.
- López Ramón, F. (2011). Teoría jurídica de las cosas públicas. *Revista de Administración Pública*, 186.
- Morón Urbina, J. C. (2013). *Control gubernamental y responsabilidad de los funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2019). El control administrativo sobre actos funcionales discrecionales de los servidores públicos: el caso específico de las APP. En AA. VV. *Control administrativo de la actividad de la Administración* (vol. 1). São Paulo: FIDA y otros.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*. Buenos Aires: Astrea.
- Sainz Moreno, F. (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- Vignolo Cueva, O. (2016). Datos básicos sobre los regímenes disciplinarios comunes peruanos. En AA. VV. *Derecho Disciplinario*. Ius et Veritas-GIEP UDEP.
- (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración pública regulatoria en Perú*. Lima: Palestra.
- Zanobini, G. (1947). *Corso di diritto amministrativo*. Milán: Giuffré.
- Zegarra Valdivia, D. y Baca Oneto, V. (coords.). (2011). *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra.

II. Europa

INFORME NACIONAL DE ALEMANIA

El control sobre la gestión de los recursos públicos. En particular, la visión desde los Gobiernos locales

Martin Ibler

Dr. jur., Dr. h.c., Catedrático de la Universidad de Konstanz¹

SUMARIO. **1. Introducción.** 1.1. Terminología. 1.2. Fundamentos: los municipios en la estructura estatal de la República Federal de Alemania. 1.3. Retos. **2. Breve historia de la autoadministración local bajo supervisión estatal en Alemania.** 2.1. De la Ordenanza municipal prusiana de 1808 (“Preußische Städteordnung”) al Imperio. 2.2. Autonomía local bajo supervisión estatal en el Imperio (1871-1918). 2.3. Municipios y supervisión estatal en la República de Weimar (1919-1933). 2.4. Municipios y Estado en el nacionalsocialismo (1933-1945). **3. La posición jurídica de los municipios entre la autonomía administrativa y la supervisión estatal hoy.** **4. El derecho a la autonomía administrativa de los municipios según el art. 24.2 de la Ley Fundamental en la práctica jurídica.** 4.1. Ámbito de protección (contenido de protección, tipo) del art. 28.2 de la Ley Fundamental. Especialmente, la llamada “soberanía financiera (*Finanzhoheit*) de los municipios”. 4.2. Intervenciones estatales (“staatliche Eingriffe”) en el derecho a la autonomía administrativa y especialmente en la “soberanía financiera”. 4.2.1. *Intervenciones por ley.* 4.2.2. *Intervenciones en razón de ley (por ejemplo, por medio de un acto administrativo).* 4.3. Justificación constitucional de una intervención en el derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 de la Ley Fundamen-

1. El autor agradece a Brian Buchhalter Montero, LL.M (Konstanz), doctorando en la Universidad Complutense de Madrid (España), la traducción del texto original alemán.

mental. 4.3.1. Necesidad de presupuesto jurídico para las intervenciones. 4.3.2. Justificación constitucional de intervenciones por ley. 4.3.3. Justificación constitucional de intervenciones en virtud de una ley. **5. Conclusión: ¿Puede vulnerar el control financiero y económico de los “tribunales de cuentas” (“Rechnungshöfe”) u otras instituciones el derecho de los municipios (o las asociaciones de municipios) del art. 28.2 de la Ley Fundamental? 6. Bibliografía. 7. Índice de abreviaturas.**

1. Introducción

1.1. Terminología

Hablar de “Gobiernos locales” es inusual en alemán jurídico. En el ámbito local se da en Alemania, sobre todo, gestión o administración local (“*örtliche Verwaltung*”). El término “Gobierno” se emplea respecto de instancias superiores, a menudo para la supralocal instancia media de gestión estatal (“*überörtliche Mittelinstanz der staatlichen Landesverwaltung*”), por ejemplo, “*Bezirksregierungen*”, pero sobre todo para la cúspide de la Administración en la Federación y los Estados federados. La administración local es, típicamente, asunto de los municipios y comarcas.

De tal manera, los municipios no tienen “Gobierno”. Los juristas alemanes hablamos, más bien, de la Administración municipal con un Alcalde Mayor (“*Oberbürgermeister*”) en la cima. Los ciudadanos del municipio no son el “pueblo del municipio”, sino solo habitantes (municipales). Tampoco hablamos, a diferencia de lo que ocasionalmente sucede en el lenguaje coloquial influenciado por la ciencia política y administrativa, de un parlamento municipal. Al órgano principal elegido por los ciudadanos del municipio lo conocemos como consejo o junta municipal.

Este estudio se ocupará principalmente de la perspectiva de los municipios y solo abordará las asociaciones de municipios (“*Gemeindeverbände*”), es decir, comarcas en general, cuando haya motivos para ello. Se sustenta este artículo en una perspectiva jurídica, de modo que quedan de lado cuestiones de ciencia política, administrativa o comunal que van más allá.

1.2. Fundamentos: los municipios en la estructura estatal de la República Federal de Alemania

La Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental (“*Grundgesetz*”, LF), distribuye verticalmente el poder estatal entre la Federación y los Estados federados. Mientras que la Federación y los Estados fe-

derados tienen cualidad de Estado (*"Staatsqualität"*), porque dan cuenta de los tres elementos territorio, pueblo y poder o soberanía, los municipios (y las asociaciones de municipios) son solo parte de los Estados federados. A pesar de que tienen territorio y habitantes, no tienen soberanía o poder originario, sino solo facultades administrativas derivadas de la Federación y del Estado federado, incluida la potestad reglamentaria de ejecución. Estas facultades de autoridad son concedidas a los municipios (o las asociaciones de municipios) por la Ley Fundamental, por la Constitución del Estado federado al que pertenecen y por otras leyes. Los municipios (y las asociaciones de municipios) forman, entonces, parte del Ejecutivo estatal. No hay en Alemania un poder independiente comunal, junto al legislativo, ejecutivo y judicial².

A pesar de su pertenencia al Ejecutivo del Estado federado en el que se encuentran, los municipios (y las uniones de municipios) se encuentran al margen del orden jerárquico intraestatal. Se cuentan no entre la Administración estatal *"inmediata"*, sino *"mediata"*, porque son por ley portadores independientes de Administración soberana (*"hoheitliche Verwaltung"*), es decir, personas jurídicas de derecho público separadas del Estado. El Estado dota a los municipios de las mencionadas facultades y –especialmente a los municipios (y en menor medida a las asociaciones de municipios)– del derecho a gestionar sus propios asuntos (públicos). Es decir, los municipios deciden sobre estas cuestiones soberana y responsablemente por medio de un órgano elegido por los habitantes, por medio de sus propios órganos y con funcionarios y empleados contratados por el propio municipio (derecho a la autonomía administrativa: *"Selbstverwaltungsrecht"*). Además de eso, a los municipios (y las asociaciones de municipios) les son atribuidos por ley muchos asuntos estatales (tareas supra-locales, es decir, desde la perspectiva de los municipios *"tareas administrativas ajenas"*)³, que deben o pueden realizar con sus órganos. En el cumplimiento de sus propias tareas (derivadas de su autonomía administrativa) y de las estatales atribuidas, se encuentran los municipios bajo supervisión del Estado federado en el que radican. Cuando el municipio realiza tareas propias de su autonomía administrativa, está solo bajo *"supervisión jurídica"* (*"Rechtsaufsicht"*), es decir, el Estado federado examina (solo) la legalidad de la actuación municipal. Sin embargo, si el municipio cumple tareas estatales atribuidas por la ley (*"tareas*

2. Respecto de un *pouvoir municipal*, que en 1789 fue discutido en Francia y que fue reconocido en la Constitución belga de 1831, modelo de la Constitución de Frankfurt de 1849 (von Unruh, 1973: 397).

3. Las tareas administrativas ajenas (*"Fremdverwaltungsaufgaben"*) se conocen en los Estados federados de distintas maneras: administración por encargo (*"Auftragsverwaltung"*), ámbito de actuación transferido (*"Übertragener Wirkungskreis"*), tareas (obligatorias) para el cumplimiento según instrucciones (*"[Pflicht-] Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung"*) o tareas mandadas (*"Weisungsaufgaben"*).

administrativas ajenas”), entonces está vinculado a las instrucciones del Estado (salvo que la ley prevea otra cosa) y se encuentra, además, bajo “supervisión técnica” (“Fachaufsicht”), es decir, el Estado federado examina, además de la legalidad, también la adecuación de la medida municipal. Por ejemplo, si es más o menos efectiva, más o menos costosa, más o menos provechosa o práctica, sencilla o compleja, rápida o lenta, o qué consecuencias colaterales positivas o negativas tiene. La supervisión estatal comprende además un control financiero de los ingresos y gastos de los municipios. Puede extenderse también a su eficiencia económica. En algunos Estados federados, puede coadyuvar el tribunal de cuentas del Estado federado en este control financiero (*cfr. infra*, V.). Los municipios reciben del Estado la mayor parte de los recursos financieros para el cumplimiento de sus tareas propias de la autonomía administrativa y de las tareas que les ha transferido el Estado. Sin embargo, la posibilidad de los municipios de recaudar sus propios tributos está altamente restringida por la ley estatal. No existe un derecho de los municipios a crear nuevos tributos (“Steuererfindungsrecht”). Otra fuente relevante de financiación desde la perspectiva de los municipios deriva de la posibilidad —restringida por ley, especialmente por las leyes reguladoras del régimen local (“Gemeindeordnungen”)— de crear y hacer funcionar “emprendimientos económicos” (los “emprendimientos no económicos”, por ejemplo, las instituciones educativas y sanitarias, no están restringidos) (Burgi, 2019: 272). Sin embargo, esta actividad económica de los municipios suele dar lugar no solo a controversias con la supervisión estatal, contra cuya decisión el municipio puede recurrir ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, sino también a disputas legales con competidores privados, que deciden los tribunales (civiles o administrativos).

1.3. Retos

Este sistema de independencia jurídica de los municipios, del cumplimiento de sus propias tareas, de la atribución de tareas estatales, de la provisión de financiación y del control, debe funcionar lo más finamente posible entre el municipio y el Estado. Especialmente, este sistema no debe paralizar el cumplimiento de las tareas por los municipios. No solo debe poder hacer frente a situaciones de emergencia, causadas por crisis económicas supraestatales o nacionales o por errores en la gestión municipal. También en “situaciones normales” es vulnerable este complicado sistema, especialmente cuando el Estado atribuye a los municipios tal cantidad de tareas que estos no pueden ocuparse suficientemente de las suyas (dados los escasos recursos personales y materiales).

En la práctica conduce la supervisión estatal recurrentemente a controversias sobre la gestión de los recursos públicos entre el Estado y los municipios.

pios, que afectan a la financiación, el control, la tutela judicial y la responsabilidad, por ejemplo⁴, cuando la supervisión estatal de los municipios exige la creación y ejecución de "un concepto de consolidación presupuestaria" ("Haushaltskonsolidierungskonzept") o cuando las autoridades de supervisión –por sí mismas o por medio de un "comisario estatal" ("Staatskommissar")– excepcionalmente toman decisiones por los municipios. Cuestiones de la financiación de los municipios no pueden, además, conducir solo a un procedimiento contencioso-administrativo con el Estado, sino también a un procedimiento administrativo entre el municipio y la comarca. Algunas controversias nacen, sin embargo, mucho antes, es decir, cuando se promulgan leyes que atribuyen nuevas tareas estatales a los municipios.

Una valoración jurídica no puede, por tanto, considerar solo el derecho a la autonomía administrativa local y las normas de la supervisión estatal. También las leyes que atribuyen tareas a los municipios deben abstenerse de lesionar el derecho a la autonomía administrativa local.

No es solo que estas controversias se entiendan y solucionen más fácilmente cuando se conoce el desarrollo histórico de la autonomía local bajo supervisión estatal, reconocida hoy en la Constitución de la Federación y de los Estados federados, y restringida por las leyes estatales y federales. Más bien, sin una mirada a esta evolución, el significado jurídico de la perspectiva de la administración local es incomprensible. Mientras que para el Estado es de interés conocer hasta qué punto puede emplear a las entidades municipales para la realización de tareas estatales, es relevante desde la perspectiva de los municipios (y de las asociaciones de municipios) en qué medida el Estado puede restringir el hoy constitucionalmente garantizado derecho a la autonomía administrativa local o –por el contrario– debe protegerlo especialmente, particularmente financiándolo.

4. Otros ejemplos:

- Prohibición de que el municipio realice actividades económicas fuera de su territorio e incluso en el extranjero.
- Prohibición de un negocio "Sale and lease back". Véase, por ejemplo, Elicker (2004: 876 y ss.).
- Prohibición del llamado "Cross-Border-Leasing". Véanse Elicker (2004: 877 y ss.), por una parte, y Sester (2003: 94 y ss.), por otra.
- Prohibición de determinadas formas de proyectos de "Public Partnership". Berlit (2010: 332).
- También controversias sobre una adecuada financiación de los municipios respecto de la distribución de recursos públicos entre municipios y comarcas suelen ser conflictivas (Gundlach, 2023: 103 y ss.). Un ejemplo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo: BVerwG, Sentencia de 16.6.2015 - 10 C 13/14, NVwZ 2016, p. 72 (Instrucción de la autoridad supervisora a una comarca para que sane su presupuesto).

2. Breve historia de la autoadministración local bajo supervisión estatal en Alemania

2.1. De la Ordenanza municipal prusiana de 1808 (“*Preußische Städteordnung*”) al Imperio

La historia de la autonomía administrativa local comienza en Alemania con el fin del Sacro Imperio Romano Germánico (1806). A pesar del dominio posterior de Napoleón sobre Alemania se intentó en Prusia, sobre todo, por el ministro y reformador barón *Heinrich Karl von und zum Stein*, ganar a los ciudadanos en sus ciudades para que participaran en la administración local y, por tanto, en la estructuración de un nuevo Estado alemán. Como documento inicial para esta autonomía administrativa local en Alemania se encuentra la Ordenanza municipal prusiana, que fue en 1808 promulgada como Ley⁵. La autonomía administrativa local fue restringida a las ciudades, especialmente por medio de una supervisión respecto de la gestión patrimonial de aquellas⁶. Sin embargo, esta supervisión estatal no la llevaban a cabo los tribunales de cuentas, ya que estos solo eran responsables ante las autoridades estatales, pero no ante las ciudades jurídicamente independientes. Las relaciones políticas de poder de las décadas siguientes, más que fortalecerlas, reblandecieron la idea y la forma de esta autonomía. Tras la liberación de los Estados alemanes del dominio de Napoleón en las guerras de 1813-1815, la restauración de estructuras feudales frenó –en la nueva Federación de Estados “Federación alemana” de 1815 (“Deutscher Bund”)⁷ y en el Documento Final de Viena de 1820⁸– la idea de autonomía administrativa. Más todavía frenó esa idea la “revisada” Ordenanza municipal prusiana de 1831⁹, que reguló el derecho del Estado de supervisar a los municipios “en forma más completa y general”¹⁰. Especialmente, no restringió la supervisión estatal a un control de legalidad de la actuación municipal¹¹. Junto a facultades represivas de supervisión, conoció facultades preventivas, tales como determinadas autorizaciones necesarias (para la compra y venta de fincas o para la emisión de obligaciones)¹². Además,

5. Ordenanza municipal prusiana de 19 de noviembre de 1808, PrGS, p. 324. Véanse especialmente la introducción de la Ley y los §§ 46 y ss., así como el § 169.

6. §§ 1 y 2 de la Ordenanza municipal prusiana de 19 de noviembre de 1808, PrGS, p. 324.

7. Documento federal alemán de 8 de junio de 1815.

8. Véase, por ejemplo, art. 55 del Documento Final de Viena de 15 de mayo 1820.

9. Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831. Compilación legislativa para los Estados reales prusianos, 1831, pp. 10 y ss.

10. PrOVG, Sentencia de 5.3.1909 – I.A.204/08 – PrOVGE 54, pp. 467 y ss. (pp. 471 y ss.).

11. § 139.I.II lit) a – d) de la Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831 (PrGS, p. 10).

12. § 139.I.II e) en relación con, por ejemplo, el § 117.I lit. B) (autorización para la enajenación de fincas, § 119 (autorización para la toma de préstamos para la compra de fincas).

esa autoridad no solo estaba legitimada para supervisar, sino también obligada¹³. El movimiento revolucionario de finales de la década de los 40 del siglo XIX quiso, contrariamente, reforzar la autonomía local. La famosa constitución de Frankfurt ("Paulskirchenverfassung"), que fue aprobada en 1849 por representantes populares electos¹⁴, declaró la autonomía administrativa local ("bajo la supervisión legalmente ordenada del Estado") como un derecho fundamental de los municipios¹⁵. Sin embargo, esta pretensión fracasó junto con la misma Constitución: el rey de Prusia, Federico Guillermo IV, no quiso recibir la corona imperial de una Constitución dada por el pueblo, es decir, de las manos de los súbditos en vez de las manos de los príncipes. La Constitución de 1848, impuesta por el rey prusiano, y más precisamente la Constitución revisada de 1850, concedieron a los municipios —aunque al margen del catálogo sobre los "derechos de los prusianos"— la "administración autónoma de sus asuntos locales bajo la supervisión legalmente ordenada del Estado"¹⁶. En 1853, el Código Municipal limitó expresamente los poderes de supervisión del Estado en materia de autogobierno municipal a las infracciones de la ley y a las violaciones de los intereses del Estado¹⁷, es decir, las meras desventajas para los propios intereses del municipio no justificaban las medidas de supervisión del Estado (Drews, 1934: 198 y ss.). Con todo, la entonces no todavía clara imagen del municipio como parte de una sociedad, que se encontraba durante la primera mitad del siglo XIX en dualismo con el Estado feudal, fue desplazada por una idea del municipio como parte del Estado. En consecuencia, la imagen se transformó de una administración local enraizada en la sociedad a una administración soberana, en la que los habitantes participaban, entre otras formas, a través de las elecciones locales y de la intervención en los órganos municipales.

13. § 139.I.II de la Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana de 1831.

14. Constitución de 28 de marzo de 1849, Reichs-Gesetz-Blatt 1849, pp. 101 y ss. El art. 184 de la Constitución de Frankfurt de 1849 se acercaba, en este punto, a la Constitución belga de 1831.

15. § 184 de la Constitución de Frankfurt de 1849:

"Todo municipio tiene como derecho fundamental de su constitución:

- a) la elección de su Presidente y representantes;
- b) la administración autónoma de sus asuntos locales, incluyendo la policía local, bajo la supervisión legal del Estado;
- c) la publicación de su presupuesto municipal;
- d) la publicidad de las sesiones municipales como regla".

En la anterior "Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán" de 27 de diciembre de 1848 (RGBI. p. 49), no había todavía ningún derecho fundamental de los municipios.

16. Art. 105.I núm. 3 del (revisado) documento constitucional para el Estado prusiano de 31 de enero de 1850, PrGS 1850, pp. 17 y ss.

17. § 77 frase 1 Ordenanza municipal para las seis provincias orientales de la monarquía prusiana del 30 de mayo de 1853, PrGS 1853, p. 261.

2.2. Autonomía local bajo supervisión estatal en el Imperio (1871-1918)

Esta última imagen permaneció actual también durante el subsiguiente Imperio (1871-1918), máxime porque la Constitución imperial de 1871 no se pronunció respecto de la autonomía local. Su regulación sobre la supervisión estatal de los municipios quedó, como antes sucedía con los Estados alemanes, para los Estados federados del Imperio, que seguían reconociendo un derecho de autonomía administrativa a los municipios¹⁸. También se mantuvo la imagen de la supervisión estatal como límite a la autonomía administrativa local. Los instrumentos de supervisión estatal sobre los municipios y la amplitud material de la supervisión se asemejaron en los Estados federados (¿supervisión jurídica? ¿supervisión técnica? ¿discrecionalidad? ¿supervisión preventiva? ¿supervisión represiva?), aunque no fueron idénticos en todos lados y sí discutidos en la literatura y la jurisprudencia. A partir de la introducción de los tribunales de lo contencioso-administrativo (desde 1863) pudieron los municipios defender su derecho a la autonomía administrativa ante jueces independientes. Habitualmente, se trató de repeler medidas de supervisión estatales, que prohibían o exigían determinadas tareas (por ejemplo, a través de la introducción forzosa de partidas presupuestarias, "Zwangsetatisierung")¹⁹. Especialmente importante fue aquí el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del dominante Estado de Prusia ("Preußisches Oberverwaltungsgericht", PrOVG). Este dejó claro que el Estado necesitaba un fundamento legal para emprender una medida de supervisión sobre un municipio y fundó así en el derecho municipal, como ya había hecho en el derecho de policía²⁰, la reserva de ley propia del Estado de derecho. A pesar de que los detallados instrumentos de supervisión estatal de la revisada ordenanza municipal prusiana²¹ no fueron recogidos con tanto detalle en las normas posteriores, seguían vigentes sin modificaciones según la jurisprudencia del PrOVG²². Otro todavía más viejo fundamento legal para la intervención estatal respecto de los municipios tomó el PrOVG del derecho territorial general de los Estados prusianos de 1794.

18. Sobre las reglas de supervisión de las Ordenanzas municipales en los Estados de Baden, Baviera, Württemberg y Prusia, véase Anschütz (1916: 1148 y ss.).

19. Medio de coerción administrativa por el que la autoridad de supervisión puede, mediante una acción sustitutoria, consignar una partida en el presupuesto de una corporación de derecho público si la propia corporación se niega a hacerlo.

20. PrOVG, Sentencia de 10 de junio de 1880 (PrVBl. 1897, pp. 401 y ss.), primera sentencia Kreuzberg; PrOVG; Sentencia de 14 de junio de 1882 (PrOVGE 9, pp. 353 y ss.), segunda sentencia Kreuzberg.

21. Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831, Compilación legislativa para los Estados reales prusianos, 1831, pp. 10 y ss.

22. PrOVG, Sentencia de 28 de mayo de 1895, Rep.I.A.16/95 (PrOVGE 28, pp. 89 y ss., p. 95); PrOVG, Sentencia de 14 de marzo de 1889, Rep.I.A.10/98 (PrOVGE 35, pp. 113 y ss., pp. 118 y s.); PrOVG, Sentencia de 5 de marzo de 1909, I A 204/08 (PrOVGE 54, pp. 467 y ss., p. 471 y s.), cada una con más referencias.

2.3. Municipios y supervisión estatal en la República de Weimar (1919-1933)

En 1919, tras la pérdida de la Primera Guerra Mundial, vinieron junto con el paso de la monarquía a la democrática República de Weimar, también por primera vez, derechos fundamentales, y, por primera vez, una regulación del derecho municipal en la Constitución imperial²³.

Al contrario, siguieron rigiendo las leyes administrativas, que ya en la época del Imperio habían conformado la autonomía administrativa de los municipios y la supervisión estatal. El famoso administrativista Otto Mayer describió este fenómeno con una frase célebre (que en alemán rima): "El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo queda" ("Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" [Mayer, 1924: prólogo]). De esta manera permaneció la idea de que la autonomía administrativa de los municipios era el principio general y de que la supervisión de los municipios era la excepción (a interpretar restrictivamente [Schmieder, 1919-1920: 124]).

El art. 127²⁴ de la nueva Constitución "de Weimar" garantizó a los municipios (y las asociaciones de municipios) el derecho a la autonomía administrativa dentro de los límites de las leyes. Esta norma estaba incardinada no en la parte orgánica de la Constitución, sino en la parte dogmática (de modo similar a como lo quiso 70 años atrás la fallida Constitución de Frankfurt²⁵ y como lo previeron las constituciones de algunos Estados alemanes)²⁶. Ahora bien, la eficacia jurídica de este derecho fundamental fue débil, como la de la mayoría de otros derechos fundamentales de la Constitución de Weimar²⁷, pues el art. 127 de la Constitución de Weimar no reconoció un derecho vinculante, sino solo un deseo programático que el legislador debía seguir en la configuración del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el precepto constitucional habló de los municipios y garantizó así esta institución. No dijo nada, sin embargo, respecto del exacto contenido del derecho a la autonomía administrativa local. Su determinación quedó en manos de las

23. Constitución del Imperio alemán, de 11 de agosto de 1919, RGBI. 1919, pp. 1383 y ss.

24. Art. 127 de la Constitución de Weimar: "Los municipios y las asociaciones de municipios tienen el derecho a la autonomía administrativa dentro de los límites de las leyes".

25. Art. XI., § 184.

26. § 65 de la Constitución del Reino de Württemberg, de 25 de septiembre de 1819 (Reg. Bl. 1819, pp. 633 y ss.).

27. Gerhard Anschütz, el comentarista estrella de la Constitución de Weimar, se refirió al precepto, que reconocía un derecho fundamental, como "vacío" (Anschütz, 1933: Art. 127, anotación 1).

leyes de los Estados federados, que discreparon entre sí²⁸. En todo caso, en el ámbito imperial, el Tribunal imperial (*"Reichsgericht"*) protegió a los municipios, aceptando la responsabilidad de los Estados federados por las vulneraciones culposas de obligaciones estatales en la supervisión de los municipios²⁹. Por otra parte, los decretos de excepción del Imperio³⁰ reblandecieron –como reacción a la crisis económica global de 1929³¹– la posición de los municipios. Entre otros, un decreto de excepción ordenó para toda Alemania que las autoridades supervisoras controlaran la gestión presupuestaria, financiera y contable, así como la situación económica, la gestión patrimonial y las obligaciones de los municipios (y las asociaciones de municipios). Admitió este decreto, además, la hasta ese momento discutida cuestión de si la supervisión estatal podía nombrar un comisario estatal, desplazando la autonomía local, para lograr sanear el presupuesto del municipio³². Sin embargo, no hubo control de los municipios por un tribunal de cuentas, como en ocasiones exigían los políticos (Köttgen, 1936: 270).

2.4. Municipios y Estado en el nacionalsocialismo (1933-1945)

La pluralidad de reglas estatales cambió totalmente en 1933 con la llamada “toma de poder” (*“Machtergreifung”*) de los nazis. Directamente una de sus primeras leyes liquidó la condición de Estado de los Estados federados del Imperio alemán, degradándolos a la mera condición de circunscripciones administrativas del Imperio³³. La supervisión estatal sobre los municipios se

28. Véase art. 70 de la Constitución del Estado libre de Prusia, de 30 de noviembre de 1920 (pp. 542 y ss.): “Se reconoce a los municipios y asociaciones de municipios políticos el derecho de la autonomía administrativa de sus asuntos bajo la supervisión del Estado legalmente regulada”.

29. RG, Sentencia de 23.9.2927 – III 25/27 – RGZ 118, pp. 94 y ss. (pp. 98 y ss.), Sentencia de 23 de septiembre de 1923, III.27 (supervisión, en protección de terceros, respecto de municipios incumplidores).

30. Segundo Decreto del Presidente del Imperio para el aseguramiento de la economía y las finanzas, de 5 de junio de 1931 (RGBl. I 1931, pp. 279 y ss.), Segunda Parte, Capítulo IX §§ 1–4 (p. 292); véase también el Decreto de excepción del Presidente del Imperio para el aseguramiento de los presupuestos de los Estados y municipios de 24 de agosto de 1931, que habilitó al Gobierno estatal para tomar todas las medidas necesarias para equilibrar los presupuestos de los Estados y municipios y, especialmente, para determinar en qué medida se reducen los gastos de personal y otros gastos de los Estados federados y de los municipios (RGBl. I 1931, pp. 453 y ss.).

31. Von Leyden (1931: 27 y s.): “Consecuencia del crecimiento del desempleo en perjuicio de los municipios”.

32. § 3 Capítulo IX, Segunda Parte del Decreto de 5 de junio de 1931.

33. Ley provisoria para la homogeneización de los Estados federados con el Imperio de 31 de marzo de 1933 (RGBl. I, pp. 153 y ss.); § 4: Disolución de los Parlamentos de los Estados federados; § 12: Disolución de las Juntas municipales, nueva creación y composición por Ley.

convirtió de ese modo en competencia del Imperio³⁴. La nueva Ordenanza alemana imperial municipal de 1935 ("Deutsche Gemeindeordnung", DGO)³⁵, que según su propio preámbulo era "una ley fundamental del Estado nacionalsocialista"³⁶, aunque mantuvo a los municipios formalmente como "corporaciones territoriales" ("Gebietskörperschaften") que "se [administran] a sí mismas bajo su propia responsabilidad" (§ 1.2 DGO), también reforzó las reglas de supervisión³⁷. La supervisión estatal de los municipios (§ 8 DGO) no solo comprobó la legalidad de la actividad del municipio, sino también si la Administración municipal estaba "en concordancia con los fines [...] del conducción del Estado" (§ 1.2.III DGO, § 106.1.I DGO). También con el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP) debía ser coherente la Administración municipal (cfr. § 6.2.II DGO). Del mismo modo, la nueva ley introdujo el llamado "principio de caudillaje (*Führerprinzip*)" (cfr. § 32.1 DGO) y restringió la competencia de las juntas municipales al mero asesoramiento del Alcalde (§ 48.1.II DGO). Además, los concejales no eran elegidos por los ciudadanos, sino nombrados por el "encargado del Partido Nacionalsocialista" en conjunto con el Alcalde (§ 51.1 DGO). Frente al Estado no tenían los municipios ningún derecho propio más. Eufemísticamente se hablaba de la "aproximación al Estado de las autoridades de la autonomía administrativa local" (Naß, 1935: 166).

Los preceptos sobre los instrumentos de supervisión estatal se endurecieron (véanse §§ 108 DGO y ss. [Surén, 1935: 130]). Especialmente, la supervisión estatal podía actuar en lugar del municipio (§ 111 DGO) y, cuando fuera necesario, nombrar un comisario estatal (§ 112 DGO). Los municipios podían, en cualquier caso, crear y hacer funcionar emprendimientos económicos dentro de los límites marcados por la DGO. El Estado supervisaba su funcionamiento (§§ 67 y ss. DGO).

Contra las medidas de supervisión estatal no podían ya los municipios solicitar amparo de los tribunales de lo contencioso-administrativo (§ 113.1 DGO). Desde ese momento hasta la rendición del Estado nacionalsocialista el 8 de mayo de 1945 no podía hablarse, en el anterior sentido, de una autonomía administrativa de los municipios³⁸.

34. Véase también § 107 de la Ordenanza municipal alemana de 30 de enero de 1935 (RGBl. I, pp. 49 y ss.) en relación con el § 33 del Primer Reglamento para la ejecución de la Ordenanza municipal alemana de 23 de marzo de 1935 (RGBl. I, pp. 393 y ss.).

35. Ordenanza municipal alemana de 30 de enero de 1935 (RGBl. I, pp. 49 y ss.)

36. RGBl. I 1935, p. 49.

37. Para un resumen contemporáneo de la situación: Frick (1931: 43).

38. BVerfG, Auto de 12.7.1960 – 2 BVR 373, 442/60 – BVerfGE 11, pp. 266 y ss. (p. 275), habla solo aún de una "mera forma administrativa del Estado unitario centralista". Véase, por ejemplo, el Decreto del *Führer* y Canciller sobre la simplificación de la Administración, de 28 de agosto

3. La posición jurídica de los municipios entre la autonomía administrativa y la supervisión estatal hoy

Recién empezada la postguerra (1945-1949) revivió la autonomía administrativa de los municipios en los términos alcanzados durante la República de Weimar en las zonas ocupadas en la Alemania del Oeste, bajo la supervisión y el influjo de las fuerzas aliadas³⁹. Desde 1949 la actual Constitución, la Norma Fundamental para la República Federal de Alemania, extrae consecuencias de las experiencias de Weimar y del nacionalsocialismo. La Constitución federal garantiza a los municipios, de nuevo, un derecho a la autonomía administrativa. Este, aunque no es ya un derecho fundamental, pues estos son derechos de defensa de los individuos frente al Estado, sí es entendido por el art. 28.2 GG como garantía institucional y como derecho subjetivo de los municipios con rango constitucional. Las leyes que debilitan este derecho a la autonomía administrativa pueden ser impugnadas por un municipio con un recurso de amparo municipal (*"kommunale Verfassungsbeschwerde"*) ante el Tribunal Constitucional Federal (art. 93.1 núm. 4b LF).

También las constituciones de la mayoría de los Estados federados garantizan a sus municipios un derecho a la autonomía administrativa⁴⁰. Si una ley estatal (o una norma estatal inferior en rango) lesionara el derecho a la autonomía administrativa de un municipio, reconocido por la Constitución estatal, está legitimado ese municipio para interponer un recurso de amparo (control normativo) ante el Tribunal Constitucional del Estado federado (véase, por ejemplo, art. 76 de la Constitución del Estado federado de Baden-Württemberg).

En la práctica son hoy importantes los recursos de amparo de los municipios contra las leyes que regulan los fundamentos de la financiación, especialmente la llamada compensación financiera (*"Finanzausgleich"*), entre el Estado federado y los municipios, pero también la compensación financiera entre los municipios y las asociaciones de municipios supralocales, que

de 1939 (RGBI. I, pp. 1535 y ss.), V 1: "Las corporaciones de derecho público bajo supervisión de las más altas autoridades del Imperio quedan subordinadas a estas. Las autoridades superiores que hasta ahora tenían potestades de supervisión pueden dar instrucciones a los servicios que antes supervisaban".

39. Sobre el desarrollo de la supervisión estatal de los municipios durante el tiempo de la ocupación y en las cuatro zonas ocupadas (americana, británica, francesa y soviética), véase Fachinger (1949: 372 y ss.). En la zona ocupada por los soviéticos, los municipios (de modo similar a lo que sucedió durante el nacionalsocialismo) fueron degradados a la parte inferior de la Administración, sin ámbito competencial propio (Heberlein, 1991: 532).

40. Por ejemplo, art. 71 de la Constitución estatal de Baden-Württemberg. Una recopilación de las normas constitucionales concordantes en otros Estados federados está, por ejemplo, en Dreier (2015: ap. 39, nota al pie 190).

también disfrutan un derecho a la autonomía administrativa, aunque más restringido⁴¹.

Contra otras intervenciones estatales (es decir, aquellas que no derivan inmediatamente de la ley), por ejemplo, medidas de supervisión municipal o de control financiero, pueden los municipios invocar su derecho a la autonomía administrativa y defenderse ante los tribunales de lo contencioso-administrativo (cfr. las previsiones correspondientes en las ordenanzas municipales de los Estados federados y los §§ 40 y 42.2 de la Ley federal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [VwGO]). Relevantes son aquí, sin embargo, dos restricciones. En primer lugar, no tienen generalmente cabida (según la opinión mayoritaria, especialmente de la jurisprudencia) recursos contencioso-administrativos contra medidas estatales de "supervisión técnica"⁴², porque no se trata en esos casos de supervisión sobre el cumplimiento de tareas administrativas propias, sino de la supervisión sobre el cumplimiento de "tareas administrativas ajenas", que el Estado ha atribuido a los municipios. En segundo lugar, la Norma Fundamental garantiza para los municipios el derecho a la autonomía administrativa respecto de sus propios asuntos locales solo "en el marco de las leyes" —y las leyes de todos los Estados federados ordenan la supervisión estatal sobre los municipios, incluido el control financiero—. En todo caso, esta supervisión estatal está restringida normalmente al control de la legalidad de la autonomía administrativa local (de modo similar al Imperio y la República de Weimar, pero de manera distinta a lo que sucedía en la dictadura nazi). Un control de conveniencia —al menos en el caso de la supervisión represiva (correctiva)— está generalmente descartado⁴³. Respecto de la supervisión preventiva⁴⁴ la cuestión puede ser distinta (por ejemplo, decisión sobre autorizaciones, que los municipios deben recabar para tomar un préstamo según la ley). Excluida está evidentemente la obligación de los municipios existente durante la dictadura, de ejercitar la administración en coherencia con los intereses de la dirección (nacionalsocialista) del Estado y del Partido. También ha sido desecharido el "principio de caudillaje"⁴⁵. Solo excluyendo esas ideas nacio-

41. Véase, por ejemplo, Auto del BVerfG de 21 de noviembre de 2017 – 2 BvR 2177/16 – BVerfGE 147, 185 (215, ap. 59): "Los elementos estructurales fundamentales del art. 28.2 LF también incluyen la autonomía de los municipios, especialmente respecto a los distritos (cfr. BVerfGE núm. 21, pp. 17 y ss. [pp. 128 y s.]; núm. 23, pp. 353 y ss. [p. 365]; núm. 79, 127 y ss. [p. 150])".

42. BVerwG, Auto de 27 de febrero de 1978 (7 B 36/77), NJW 1978, pp. 1820 y ss.; BVerwG, Sentencia de 14 de diciembre de 1994 (II C 4/94), juris, ap. 11.

43. Concepto, por ejemplo, en Gönnenwein (1963: 183, 187 y ss., 203).

44. Concepto en Gönnenwein (1963: 183, 198, 203).

45. Preámbulo de la Ordenanza municipal alemana revisada, en la versión anexa al Decreto núm. 21 del Gobierno militar británico, de 1 de abril de 1946 (*Amtsblatt der Militärregierung* núm. 7, pp. 127 y ss., p. 128: "La Ordenanza municipal alemana queda, por tanto, modificada en

nalsocialistas pudo la Ordenanza municipal de 1935 ser el fundamento de las ordenanzas municipales de los nuevamente instituidos Estados federados. Sin embargo, la “limpieza” de la DGO de las ideas nacionalsocialistas también supuso que el resto de esta ley, que regía en todo el Estado nazi, pudiera convertirse en la base de las ordenanzas municipales de los Estados federados de la República Federal restablecidos desde 1945. Entre las regulaciones de la DGO, que en esencia han sido adoptadas sin cambios por las ordenanzas municipales de los Estados federados, se encuentran los instrumentos de supervisión estatal (§§ 108 y ss. de la DGO) y las restricciones a las actividades económicas de los municipios (§§ 67 y ss. de la DGO). Por lo tanto, estas importantes normativas siguen siendo —a pesar del federalismo— bastante homogéneas en la Alemania actual.

A pesar de que la Constitución de la Federación (la Ley Fundamental) no atribuye a los municipios ninguna cualidad de Estado, sino que los considera parte de los Estados federados, los remarca especialmente en la organización administrativa. La Constitución garantiza su existencia y reconoce que los municipios están dotados de derechos y potestades propias que, como ha mostrado la historia, forman parte del derecho a la autonomía administrativa (*cfr. supra*). También les reconoce nuevas facultades como, por ejemplo, el derecho a interponer un recurso de amparo municipal (*cfr. art. 93.1, núm. 4b, LF*). Los municipios son, por tanto, incluso según la Constitución, sujetos de derecho, personas jurídicas de derecho público. Al margen de derechos jurídico-públicos y obligaciones, pueden también ser titulares de derechos y obligaciones privadas. Pueden, igualmente, demandar y ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y civil. En la Constitución debe hacerse notar, sobre todo, el ya mencionado art. 28.2. Según su frase primera, debe garantizarse a los municipios el derecho a regular todos los asuntos de la comunidad local en el marco de las leyes bajo su propia responsabilidad⁴⁶. Las constituciones de los Estados federados contienen (subsidiariamente) las correspondientes previsiones, algunas incluso fortalecen el derecho municipal a la autonomía administrativa⁴⁷.

el sentido de que el principio de caudillaje [*Führerprinzip*] queda sustituido por el principio de responsabilidad común [*gemeinschaftlicher Verantwortung*].

46. En forma tenue rige esto, según la frase 2, también para las comarcas, respecto de lo cual no se hará más mención.

47. Por ejemplo:

- Presunción de competencia, pero no restringida a asuntos de la comunidad local: art. 57.3 de la Constitución de *Niedersachsen*; art. 137.1 de la Constitución de *Hessen*; art. 71.2.1 de la Constitución de *Baden-Württemberg*; o art. 49.1 de la Constitución de *Rheinland-Pfalz*.
- Derecho de audiencia de los municipios o de las asociaciones principales de municipios: art. 71.4 de la Constitución de *Baden-Württemberg*; art. 83.7 de la Constitución

Como titulares de derechos y potestades de autoridad están los municipios vinculados al derecho y a la ley (cfr. art. 20.3 LF) y también a los derechos fundamentales (art. 1.3 LF). Los municipios son, se puede decir así, “un trozo del ‘Estado’”⁴⁸. De ahí se sigue, en primer lugar, que los municipios no pueden ser titulares de derechos fundamentales. Según la opinión mayoritaria, especialmente la del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), nadie puede estar obligado y legitimado a la vez por los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son derechos de defensa de los particulares frente al Estado. En segundo lugar, los municipios no tienen autonomía privada, ni siquiera cuando participan en la vida económica sin ejercer su autoridad.

4. El derecho a la autonomía administrativa de los municipios según el art. 24.2 de la Ley Fundamental en la práctica jurídica

Para los municipios el art. 28.2 LF es la norma constitucional central, que configura la visión que tienen los municipios (pero no solo ellos) de su relación con el Estado. La jurisprudencia y la ciencia jurídica en Alemania indagan sobre el contenido y la eficacia de esta garantía de autonomía administrativa de los municipios (y de las asociaciones de municipios) con ayuda de reconocidos principios de metodología jurídica (“jurídico-dogmáticos”)⁴⁹. Al determinar el contenido exacto de la norma por medio de la interpretación (con ayuda del tenor literal, la sistemática, el *telos* y la historia) y la correspondiente subsunción en un supuesto de hecho concreto, utilizan la jurisprudencia y la ciencia jurídica respecto del derecho a la autonomía administrativa (aunque no sea un derecho fundamental), un modelo de comprobación jurídico-dogmático que se ha demostrado eficiente durante décadas en la dogmática de los derechos fundamentales⁵⁰. Se examina, en tres pasos, si el por interpretación indagado ámbito de protección del derecho está afectado en el caso concreto, si el Estado ha intervenido en este ámbito de protección y si, en su caso, esta intervención estatal está justificada constitucionalmente⁵¹.

de Baviera; art. 57.6 de la Constitución de *Niedersachsen*; y art. 84.2 de la Constitución de *Sachsen*.

– Derecho al desarrollo de ingresos tributarios propios: cfr. art. 79 de la Constitución de *Nordrhein-Westfalen*. Más referencias en: Mehde (2023: aps. 20 y ss.); Hellermann (2023: ap. 27.2).

48. BVerfG, Sentencia de 4 de noviembre de 1986, 1 BvF 1/84 (BVerfGE 73, pp. 118 y ss., p. 191).

49. Dogmática = Reglas (de prudencia y sabiduría) tradicionales, no dictadas ni por leyes ni por el derecho consuetudinario (por ejemplo, cánones de interpretación, o el esquema ámbito de protección –intervención–, justificación, etc.).

50. Sobre la fundamentación, véase Ipsen (1994: 211 y ss.).

51. Con acierto, contra las (viejas) dudas sobre la aplicabilidad de este modelo en el art. 28.2 GG, véase, por ejemplo, Pfeiffer (2007: 207).

Este modelo de comprobación jurídico-dogmático puede ser ilustrado con el ejemplo del llamado *Cross-Border-Leasing*. Este modelo de financiación de inversiones desde comienzo de los años 2000 fue utilizado por varios municipios alemanes. Ha sido también habitualmente prohibido por las autoridades de supervisión: un municipio arrienda una instalación municipal, por ejemplo, su ayuntamiento, una central eléctrica, una depuradora o su red de tranvías, a una empresa Estadounidense (*"Trust"*) durante 99 años. Este *Trust* abona la totalidad de la renta por los 99 años al municipio, que, de tal manera, recibe una gran cantidad de dinero. Para el *trust*, que financia bancariamente el pago, el negocio es rentable por los beneficios fiscales que permite el derecho tributario Estadounidense. En un segundo contrato, el municipio vuelve a alquilar este recinto o instalación municipal (etc.) al *trust* a cambio de pagos mensuales de alquiler. Si la autoridad estatal de control prohíbe estas transacciones, podría vulnerar el derecho de autonomía administrativa local, concretamente si la prohibición afecta al ámbito de protección de este derecho, es además una intervención que no puede justificarse constitucionalmente.

4.1. Ámbito de protección (contenido de protección, tipo) del art. 28.2 de la Ley Fundamental. Especialmente, la llamada “soberanía financiera (*Finanzhoheit*) de los municipios”

El derecho a la autonomía administrativa garantizado en el art. 28.2 GG (restringido constitucionalmente a los “asuntos de la comunidad local”) garantiza, según se reconoce mayormente, las “soberanías municipales” (“*Gemeindehoheiten*” [Ehlers, 1990: 45]), que se han desarrollado históricamente⁵². Al margen de una “soberanía” de planificación⁵³, de personal⁵⁴, de territorio⁵⁵, y una de organización⁵⁶, interesa en este asunto respecto del control de la administración de los medios públicos desde la perspectiva de los municipios, especialmente, la “soberanía financiera”⁵⁷. Esta potestad supone el derecho

52. Respecto de la potestad administrativa de territorio, véase, por ejemplo, Gönnenwein (1963: 75).

53. Facultad del municipio para controlar los desarrollos previsibles a largo plazo, en particular para determinar el uso del suelo de su propio territorio (Oebbecke, 2000: 245 y ss.).

54. Facultad del municipio para elegir, promocionar y destituir a su personal, especialmente sus funcionarios. Cfr. BVerfG, Auto de 26 de noviembre de 1963 –BVerfGE 17, pp. 172 y ss. (p. 182).

55. Derecho del municipio de ejercitar, respecto de cualquier persona que se encuentra en su territorio, su poder, es decir, de realizar acciones jurídicamente relevantes (Jarass, 2022: ap. 13).

56. Competencia del municipio “para regular en detalle los procedimientos y las responsabilidades de toma de decisiones para el desempeño de sus tareas” (pero no “las estructuras básicas externas del municipio”), cfr. BVerfG, Auto de 26 de octubre de 1994 – 2 BvR 445/91 – BVerfGE 91, pp. 228 y ss. (pp. 236 y ss.).

57. Ocasionalmente se mencionan en la literatura otras potestades (“soberanías”) de los municipios; por ejemplo, por Engels (2021: ap. 53) (“soberanía” de cooperación, de establecer sus

de los municipios de, en el marco de un presupuesto legalmente ordenado para el cumplimiento de sus tareas, decidir bajo su propia responsabilidad sobre ingresos y gastos. En palabras del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG), es “la libertad de decidir para qué (admisibles) fines deben utilizarse qué medios y en qué cantidad”⁵⁸.

También está abarcado por el art. 28.2 LF el derecho de los municipios y de las asociaciones de municipios a la tutela judicial. Estos pueden (también) tutelar su “soberanía financiera” ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y, en caso necesario, ante los tribunales civiles (por ejemplo, en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado federado), frente al Estado. Los tribunales de lo contencioso-administrativo son también competentes cuando, según el derecho del Estado federado, una comarca compele a un municipio a pagar, para asegurar su presupuesto (“Kreisumlage”), y el municipio interpone una demanda contra ello⁵⁹. El derecho de los municipios y de las asociaciones de municipios a la tutela judicial efectiva por jueces independientes deriva, según la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), directamente del art. 28.2 LF y no del derecho fundamental a la tutela judicial del art. 19.4 LF, porque los municipios no pueden invocar derechos fundamentales⁶⁰ (cfr. *supra*)⁶¹. La tutela judicial del art. 28.2 LF se completa con el art. 98.1, núm. 4b, LF, que permite a los municipios y asociaciones de municipios interponer un recurso de amparo municipal ante el *Bundesverfassungsgericht* cuando sienten lesionado su derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 LF. En la medida en que el recurso de amparo municipal solo puede dirigirse contra una ley (una ley en el sentido de cualquier norma jurídica dictada por el Estado que produce efectos respecto de los municipios)⁶², se trata aquí en realidad de un control normativo.

Aunque el derecho de los municipios de, en el marco de un presupuesto legalmente ordenado para el cumplimiento de sus tareas, decidir bajo su propia responsabilidad sobre ingresos y gastos, está garantizado según la

propios estatutos, sus cajas de ahorros, o de recaudar).

58. BVerwG, Auto de 30 de enero de 1997 – 8 NB 2/96 – BVerwGE 104, pp. 60 y ss. (p. 66).

59. Ejemplos en la jurisprudencia: Auto del BVerwG de 16 de septiembre de 2020 (8 B 22/20); Sentencia del BVerwG de 27 de septiembre de 2021 (8 C 29/20); Sentencia del BVerwG, de 27 de septiembre de 2021 (8 C 30/20).

60. Véase, por ejemplo, Auto del BVerfG de 22 de febrero de 2019 (2.K.II.S) – 2 BvR 2203/18 (art. 19.4 LF no protege a las corporaciones locales, ap. 19); aunque, respecto del art. 19.4 LF, esta cuestión fue dejada abierta por el Auto del BVerfG de 8 de julio de 1982 (2 BvR 1187/80, Auto – Sasbach) - BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. (p. 109).

61. Auto del BVerfG de 15 de diciembre de 2020 (1.K.II.S) – 1 BvR 1395/19, ap. 3b.aa.

62. Auto del BVerfG de 23 de junio de 1938 (2 BvR 826/83, “Auto — Willhelmshaven”) - BVerfGE núm. 76, pp. 107 y ss. (p. 114).

opinión general por el art. 28.2 LF, la Constitución no precisa esta “soberanía financiera” mucho más. Aun así, la tercera frase del art. 28.2 LF (introducida en 1994⁶³⁾) establece lo siguiente: “La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

Esta soberanía financiera de los municipios protegida por el art. 28.2 LF queda asegurada, más allá, por otras normas constitucionales. Las reglas sobre financiación del art. 106 LF, apartados 5 a 9, asignan a los municipios en general los ingresos procedentes del impuesto sobre bienes inmuebles, del impuesto sobre actividades económicas, así como los locales sobre consumo y gastos (apartado 6). También garantizan la participación en otros impuestos (apartado 6), además de determinados pagos en compensación (apartado 8), pero sobre todo una parte en los ingresos procedentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas (apartado 5) y del impuesto sobre el valor añadido (apartado 5a).

También el art. 84.1.VII LF concreta la soberanía financiera de los municipios⁶⁴. Este precepto, que fue incorporado a la Constitución en 2006 (en el marco de la reforma del federalismo)⁶⁵, prohíbe nuevas leyes de la Federación que atribuyan tareas a los municipios y asociaciones de municipios. Esta prohibición de asignación directa (“Durchgriffsverbot”) para la Federación fortalece a los Estados federados, pues solo estos pueden ahora asignar tareas a los municipios. Al mismo tiempo, la ley protege a los municipios, a los que (también) la Federación podría asignar nuevas tareas y de esa manera debilitar su fuerza financiera^{66/67}.

63. Cuadragésima segunda Ley de reforma de la Constitución, de 27 de octubre de 1994 (BGBI I, pp. 3146 y ss.).

64. Auto del BVerfG, Auto de 7 de julio de 2020 - 2 BvR 696/12 - BVerfGE 155, 310 (323): prohibición de asignación, art 84.1.VII LF.

65. Quincuagésima segunda Ley de reforma de la Constitución, de 28 de agosto de 2006 (BGBI I, pp. 2034 y ss.).

66. Sobre los motivos y los problemas de la nueva regulación, véase Kesper (2006: 153 y ss.).

67. Otras normas constitucionales que configuran la soberanía financiera de los municipios son:

- El art. 91e GG, introducido por la Ley para la reforma de la Constitución de 21 de julio de 2010 (BGBI I, pp. 944 y ss.). Al respecto, véase Mayen (2011: 585 y ss.).
- Desde 1968 contiene la Ley Fundamental normas sobre el estado de guerra (“Verteidigungsfall”). Entre ellas se encuentra el art. 115.3 LF, que determina qué y con qué límites puede regularse la hacienda de manera distinta a lo previsto por otras normas de la LF. Aun en estado de guerra debe garantizarse la “viabilidad de los Estados federados, de los municipios y de las asociaciones de municipios, especialmente desde una perspectiva financiera”.

Mucha incertidumbre de esta nueva regulación ha aclarado el *Bundesverfassungsgericht* en una reciente resolución. Por ejemplo, existe una “asignación” prohibida de tareas cuando una tarea ya asignada se amplía y de ese modo “sus parámetros, presupuestos normativos o estándares se modifican de tal manera, que se producen efectos relevantes respecto de la soberanía organizativa, de personal y financiera [de los municipios]”⁶⁸.

Según la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, la soberanía financiera no protege, sin embargo, todas y cada una de las posiciones jurídicas patrimonialmente evaluables de los municipios (a diferencia del derecho fundamental de los ciudadanos a la propiedad del art. 14.1 LF, que no pueden invocar los municipios)⁶⁹.

En el caso concreto, una norma legal impidió al municipio recaudar tasas por la utilización de sus vías por cableados de telecomunicación. El recurso de amparo municipal contra la norma no tuvo éxito.

La soberanía financiera protegida por el art. 28.2 LF tampoco se ve afectada si se retiran o deniegan ingresos individuales a los municipios⁷⁰.

Al margen de esto, el contenido concreto de esta “soberanía financiera” constitucionalmente garantizada es discutido en la literatura y en la jurisprudencia. Una actual —pero desde hace mucho discutida— pregunta es si, por ejemplo, puede derivarse del art. 28.2 LF un derecho de los municipios a recibir una financiación mínima⁷¹. La literatura, que ha respondido mayoritariamente que sí a esta cuestión⁷², no ha conseguido con razón imponerse, pues la Constitución no permite reconocer cómo puede calcularse una “financiación mínima”⁷³. No obstante, muchas constituciones de los Estados federados sí garantizan a los municipios un derecho a una financiación mínima⁷⁴.

68. Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 – 2 BvR 696/12 – BVerfGE 155, 310 (348 y ss.); prohibición de asignación, art 84.1.VII LF.

69. Auto del BVerfG de 7 de enero de 1999 (2.K.II.S) - 2 BvR 929/97 (derecho a la autonomía administrativa de los municipios no queda afectado por la retirada de ingresos individuales, ap. 44, en remisión a BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. –p. 105–).

70. Auto del BVerfG de 7 de enero de 1999 (2.K.II.S) - 2 BvR 929/97 (derecho a la autonomía administrativa de los municipios no queda afectado por la retirada de ingresos individuales, ap. 45, en remisión a BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. –p. 105–).

71. Por último, aceptándolo, Schmidt (2023: 249 y ss.).

72. Hoppe (1992:118 y ss.); Birk e Inhester (1993:1284); Nierhaus (2005: 3 y ss.); Dombert (2006: 1137 y ss.).

73. Queda abierta la cuestión en reiterada jurisprudencia del BVerfG. Véanse, por ejemplo, Auto de 10 de junio de 1969 (2 BvR 480/61 – NJW 1969, pp. 1955 y ss., p. 1956); Auto de 23 de septiembre de 1994 (2 BvR 1547/85 – NVwZ 1995, pp. 370 y ss.); Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 (2 BvR 696/12 – NJW 2020, pp. 3232 y ss., p. 3236).

74. Véase Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 (2 BvR 696/12 - NJW 2020, pp. 3232 y ss., p. 3236), con más referencias en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados federados.

Otras cuestiones discutidas son, por ejemplo:

- ¿Protege la soberanía financiera municipal, reconocida por el art. 28.2 LF, también a los municipios, cuando la Agencia Tributaria estatal o un ciudadano cometan un error en un procedimiento tributario sobre el impuesto de bienes inmuebles y sufren aquellos por eso un importante déficit fiscal? ¿Puede en tal caso un municipio reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado ("Staatshaftung" [von Komorowski, 2002])?
- Otra (probablemente más académica) cuestión es, respecto del ámbito de protección del art. 28.2 LF, la siguiente: ¿debe diferenciarse entre un ámbito esencial ("Kernbereich") y otro periférico ("Randbereich") en el sentido de que intervenciones estatales a lo sumo deben suceder en este ámbito periférico?
- ¿Abarca también la soberanía financiera un derecho a no ser controlado financieramente desde fuera de la institución, de manera que una inspección obligatoria (por ejemplo, de los libros contables) se considerase una intervención (Mehde, 2023: ap. 225)?

Si tras estas observaciones persisten dudas en un caso concreto, sobre si una medida estatal afecta a la soberanía financiera de los municipios (o de las asociaciones de municipios) y, por tanto, al art. 28.2 LF, es acorde con el fin de protección de esta norma interpretar de manera amplia su ámbito de protección y entender que este se encuentra afectado por la medida (estatal). De esta manera se posibilita un más exacto control judicial-imparcial de la actuación estatal controvertida. Control que puede pasar a los dos siguientes pasos: si la medida estatal no solo "afecta" el ámbito de protección (del art. 28.2 LF), sino si también "interviene" en él (cfr. *infra* 2.) y, finalmente, si esta intervención está constitucionalmente justificada (cfr. *infra* 3.).

4.2. Intervenciones estatales (“staatliche Eingriffe”) en el derecho a la autonomía administrativa y especialmente en la “soberanía financiera”

Si el art. 28.2 LF protege el derecho a la autonomía administrativa de los municipios (por tanto, también su “soberanía financiera”), y si este derecho a la autonomía administrativa de las asociaciones de municipios protege frente a intervenciones estatales injustificadas, debe explicarse este concepto de “intervención” (“Eingriff”). Para conocer el concepto de intervención respecto del art. 28.2 LF, es posible acudir a la dogmática de los derechos fundamentales alemana, tal como se ha realizado anteriormente.

te para determinar el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa municipal (*cfr. supra* I.). Aunque el art. 28.2 LF no sustenta ningún derecho fundamental, sí crea constitucionalmente una posición jurídica para los municipios y asociaciones de municipios frente al Estado. Una posición jurídica que estos pueden tutelar ante los tribunales e, incluso, ante el *Bundesverfassungsgericht* por medio de un recurso de amparo municipal. Por “intervención” puede entenderse, entonces, toda medida estatal que restrinja la posición jurídica de los municipios (o de la asociación de municipios), por ejemplo, de su soberanía financiera, se trate de una acción u omisión soberana de la Federación o de un Estado federado, salvo que este perjuicio fuera absolutamente irrelevante o totalmente insignificante. Normalmente puede suceder una intervención por medio de una ley o por medio de un acto administrativo.

4.2.1. Intervenciones por ley

La promulgación de una ley puede, por ejemplo, intervenir en la soberanía financiera de un municipio, tutelada por el derecho a la autonomía administrativa, cuando esta ley introduce una autorización necesaria, según la cual los municipios deben preventivamente obtener una autorización del Estado, antes de tomar un crédito o asumir obligaciones de pago análogas⁷⁵.

Dudosos podría ser si las disposiciones legales sobre la supervisión municipal represiva pueden considerarse, en este sentido, como “intervención”. Estas autorizan al Estado federado para supervisar a los municipios que se encuentran en él. Además, estas normas contienen una habilitación para restringir sensiblemente en el caso concreto la autonomía administrativa de un municipio, cuando concurren los presupuestos formulados por la ley. Existe, sin embargo, supervisión estatal sobre los municipios desde que existe derecho a la autonomía administrativa (*cfr. supra* II.). Los preceptos legales acerca de la supervisión estatal sobre los municipios son, por así decirlo, el revés de la autonomía administrativa, una parte intrínseca e inherente a ella⁷⁶. Estos preceptos legales podrían

75. Ejemplo: necesarias autorizaciones exigidas por la Ley para la toma de créditos o para la asunción de obligaciones de pago análogas (§ 82.5 de la Ordenanza municipal de Sachsen). Al respecto, *cfr.* BGH, Sentencia de 12 de diciembre de 2002 – III ZR 201/01 – BGHZ 153, pp. 198 y ss. (p. 202).

76. Sentencia del BVerfG de 23 de enero de 1957 (2 BvF 3/56 = BVerfGE núm. 6, pp. 104 y ss., p. 118); Auto del BVerfG de 21 de junio de 1988 - 2 BvR 602/83, ap. 29 = BVerfGE núm. 78, pp. 331 y ss., p. 341).

entonces, más que intervenciones en el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa, ser en realidad parte del ámbito de protección, uno de sus elementos definitorios. De manera similar a como “los asuntos de la comunidad local” en el tenor del art. 28.2.I LF definen y a la vez limitan el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa, podría también regir esto para la supervisión estatal. Sin embargo, la supervisión estatal no aparece en el tenor del art. 28.2 LF, como sí sucede con “los asuntos de la comunidad local”. La Ley Fundamental no menciona explícitamente la supervisión municipal, pero prevé con las palabras “en el marco de las leyes” que se establezcan límites al derecho a la autonomía administrativa. Entre estas leyes se cuentan también los preceptos sobre la supervisión estatal de los municipios y asociaciones de municipios. Esto conduce a calificar estas leyes en sí mismas como intervenciones en la autonomía administrativa (Jarass, 2022: ap. 35). Si subsisten dudas, una interpretación amplia del concepto de intervención⁷⁷ es también coherente con el fin de protección del art. 28.2 LF. De esta manera se posibilita un más exacto control judicial-imparcial de las normas legales sobre la supervisión municipal, sea por los tribunales ordinarios (por medio de un control incidental) o sea por el Tribunal Constitucional (por medio de un recurso de amparo municipal).

Entre las intervenciones en la soberanía financiera tutelada por la autonomía administrativa municipal se encuentran aquellas leyes que atribuyen a los municipios nuevas tareas. Tras la introducción de la “prohibición de asignación” del art. 84.1.VII LF en 2006, que impide a la Ley federal atribuir nuevas tareas a los municipios y asociaciones de municipios (*cfr. supra IV.1*), solo pueden las leyes de los Estados federados atribuir tareas a los municipios. Estas nuevas tareas restringen la soberanía financiera (y organizativa) de los municipios, protegida por el derecho a la autonomía administrativa, pues aquellos no solo deben cumplir las nuevas y viejas tareas, sino que deben gestionar la introducción o reasignación de los medios financieros para ello. Que, según el derecho constitucional de los Estados federados, deban ser entregados a los municipios estos medios financieros para el cumplimiento de nuevas tareas (principio de conexión), no cambia nada respecto de su calificación como intervención. Se trata, más bien, de una pregunta de la constitucionalidad de esta intervención (de lo que me ocupo luego).

77. Sobre una interpretación amplia del ámbito de aplicación en supuestos dudosos, *cfr. supra IV.1*.

4.2.2. Intervenciones en razón de ley (por ejemplo, por medio de un acto administrativo)

Más frecuentemente que por ley (cfr. IV.2.a) suceden intervenciones estatales en la garantía de autonomía administrativa de los municipios en virtud de una ley, mayormente en virtud de las ordenanzas municipales y comunales de los Estados federados. Particularmente perjudican a los municipios las medidas represivas de supervisión municipal que adoptan las autoridades estatales de supervisión. En concreto se trata del reproche ("Beanstandung") a una medida antijurídica del municipio, de la orden de corregir ("Anordnung") una vulneración jurídica de los municipios, de la llamada actuación de sustitución ("Ersatzvornahme"), es decir, una actuación de la autoridad supervisora en lugar de los municipios, y, por último, se trata del nombramiento de un Comisario estatal ("Staatskommissar") para asegurar que el municipio actúa en el futuro conforme a derecho. El Estado federado dirige estas medidas en particular hacia un municipio (o una asociación de municipios), es decir, hacia una corporación con autonomía administrativa propia que está fuera de las instancias internas del Estado: hacia otra persona jurídica. Estas concretas medidas de supervisión estatal cumplen con el restringido concepto alemán de acto administrativo, tal como es definido en las leyes alemanas de procedimiento administrativo (por ejemplo, en el § 35.I VwVfG). Actos administrativos perjudiciales son ejemplos paradigmáticos para intervenciones en el caso concreto.

También actos administrativos de las comarcas, que obligan a los municipios a abonar una contribución municipal con base en la Ley de contribuciones municipales, son intervenciones en virtud de la ley.

En virtud de la ley, sin embargo, pueden darse no solo actos administrativos, sino también normas jurídicas infralegales⁷⁸.

Al margen de medidas de las autoridades, también las resoluciones judiciales que perjudican a los municipios deben ser contadas como intervención en el derecho a la autonomía administrativa.

78. Por ejemplo, Auto del BVerfG de 15 de octubre de 1985 (2 BvR 1808/82, 2 BvR 1809/82, 2 BvR 1810/82 – BVerfGE 71, pp. 25 y ss. – recursos de amparo municipal contra la orden de investigación de los números clave para la distribución de la parte del municipio en el impuesto sobre la renta de las personas físicas); Auto del BVerwG de 24 de abril de 1996 – 7 NB 2.95 – BVerwGE 101, pp. 99 y ss. – Solicitud de control normativo contra el estatuto presupuestario ("Haushaltssatzung") de una comarca.

Discutido es si también una medida del Estado federado en el marco de la llamada supervisión técnica ("Fachaufsicht") puede ser una intervención en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios. La supervisión técnica es la supervisión mediante la cual la autoridad superior controla y dirige a la autoridad inferior dentro del Estado emitiendo instrucciones⁷⁹. Estas medidas de supervisión técnica no se dirigen, por tanto, normalmente a una persona jurídica ajena a las instancias estatales del Estado federado. Algunas particularidades se producen en el derecho municipal alemán, porque el municipio (persona jurídica separada del Estado) no solo cumple tareas locales en el marco de la autonomía administrativa, sino también algunas supraestatales, es decir, aquellas que han sido atribuidas por ley. Por ejemplo, determinadas tareas estatales de la protección contra riesgos públicos. Las instrucciones del Estado federado a los municipios respecto de estas tareas no son (según una posición discutida pero dominante) actos administrativos. Aun así pueden, sin intención de las autoridades estatales de supervisión, perjudicar el derecho a la autonomía administrativa de los municipios, por ejemplo, su soberanía organizativa o financiera⁸⁰. En un supuesto excepcional como este también puede calificarse una instrucción en el marco de una supervisión técnica como una intervención (fáctica) en el derecho a la autonomía administrativa.

4.3. Justificación constitucional de una intervención en el derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 de la Ley Fundamental

4.3.1. Necesidad de presupuesto jurídico para las intervenciones

El art. 28.2 LF puede proteger a un municipio frente a intervenciones estatales en el derecho a la autonomía administrativa, cuando prohíbe o limita intervenciones en este derecho. El tenor de la norma garantiza un derecho a la autonomía administrativa solo "en el marco de las leyes". Esta formulación se interpreta en general como una llamada norma de limitación ("Schrankenregelung"), de manera que las intervenciones no están prohibidas sin excepción, sino que pueden ser admisibles cuando suceden por ley o en virtud

79. Jock (2011: 75 y ss.); Schenek (2023: § 118 GemO, ap. 6, § 129 GemO, ap. 2); Brunner (1969: 775); Brandt y Henning (1982: 184); Groß (2002: 793, 795).

80. Por ejemplo, instrucciones de la autoridad supervisora de asignar concreto personal para el cumplimiento de las tareas encargadas: Gern y Brüning (2019: ap. 364). No lo son, por el contrario: el peligro de recibir solicitudes de indemnización de daños y perjuicios por terceros (Sentencia del Hess.VGH, de 2 de febrero de 2016 - 4 A 617/14 - NVwZ-RR 2016, pp. 551 y ss., pp. 552 y ss.); ni tampoco la imposición de costas procesales (Sentencia del BayVGH, de 20 de septiembre de 1976 - 67 V 70 - BeckRS 1976, p. 1506).

de un presupuesto legal⁸¹. De tal manera, las intervenciones en la autonomía administrativa municipal solo pueden ser constitucionales cuando suceden al amparo de una habilitación legal. Esta debe ser, por su parte e igualmente (formal y materialmente), constitucional. Más allá de eso, otras normas de la Constitución pueden imponer límites a la intervención.

4.3.2. Justificación constitucional de intervenciones por ley

Del principio de Estado de derecho de la Ley Fundamental (art. 20.3) deriva, además, que una ley solo puede imponer restricciones a la autonomía administrativa de los municipios y asociaciones de municipios cuando sea formal y materialmente constitucional. Formalmente debe respetar, en particular, la distribución de competencias legislativas entre la Federación y los Estados federados, dada por la Ley Fundamental. Las leyes de los Estados federados no pueden, por otra parte, lesionar la Constitución de su Estado federado. Las constituciones de los Estados federados prevén, entre otras cuestiones, que solo pueden ser asignadas tareas estatales a los municipios cuando el Estado federado asume los costes de esas tareas. Las leyes federales ya no pueden, como ya se ha dicho (*cfr. supra IV.7*), asignar a los municipios ninguna nueva tarea más.

Cuando es dudoso si o en qué medida una ley restringe el derecho a la autonomía administrativa de los municipios, aquella debe ser interpretada (en lo posible) en el sentido más favorable a los municipios (interpretación conforme a la Constitución, teoría de la interacción). En lo restante rige, según la opinión dominante (aunque también discutida), el principio de proporcionalidad también para las leyes que restringen el derecho a la autonomía administrativa. Así, no puede una ley, por ejemplo, restringir excesivamente la soberanía financiera de los municipios (ni tampoco de las asociaciones de municipios). Supuestos típicos de leyes que pueden restringir el derecho a la autonomía administrativa son los preceptos sobre supervisión estatal en las ordenanzas municipales y comarcales de los Estados federados. Estas habilitan para la adopción de diversas medidas de supervisión respecto de los municipios (reproche, orden, actuación de sustitución, Comisario estatal), que intervienen con distinta intensidad en el derecho a la autonomía administrativa de los mismos. De una interpretación de estas normas en el contexto del principio de proporcionalidad deriva que intervenciones severas en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios solo son constitucionales cuando la vulneración jurídica producida por el municipio

81. Sentencia del BVerwG de 27 de octubre de 2010 (8 C 43/09), ap. 19 y ss.

que debe corregirse no puede ser sanada con un medio de supervisión menos severo.

4.3.3. Justificación constitucional de intervenciones en virtud de una ley

También la aplicación de una ley constitucional que restringe admisiblemente el derecho a la autonomía administrativa de los municipios (o, en su caso, de las asociaciones de municipios) debe estar constitucionalmente justificada. Especialmente, el acto de intervención debe respetar los presupuestos normativos que la Ley prevé para la intervención. Si la Ley a aplicar es una norma discrecional, la autoridad estatal que actúa en el caso concreto debe hacerlo sin fallas al respecto. Evidentemente, el principio de proporcionalidad debe ser respetado.

5. Conclusión: ¿Puede vulnerar el control financiero y económico de los “tribunales de cuentas” (“Rechnungshöfe”) u otras instituciones el derecho de los municipios (o las asociaciones de municipios) del art. 28.2 de la Ley Fundamental?

Hasta el momento no me he ocupado del control de los municipios y asociaciones de municipios por los “tribunales de cuentas”. Una razón para ello es que, aunque los municipios y asociaciones de municipios están en toda Alemania bajo la ya tratada (general) supervisión jurídica y en la realización de tareas estatales también bajo la supervisión técnica, solo existe un control financiero adicional por los “tribunales de cuentas” en nueve de los 16 Estados federados⁸². Los “tribunales de cuentas”⁸³ están incorporados, en Alemania, al Ejecutivo estatal. El “Tribunal de Cuentas federal” (“Bundesrechnungshof”) es una institución del Ejecutivo de la Federación. Un “Tribunal de Cuentas estatal” (“Landesrechnungshof”) es una institución del Ejecutivo del Estado federado⁸⁴.

No me voy a ocupar en lo que sigue del “Tribunal de Cuentas federal”. Dado que la Constitución entiende los municipios como parte de los Estados federados (cfr. *supra* I.2), normalmente no hay en la Federación un control de los municipios y asociaciones de municipios por parte del “Tri-

82. Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, Bremen, Hessen y Thüringen, véase Stöhr (2010: 362); desde 2011 también Niedersachsen, § 1.1 de la Ley de Niedersachsen sobre la comprobación municipal supralocal.

83. Opinión predominante, véase, por ejemplo, Groß (2004: 202 y ss.), con más pruebas.

84. Por ejemplo: § 1 de la Ley del Tribunal de Cuentas de Baden-Württemberg de 19 de octubre de 1971, modificada por última vez por Ley de 16 de abril de 2023 (GBI. p. 77, p. 82).

bunal de Cuentas federal". Esto solo sucede en los supuestos excepcionales previstos por la Constitución⁸⁵.

A pesar de pertenecer al Ejecutivo, los tribunales de cuentas son independientes⁸⁶. No son, en realidad, tribunales, ni en un sentido formal ni en un sentido material. Formalmente no pertenecen al poder judicial; materialmente no ejercitan ninguna función jurisdiccional. No deciden sobre controversias, y sus comprobaciones, valoraciones, juicios, declaraciones y recomendaciones de mejora no producen vinculación jurídica⁸⁷. Los resultados de su comprobación no son ejecutables ni tampoco producen efectos de cosa juzgada. Los "tribunales de cuentas" examinan el comportamiento de las instituciones públicas bajo su control. Aunque lo hacen también desde una perspectiva jurídica (comprueban la legalidad del comportamiento), sobre todo examinan las medidas del "Tribunal de Cuentas" la llevanza del presupuesto y de la economía (todos los hechos y transacciones realizados por la Administración a auditar) desde una perspectiva financiera y económica⁸⁸, es decir, si la institución comprobada ha actuado económica y eficientemente⁸⁹. Respecto de las instituciones auditadas, el "Tribunal de Cuentas" no tiene facultades para dar órdenes ni para adoptar medidas coactivas. Más bien, las conclusiones del "Tribunal de Cuentas estatal" se remiten al Parlamento y al Gobierno estatal⁹⁰. El Parlamento puede decidir si las conclusiones del "Tribunal de Cuentas estatal" dan motivos para iniciar una modificación legislativa. El Gobierno puede, por ejemplo, decidir si asume él mismo la iniciativa para una modificación legislativa o si dicta normas inferiores. En la medida en que la autoridad estatal de supervisión de los municipios haya tomado conocimiento del informe del Tribunal de Cuentas, puede esa autoridad decidir si procede contra el municipio (o la asociación de municipios) con los instrumentos de supervisión, sea un reproche, una orden de corregir, una actuación de sustitución o un nombramiento de un Comisario estatal (cfr. *supra* IV.2.b).

85. Ver al respecto: Auto del BVerfG de 7 de septiembre de 2010 (2 BvF 1/09 – BVerfGE 127, pp. 165 y ss. (pp. 219 y ss.).

86. Véase, por ejemplo, § 11, § 11 apartados 1 y 2 de la Ley del Tribunal de Cuentas de Baden-Württemberg.

87. Parcialmente discrepante, Jury (2023: 298): un anuncio de comprobación ("orden de comprobación" [Prüfungsanordnung] sería un acto administrativo para la ejecución del derecho de comprobar.

88. Sobre el objeto y contenido de la investigación, cfr., por ejemplo, los arts. 89 y 90 de la Ordenanza presupuestaria del Estado libre de Baviera (*Haushaltsgesetz des Freistaates Bayern*); § 88.1, §§ 89 y 90 de la Ordenanza presupuestaria de Baden-Württemberg.

89. Véase, por ejemplo, § 90 núm. 3 de la Ordenanza presupuestaria de Baden-Württemberg.

90. Véase, por ejemplo art. 97 de la Ordenanza presupuestaria del Estado libre de Baviera.

Los tres Estados federados⁹¹ más grandes no prevén, sin embargo, ningún control de los municipios y asociaciones de municipios por el “Tribunal de Cuentas estatal”, sino que han creado en vez de ello una autoridad especial estatal de comprobación (*Sonderbehörde*) para un control de cuentas supralocal⁹². Estas “autoridades de comprobación de los municipios” (*Gemeindeprüfungsämter*)⁹³ u “oficinas de comprobación de los municipios” (*Gemeindeprüfungsanstalten*)⁹⁴ examinan “si en la gestión presupuestaria, de tesorería y contable, gestión económica [...] etc., han sido observados los preceptos legales”⁹⁵. Aquí se trata entonces, en general⁹⁶, de un control de legalidad o, en su caso, de juricidad⁹⁷. En este sentido, la autoridad especial estatal reduce el trabajo de la autoridad de supervisión jurídica general. Correspondientemente, la autoridad especial actúa en mandato de la autoridad de supervisión jurídica del Estado federado⁹⁸. Sobre el resultado de la comprobación instruye esta autoridad especial a las autoridades de supervisión jurídica y al municipio comprobado⁹⁹. Por el contrario, esta autoridad especial no está autorizada (como tampoco un “tribunal de cuentas”) para dar órdenes o para tomar medidas coactivas contra los municipios o asociaciones de municipios. Tras ser informada por esa autoridad especial, puede (solo) la autoridad de supervisión jurídica general (*Kommunalaufsi-*

91. Baviera, Baden-Württemberg y Nordrhein-Westfalen, véase Stöhr (2010: 362); hasta 2011 también Niedersachsen.

92. Véanse, por ejemplo, §§ 1, 2 de la Ley sobre la oficina de comprobación de los municipios de Baden-Württemberg.

93. Baviera: Unión bávara de comprobación de municipios u oficinas estatales de la Oficina de distrito (art. 105 GO).

Nordrhein-Westfalen: Oficina de comprobación municipal (§ 105 GO).

Ejemplos para el concepto “Oficina de comprobación municipal” (*Gemeindeprüfungsamt*): Schleswig Holstein: § 3.2.I frase 1 KPG.

Rheinland-Pfalz: § 110.5 GO en relación con la Ordenanza estatal sobre las Oficinas de comprobación municipal de 13 de julio de 2016 (*Landesverordnung über die Gemeindeprüfungsämter vom 13.7.2016*, GVBl. 2016, pp. 313 y ss.).

Sachsen Anhalt: § 137.I.I KVG.

94. Por ejemplo: § 113 GO Baden-Württemberg.

95. Vgl. § 114.I.II GO Baden-Württemberg.

96. En algunos Estados federados la comprobación contable se extiende en parte, también, a la eficiencia/idoneidad (véanse, por ejemplo, § 106.I núm. 3 y 4 BayGO, § 105.3.II GO Nordrhein-Westfalen, § 3.I.II Núm. 2 ÜPKKG Hessen).

97. Por ejemplo: Gern y Brüning (2019: ap. 1271). Contra la noción de “supervisión jurídica” (*Rechtsaufsicht*) habla, según la opinión del Tribunal Supremo federal (Sentencia de 5 de junio de 2006 - III ZR 225/07 - BGHZ 177, 37, ap. 16 con más referencias), la circunstancia de que la oficina comprobante no dispone de medios de supervisión jurídicos para influir en la corporación examinada. Sobre la diferenciación conceptual entre supervisión (*Aufsicht*) y control (*Kontrolle*), cfr. BVerfGE 137, pp. 108 y ss., pp. 150 y ss. (supervisión comprende la facultad de influir en la institución supervisada, de manera que los parámetros de comprobación pueden ser, en su caso, impuestos coactivamente).

98. Por ejemplo, § 113.I.II GO Baden-Württemberg.

99. Por ejemplo, § 114.4.I GO Baden-Württemberg.

chtsbehörde), en su caso, emplear sus medios de supervisión (reproche, orden de corregir, actuación sustitutoria o Comisario estatal, *cfr. supra IV.2.b.*)

En esta restricción de los instrumentos de actuación de comprobación financiera por los “tribunales de cuentas” y de una fiscalización financiera de los municipios y mancomunidades por parte de autoridades especiales, la situación jurídica en los Estados federados es similar. Medios jurídicos de comprobación vinculantes solo puede ejecutar la autoridad estatal de supervisión jurídica (“*Kommunalaufsichtsbehörde*”). Esta complicada estructura prevista legalmente protege a los municipios y asociaciones de municipios de intervenciones por las distintas autoridades estatales. Nosotros describimos esta construcción (protección) como “unidad de la supervisión municipal”.

¿Qué significan estas formas de control financiero (al margen de las distintas regulaciones en los Estados federados) para el derecho a la autonomía administrativa de los municipios del art. 28.2 LF? Si se aplica el antes expuesto esquema metodológico –ámbito de protección, intervención, justificación de la intervención–, deriva lo siguiente:

La decisión del legislador en favor de un sistema con tribunal de cuentas o en favor de un sistema con autoridad especial afecta al ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa. También respecto de la actividad de comprobación del Tribunal de Cuentas o de la autoridad especial y del respectivo informe debe afirmarse la afectación del ámbito de protección del art. 28.2 LF, y más todavía para las concretas medidas jurídico-vinculantes de supervisión de la autoridad de supervisión municipal. Correspondientemente se empleará como parámetro constitucional el art. 28.2 LF, lo que para la protección de los municipios y asociaciones de municipios es correcto e importante.

Son estas medidas una intervención (“*Eingriff*”)? Respecto de la decisión legislativa esta pregunta es dudosa, y es dudosa también respecto de la comprobación por un “tribunal de cuentas” o, en su caso, por una oficina de comprobación, pues estas comprobaciones solo son preparatorias de una seriamente perjudicial medida (de comprobación)¹⁰⁰. Un perjuicio jurídico e inmediatamente vinculante para los municipios o asociaciones de municipios sucede solo desde un reproche, una orden, una actuación sustitutoria o el nombramiento de un comisario estatal por la autoridad de supervisión municipal.

100. Esto puede verse probablemente del mismo modo en el caso de la solicitud de documentos para el examen por parte del órgano comprobante (por ejemplo, § 106.6 BayGO).

Sin embargo, las decisiones del legislador y las comprobaciones de los “tribunales de cuentas” o autoridades especiales que se basan en ellas son requisitos para que la autoridad de supervisión municipal proceda. Si se interpreta de manera amplia el concepto de intervención respecto del art. 28.2 LF para la protección de los municipios y de las asociaciones de municipios (*cfr. supra*), igualmente se trata de intervenciones en el derecho del art. 28.2 LF.

De lo que se trata, entonces, es de si estas intervenciones están o no justificadas constitucionalmente. El art. 28.2 LF permite restringir el derecho de autogobierno municipal „en el marco de la ley“.

Una ley estatal que se decide por un control financiero por un “tribunal de cuentas” o por una autoridad especial y que autoriza a ese control, debe ser formal y materialmente conforme con la Constitución. Desde una perspectiva formal han sido promulgadas, sin duda, en los Estados federados alemanes algunas leyes al respecto. En la medida en que el art. 28.2 LF no ofrece prácticamente pautas jurídico-materiales, el legislador tiene en la configuración de sus leyes, en virtud de su legitimación democrática, un amplio margen de actuación que, en todo caso, debe respetar los límites jurídico-constitucionales que derivan de otras normas constitucionales. Incluso el legislador no debe violar el principio de proporcionalidad, que forma parte del principio del Estado de derecho consagrado en el art. 20.3 LF, restringiendo excesivamente la posición jurídica de los municipios y de las asociaciones de municipios. En un sentido jurídico, esta habilitación legal para un control financiero estatal supralocal perjudica, sin embargo, solo levemente, pues el “Tribunal de Cuentas” (o, en su caso, la autoridad especial) no puede dictar prohibiciones ni órdenes (*cfr. supra*)¹⁰¹.

La habilitación legal para la comprobación estatal supralocal tampoco es desproporcionada porque las leyes prescriben al mismo tiempo una comprobación local, que los municipios llevan a cabo a través de sus propios órganos. Esta comprobación local sirve menos a los intereses del Estado y más a un autocontrol de los municipios y asociaciones de municipios en su propio interés (Brüning y Vogelgesang, 2009: 69 y ss.).

Si se entiende, como aquí, la comprobación por un tribunal de cuentas o, en su caso, por la oficina de comprobación municipal como una intervención (lo que tampoco está jurídicamente exento de dudas, porque el

101. Véase., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Administrativo de Baviera (BayVGH) de 15 de mayo de 2014 – 4 BV 14.261, 4 BV 14.264, 4 BV 14.265 – BeckRS 2014, 55218, ap. 27.

perjuicio jurídico efectivo solo se produce con una medida de supervisión de la autoridad de supervisión municipal, cfr. *supra*), igualmente estaría esta intervención justificada constitucionalmente. El principio de proporcionalidad (esencial en el Estado de derecho) es aquí el parámetro de comprobación más importante. No queda, sin embargo, violado. En la medida en que las investigaciones y los informes del “Tribunal de Cuentas” o, en su caso, de la autoridad especial no producen vinculación jurídica para los municipios (cfr. *supra*), prevalece el interés del Estado de conocer con claridad la actividad financiera y económica de los municipios y asociaciones de municipios, que es financiada mayoritariamente por el Estado (cfr. *supra*).

También las intervenciones en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios que existen cuando la autoridad estatal de supervisión municipal procede con una medida perjudicial de supervisión contra los municipios o asociaciones de municipios, deben estar justificadas constitucionalmente. Esto debe examinarse en el caso concreto. Estas medidas de supervisión no deben vulnerar ninguna ley y, particularmente, tienen que ser proporcionadas y estar exentas de errores de discrecionalidad (cfr. *supra* IV.3.c).

6. Bibliografía

- Anschütz, G. (1916). Staatsaufsicht und Selbstverwaltung. *Juristische Wochenschrift (JW)*, 45, 1147-1150.
- (1933). *Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar*, 14.^a ed. (reimpresión 1965). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Berlit, U. (2010). Die Umsetzung der Schuldenbremse in den Ländern – erste Ansätze und Probleme. En M. Junkernheinrich, Korieth, Lenk, Scheller, Woisin (dirs.). *Jahrbuch für öffentliche Finanzen*, 2, 311-337.
- Birk, D. e Inhester, M. (1993). Die verfassungsrechtliche Rahmenordnung des kommunalen Finanzausgleichs, dargestellt am Beispiel des Landes Nordrhein-Westfalen. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVB)*, 108, 1281-1287.
- Brandt, E. y Henning, K. J. (1982). Die Aufsicht von Ministerien über Bundesoberbehörden. *Verwaltungsrundschau (VR)*, 28, 181-187.
- Brüning, C. y Vogelgesang, K. (2009). *Die Kommunalaufsicht* (2.^a ed.). Berlin: Erich Schmidt.
- Brunner, G. (1969). Der Selbsteintritt der höheren Behörde. *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 22, 773-781.
- Burgi, M. (2019). *Kommunalrecht* (6.^a ed.). Múnich: C.H. Beck.
- Dombert, M. (2006). Zur finanziellen Mindestausstattung von Kommunen. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVB)*, 121, 1136-1143.

- Dreier, H. (2015). Art. 28. En H. Dreier (ed.). *Grundgesetz Kommentar, Bd. II* (3.^a ed.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Drews, B. (1934). Das neue preußische Gemeindeverfassungsrecht. *Juristische Wochenschrift (JW)*, 63, 197-200.
- Ehlers, D. (1990). Die Rechtsprechung zum nordrhein-westfälischen Kommunalrecht der Jahre 1984 – 1989 Teil 1. *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl)*, 4, 44-51.
- Elicker, M. (2004). Aufsichtsrechtliche Fragen des Kommunalleasing. *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 57, 875-878.
- Engels, A. (2021). Art. 28. En M. Sachs (dir.). *Grundgesetz Kommentar* (9.^a ed.). Múnich: C.H. Beck.
- Fachinger, J. (1949). Grundsatz, Inhalt und Grenzen der Staatsaufsicht über die Gemeinden. *Deutsche Verwaltung (DV)*, 2, 372-375.
- Frick, W. (1931). Die Verwaltung des Großdeutschen Reichs. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 52, 41-47.
- Gern, A. y Brüning, C. (2019). *Deutsches Kommunalrecht* (4.^a ed.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Gönnenwein, O. (1963). *Gemeinderecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Groß, T. (2002). Was bedeutet Fachaufsicht? *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 117, 793-800.
- (2004). Exekutive Befugnisse der Rechnungshöfe. *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 95, 194-222.
- Gundlach, U. (2023). Angemessene Finanzausstattung der Gemeinden kontra Kreisumlage. *Landes— und Kommunalverwaltung (LKV)*, 33, 103-109.
- Heberlein, H. (1991). Kommunale Deutschlandpolitik. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 10, 531-536.
- Hellermann, J. (2023). Art. 28. En Epping y Hillgruber (dirs.). *Beck-online-Kommentar zum Grundgesetz*. Múnich: C.H. Beck.
- Hoppe, W. (1992). Der Anspruch der Kommunen auf aufgabengerechte Finanzausstattung. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 107, 117-124.
- Ipsen, J. (1994). Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers. *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 9, 194-212.
- Jarass, H. D. (2022). Art. 28. En H.D. Jarass y M. Kment (dirs.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), Kommentar* (17.^a ed.). Múnich: C.H. Beck.
- Jock, C. (2011). *Das Instrument der Fachaufsicht*. Göttingen: Optimus Verlag.
- Jury, G. (2023). Rechnungsprüfung der Gemeinden, Verwaltungsaktbefugnis des Rechnungshofs und Ermessen bei der Bestimmung des zu prüfenden Zeitraums – zum Beschluss des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.

- richts vom 25.08.2022, SächsVBI. 2023, 313. *Sächsische Verwaltungsbücher (SächsVBI)*, 31, 297-306.
- Kammer, R.-D. (2015). Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof. En H.G. Henneke (dir.). *Aufsicht und Finanzkontrolle über gebietlich begrenzte kommunale Aufgabenerfüllung* (pp. 120-129). Stuttgart y Múnich: Boorberg Verlag.
- Kesper, I. (2006). Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland – Die geplanten Änderungen im Überblick –. *Niedersächsische Verwaltungsbücher (NdsVBI)*, 13, 145-158.
- Köttgen, A. (1936). Gemeindeprüfungswesen und Staatsaufsicht. *Verwaltungsbücherei (VerwArch)*, 41, 270-301.
- Mayen, T. (2011). Neuordnung der Finanzbeziehungen des Bundes und der Kommunen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 30, 584-590.
- Mayer, O. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht* (3.^a ed.). Leipzig: Duncker&Humblot.
- Mehde, V. (2023). Art. 28. En G. Dürig, R. Herzog y R. Scholz (dirs.). *Grundgesetz, Kommentar*. Múnich: C.H. Beck.
- Naß, O. (1935). Das Polizeirecht im Dritten Reich. *Deutsche Verwaltung (DV)*, 12, 164-167.
- Nierhaus, M. (2005). Verfassungsrechtlicher Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung. *Landes— und Kommunalverwaltung (LKV)*, 15, 1-7.
- Oebbecke, J. (2000). Die verfassungsrechtlich gewährleistete Planungshoheit der Gemeinden. En W. Erbguth, J. Oebbecke, H.-W. Rengeling y M. Schulte (dirs.). *Planung: Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag* (pp. 239-253). Múnich: C.H. Beck.
- Pfeiffer, T. (2007). Kommunalaufsicht. *Thüringer Verwaltungsbücher (ThürVBI)*, 4, 203-209.
- Schenek, K.-M. (2023). § 118 GemO. En J. Dietlein y A. Pautsch (dirs.). *Beck-online-Kommentar Kommunalrecht Baden-Württemberg* (22.^a ed.). Múnich: C.H. Beck.
- Schmidt, T. I. (2023). Kommunale Mindestfinanzausstattung. *Der Landkreis*, 93, 249-254.
- Schmieder. (1919-1920). Neuregelung der Kommunalaufsicht. *Preußisches Verwaltungsblatt (PrVBl)*, 41, 122-124.
- Sester, P. (2003). Tatbestand und rechtliche Struktur des Cross-Border-Leasings. *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB)*, 15, 94-106.
- Stöhr, A. (2010). Überörtliche Prüfung kommunaler Körperschaften. *Zeitschrift für Landes— und Kommunalrecht Hessen — Rheinland-Pfalz — Saarland (LKRZ)*, 5, 361-366.

- Surén, F. K. (1935). Die Deutsche Gemeindeordnung. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 56, 125-130.
- Von Komorowski, A. (2002). Gemeindliche Amtshaftungsansprüche gegen das Land bei Fehlern der Finanzämter im Gewerbe- und Grundsteuerverfahren. *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 55, 67-75.
- Von Leyden. (1931). Staatskommissare. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 52, 27-31.
- Von Unruh, G.C. (1973). Die kommunale Selbstverwaltung im Grundgesetz und ihr genetisches Modell. En N. Achterberg (dir.). *Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag* (pp. 391-419). Berlin: Duncker&Humblot.

7. Índice de abreviaturas

BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (<i>Tribunal Administrativo de Baviera</i>)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (<i>Colección de jurisprudencia de la editorial Beck</i>)
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Band I (<i>Boletín Oficial de la República de Alemania, tomo I</i>)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (<i>Gaceta judicial del Bundesgerichtshof en materia civil</i>)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (<i>Tribunal Constitucional Federal alemán</i>)
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita</i>)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (<i>Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo</i>)
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo</i>). Los números que

siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita

GBI.	Gesetzblatt (<i>Boletín Oficial</i>)
GO	Gemeindeordnung
Hess.VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof (<i>Tribunal Administrativo de Hesse</i>)
KPG	Kommunalprüfungsgesetz
KVG	Kommunalverfassungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (<i>revista</i>)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht — Rechtsprechungsreport (<i>revista</i>)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht (<i>Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia</i>)
PrOVGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia</i> . Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita)
PrGS	Preußische Gesetzessammlung (<i>Boletín Oficial de Prusia</i>)
Reg.Bl.	Regierungsblatt (<i>Boletín Oficial del Gobierno</i>)
RG	Reichsgericht (<i>Corte Imperial</i>)
RGBI. I	Reichsgesetzblatt Band I (<i>Boletín Oficial del Reich, tomo I</i>)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (<i>Gaceta judicial del Reichsgericht en materia civil</i>)
ÜPKKG	Gesetz zur Regelung der überörtlichen Prüfung kommunaler Körperschaften in Hessen (<i>Ley reguladora de la fiscalización supralocal de las corporaciones municipales en Hesse</i>)

INFORME NACIONAL DE ESPAÑA

El control económico-financiero de los recursos públicos. El caso español

Joaquín Tornos Mas

Catedrático honorífico de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

SUMARIO. **1. Problemas institucionales y orgánicos del control sobre la gestión de los recursos públicos.** 1.1. La jurisdicción contable en España. 1.2. La función fiscalizadora y jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. 1.3. Aspectos orgánicos del Tribunal de Cuentas. 1.4. Los tribunales de cuentas autonómicos. 1.5. Alcance subjetivo del control que realizan los tribunales de cuentas. **2. Reflexiones críticas y de futuro acerca del alcance del control sobre la gestión del patrimonio público.** 2.1. Los problemas del ejercicio de la función de fiscalización y de la fase jurisdiccional. 2.2. La relación con la jurisdicción contencioso-administrativa. 2.3. La relación con la jurisdicción penal. **3. La perspectiva de este tipo de control en relación con los Gobiernos locales.** 3.1. La posición de los entes locales en el sistema constitucional español. 3.2. El doble control sobre los entes locales. 3.3. El problema de la uniformidad del régimen local español. 3.4. El control sobre los entes locales y el principio de autonomía local. **4. Las vías para establecer la responsabilidad por la indebida administración del patrimonio público y para obtener la reparación de los daños causados.** **5. Bibliografía.**

1. Problemas institucionales y orgánicos del control sobre la gestión de los recursos públicos

1.1. La jurisdicción contable en España

La jurisdicción contable tiene en España una larga tradición que se remonta a la primera Constitución española de 1812¹. En la actualidad la Constitu-

1. Sobre los orígenes del control externo en España puede consultarse el trabajo de Morillas Gómez (2022).

ción de 1978 reconoce la importancia de esta institución, regulándola en su artículo 136 en los términos siguientes:

- “1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.
2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste. 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.
3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sujetos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.
4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas”.

Del contenido del precepto merecen destacarse las siguientes afirmaciones:

- El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.
- Depende de las Cortes Generales y ejerce su función por delegación de las mismas.
- Los miembros del Tribunal gozan de la misma independencia e inamovilidad y estarán sujetos a las mismas incompatibilidades que los jueces.
- Se remite a una ley orgánica la regulación de la composición, la organización y los fines del Tribunal.

Más adelante el artículo 153 de la Constitución, dentro del Título VIII dedicado a la organización del poder territorial del Estado, establece que “el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá [...] d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario”.

La remisión constitucional a una ley orgánica fue cumplimentada con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTC) 2/1982, de 12 de mayo².

La citada ley en su artículo primero establece lo siguiente:

“Uno. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución y la presente Ley Orgánica.

Asimismo, corresponde al Tribunal de Cuentas la fiscalización de la actividad económico-financiera de los partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos³.

Dos. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos. Depende directamente de las Cortes Generales”.

El párrafo segundo afirma que el Tribunal de Cuentas es único en su orden y reconoce la existencia de órganos fiscalizadores autonómicos en razón de lo que establezcan los respectivos estatutos de autonomía. Este carácter “único” fue explicado de forma brillante por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 18/1991 y 215/2000, afirmando que el Tribunal de Cuentas “es supremo pero no único cuando fiscaliza, pues la propia LOTC presupone la existencia de órganos autonómicos de control externo, y único pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable (función jurisdiccional) al atribuirse a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra sus resoluciones”.

El artículo 2 de la LOTC precisó las dos funciones básicas del Tribunal:

“Son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

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

2. Ley modificada en parte por la LO 3/2015, de 30 de marzo.

3. Este párrafo fue introducido por el artículo 3.1 de la LO 3/2015, de 30 de marzo.

Posteriormente se aprobó la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU), que regula de forma detallada el ejercicio de las funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales.

Este importante órgano de control externo ha ejercido sus funciones de conformidad con esta normativa específica, así como de conformidad con la legislación de enjuiciamiento civil y la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que actúan como normativa supletoria en razón de los diferentes procedimientos del Tribunal a los que nos referiremos más adelante.

En todo caso, como se ha puesto de relieve recientemente, es cierto que existe una notable contradicción entre la previsión constitucional de la figura del Tribunal de Cuentas, la creciente sensibilidad social sobre la necesidad de un correcto uso de los fondos públicos y de hacer frente a la corrupción, y el escaso interés que se ha prestado desde el derecho público a este órgano de control⁴. Por ello parece necesario situar al Tribunal de Cuentas en el centro de los fines constitucionales, como garante del Estado democrático y social, como institución que puede reforzar la legitimidad de los poderes públicos⁵. El deber impuesto a todos los ciudadanos de contribuir a los gastos públicos debe tener como contrapartida que estos mismos ciudadanos conozcan el destino de los fondos públicos y tengan la garantía de que se ha hecho un uso correcto de los mismos. Solo si se asegura la responsabilidad social, política y jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución demanda a los poderes públicos será posible reparar la quiebra que ha sufrido la confianza de los ciudadanos en el sistema.

1.2. La función fiscalizadora y jurisdiccional del Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas tiene encomendadas dos funciones básicas: la fiscalizadora y la jurisdiccional⁶. Así se establece en la LOTC, como ya vimos, y en la LFTCU. El artículo primero de esta última ley establece lo siguiente:

4. En este sentido, pueden verse Biglino Campos (2019) y Cubillo Rodríguez (2013: 64). Este autor, letrado del Tribunal de Cuentas, reclama la necesidad de una reflexión sobre el papel actual del Tribunal, afirmando: "Ello es así porque desde la Sociedad Civil y desde los medios de comunicación no dejan de recibirse mensajes inequívocos de inquietud ante la situación económica de crisis, de indignación ante los focos de corrupción y despilfarro en el gasto público, y de impulso a una regeneración de las Instituciones, Administraciones y Entidades Públicas, basada en la transparencia y eficiencia de su actuación. La necesidad de adaptar el Tribunal de Cuentas a este nuevo y riguroso listón de exigencia implica, entre otros aspectos, una revisión crítica pero sensata de su legislación actual".

5. En este sentido, Suárez Robledano (2018), al tratar de la relevancia constitucional de la esencia del Tribunal de Cuentas, afirma que uno de sus inspiradores lo calificó como la "conciencia de la democracia".

6. Sobre estas dos funciones y sus principales características puede consultarse, entre otros, Sala Sánchez (2018).

"De acuerdo con lo preceptuado en la Ley 2/1982, Orgánica del Tribunal de Cuentas, la presente Ley tiene como objeto:

[...]

- b) La regulación de los procedimientos, mediante los cuales el Tribunal de Cuentas lleva a cabo la función de fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público, así como de las subvenciones, créditos, avales y otras ayudas que, procedentes del mismo, sean concedidas a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.
- c) La regulación de los procedimientos mediante los que se lleva a efecto el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos".

El preámbulo de la ley precisa el contenido de estas dos funciones:

"Respecto de la primera [la función fiscalizadora], la Ley establece su extensión y los instrumentos en que se materializa, erigiendo la Memoria o Informe anual, que el Tribunal debe rendir a las Cortes Generales en cumplimiento de lo establecido en el artículo 136.2 de la Constitución y 13 de su Ley Orgánica, en verdadero eje de su función de control de la actividad económico-financiera del sector público, sin perjuicio de las memorias extraordinarias y de las Mociones y Notas que sea procedente elevar a las propias Cortes. [...]

En lo que se refiere a la función jurisdiccional, la Ley, al tratar de la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contable, la contempla como una auténtica jurisdicción, que goza del necesario respaldo constitucional, pero que, en orden a su contenido y de acuerdo con el criterio manifestado por el Consejo General del Poder Judicial en su mencionado informe, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce a la ordinaria, conforme antes se destacó, el artículo 117 de la Constitución. Por ello, le atribuye, como objeto, el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes, teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia graves –exigencia ésta derivada de la enunciación del principio por el artículo 140 de la Ley General Presupuestaria– originan menoscabo en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las Entidades del sector público o a las personas o Entidades beneficiarias o perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector".

El mismo preámbulo se refiere también a las actuaciones previas al ejercicio de la función jurisdiccional, afirmando que en la ley “se contemplan también las actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso-administrativo, según la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción”.

Volveremos sobre estas diversas funciones y sus respectivos regímenes jurídicos.

Corresponde, por tanto, al Tribunal de Cuentas el control permanente y consuntivo de la actividad financiera de las Administraciones públicas, con referencia tanto a la legalidad como a la conveniencia y oportunidad de la actuación administrativa fiscalizada, así como el enjuiciamiento de la gestión de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos.

La función jurisdiccional fue cuestionada en un primer momento al entender que de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución (“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”) esta función estaba reservada en exclusiva al poder judicial. Pero como se ha dicho⁷ el Tribunal Constitucional ha caracterizado la jurisdicción del Tribunal de Cuentas como una de las excepciones previstas en la propia Constitución al principio de exclusividad de la función jurisdiccional (SSTC 185/2012, de 17 de octubre; 187/1988, de 17 de octubre; 126/2011, de 18 de julio, y 215/2000, de 18 de septiembre). En esta última sentencia el Tribunal Constitucional afirma 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”, aunque se trate de una jurisdicción limitada, cuyo alcance ha de interpretarse restrictivamente y que carece de capacidad revisora sobre los actos o disposiciones de las Administraciones públicas. Hoy se admite ya sin discusión que el Tribunal de Cuentas puede ejercer esta función al haber sido habilitado por una ley orgánica, teniendo además en cuenta que el Tribunal de Cuentas no es un tribunal supremo cuando ejerce esta función jurisdiccional, ya que sus decisiones son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo (SSTC 187/1988, de 27 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero).

7. González Rivas (2018) e Iñiguez Hernández (2022).

Respecto a la función fiscalizadora es importante también señalar que el Tribunal de Cuentas no pude calificarse como un órgano antifraude. Como se ha dicho, el Tribunal de Cuentas es un órgano de control de la actividad económico-financiera del sector público cuya finalidad no es desenmascarar la corrupción, sino evaluar la gestión financiera pública, sin perjuicio de que en el desarrollo de su función pueda encontrarse focos de fraude y deba darles el adecuado tratamiento jurídico⁸.

También debe diferenciarse la función del Tribunal de Cuentas, y en particular su función fiscalizadora, de lo establecido en la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado. El objeto de esta ley es cuantificar los costes y beneficios de las políticas analizadas, comprobando si sus objetivos se están cumpliendo o no y si pudiera haber formas más eficientes de cumplirlos. Si bien la evaluación de políticas públicas puede servir a la rendición de cuentas y a la transparencia, no puede identificarse con la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. La Ley 27/2022 establece la distinción entre sus objetivos y cometidos respecto de la actividad del Tribunal de Cuentas. En su artículo tercero establece lo siguiente:

“1. Las disposiciones de la Ley se aplicarán a la evaluación de las políticas públicas desarrolladas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes.

2. La fiscalización de la actividad económico-financiera de la Administración General del Estado correspondiente a sus políticas públicas se realizará por el Tribunal de Cuentas de acuerdo con los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, sostenibilidad e igualdad de género, en los términos establecidos en su normativa reguladora”.

La evaluación debe entenderse como una herramienta para la mejora de las acciones de gobierno, ya que favorece la toma de decisiones y sirve como elemento para proponer eventuales correcciones.

En todo caso debe reconocerse una doble naturaleza al Tribunal de Cuentas: una fiscalizadora de la actividad económico-financiera del sector público, y otra de carácter jurisdiccional centrada en el enjuiciamiento contable. Doble función que tiene objetivos diversos, y que se lleva a cabo en base a normas y procedimientos diferentes.

8. Cubillo Rodríguez (2013: 68-69).

Recientemente se ha llamado la atención sobre la conveniencia de desarrollar una tercera función de carácter evaluador y orientador. Así, se ha dicho que el artículo 14 de la LOTC “atisba, si bien de manera no completa, una tercera función del Tribunal de Cuentas cuando previene que el mismo propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público. Estos nuevos cometidos se podrían llevar a cabo mediante las Memorias o Informes, las Mociones y las Notas”⁹.

1.3. Aspectos orgánicos del Tribunal de Cuentas

La función contable se encomienda en la Constitución a un órgano colegiado, el Tribunal de Cuentas. Como vimos, el artículo 136 del texto constitucional establece que “el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público”.

La LOTC tuvo especial interés en garantizar la independencia de este órgano, que depende exclusivamente de las Cortes Generales. Así, en su artículo 5 establece que “el Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico”. Principio de independencia que se refuerza en el artículo 6: “El Tribunal de Cuentas elaborará su propio presupuesto, que se integrará en los Generales del Estado, en una sección independiente y será aprobado por las Cortes Generales”.

La LOTC estableció la estructura orgánica del Tribunal en su título II, relacionando los órganos del Tribunal y sus respectivas competencias. El artículo 19 establece la composición del Tribunal:

- “Son órganos del Tribunal de Cuentas:
- El Presidente.
 - El Pleno.
 - La Comisión de Gobierno.
 - La Sección de Fiscalización.
 - La Sección de Enjuiciamiento.
 - Los Consejeros de Cuentas.
 - La Fiscalía.
 - La Secretaría General”.

La LFTCU ha desarrollado esta composición y la distribución de competencias en los artículos 2 a 20.

9. En este sentido, Hernández Salguero (2022).

En todo caso, lo relevante a los efectos de garantizar la independencia del Tribunal es la regulación del nombramiento, régimen de actuación y cese de los consejeros¹⁰, cuestiones que son tratadas en la LFTCU.

Según establece el artículo 30 de la LFTCU, los consejeros de cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años. Serán elegidos entre censores del Tribunal de Cuentas –en la actualidad, auditores o letRADOS–, censores jurados de cuentas, magistrados y fiscales, profesores de universidad y funcionarios pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, abogados, economistas y profesores mercantiles, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio profesional.

No podrán ser designados consejeros quienes, en los dos años anteriores, hubieran estado comprendidos en alguno de los siguientes supuestos:

- las autoridades o funcionarios/as que tengan a su cargo la gestión, inspección o intervención de los ingresos y gastos del sector público;
- los presidentes, directores y miembros de los consejos de administración de los organismos autónomos y sociedades mercantiles integrados en el sector público;
- los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores públicos;
- los perceptores de subvenciones con cargo a los fondos públicos;

10. El Pleno del Tribunal de Cuentas está formado por un total de doce consejeros, junto con el Fiscal.

Los consejeros de cuentas, excepto el Presidente del Tribunal, se asignarán a la Sección de Fiscalización o a la de Enjuiciamiento.

Corresponde a los consejeros titulares de los departamentos de la Sección de Fiscalización:

- representar al Departamento ante los restantes órganos del Tribunal de Cuentas;
- impulsar, dirigir, distribuir, coordinar e inspeccionar el trabajo de su departamento;
- aprobar, rectificar o rechazar las propuestas que les formulen las distintas unidades;
- ejercer la potestad disciplinaria respecto del personal de su departamento en los supuestos de faltas leves.

A los consejeros adscritos a la Sección de Enjuiciamiento, además de la competencia jurisdiccional que establece la legislación del Tribunal de Cuentas, les corresponde:

- ejercer la vigilancia e inspección sobre los procedimientos de su competencia.
- ejercer la potestad disciplinaria respecto del personal de su departamento en los supuestos de faltas leves.

- cualquier otra persona que tenga la condición de cuentadante ante el Tribunal de Cuentas.

Los miembros del Tribunal de Cuentas estarán sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Antes de su elección, los candidatos propuestos deben comparecer ante la Comisión de Nombramientos del Congreso o del Senado para someterse a las preguntas de los parlamentarios y exponer las consideraciones que estimen oportunas para el caso de que sean elegidos. Esta importante garantía de un control parlamentario sobre la capacidad técnica e independencia de los candidatos ha quedado desvirtuada por la práctica seguida en el momento de este control o *hearing*. La realidad es que los candidatos se pactan por los grupos parlamentarios y su acuerdo es refrendado en este control previo sin cuestionar lo ya acordado. Por lo demás el acto de la elección se considera un acto político no susceptible de control judicial (STS de 17 de junio de 2014).

Por lo que se refiere a su actividad los consejeros de cuentas del Tribunal son independientes e inamovibles, salvo en los supuestos de ceso por incapacidad, incompatibilidad o responsabilidad disciplinaria, en los términos previstos en la legislación del Tribunal de Cuentas. Si el nombramiento recayese en quien ostente la condición de diputado/a o senador/a, deberá renunciar a su escaño antes de la toma de posesión de su cargo. La independencia se refuerza también con el reconocimiento de una amplia autonomía reglamentaria para ordenar el funcionamiento interno del Tribunal.

La responsabilidad civil o criminal en que pudieran incurrir los miembros del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones será exigida ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

Los consejeros de cuentas ejercerán sus funciones de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a las mismas, cuidarán del despacho pronto y eficaz de los asuntos que les correspondan, asistirán a las reuniones plenarias o comisiones a las que fueran convocados y no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones.

Los consejeros tienen la obligación de inhibirse del conocimiento de los asuntos que afecten a entidades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran participado o con las que hubieran mantenido cual-

quier clase de relación interesada, ya sea ellos mismos o personas de su familia dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Según el artículo 29 de la LFTCU, el/la presidente/a del Tribunal de Cuentas será nombrado/a de entre sus miembros por el rey, a propuesta del mismo tribunal en pleno y por un período de tres años.

Por último, nos parece importante añadir que la independencia y objetividad de los informes del Tribunal no depende únicamente de la elección de los consejeros y de sus garantías formales en el ejercicio de sus cargos. La independencia y objetividad se vería sin duda también reforzada con la existencia de auditores y letrados profesionales, que actuaran al servicio del Tribunal de acuerdo con un marco normativo previo que diera seguridad y predictibilidad a estos informes.

1.4. Los tribunales de cuentas autonómicos

Como vimos, el artículo 153 de la Constitución prevé la creación de órganos de fiscalización contable por las comunidades autónomas: los órganos de control externo (OCEX).

En la actualidad, 13 comunidades autónomas cuentan con un OCEX, que en su estructura responde a los principios propios del Tribunal de Cuentas. Estos órganos dependen de los parlamentos autonómicos y tienen atribuido, cada uno en su ámbito territorial, el control externo de la gestión económico-financiera, presupuestaria y contable de las instituciones y entidades del sector público autonómico y local. También ejercen funciones de asesoramiento a los parlamentos regionales en materia económico-financiera

En cuanto a su actividad, solo pueden ejercer funciones de fiscalización, pero no jurisdiccionales, si bien en relación con estas últimas pueden llevar a cabo la instrucción previa si reciben la delegación del Tribunal de Cuentas.

En este sentido cabe recordar la sentencia ya citada del Tribunal Constitucional 187/1988, en la que afirmó que el Tribunal de Cuentas cuando fiscaliza es supremo pero no único, ya que existen también los OCEX. En la misma línea el Tribunal Constitucional, en las sentencias 187/1988 y 214/1995, afirmó que el control del Tribunal de Cuentas y el de los OCEX no tienen por qué excluirse mutuamente, sino que pueden coexistir y superponerse.

Las cuestiones jurídicas de mayor interés que plantea la creación de los tribunales de cuentas autonómicos son las que afectan a las relacio-

nes entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX, relaciones que deben basarse en los principios de coordinación y cooperación. La coordinación se lleva a cabo a través del establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas, y también mediante la Comisión de Coordinación creada en mayo de 1998. En julio de 2006 se creó la Comisión de Presidentes de Órganos Autonómicos de Control Externo¹¹.

1.5. Alcance subjetivo del control que realizan los tribunales de cuentas

La responsabilidad contable se origina cuando actúan gestores de fondos públicos que adoptan resoluciones o realizan actos con infracción de la Ley General Presupuestaria 47/2003, artículos 176 y 177.1. La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en su artículo 15.1, establece que “el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos”.

El artículo 34 de la LFTCU establece lo siguiente:

1. Todas las entidades integrantes del sector público, enumeradas en el artículo 4.^º de la Ley Orgánica 2/1982, quedan sometidas a la obligación de rendir al Tribunal las cuentas legalmente establecidas de sus operaciones, con arreglo a su respectivo régimen de contabilidad y sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 27 y 29 de la presente Ley.
2. Serán cuentadantes, en las cuentas que hayan de rendirse al Tribunal, las Autoridades, funcionarios o empleados que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de los gastos o la gestión del patrimonio en las entidades del sector público.
3. Los perceptores o beneficiarios de ayudas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o procedentes de entidades integrantes del sector público, tales como subvenciones, créditos o avales, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como los particulares que administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, hayan sido o no intervenidas la respectivas operaciones, estarán obligados a rendir las cuentas que la Ley establece”.

Existe, por tanto, responsabilidad contable cuando el gestor de fondos públicos, con ocasión de su utilización, incurra en infracción presupuestaria o contable y cause daño en los caudales públicos, mediando dolo, culpa

11. Sobre los OCEX se pueden consultar Arias y Riera (2017); González Rivas (2018). Una sencilla valoración positiva de las relaciones entre los OCEX y el Tribunal de Cuentas se encuentra en el trabajo de Ortiz de Mendivil (2022).

o negligencia graves. También se da lugar a esta responsabilidad en el supuesto de que se obtengan ilegalmente o no se justifiquen en debida forma las subvenciones o ayudas recibidas por personas o entidades públicas o privadas, siempre que procedan del sector público¹².

Según el artículo 49 de la LFTCU: “La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable”. El artículo 55.2 precisa que “se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”.

Por tanto, pueden ser obligados al abono del daño causado a los fondos públicos tanto autoridades como funcionarios y personal al servicio de las Administraciones, pero también particulares (perceptores de subvenciones). En todo caso se exige que concurra el elemento subjetivo de dolo, culpa o negligencia grave.

A estos posibles responsables debe añadirse el caso de los partidos políticos, a los que el Tribunal de Cuentas puede imponer sanciones.

La Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP), tras la modificación operada por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, en su artículo 18 atribuye al Tribunal de Cuentas de manera indubitable –tal y como señala el preámbulo de esta última– la potestad para acordar la imposición de sanciones pecuniarias al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en el artículo 17 de la misma ley, que incluye incumplimientos de las obligaciones establecidas tanto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, como en la propia Ley Orgánica 8/2007.

12. Sobre el elemento subjetivo de la responsabilidad contable, Fernández García (2013). Sobre la responsabilidad directa y subsidiaria puede verse Torres Morato (2023: 11-16).

En cumplimiento del artículo 17 bis Cuatro de la Ley Orgánica 8/2007, cuando un partido político no hace efectivo el pago de la sanción impuesta, el Tribunal de Cuentas da traslado a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para que esta proceda a su recaudación en periodo ejecutivo. De acuerdo con el artículo 18.9 de la misma ley, la interposición de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo suspende automáticamente la ejecución de la resolución adoptada por el Tribunal de Cuentas.

De conformidad con estos preceptos los cuentadantes y perceptores o beneficiarios de ayudas, así como los particulares que administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales, están sometidos al control del Tribunal de Cuentas. Cuando el Tribunal ejerza su función jurisdiccional, de la que puede derivar la condena de responsabilidad contable, deberá actuar con las garantías propias de un proceso en el que están en juego responsabilidades personales. Volveremos sobre este punto.

2. Reflexiones críticas y de futuro acerca del alcance del control sobre la gestión del patrimonio público

2.1. Los problemas del ejercicio de la función de fiscalización y de la fase jurisdiccional

Una primera reflexión general sobre el estado actual del control sobre la gestión del patrimonio público creo que debe llevarse a cabo diferenciando las fases de fiscalización y responsabilidad contable o fase jurisdiccional.

2.7.7.— La fiscalización del Tribunal de Cuentas es externa, permanente y consultiva, y se proyecta sobre la actividad económico-financiera del sector público. Su finalidad es someter la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía (artículo 31.2 de la Constitución), así como a los principios de transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género.

Se trata de una función de naturaleza administrativa, según se desprende de la disposición final segunda de la LOTC y del artículo 32 de la LFTCU, cuyo contenido se regula en los artículos 31 a 44 de la LFTCU. Según dispone el artículo 31:

“El ejercicio de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se llevará a cabo mediante:
a) El examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

- b) 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.
- c) El examen de los expedientes referentes a los contratos celebrados por la Administración del Estado y de las demás entidades del sector público.
- d) El examen de la situación y variaciones del patrimonio del Estado y demás entidades del sector público.
- e) 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.
- f) Y cualquiera otros que resultaren adecuados al cumplimiento de su función".

El carácter administrativo de esta función posee, no obstante, un carácter singular. En este sentido el Tribunal Supremo ha dicho, en sentencia de 29 de septiembre de 2010, que "el Tribunal de Cuentas en el desempeño de su función fiscalizadora 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". Como ejemplo de esta singularidad la misma sentencia afirma que "en el procedimiento fiscalizador el trámite de audiencia del artículo 44,5 de la LFTCU se concede, no a quien puede tener la condición de interesado, sino sólo y exclusivamente a los responsables del Sector o Subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas y en su caso a quienes hubieran ostentado la representación del subsector fiscalizado".

El ejercicio de esta función se agota en la labor de informe a las Cortes Generales o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o a los plenos de las entidades locales.

Por otra parte, cuando de la investigación se desprenden hechos indiciariamente constitutivos de responsabilidad contable, debe iniciarse la fase procedural de instrucción habilitada por la ley, las actuaciones previas a las que antes nos hemos referido, y que permiten enlazar con la otra función del Tribunal, la jurisdiccional.

Desde el propio Tribunal de Cuentas se ha manifestado la necesidad de ampliar la actividad de fiscalización y mejorar el método de actuación¹³. En este sentido se propone pasar del proceso de control *a posteriori*, formal y

13. En este sentido, Suárez Robledano (2018).

cuasi estadístico, a una actuación proactiva donde el control sea real, efectivo, oportuno, justificado y siendo concebido como garantía de la veracidad, exactitud, legalidad, legitimidad, regularidad, buena gestión y justificación adecuada y oportuna de la gestión económico-financiera. Junto a ello se reclama un esfuerzo especial para adaptarse a los nuevos retos de innovación tecnológica y de las telecomunicaciones, con el fin de poder acortar los procedimientos de fiscalización sin merma de la calidad de la actividad.

2.1.2.— La responsabilidad contable, o función jurisdiccional, plantea mayores problemas¹⁴. Conceptualmente esta función tiene como objeto exigir responsabilidad a quienes han gestionado fondos públicos en contra de la normativa económico-financiera del sector público vigente, produciendo un daño a las arcas públicas. Esta responsabilidad tiene por finalidad la reparación del daño a los fondos públicos mediante la devolución de aquellas cantidades que no debieron ser perjudicadas, “alcanzadas” o malversadas de un modo indebido.

La jurisdicción contable puede articularse en base a dos procesos contables. Por un lado, el proceso de reintegro por alcance (artículos 72 a 74 LFTCU), idóneo para la reclamación de los perjuicios causados a los fondos públicos como consecuencia de alcance o malversación. Para su tramitación se siguen los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, por otro lado, el denominado juicio de cuentas (artículos 68 a 71 LFTCU), previsto para los supuestos de responsabilidad contable que no son constitutivos de alcance. En este caso, con carácter previo a la demanda, debe abrirse la correspondiente pieza separada por parte del Sr. Consejero del Departamento de Fiscalización, a fin de determinar la presunta autoría y cuantificar los daños causados. Dicho proceso se sigue por los trámites previstos en el recurso contencioso-administrativo.

La distinción entre el procedimiento por alcance o por juicio de cuentas es importante, dadas las mayores garantías en el caso del juicio de cuentas. Lo cierto es que si bien, en un primer momento, la jurisprudencia configuró un concepto estricto de alcance, de modo que lo reducía a los casos de desembolsos de dinero público sin justificación, pero no a supuestos de justificación incorrecta, posteriormente, debido a los obstáculos jurídicos detectados en la práctica diaria para exigir responsabilidad contable a través del juicio de cuentas y de los expedientes de responsabilidad contable, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas diseñó un concepto amplio de alcance en el que tuvieron cabida, entre otros, la falta de

14. Me remito en este punto al trabajo de Jiménez Rius (2017).

rendición de cuentas, no efectuar ingresos debidos, los pagos indebidos, los gastos sin crédito presupuestario, etc. Ello provocó la práctica inaplicación del juicio de cuentas, como lo demuestran las estadísticas anuales de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal. Como se ha dicho, la llamada pieza del juicio de cuentas a instruir por los consejeros de fiscalización ha devenido una reliquia legislativa que no encuentra el acomodo ni en un solo expediente judicial de los departamentos de enjuiciamiento¹⁵.

Esta interpretación ha sido corregida por el Tribunal Supremo, que ha recordado la necesidad de aplicar un concepto estricto de alcance. El Tribunal Supremo ha afirmado que, si la ley diferencia los supuestos de alcance de otros supuestos constitutivos de responsabilidad contable diferentes de alcance, estos supuestos no pueden “vaciarse” en aquel. No obstante la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal de Cuentas sigue aplicando en la práctica totalidad de supuestos el procedimiento del alcance.

Así las cosas, se ha propuesto la conveniencia de modificar la LFTCU sustituyendo los dos procesos de exigencia de responsabilidad contable hoy vigentes (juicio de cuentas y reintegro por alcance) por un proceso único que permita encauzar todas las posibles pretensiones indemnizatorias por daños a los fondos públicos derivados de una gestión irregular de los mismos, de manera que se pueda conocer y resolver cualquier tipo de responsabilidad económica susceptible de resarcimiento a través de un mismo proceso que se ajuste más a los procedimientos contencioso-administrativos, con lo que se ganaría en seguridad jurídica y se evitarían dilaciones procesales¹⁶.

Los problemas de las garantías en la actuación jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se ven ampliados por el hecho de que el Tribunal recurre en la práctica totalidad de supuestos al procedimiento de alcance, aplicando en estos casos el procedimiento preprocesal de las actuaciones previas. Esta actuación procedural conlleva que los presuntos responsables de infracciones contables se vean requeridos al depósito o afianzamiento —o eventualmente al embargo— de sus bienes, para responder del perjuicio provisionalmente establecido en la correspondiente liquidación provisional. La falta de garantías en esta fase previa ha sido puesta de manifiesto de forma muy clara en el trabajo de Entrena Fabre (2021). La principal falta de garantías se produce por el hecho de que en estas actuaciones previas,

15. Suárez Robledano (2018).

16. En este sentido se pronuncian Cubillo Rodríguez (2013) y Lozano Alvárez (2018: 156). Este último autor afirma que procede superar la distribución entre responsabilidad por alcance y juicio de cuentas a través de un procedimiento único que parece lógico se ajuste más al perfil de los procedimientos contencioso-administrativos.

al no considerarlas fase jurisdiccional, los afectados carecen de verdaderos mecanismos de defensa ante la propuesta de liquidación, propuesta de la que sin embargo deriva la petición de afianzamiento o en su caso embargo. El Tribunal de Cuentas ha afirmado que "los principios de contradicción y audiencia bilateral no resultan aplicables a la fase instructora de los procedimientos de alcance" (Auto 14/2018, de 30 de mayo). Sí es cierto que el artículo 48 de la LFTCU contempla un recurso frente a las resoluciones dictadas en las actuaciones previas, pero se trata de un recurso por motivos tasados muy limitados¹⁷.

Las garantías de los afectados deben encontrarse, por tanto, en los recursos de primera instancia y apelación ante el propio Tribunal de Cuentas, y, de forma principal, en el recurso de casación que puede interponerse ante el Tribunal Supremo. Recursos a los que puede llegarse, no obstante, con el patrimonio ya embargado¹⁸.

2.2. La relación con la jurisdicción contencioso-administrativa

El ejercicio de la jurisdicción contable también plantea problemas desde la perspectiva de su relación con la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹. El artículo 49 de la LFTCU establece que "la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable".

El precepto legal establece que para poder apreciar que concurre un supuesto de responsabilidad contable, además de haberse producido un daño a los fondos públicos, la acción u omisión causante del daño debe ser

17. En Entrena Fabre (2021) se da cuenta de que en los últimos seis años los recursos han sido desestimados en su práctica totalidad.

18. Por estas razones se ha defendido la necesidad de una nueva regulación de las actuaciones previas. Así, en Jiménez Rius (2017: 83-85), y también Iñiguez Hernández (2022).

19. *Vid.* Torres Morato (2023).

contraria a la legislación reguladora de la gestión económico-financiera del sector público.

El Tribunal Supremo, en las SSTS de 18 de enero de 2012 y 28 de noviembre de 2012, analizó si el Tribunal de Cuentas tenía competencia para pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo, presupuesto para exigir la responsabilidad contable. Si bien la interpretación de ambas sentencias no es pacífica, lo cierto es que si de la lectura de dichas sentencias se deduce que el Tribunal de Cuentas no puede pronunciarse sobre la legalidad de un acto, y si además dicho acto administrativo no ha sido recurrido en vía contenciosa, el Tribunal no podría apreciar responsabilidad contable, por no haberse constatado ni declarado la infracción de la normativa reguladora de la gestión económico-financiera del sector público. La jurisdicción contencioso-administrativa se impondría a la contable, pues se reservaría a la misma el determinar si el acto del que deriva el perjuicio económico es o no legal. Por tanto, de mantenerse esta última interpretación, la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se vería seriamente afectada, pues la falta de recurso contencioso contra un acto impediría que se pudiera exigir la responsabilidad contable, y, por otro lado, la jurisdicción contable quedaría siempre pendiente del pronunciamiento que se hiciera en la vía contencioso-administrativa²⁰.

2.3. La relación con la jurisdicción penal

En el ejercicio de su función jurisdiccional el Tribunal de Cuentas puede entrar en relación tanto con la jurisdicción contencioso-administrativa, como hemos visto, como con la jurisdicción penal²¹. En este segundo caso la LOTC establece en su artículo 18 lo siguiente: “Uno. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Dos. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”. Por su parte, el artículo 49.3 de la LFTCU precisa esta relación en los términos siguientes:

20. Sobre esta cuestión me remito de nuevo al trabajo Jiménez Rius (2017: 85). La autora critica la doctrina del Tribunal Supremo, y señala que “la Jurisdicción contable es una Jurisdicción consolidada. Así lo hemos explicado anteriormente y en dichos términos se pronuncian las leyes reguladoras del Tribunal de Cuentas y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Si el Tribunal Supremo mantiene la postura mencionada, ello podría provocar el ocaso de la Jurisdicción Contable que nuestro Ordenamiento Jurídico configura no sólo legal sino constitucionalmente”.

21. Sobre la relación con la jurisdicción penal pueden verse Suárez Robledano (2018) y Torres Morato (2023).

“Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entienda de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”²².

En el caso de que se susciten conflictos entre los órganos de la jurisdicción contable y las restantes jurisdicciones, los mismos serán resueltos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

3. La perspectiva de este tipo de control en relación con los Gobiernos locales

3.1. La posición de los entes locales en el sistema constitucional español

Para comprender el alcance del control externo sobre los entes locales en España es conveniente conocer cuál es la posición constitucional de estos entes. El artículo 137 de la Constitución española establece que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. El artículo 140 afirma por su parte que la Constitución garantiza la autonomía de los municipios.

Según el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 40/1998, de 19 de febrero, fundamento jurídico 39, “la autonomía local prevista en los arts. 137 y 140 C.E. se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el ‘derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible’”. Pero junto a este derecho al gobierno y administración de los asuntos propios, el Tribunal Constitucional también ha vinculado al principio de

22. Para un mayor conocimiento de los problemas que puede suscitar esta relación entre las dos jurisdicciones puede consultarse el trabajo de Martín y Álvarez (1994).

autonomía local a la no sujeción de los entes locales al control y dirección por parte de los entes territoriales superiores, Estado y comunidades autónomas. Los entes superiores no pueden imponerse a los entes locales, y en caso de discrepancia con su actuación tendrán que impugnar en sede contencioso-administrativa la decisión local que entienden ilegal o que excede de su ámbito de competencia. Así lo establecen los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985.

Por otro lado, la regulación del régimen local también ha planteado dudas y debates, en el sentido de si corresponde al Estado o a las comunidades autónomas establecer la organización y el funcionamiento de los entes locales. El artículo 149.1 de la Constitución no atribuye al Estado la competencia sobre el régimen local, aunque sí lo hace en relación con las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Este título jurídico ha habilitado al Estado para aprobar la Ley de Bases del Régimen Local, bases que contienen la organización, las competencias y el funcionamiento de los entes locales. Respecto a la dependencia de los entes locales respecto a los entes territoriales superiores, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el régimen local es “bifronte”, esto es, que depende al mismo tiempo del Estado y de las comunidades autónomas, cuando estos entes ejercen sus respectivas competencias.

Este régimen de los entes locales explica su singular posición respecto de los tribunales de cuentas autonómicos y el Tribunal de Cuentas estatal.

3.2. El doble control sobre los entes locales

Los entes locales están sujetos al doble control del Tribunal de Cuentas y del órgano de control externo que pueda existir en su comunidad autónoma, si bien debe tenerse presente que el control jurisdiccional es exclusivo del Tribunal de Cuentas. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en sus sentencias 187/1988, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero.

En la Sentencia 187/1988 el Tribunal Constitucional reconoció este doble control: “La fiscalización externa de las Corporaciones locales por el Tribunal de Cuentas derivada del art. 4.1 C) de la Ley Orgánica, que expresamente recogen el art. 13.1 b) y la Disposición transitoria cuarta, 1, y que también establece el art. 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, no supone, pues, la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera de las Corporaciones locales. A diferencia de lo dispuesto para la ‘jurisdicción contable’, calificada de ‘exclusiva’ por su art. 17.1, no cabe entender que

la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserve en exclusiva para este Tribunal la fiscalización de dicha actividad". En esta misma sentencia, y en referencia al control externo realizado por el órgano fiscalizador de la Generalitat de Cataluña, el Tribunal Constitucional afirmó que "hemos de partir, por lo tanto, de la competencia constitucional y estatutaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de régimen local y, en concreto, en relación con las actividades financieras de los entes locales. El art. 48.1 del E.A.C. establece que corresponde a la Generalidad la tutela financiera sobre dichos entes, respetando la Autonomía que es reconocida a los mismos en los arts. 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el art. 9.8 del E.A.C. Pues bien, la fiscalización sobre las Corporaciones locales prevista en la mencionada Ley autonómica 6/1984 —que, según vemos, se concreta en un control a posteriori de su actividad financiera— forma parte del contenido de la tutela financiera y, por consiguiente, de la competencia derivada del citado precepto estatutario. Y en este sentido no puede considerarse contrario a la Constitución ni al Estatuto el que la Comunidad Autónoma de Cataluña atribuya a un órgano de dicha Comunidad —la Sindicatura de Cuentas— una actividad de control sobre la actuación financiera de las Corporaciones locales".

3.3. El problema de la uniformidad del régimen local español

El control externo sobre los entes locales se regula de forma uniforme. Esta uniformidad en el tratamiento jurídico de los entes locales es una realidad bastante común respecto a la regulación de estas entidades, lo que no deja de resultar disfuncional en muchas ocasiones.

Esta disfuncionalidad la podemos ejemplificar en la exigencia de rendición de cuentas de los entes locales. La realidad es que la obligación de rendir cuentas dentro de unos plazos determinados se incumple de forma reiterada y muy significativa por los entes locales. Esta realidad llevó al Pleño del Tribunal de Cuentas a formular una moción para forzar a los entes locales al cumplimiento de la rendición de cuentas dentro de los plazos establecidos. Existen por otro lado mecanismos para forzar el cumplimiento de esta obligación (retención de la participación de la entidad local en los tributos del Estado; calificación de esta falta de rendir cuentas como infracción en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia; posibilidad de que el Tribunal de Cuentas imponga multas coercitivas)²³.

23. *Vid.* al respecto Torres Morato (2023: 33).

Pero creemos que este incumplimiento debería tener en cuenta la diversidad de los entes locales y su capacidad para poder hacer frente a las obligaciones que les imponen las leyes generales. Ante la realidad de que muchos municipios no pueden hacer frente a su obligación de rendir cuentas dentro de los plazos establecidos, debe reclamarse que sea el ente provincial el que acuda en ayuda de los pequeños y medianos municipios, reconociendo su incapacidad para hacer frente a lo que les exige la normativa.

3.4. El control sobre los entes locales y el principio de autonomía local

La fiscalización de la actividad municipal por parte de dos entes superiores, el Estado y las comunidades autónomas, ha planteado también la cuestión relativa al respeto del principio de autonomía local. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia antes citada 187/1988, se pronunció sobre este tema, admitiendo el control externo sobre los entes locales que puedan llevar a cabo el Tribunal de Cuentas o los órganos autonómicos, fijando al mismo tiempo el alcance de este control y sus límites. En este sentido afirmó lo siguiente:

“Ahora bien, esta actividad fiscalizadora —y ésta es la última cuestión a examinar— no puede interferir en la Autonomía que el art. 140 C.E. reconoce a los entes locales. A este respecto es preciso recordar que, como ha declarado este Tribunal, el principio de Autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias realizado por el Estado o por las Comunidades Autónomas en los casos y formas predeterminados por el legislador, habida cuenta de la posición de superioridad de uno y otras sobre las entidades locales. Pero nunca podrá tratarse de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasijerárquica respecto de la Administración estatal o autonómica, sino de controles de carácter concreto, que habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los de aquéllos (SSTC 4/1981, fundamento jurídico 3.º; 27/1987, fundamento jurídico 2.º).

En el caso que nos ocupa cabe afirmar que la actividad fiscalizadora sobre las Corporaciones locales que la Comunidad Autónoma atribuye a la Sindicatura de Cuentas —órgano, por otra parte, dependiente orgánicamente del Parlamento— satisface dichas exigencias.

De una parte, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con el art. 142 C.E., las Haciendas locales se nutren no sólo de tributos propios sino también de la participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que tal concurrencia de intereses se producirá necesariamente. Por ello este Tribunal ha declarado en su STC 4/1981, fundamento jurídico 15 A) que, ‘dadas las diversas fuentes que nutren las Haciendas locales, así como su complementariedad, es aquí plenamente explicable la existencia de controles de legalidad, tanto en relación con la obtención y gestión de ingre-

sos de carácter propio como con la utilización de los procedentes de otras fuentes', y 'no es posible declarar —en abstracto— la inconstitucionalidad de la existencia de controles que valoren incluso aspectos de oportunidad'. De otra parte, se trata de controles concretos que no colocan a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia jerárquica. La actividad fiscalizadora de la Sindicatura de Cuentas se deduce, en el caso de las Corporaciones locales, a la elaboración de un informe o memoria, y es a los propios órganos competentes de dichas Corporaciones a quiénes corresponde entender de las propuestas en ellos contenidas, sin perjuicio de que sean trasladadas al Parlamento para su mero conocimiento (artículos 6.1, 7.2 y 9.2 de la Ley 6/1984)".

4. Las vías para establecer la responsabilidad por la indebida administración del patrimonio público y para obtener la reparación de los daños causados

La reparación del daño se llevará a cabo por el Tribunal de Cuentas, ya que, como dispone el artículo 136 de la Constitución, le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El propio tribunal fijará el alcance de lo debido de conformidad con las pretensiones de la parte actora, según establece el artículo 59.1 de la LFTCU:

"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".

El Tribunal determinará los daños y los cuantificará, de acuerdo con el artículo 62 de la LFTCU:

'1. Para la determinación de la cuantía del procedimiento se atenderá al valor de la pretensión de responsabilidad contable que se ejercite o al importe de la fianza que se pretendiere cancelar.

2. En los supuestos de acumulación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, sin que, no obstante, esta circunstancia comunique a las de cuantía inferior la posibilidad de recurso que, en su caso, proceda contra las de cuantía superior.

3. El órgano de la jurisdicción contable que conozca del asunto hará la determinación de la cuantía en resolución motivada una vez tenga los datos a que se refieren los párrafos anteriores, previa audiencia de las partes comparecidas por plazo no superior a cinco días y sin que por ello se interrumpa el curso de los autos".

Dentro de la fase de actuaciones previas, como ya expusimos, se puede acordar la exigencia de fianza o embargo de los bienes con fines de garantizar lo que pueda resolverse finalmente (artículo 47, letras f] y g], de la LFTCU).

Ya en sede judicial corresponde al Tribunal llevar a efecto su sentencia. Así lo establece el artículo 85 de la LFTCU:

1. Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente título 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 dieren 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".

En sede jurisdiccional también podrán adoptarse medidas cautelares con el fin de garantizar el cobro de lo que se declare debido. Así lo dispone el artículo 67 de la LFTCU: "Para el aseguramiento de las responsabilidades contables que pudieran decretarse en los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal, podrá solicitarse, por el Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o legal representante de la Entidad del sector público perjudicada, embargo preventivo de los bienes de los iniciados en responsabilidad contable en los casos y en la forma establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda exigírseles fianza de clase alguna para decretarlo".

5. Bibliografía

- Arias Rodríguez, A. y Riera López, M. (2017). El sistema español de control externo. Algunas cuestiones incómodas. *Presupuesto y Gasto Público*, 86, 91-108.
- Biglino Campos, P. (2019). El Tribunal de Cuentas como garantía del Estado Social, del Estado Democrático y del Estado de Derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 77-100.
- Cubillo Rodríguez, C. (2013). La fiscalización en la Jurisprudencia. *Revista Española de Control Externo*, 45, 63-78.

- Entrena Fabre, R. (2021). El derecho de defensa en las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance del Tribunal de Cuentas. *QDL*, 56, 206-224.
- Fernández García, J. F. (2013). La responsabilidad contable. El reintegro por alcance. *Revista de Administración Pública*, 192, 339-379.
- González Rivas, J. J. (2018). Jurisprudencia constitucional en relación con el Tribunal de Cuentas. *Revista Española de Control Externo*, 20 (Extra 60), 35-44.
- Hernáez Salguero, E. (2022). ¿La tercera función del Tribunal de Cuentas? *Revista Española de Control Externo*, Extra 71, 38-41.
- Iñiguez Hernández, D. (2022). Evolución y reforma de la Jurisdicción Contable. *Revista Española de Control Externo*, Extra 71, 44-49.
- Jiménez Rius, P. (2017). La responsabilidad contable: modificaciones y mejoras imprescindibles. *Presupuesto y Gasto Público*, 86, 75-90.
- Lozano Alvárez, M.ª A. (2018). Tribunal de Cuentas: futuro y reformas pendientes. *Revista Española de Control Externo*, 20 (Extra 60), 149-158.
- Martín Martín, P. y Álvarez Bonald, M. C. (1994). Las jurisdicciones contable y penal: su compatibilidad. *Crónica 1992-1993*. Madrid: Tribunal de Cuentas.
- Morillas Gómez, J. (2022). Una larga marcha: el Tribunal de Cuentas de España. *Revista Española de Control Externo*, Extra 71, 60-65.
- Ortiz de Mendivil, P. (2022). Instituciones de Control Externo (ICEx). Somos y en el camino nos encontraremos. *Revista Española de Control Externo*, Extra 71, 30-31.
- Sala Sánchez, P. (2018). El Tribunal de Cuentas a los 40 años de vigencia de la Constitución y 30 de su Ley de Funcionamiento. *Revista Española de Control Externo*, 20 (Extra 60), 187-200.
- Suárez Robledano, J. M. (2018). La jurisdicción contable: pasado, presente y futuro. *Revista Española de Control Externo*, 20 (Extra 60), 79-86.
- Torres Morato, M. Á. (2023). La responsabilidad contable. *Revista Española de Control Externo*, 73, 10-47.

INFORME NACIONAL DE FRANCIA

El control financiero sobre el patrimonio público en Francia

Christophe Pierucci

Professeur (Full Profesor) de droit public
à l'Université de Strasbourg.

Institut de recherche Carré de Malberg (UR 3399)

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La diversidad de los controles sobre la gestión del patrimonio público en Francia. 2.1. Controles jurisdiccionales y controles administrativos. 2.1.1. Los controles jurisdiccionales y no jurisdiccionales de la Corte de Cuentas. 2.1.2. El control no jurisdiccional de los tribunales regionales de cuentas. 2.1.3. Los controles de los órganos administrativos. 2.2. El alcance de los controles. 2.2.1. Controles no jurisdiccionales y control de la legalidad. 2.2.2. El control mediante la responsabilidad financiera, mecanismo sancionador únicamente. 2.3. Las garantías de los controles de las jurisdicciones financieras. 2.3.1. Las garantías de independencia e imparcialidad de los miembros del órgano. 2.3.2. Las garantías de los sujetos pasivos del control. 2.4. Las perspectivas de los controles en relación con los Gobiernos locales. 3. Los cambios y el futuro del sistema de control sobre la gestión del patrimonio público en Francia. 3.1. Una reducción cuestionable de los controles financieros sobre la gestión pública. 3.1.1. Los controles previos se han reducido. 3.1.2. Los controles posteriores no han progresado. 3.2. Un menor control de la regularidad financiera. 3.2.1. La supresión del control financiero del compromiso del gasto y su sustitución por un control en el que la regularidad es secundaria. 3.2.2. La reforma de la responsabilidad financiera y la desvalorización de la cuestión de la regularidad. 3.3. Perspectivas de desarrollo futuro. 4. Bibliografía.

1. Introducción

En un sistema democrático, la utilización del dinero público debe ajustarse a la autorización presupuestaria concedida por el Parlamento. También está sujeta a “un conjunto de normas jurídicas que, en caso de irregularidades, deben poder dar lugar a sanciones apropiadas” (Seguin, 2005: 253). De manera más general, los fondos públicos deben ser objeto de una buena gestión e incluso de una gestión pública eficiente y eficaz. En este sentido, la institución del control financiero de los fondos públicos es esencial.

En Francia, la base de estos controles se encuentra en primer lugar en normas de valores constitucionales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (de valor constitucional) contiene dos disposiciones que fundamentan los controles de la gestión de las finanzas públicas. El artículo 15 de la DDHC reconoce, en beneficio de “la sociedad”, el “derecho a pedir cuentas a cualquier agente público de su administración”. Esto implica la existencia de controles o inspecciones de tipo administrativo, pero también la instauración de una responsabilidad personal de los gobernantes y de sus agentes. No obstante, la aplicación de estas disposiciones está condicionada: el artículo 15 de la DDHC es “inaplicable sin un complemento constitucional o legislativo” (Richer, 1993: 317). También debe mencionarse el artículo 14 de la Declaración. Eso es conocido por el reconocimiento del principio del consentimiento en materia fiscal, pero su alcance es más amplio e interesa la cuestión del control de la gestión pública. Así, afirma que “los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, a consentirla libremente”, a “determinar su cuota, la base imponible, el cobro y la duración”; pero también afirma el derecho de los ciudadanos a “seguir el empleo” de la contribución pública. De este modo, este texto garantiza al Parlamento la facultad de controlar el empleo por parte del ejecutivo de los impuestos que se hayan concedido.

Otras disposiciones de valor constitucional se encuentran en el texto mismo de la Constitución de 1958. Según su artículo 47-2, creado en 2008, “la Corte de Cuentas asistirá al Parlamento en el control de la acción del Gobierno. Asistirá al Parlamento y al Gobierno en el control de la aplicación de las Leyes de Finanzas y de Financiación de la Seguridad Social, así como en la evaluación de las políticas públicas. A través de sus informes públicos, contribuye a informar al público”.

La necesidad y la importancia de organizar un control de las finanzas públicas quedan así formalmente consagradas en la Ley fundamental. Este requisito se materializa en múltiples y variados controles. En los últimos años, han experimentado profundos cambios.

2. La diversidad de los controles sobre la gestión del patrimonio público en Francia

El control sobre la gestión de los recursos públicos en Francia está a cargo de diferentes órganos. A nivel político, el Parlamento y el Gobierno ejercen controles, con la asistencia de la Corte de Cuentas. Concretamente, a lo largo del año, la Corte asiste al Parlamento en su misión de control de la ejecución del presupuesto, mediante informes. A estos informes periódicos se añaden los trabajos puntuales de la Corte de Cuentas, a petición de las autoridades públicas, es decir, principalmente el Parlamento, pero también el Gobierno. Los órganos jurisdiccionales financieros ejercen también diversos controles de los organismos públicos y privados responsables más o menos directamente de la consecución de objetivos de interés general. La Corte de Cuentas y los tribunales regionales de cuentas garantizan un control no jurisdiccional de la gestión pública y la Corte se encarga de la evaluación de las políticas públicas. La Corte también lleva a cabo un control judicial de la gestión de los recursos públicos mediante la aplicación de la responsabilidad financiera de los administradores públicos. Además existen diversos controles administrativos (control del contable público, control presupuestario y contable, control interno de las Administraciones sobre su propia acción financiera, control del Estado sobre los presupuestos locales). Estas diversas instituciones persiguen varios objetivos. Garantizan el cumplimiento de la autorización presupuestaria y, más generalmente, de la regularidad financiera y del orden público presupuestario. También pueden asegurarse de la buena gestión de los fondos públicos.

Así, la diversidad de los controles instituidos se debe a su naturaleza, jurisdiccional y no jurisdiccional (2.1), y a su alcance (2.2). Se debe también a las garantías que los acompañan (2.3) y a la posición de estos controles frente a las autoridades descentralizadas (2.4).

2.1. Controles jurisdiccionales y controles administrativos

2.1.1. Los controles jurisdiccionales y no jurisdiccionales de la Corte de Cuentas

La Corte de Cuentas (*"Cour des comptes"*) es la entidad de fiscalización superior de la República Francesa. Esta entidad desempeña un papel central en el control de las finanzas públicas, sobre todo desde la reforma presupuestaria de 2001¹, la reforma constitucional de 2008² y la reforma de 2022

1. Cf. Ley Orgánica n.º 2001-692 sobre leyes de finanzas de 1 de agosto de 2001 (LOLF), art. 58. El papel de la Corte de Cuentas en la asistencia al Parlamento incluye la obligación de responder a las solicitudes de asistencia formuladas por el Presidente de la Comisión de finanzas de cada Asamblea, la presentación de un informe adjunto al proyecto de ley sobre los resultados del ejercicio anterior o la certificación de la regularidad, sinceridad y equidad de las cuentas del Estado.

2. Véase art. 47-2, citado anteriormente.

relativa a la responsabilidad financiera de los gestores públicos, que convirtió a la Corte en juez único de los ordenadores y contables públicos³.

La Corte de Cuentas ejerce misiones jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

Su control administrativo es principalmente el “control de la gestión”. En este caso, la Corte formula recomendaciones que no son vinculantes para los departamentos gubernamentales. Cada año, supervisa la aplicación de sus recomendaciones por parte de los departamentos gubernamentales. Esta actividad de control administrativo no puede recurrirse ante el juez.

La Corte de Cuentas ejerce también la función de juez en primera instancia de la responsabilidad financiera, desde el 1 de enero de 2023. Puede imponer sanciones a los gestores que hayan cometido infracciones, pero no puede anular los actos administrativos que dieron lugar a las infracciones. Sus sentencias pueden recurrirse ante la Corte de apelación financiera, otro tribunal administrativo especializado, cuyas sentencias pueden recurrirse en casación ante el *Conseil d'Etat*. El modelo procesal del control de la Corte de Cuentas es típico del proceso penal. Es posible plantear una cuestión de constitucionalidad ante la Corte de Cuentas, alegando que una ley en vigor, aplicable al litigio, vulnera una libertad garantizada por la Constitución. La cuestión puede remitirse al *Conseil d'Etat*, que estudiará si debe remitirse al *Conseil constitutionnel* para que se pronuncie sobre si la Ley vulnera tales derechos.

2.1.2. El control no jurisdiccional de los tribunales regionales de cuentas

Según la Ley, los tribunales regionales de cuentas (*chambres régionales des comptes*) son “jurisdicciones financieras”. Pero, a pesar de su nombre, desde 2023 solo ejercen funciones no judiciales. Se encargan de dos formas de control. Por un lado, es el control de la gestión, similar al control de la Corte de Cuentas a nivel nacional, y por otro lado el control presupuestario local. Este control es ejercido por el tribunal regional de cuentas con el Prefecto (representante del Estado en las regiones). En 1982, la Ley suprimió la facultad del Estado de anular directamente los actos de las autoridades locales y de adoptar decisiones en lugar de estas autoridades (lo que se llamaba “*la tutelle de l'Etat*”). La Ley introdujo una nueva forma de control por el Prefecto: el *control de legalidad*, que es la forma ordinaria de control del Estado sobre las entidades locales. Al mismo

3. Ordenanza n.º 2022-408 de 23 marzo 2022.

tiempo, la Ley de 1982 introdujo una excepción al control de legalidad: el *control presupuestario*, que asocia el tribunal regional de cuentas al Prefecto, y mantiene la posibilidad por el Prefecto de corregir el presupuesto local en los casos más graves (presupuesto aprobado con retraso, presupuesto desequilibrado, etc.). El tribunal local de cuentas emite una opinión sobre el presupuesto, a petición del Prefecto.

2.1.3. Los controles de los órganos administrativos

Algunas otras autoridades administrativas ejercen también un control de las finanzas públicas. Están en principio subordinadas al Ejecutivo. Sin embargo, pueden disponer de garantías estatutarias que aseguran su independencia en el control. El control del contable público y el del controlador presupuestario y contable son las principales formas de control financiero administrativo⁴.

El contable es un funcionario nombrado por el Ministro de Presupuesto. Es responsable de comprobar la regularidad de las operaciones de ingresos y gastos efectuadas por los administradores. Cuando detecta ciertas irregularidades, interrumpe el procedimiento de gasto.

El control presupuestario y contable es ejercido de forma centralizada por el Controlador presupuestario y contable ministerial (*"contrôleur budgétaire et comptable ministériel"* o *"CBCM"*), un alto funcionario bajo la autoridad del Director del presupuesto y del Director General de finanzas públicas en el Ministerio de Hacienda. Hay un *CBCM* en cada ministerio. En las Administraciones del Estado en las regiones, el control presupuestario lo ejerce el Director regional de finanzas públicas. Los principales objetivos de este control son: comprobar que el Estado se compromete financieramente dentro de unos límites y condiciones sostenibles desde el punto de vista presupuestario; alertar a la dirección presupuestaria y a los gestores de créditos de los riesgos que detecta en la ejecución del presupuesto. También ejerce un control de la regularidad de los actos financieros (examina los proyectos de actos financieros en cuanto a la imputación de los gastos, la disponibilidad de los créditos, su compatibilidad con la programación, etc.), pero no controla su legalidad.

4. También pueden mencionarse otros controles, como los realizados por las inspecciones generales (v. not. *Revue française d'administration publique* 2015, 155, *Du contrôle à l'évaluation : l'évolution des fonctions d'inspection*) o el control interno presupuestario de los departamentos gubernamentales sobre sí mismos (v. https://www.budget.gouv.fr/reperes/operateurs_et_organismes_publics/articles/le-controle-interne-budgetaire-dispositif-de).

2.2. El alcance de los controles

2.2.1. Controles no jurisdiccionales y control de la legalidad

Los controles administrativos deben distinguirse de un control de la legalidad.

El control del Contable público se refiere a determinados actos (órdenes de pago y órdenes de ingreso, pero no el compromiso de gastos) y es relativamente limitado y formal comparado con un control de legalidad. Lo que el Contable público es responsable de auditar está precisamente definido en dos artículos del decreto "GBCP" de 7 de noviembre de 2012⁵. Así, por ejemplo, en materia de gastos, debe controlar únicamente: la competencia del ordenador; la exactitud de la imputación de los gastos; la disponibilidad de los créditos; la certificación del servicio prestado; la exactitud de la liquidación; si el pago es liberatorio; la presentación de justificantes; la aplicación de las normas sobre la prescripción y la caducidad. Su control es distinto de un control de legalidad, que puede tratar de todos los aspectos de la legalidad en cuanto a forma y contenido de un acto. Además, el control de la legalidad de los actos no se limita a las normas financieras. En particular, el acto de comprometer gastos se rige por normas presupuestarias y contables, pero también por otras normas (por ejemplo, normas relativas a la adjudicación de contratos; normas relativas a la contratación de personal; normas administrativas que rigen la creación de primas; etc.).

El control de la gestión efectuado por la Corte de Cuentas y los tribunales regionales de cuentas es más amplio. Este control engloba todos los actos de ejecución del presupuesto y, en particular, el compromiso de gastos. La Corte y los tribunales regionales revisan tanto la regularidad presupuestaria como la legalidad administrativa. Es decir, si se ajusta a las normas de derecho y, en particular, si no constituye una falta de probidad. Este tipo de control consiste en fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, en relación con la utilización de los recursos públicos. Puede ser también un control de los resultados de la gestión. Así, como máximo, el "control de la gestión" puede ser un control de las tres "e": eficacia (consecución de objetivos); economía (consecución de los objetivos al menor coste posible); eficiencia (relación entre los resultados obtenidos y los recursos utilizados), pero de ninguna manera puede extenderse a un control de la oportunidad.

5. Decreto n.º 2012-1246 sobre la gestión presupuestaria y contable publica ("décret relatif à la gestion budgétaire et comptable publique": "GBCP").

Respecto a la limitación de este control, por lo que se refiere a la Corte de Cuentas, la Ley no es muy precisa. Dispone solamente que “a través de sus controles, la Corte de Cuentas comprueba la regularidad de los ingresos y gastos descritos en las cuentas y vela por la buena utilización de los créditos, fondos y haberes administrados por los servicios y organismos de su competencia”⁶. En la práctica, la Corte tiene cuidado en señalar que su control no abarca la definición de objetivos por parte de las autoridades públicas. Explica que no juzga las opciones políticas. Puede, como máximo, evaluar las medidas adoptadas a la luz de los objetivos definidos por las autoridades públicas. En sus normas profesionales, la Corte de Cuentas precisa que este control consiste en verificar que la actividad respeta la Ley, y verificar la conformidad de la actividad con los principios de eficacia, eficiencia y economía⁷.

En lo que concierne a los tribunales regionales, la Ley precisa que cada tribunal “verifica [...] la regularidad de los ingresos y gastos descritos en las cuentas de los organismos bajo su jurisdicción. Velará por la regularidad de la utilización de los créditos, de los fondos y del patrimonio. El examen de la gestión se refiere a la regularidad de los actos de gestión, a la economía de los medios aplicados y a la evaluación de los resultados obtenidos en relación con los objetivos fijados por la asamblea deliberante o por el órgano deliberante”⁸. Los textos estipulan que el control no debe extenderse a un control de oportunidad. Así, “la adecuación [opportunité] de estos objetivos no puede ser objeto de observaciones”⁹.

2.2.2. El control mediante la responsabilidad financiera, mecanismo sancionador únicamente

En Francia, la responsabilidad por la indebida administración del patrimonio público se aplica esencialmente ante la jurisdicción financiera y la jurisdicción penal. Respecto a la jurisdicción financiera, esta forma de responsabilidad (“responsabilidad financiera de los gestores públicos: ‘RFGP’”) se introdujo en 2023. Se trata de un tipo de responsabilidad sancionadora ante la Corte de Cuentas.

Los procedimientos de naturaleza resarcitoria son escasos. Primero, la antigua “responsabilidad personal y pecuniaria” de los contables públicos ante el juez financiero fue suprimida a finales de diciembre de 2022. Ya a

6. Código de las jurisdicciones financieras (CJF), artículo L. 211-2.

7. *Cour des comptes — Recueil des normes professionnelles de la Cour et des chambres régionales et territoriales des comptes*, 2019, p. 1.

8. CJF, artículo L. 211-3.

9. *Idem*.

partir de 2011, el carácter resarcitorio de este mecanismo fue parcialmente reducido (Kerneis-Cardinet, 2015: 67; Girardi, 2017: 89). Existía también una responsabilidad resarcitoria de los contables públicos *de facto* ante el juez financiero. Podía afectar a todo tipo de gestores, incluidos los ministros. Podía dar lugar a una condena civil, posiblemente acompañada de una multa (Magnet, 2002). Desde 2023, ante la Corte de Cuentas, existe únicamente una responsabilidad financiera represiva de todos los gestores públicos.

En segundo lugar, existe todavía un mecanismo de responsabilidad resarcitoria, pero no se aplica en la práctica. Se trata de la responsabilidad de los gestores públicos ante la jurisdicción administrativa. En este marco, la acción “civil” de la Administración contra sus agentes ante la jurisdicción administrativa existe en derecho, desde la sentencia *Laruelle* de 1951 del *Conseil d'Etat*¹⁰: es posible reclamar a un funcionario una indemnización por los perjuicios causados al Estado por su mala conducta, ante los tribunales administrativos. Pero en la práctica, esta posibilidad no se utiliza. Esta situación se explica, por un lado, por una concepción de la Administración heredada de Bonaparte (Desmons, 2000: 61): no se cuestiona al personal mientras haya obedecido al superior, ya sea por faltas cometidas en la gestión de la hacienda pública o, más en general, en la actuación administrativa. Este tipo de responsabilidad supone la acción del superior jerárquico, que es precisamente lo que falta. Por otro lado, la inaplicación de este tipo de responsabilidad se explica por un miedo constante a paralizar la acción de los administradores, y así, del Gobierno.

En resumen, con la supresión de la responsabilidad personal y pecuniaria de los contables públicos en Francia no existe una responsabilidad financiera resarcitoria por daños al patrimonio público desde 2023. Por lo tanto, la responsabilidad por la indebida gestión es en Francia esencialmente de carácter sancionador.

La nueva responsabilidad financiera ante la Corte de Cuentas puede dar lugar a multas, pero no a la inhabilitación para ejercer el cargo. La ordenanza por la que se crea el nuevo régimen de responsabilidad se promulgó bajo la autoridad del legislador¹¹. El proyecto que dio origen a la Ley habilitante deseaba que la ordenanza previera, “además de las sanciones pecuniarias ya existentes en la legislación vigente, la posibilidad de imponer sanciones adicionales que impliquen la prohibición temporal de ejercer determinadas

10. *Conseil d'Etat*, Ass., 28 juillet 1951, rec. p. 464.

11. Ordenanza n.º 2022-408 de 23 marzo 2022, citada anteriormente. La ordenanza se promulgó sobre la base de una autorización legislativa concedida por la Ley de finanzas para 2022 (Ley n.º 2021-1900 de 30 diciembre 2021, art. 168), en virtud del art. 38 de la Constitución.

funciones financieras operativas”¹². Sin embargo, esta petición no fue tenida en cuenta. No se refleja en la ordenanza de 23 de marzo de 2022. La Corte de Cuentas no puede suspender a un agente de sus funciones.

No obstante, cuando los hechos de que se trate presenten cierta gravedad, la Administración puede –sin perjuicio del procedimiento ante el juez de finanzas– adoptar medidas de suspensión de funciones, disciplinarias y no disciplinarias. Cuando las infracciones son de carácter penal, el procedimiento penal puede, en algunos casos, llevar a la inhabilitación para ejercer cargos públicos. Es decir, que el tribunal penal puede imponer penas adicionales, como la inhabilitación¹³.

2.3. Las garantías de los controles de las jurisdicciones financieras

2.3.1. Las garantías de independencia e imparcialidad de los miembros del órgano

En primer lugar, hay que señalar que la Corte de Cuentas es un órgano colegiado. Los magistrados de la Corte son jueces o miembros de la Fiscalía (“ministère public”). Además del Primer presidente, tienen la condición de “conseillers-maîtres”, “référendaires” o “auditeurs”. El Primer presidente y los consejeros superiores son nombrados por decreto del Presidente de la República en el Consejo de Ministros (CJF, art. L. 121-1). Los demás magistrados son nombrados por decreto del Presidente de la República (CJF, art. L. 121-2).

La Corte de Cuentas es un tribunal administrativo especializado. Como tal, su independencia está garantizada constitucionalmente. Según el Consejo constitucional, el principio de independencia de la jurisdicción administrativa¹⁴ se aplica a la Corte de Cuentas¹⁵. Así, la Constitución garantiza su independencia de los poderes legislativo y ejecutivo. Esta independencia se refiere tanto a sus misiones jurisdiccionales como

12. Proyecto de Ley de Finanzas para 2022, art. 41.

13. Cf. Código Penal, art. 131-27. Las actividades de los administradores pueden dar lugar a delitos financieros, competencia de la Corte de Cuentas (art. L 131-9 y siguientes del CJF), y a delitos penales “contra la Administración pública cometidos por personas que ejercen una función pública”, previstos en los arts. 432-1 a 432 del Código Penal.

14. “Principio fundamental reconocido por las leyes de la República”, es decir, norma de valor constitucional (v. decisión n.º 80-119 de 22 de julio de 1980, *Loi portant validation d’actes administratifs*).

15. V. decisión n.º 2001-448 DC, 25 de julio de 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, § 106.

administrativas/no jurisdiccionales. La Corte de Cuentas también está sujeta a la obligación de imparcialidad, como consecuencia de otras exigencias constitucionales. El Consejo constitucional asocia la exigencia de imparcialidad de los tribunales —como la exigencia general de su independencia— a la “garantía de los derechos” proclamada por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de valor constitucional (véase Fraisse, 2014: 9).

En lo que concierne a los miembros de la Corte de Cuentas, la Ley precisa que “son magistrados por ley. Son inamovibles”¹⁶. Esta garantía estatutaria protege la independencia individual de los magistrados. Su condición de magistrados también les obliga a ser personalmente imparciales (imparcialidad subjetiva), paralelamente a la obligación de imparcialidad objetiva impuesta a la Corte de Cuentas como tribunal.

En cuanto a los tribunales regionales de cuentas, desde 2023, son “jurisdicciones financieras” sin funciones judiciales. Por tanto, no se ven afectados por las garantías constitucionales y no están sujetos a las mismas obligaciones que la Corte de Cuentas. Sin embargo, la Ley les ofrece ciertas garantías. Así, la independencia individual de los miembros de los tribunales regionales está garantizada por el artículo L. 220-1 del CJF: “Los miembros de los tribunales regionales de cuentas constituyen un cuerpo de magistrados. Son inamovibles. En consecuencia, ningún magistrado de los tribunales regionales de cuentas puede ser destinado a un nuevo puesto sin su consentimiento, ni siquiera para un ascenso”. Se puede considerar que la condición de magistrado implica una obligación *deontológica* de imparcialidad. No está previsto por la Ley, pero se puede derivar de las obligaciones profesionales de un magistrado en sus principales funciones, aunque sean funciones no judiciales.

La independencia del propio tribunal regional de cuentas se refleja en su poder de planificar libremente su trabajo, sus inspecciones e investigaciones. El programa de trabajo de cada tribunal financiero lo decide cada año su presidente, después de consultar al ministerio público¹⁷. Se basa en prioridades estratégicas libremente determinadas por el tribunal, en función de los riesgos que ha identificado: regularidad, rendimiento de la gestión pública, eficacia de las políticas públicas. Los tribunales regionales de cuentas adoptan libremente sus observaciones y sus recomendaciones.

16. CJF, artículo L.120-1.

17. CJF, artículo R. 212-4.

2.3.2. Las garantías de los sujetos pasivos del control

Se aplican al procedimiento ante la Corte de Cuentas las garantías del “*due process of law*” previstas por el artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Debido a la reciente creación del nuevo régimen de responsabilidad pecuniaria, la cuestión de si el procedimiento ante la Corte se inscribe en el “aspecto penal” o en el “aspecto civil” del artículo 6 § 1 no ha sido resuelta, ni por los tribunales franceses ni por la Corte de Estrasburgo. Dado el carácter represivo del procedimiento, se puede afirmar que se inscribe *al menos* en el “aspecto” penal. Varias garantías, idénticas en sustancia, resultan también de normas de valor constitucional o de principios generales del derecho de rango quasi legislativo.

Desde 2023, la Corte de Cuentas es un tribunal de primera instancia. Sus resoluciones pueden ser impugnadas en apelación ante la Corte de Apelación Financiera, creada en el verano de 2023. El *Conseil d'Etat*, juez supremo de la jurisdicción administrativa, es la última instancia de recurso contra las sentencias de la Corte de Apelación Financiera, en casación.

En la medida en que los tribunales regionales de cuentas ya no tienen actividad jurisdiccional desde 2023, la aplicación de las normas del juicio justo no es evidente. Según la jurisprudencia constitucional, este tipo de garantías se aplican a las autoridades administrativas, pero únicamente a las que la Ley confiere un poder sancionador¹⁸. La misma lógica concierne a los requisitos del “*due process of law*” establecidos en el artículo 6 § 1 del CEDH. Pero los tribunales regionales de cuentas no tienen capacidad para sancionar. Entonces, estas normas no se aplican a su actividad.

2.4. Las perspectivas de los controles en relación con los Gobiernos locales

El control de las finanzas de las autoridades locales es esencialmente administrativo. Es cierto que la Ley prevé un control judicial de los gestores locales por parte de la Corte de Cuentas, pero este es muy restringido. Según la Ley, en principio, la Corte no tiene competencia sobre los responsables políticos locales (alcaldes de municipios, presidentes de consejos departamentales, presidentes de consejos regionales, etc.). Esta incompetencia no es absoluta, pero las excepciones previstas en los textos son muy limitadas. El artículo L. 131-14 del Código de las jurisdicciones financieras (CJF) solo permite a la Corte juzgar a los ejecutivos locales en dos casos. El primero se refiere a la comisión de una de

18. Véase Consejo constitucional, dec. n.º 2012-280 QPC, de 12 de octubre de 2012.

las infracciones relacionadas con la no ejecución de una sentencia judicial. El segundo se refiere al caso en que se haya cometido el delito de favoritismo definido en el artículo L. 131-12, en relación con la requisición del contable público por el ordenador.

Antes de la reforma de 2022-2023, existía una responsabilidad ante la Corte de Disciplina Presupuestaria y Financiera (*Cour de discipline budgétaire financière: CDBF*) instituida por la Ley de 25 de septiembre de 1948 (Pierucci, 2023: 88). Pero esta Corte no tenía tampoco jurisdicción sobre los responsables políticos locales, salvo en algunos casos que son los mismos que actualmente. Estas excepciones a la incompetencia del juez financiero habían dado lugar cada una a una sola sentencia. El Gobierno no tenía intención de reabrir el debate sobre la responsabilidad financiera de los actores políticos. Por eso, la reforma mantuvo únicamente algunas excepciones estrechamente ligadas a la incompetencia del juez financiero.

En el nuevo régimen de responsabilidad, quizás estas hipótesis se apliquen con más vigor, ya que se incita a los tribunales regionales de cuentas a remitir los asuntos a la Corte de Cuentas. La presencia de magistrados de los tribunales regionales de cuentas en la composición de la sección de la Corte —nacional— de Cuentas encargada de juzgar a los gestores públicos (L. 131-21 CJF) demuestra que debe prestarse especial atención a la gestión local en la aplicación de la responsabilidad de los gestores públicos. Sin embargo, como hemos visto, las posibilidades de presentar cargos siguen siendo limitadas.

Esta casi imposibilidad de perseguir a los dirigentes políticos locales se extiende al personal administrativo de los entes locales. De hecho, una orden escrita recibida previamente de un ordenador político (que en principio no rinde cuentas) significa que el funcionario que se basa en ella no se expone a ninguna sanción¹⁹. En “la mayoría de los entes locales, los funcionarios carecen de poderes propios o sólo actúan por decisión expresa de un representante electo, por lo que normalmente pueden basarse en una orden escrita previa” (Groper, 2009: 117). Por eso, de 1948 hasta 2022, muy pocas sentencias de la CDBF han implicado a funcionarios de los entes locales. Las mismas realidades deberían producir los mismos efectos ante la Corte de Cuentas, que ha sucedido a la CDBF como juez de los administradores desde 2023²⁰. Por lo tanto, la mayoría de las faltas cometidas en la gestión local deberían escapar a cualquier sanción.

19. CJF, artículo L. 131-6.

20. Además, desde 2023, existe un nuevo motivo de *no responsabilidad*, específico de la gestión local: se trata del caso en que el autor de un delito haya actuado sobre la base de una deliberación previa de un órgano deliberativo de una entidad local o de un grupo de entidades

Por lo que respecta a los controles *no judiciales* de las finanzas locales, cabe mencionar varios de los controles descritos anteriormente. Los tribunales regionales de cuentas realizan un control de la gestión y un control presupuestario (con el prefecto, agente del Estado). Otros controles administrativos son los del contable público y el controlador presupuestario y contable, también agentes del Estado, que se aplican dentro del Estado y también con respecto a las autoridades locales; desde este segundo punto de vista, se perciben generalmente como un control del Estado sobre el poder financiero local.

3. Los cambios y el futuro del sistema de control sobre la gestión del patrimonio público en Francia

El control de las finanzas públicas en Francia ha conocido grandes cambios, desde principios de los años 2000, como consecuencia de una importante reforma de las finanzas públicas destinada a introducir en la gestión pública una lógica basada en los resultados. Esta reforma del derecho presupuestario del Estado es el resultado de la Ley Orgánica sobre leyes de finanzas del 1 de agosto de 2001 (LOLF). Su mayor objetivo es promover en el Estado nuevas técnicas de gestión inspiradas por el *New public management* (Bezes, 2009). Esta reforma ha dado lugar a una importante reorganización de los controles, que se ha traducido en una reducción cuestionable de los controles sobre la gestión y los gestores públicos (3.1). Esta reorganización estuvo acompañada de un menor control de la regularidad financiera (3.2).

3.1. Una reducción cuestionable de los controles financieros sobre la gestión pública

Según la lógica de la LOLF, la introducción de un presupuesto organizado con programas —es decir, orientado a los resultados y basado en políticas públicas— justificaba una reducción de los controles previos. La lógica era la siguiente: cuando aprueba el presupuesto, el Parlamento concede al Gobierno autorizaciones de gasto que son más globales o generales que anteriores. Esta evolución ofrece al Gobierno y a la Administración un margen de discreción más amplio en la ejecución del presupuesto. A cambio de estas nuevas libertades, el Gobierno se compromete a alcanzar objetivos precisos para cada política pública, utilizando los recursos presupuestarios que le asigne el Parlamento. Para que los gestores públicos puedan alcanzar sus

locales, “siempre que este órgano [...] haya sido informado del caso y que esta deliberación tenga un vínculo directo con él” (CJF, artículo L 131-5).

objetivos sin verse frenados por complicaciones formales, también debían reducirse o suprimirse otros controles previos al del Parlamento: los diversos controles realizados por vía administrativa.

En principio, esta evolución debía compensarse con un refuerzo de los mecanismos de control posteriores. Según esta lógica, los gestores —ministros y administradores— deberían teóricamente rendir cuentas de su gestión al final del periodo presupuestario, es decir, presentar sus resultados y deficiencias y asumir las consecuencias. Por lo tanto, es necesario que se establezcan mecanismos de control posteriores para verificar los resultados.

En realidad, este equilibrio no se ha logrado, y globalmente asistimos a un debilitamiento de los controles sobre la gestión de las finanzas públicas. De hecho, los controles previos se han reducido, pero los controles *a posteriori* no han progresado, porque no se aplican en la práctica o son controles que imponen pocas o ninguna obligación a los gestores públicos. En cuanto al control posterior a través de la responsabilidad financiera de los gestores ante la Corte de Cuentas, no compensa este desequilibrio. Su reforma en 2022 no ha provocado un refuerzo de esta forma de control. Así, aunque la LOLF ha conducido efectivamente a una reducción de los controles *a priori* (1), no se ha logrado el esperado aumento de los controles *a posteriori* (2). Esto constituye un problema, ya que los gestores disponen de un mayor margen de discrecionalidad en su gestión, pero su actividad y sus resultados están poco controlados *a posteriori*.

3.1.1. Los controles previos se han reducido

Como ya hemos visto, el control *previo* ejercido por el Parlamento está en declive. El Parlamento concede al Gobierno autorizaciones de gasto que son más globales que antes. Esto corresponde a una disminución de la “especialización de los créditos”, lo que representa una disminución del control previo ejercido por el Parlamento mediante autorizaciones de gasto bastante precisas.

Los controles administrativos previos también han disminuido. El control del contable público ha evolucionado hacia formas más ligeras²¹. Deja de ser un control sistemático de la regularidad, sigue siendo un control previo solo para determinados gastos: esencialmente los que tienen un interés

21. El art. 42 del decreto de 7 de noviembre de 2012 sobre la gestión presupuestaria y contable pública (“GBCP”) permite dos formas de control reducido de los gastos: el control “hiérarchique” y el control “partenarial”.

financiero importante. Se limita a determinados aspectos de la regularidad y no a todos los aspectos previstos por los artículos 19 y 20 del decreto de 2012. Las demás decisiones y los otros aspectos de la regularidad solo se controlan después de su ejecución, es decir, en el momento en que han producido sus efectos.

Además, el control financiero creado en 1922 ha sido suprimido en 2004. Era un control previo de los compromisos de gastos, que podía interrumpir el procedimiento de ejecución de los gastos en aplicación del presupuesto. Fue reemplazado por el control presupuestario y contable, que consiste esencialmente en el seguimiento y el consejo a los ministros y a los administradores del Estado, en las Administraciones centrales y descentralizadas²². Solo en casos excepcionales este control puede dar lugar a una decisión negativa del controlador bloqueando el procedimiento de gasto. Esta hipótesis se reserva a las decisiones con implicaciones financieras importantes, de acuerdo con una decisión del Ministro de Presupuesto.

3.1.2. Los controles posteriores no han progresado

El primer control posterior que debía progresar era el control parlamentario. Era muy escaso antes de 2001, debido al equilibrio institucional de la V República. La LOLF no ha modificado la situación. El retroceso del control previo del Parlamento organizado por la LOLF²³ estuvo acompañado por una voluntad de valorizar su control posterior a través de la Ley que se aprueba después de la ejecución del presupuesto del Estado²⁴. Pero en la práctica, y a pesar de ciertas mejoras de procedimiento introducidas por la LOLF, este control parlamentario *a posteriori* no es real, debido a la falta de una inversión política más sostenida. Por otra parte, se esperaba que la LOLF introdujera una “gestión presupuestaria basada en el rendimiento”, es decir, la correlación entre los resultados obtenidos en un año (medidos por indicadores de rendimiento) y el nivel de las dotaciones presupuestarias para el año siguiente. Sin embargo, la relación entre la lógica de los resultados y la dirección presupuestaria no se ha establecido realmente, a pesar de que se suponía que estaba en el centro de la dinámica de la LOLF. La asignación de créditos a una política determinada ha seguido siendo en gran medida independiente de los resultados obtenidos, y el papel del Parlamento en este aspecto ha seguido siendo teórico. Algunos proyectos pretenden restable-

22. Este control lo realizan agentes colocados bajo la autoridad de la Dirección del Presupuesto y/o de la Dirección de Finanzas Públicas del Ministerio de Finanzas.

23. Es decir, la reducción del carácter especial de los créditos.

24. Ley relativa a los resultados de la gestión y a la aprobación de las cuentas del ejercicio –antigua “*loi de règlement*”–.

cer el equilibrio, pero su alcance es aún modesto. Es el caso de la Ley Orgánica de modernización de la gestión financiera pública, de 28 de diciembre de 2021, que cambió el nombre de la Ley de liquidación (*loi de règlement*)²⁵ “con el objetivo de aumentar la visibilidad del trabajo de evaluación [del Parlamento] durante el examen de esta Ley”.

En cuanto al control del contable público, se ha pasado a un control que se ejerce generalmente *ex post*. Pero parece difícil hablar de un refuerzo de los controles posteriores. No tiene un impacto real en la gestión, porque se lleva a cabo después de que las operaciones financieras hayan producido sus efectos. Por tanto, tiene un carácter más formal que el control previo. Lo mismo ocurre con el control presupuestario y contable, que sustituyó al control financiero creado en 1922. En este nuevo contexto, la gran mayoría de los actos no están sujetos a una aprobación bloqueante y previa por parte del controlador. Su control es generalmente una simple opinión previa o posterior, y, en este caso, es formal en el sentido de que se produce después de que los actos hayan producido sus efectos.

En cuanto al control mediante el sistema de responsabilidad ante el juez financiero, no representa un avance significativo en el control *a posteriori* de las finanzas públicas. Por lo tanto, no compensa la disminución de los controles previos. En primer lugar, los recursos atribuidos a la responsabilidad financiera disminuyen. El nuevo régimen de responsabilidad reemplaza dos antiguos regímenes de responsabilidad: la responsabilidad de los contables públicos ante la Corte de Cuentas y los tribunales regionales de cuentas, y la responsabilidad de los ordenadores ante la CDBF. La aplicación de esta nueva forma de responsabilidad se confía exclusivamente a la División de lo Contencioso de la Corte de Cuentas. Si este órgano dispone de más medios materiales y humanos que la antigua CDBF, juez de los ordenadores hasta 2022, el mismo tiene muchos menos medios que la Corte de Cuentas y los tribunales regionales de cuentas, juez de los contables públicos hasta 2022. Por eso, el Gobierno prevé que, con el nuevo sistema, se dicten menos sentencias que antes²⁶.

En segundo lugar, el nuevo régimen de responsabilidad se centra casi exclusivamente en sancionar las infracciones más graves. Esto reduce el alcance de la responsabilidad financiera de los gestores públicos en compa-

25. El nuevo nombre es: “Ley relativa a los resultados de la gestión y a la aprobación de las cuentas del ejercicio” (cf. *supra*).

26. Véase la evaluación preliminar del proyecto de ley de finanzas para 2022, art. 41, pp. 221-229 (<https://www.budget.gouv.fr/documentation/documents-budgetaires/exercice-2022/le-projet-de-loi-de-finances-et-les-documents-annexes-pour-2022>).

ración con el alcance de las dos formas anteriores de responsabilidad. Además, los textos prevén sanciones más limitadas que las que se aplicaban antes de 2023 a los ordenadores y a los contables.

3.2. Un menor control de la regularidad financiera

La gran reforma de 2001 (LOLF) llevó a una devaluación del control del respeto de la legalidad, que anteriormente era central en las finanzas públicas de Francia. Este cambio puede explicarse. La nueva gestión pública se caracteriza sobre todo por la búsqueda del resultado; en este contexto, la regularidad de las operaciones financieras parece más secundaria. En efecto, el respeto de las reglas de derecho no se considera como un factor de rendimiento. En otras palabras, el respeto de las reglas no se percibe como la condición *sine qua non* de realización de los objetivos predefinidos de cada política pública. Así, la promoción de los métodos de gestión “manageriales” va acompañada de la devaluación de la regularidad. En esta perspectiva, los mecanismos de control fueron reformados más o menos rápidamente, siendo la reforma más reciente la de 2022, y actualmente se centran menos en las cuestiones de regularidad.

3.2.1. La supresión del control financiero del compromiso del gasto y su sustitución por un control en el que la regularidad es secundaria

En el contexto del “control presupuestario y contable”, que reemplazó al control financiero, la regularidad de las operaciones se ha convertido en una cuestión entre otras. Este tipo de control se centra más en la sostenibilidad, los riesgos presupuestarios y la redistribución de los créditos para alcanzar objetivos (rendimiento). Esto va de la mano del hecho de que, en este contexto, el control de regularidad “bloqueante” es excepcional (*cf. supra A.1*): la mayoría de las operaciones de gasto se comprueban *a posteriori* o mediante un dictamen no bloqueante.

3.2.2. La reforma de la responsabilidad financiera y la desvalorización de la cuestión de la regularidad

En un contexto jurídico marcado por el aumento de la libertad de acción de los gestores, es esencial establecer mecanismos que les obliguen a rendir cuentas de sus actos. En este sentido, existen diferentes perspectivas. Puede ser, en primer lugar, el refuerzo de la responsabilidad personal de los gestores públicos ante los tribunales financieros, en caso de incumplimiento de las normas jurídicas. Esto refleja la idea de que, en un sistema democrático,

los administradores están sujetos a las normas jurídicas y “la libertad no pude de ir sin responsabilidad” (Cisserot y Logerot, 2003: 1185). Según otro enfoque, en el contexto de la gestión basada en los resultados, una responsabilidad centrada en la sanción de las irregularidades estaría obsoleta. Sería más conveniente desarrollar la “responsabilidad managerial”, es decir, mecanismos de gestión del personal como un sistema de primas por buena gestión, y, en caso de fracaso, ausencia de prima o una sanción profesional como un tiempo de permanencia más importante en un nivel antes de ascender al siguiente. Aunque este sistema se ha propuesto muchas veces (Barilari 2005: 696; Bassères y Pacaud, 2020: 60)²⁷, sigue siendo prácticamente inexistente.

La reciente reforma de la responsabilidad financiera de los gestores públicos no opta por uno solo de estos dos modelos, pero sí muestra una disminución real de la atención prestada a la regularidad financiera.

Antes de 2022, existían dos sistemas distintos de responsabilidad financiera de los gestores públicos. Los dos se centraban en la cuestión de la regularidad. Ante la Corte de Cuentas y los tribunales regionales de cuentas, un contable público era responsable “cuando [...] los ingresos no hayan sido recaudados o los gastos hayan sido pagados *irregularmente*”²⁸. La Corte no tenía prácticamente en cuenta ninguna circunstancia que pudiera explicar las irregularidades. La responsabilidad de los administradores ante la CDBF permitió sancionar a los responsables de irregularidades simples o graves, causasen o no perjuicios a un organismo público. Así, estos mecanismos velaban por la regularidad de las operaciones financieras, aunque no eran totalmente eficientes²⁹.

El nuevo sistema, en aplicación desde el 1 de enero de 2023, tiene un enfoque diferente. Pretende “conciliar la regularidad de la gestión pública con incentivos para que los gestores asuman riesgos”³⁰. Así, en la base del nuevo sistema de responsabilidad está la idea de que la acción pública “necesita gestores que tengan el coraje de tomar decisiones, sin temor a que se les exijan responsabilidades — por vía judicial” (Bassères y Pacaud, 2020: 14). Esta va de la mano de la idea de que, cuando se trata de la calidad de la gestión pública, no todo puede esperarse de la amenaza de una sanción por

27. Véase también la intervención de Rémy Bouchez en el coloquio organizado en 2019 por la Corte de Cuentas y el Consejo del Estado.

28. Ley n.º 63-156 de 23 febrero 1963 de Finanzas, art. 60 (suprimido).

29. La mayoría de las condenas de los contables públicos podían ser anuladas por el Ministerio del Presupuesto (*remise gracieuse*). En cuanto a la CDBF, emitía muy pocas sentencias: menos de diez al año por término medio.

30. Bruno Lasserre, “Discours de clôture” (coloquio de la Corte de cuentas y del Consejo del Estado, 2019).

parte de un tribunal especializado; debería darse más importancia a otros mecanismos y, en particular, a los instrumentos de gestión de personal de tipo “managerial”.

Por tanto, el nuevo sistema de responsabilidad financiera introducido en 2022 está menos atento a las irregularidades. La ordenanza de 23 de enero de 2022 estableció un sistema de infracciones financieras que sanciona ante todo las faltas graves que hayan causado un perjuicio financiero importante a una organización pública³¹. Por lo tanto, el juez financiero tiene menos posibilidades de acusar al contable público³². Además, cada año habrá muchas menos sentencias contra un contable público que antes de 2023, ya que la Corte de Cuentas es ahora el único tribunal financiero y debe juzgar no solo a los contables públicos, sino también a los administradores. En lo que respecta a los administradores, el nuevo sistema supone un claro retroceso con respecto al anterior sistema de responsabilidad ante la CDBF. La Corte de Cuentas tiene más recursos, pero juzga las infracciones más graves y solo puede imponer multas más bajas que la CDBF. Así, por un lado, ahora habrá más sentencias contra los ordenadores cada año. Pero esto se ve compensado por el hecho de que la responsabilidad de los administradores se centra ahora solo en los actos más graves e ignora muchas faltas financieras. El nuevo régimen de responsabilidad no reproduce las infracciones “generales” que la CDBF podía juzgar hasta 2022³³. Cabe señalar que la gravedad del delito, al igual que la gravedad del daño, no está definida por la Ley, y su identificación se deja a la discreción del juez. Por el momento, todavía no hay suficientes decisiones para identificar un corpus preciso de jurisprudencia sobre este tema.

En resumen, las principales tendencias son las siguientes. Primero, una reducción del nivel global de los controles, con una reducción de los controles previos y una nueva orientación de los controles hacia únicamente las operaciones de alto riesgo³⁴. Segundo, la cuestión de la regularidad se

31. La Ley de Finanzas para 2022 definía así una de las principales orientaciones que debían darse al régimen de responsabilidad que facultaba al Gobierno a establecer por ordenanza. Las infracciones previstas en la ordenanza e incluidas en el CJF siguen esencialmente esta pauta (v. not. art. L. 131-9).

32. Es cierto que algunas de las infracciones no exigen culpa o perjuicio grave, como la infracción de irregularidad en la rendición de cuentas (L 131-13 CJF). Pero para este delito, la multa es muy limitada: no puede superar un mes de remuneración y, por lo tanto, no representa una amenaza mayor para el contable.

33. Así, el artículo L 313-4 del CJF sancionaba de manera general cualquier incumplimiento de las normas relativas a la ejecución de los ingresos o gastos o a la gestión del patrimonio de los organismos del sector público. El nuevo artículo L 131-9 prevé el castigo de las irregularidades, pero, como hemos visto, solo si son graves y han causado un perjuicio financiero importante.

34. Esta evolución se refiere a los controles administrativos previos y a los controles jurisdiccionales *a posteriori*.

ha reducido en los controles administrativos (control presupuestario y contable, control previo del contable público), que se limitan a determinados aspectos del cumplimiento de las normas jurídicas. Por último, el control jurisdiccional se centra solo en las ilegalidades más graves.

Estos cambios están justificados teóricamente por el refuerzo de los controles *ex post* en coherencia con el desarrollo de un sistema de gestión pública basado en los resultados, la eficacia de la acción pública, que no puede frenarse ante todas las irregularidades. Los controles deben centrarse en las operaciones de alto riesgo, pero también recompensar la asunción de riesgos. Sin embargo, se puede considerar que el debilitamiento de los controles implica riesgos para las finanzas públicas y que los gestores se benefician de nuevas libertades de gestión, sin tener que rendir cuentas efectivamente de su uso, ni colectivamente (el Gobierno ante el Parlamento) ni individualmente (los gestores ante el juez financiero). En teoría, estos cambios deberían verse compensados en parte por la aplicación de procesos de control interno por parte de la propia Administración, y por la hipotética implantación de nuevos controles manageriales.

3.3. Perspectivas de desarrollo futuro

Dado que el nuevo mecanismo de rendición de cuentas es reciente, es un poco pronto para abrir nuevas perspectivas. No obstante, una cuestión para el futuro próximo es el posible fracaso del nuevo sistema de responsabilidad financiera de los gestores públicos. Si este mecanismo no se traduce en un número suficiente de sentencias, y de sentencias que sean suficientemente seguidas por todos los gestores públicos (en definitiva, si no tiene un impacto en el comportamiento de estos gestores), existe el riesgo de que sea suprimido. Esto debilitaría a la Corte de Cuentas. Se convertiría, como los tribunales regionales de cuentas, en una “jurisdicción financiera” sin funciones jurisdiccionales. Perdería entonces las garantías inherentes a su condición de tribunal, y particularmente las garantías constitucionales de independencia. Además, se transformaría en un órgano de control de auditoría, pero un órgano que no tendría la “magistratura de influencia” que tiene ahora la Corte de Cuentas principalmente de su condición de jurisdicción. En cuanto al control de la gestión por la Corte de Cuentas y por los tribunales regionales de cuentas, se vería debilitado por el hecho de que ya no podría ser seguido de un procedimiento jurisdiccional de responsabilidad de los gestores públicos ante la Corte de Cuentas. Aparte del Parlamento, los controles ejercidos sobre las finanzas públicas serían entonces esencialmente administrativos, sin garantías de independencia e imparcialidad. Por tanto, pare-

ce deseable en más de un sentido que el nuevo sistema de responsabilidad financiera sea un éxito.

4. Bibliografía

- Barilari, A. (2005). Réforme de la gestion publique et responsabilité des acteurs. *Actualité juridique du droit administratif* (AJDA), 696.
- Bassères, J. y Pacaud, M. (2020). *Responsabilisation des gestionnaires publics* (informe). París: La Documentation française.
- Bezes, P. (2009). *Réinventer l'État. Les réformes de l'Administration française 1962-2008*. París: Presses Universitaires de France (PUF).
- Cour des comptes y Conseil d'État. (2019). *Colloque sur la responsabilité des gestionnaires publics* (18 octobre 2019). Disponible en <https://www.ccomptes.fr/fr/communiques-presse/colloque-sur-la-responsabilite-des-gestionnaires-publics>.
- Desmoms, E. (2000). L'extension du domaine de la responsabilité pénale des représentants de l'autorité publique. *Justices*, 2, 49-69.
- Fraisse, R. (2014). L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 44.
- Girardi, J.-L. (2017). Les incertitudes nées de l'application de la réforme du régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics. *Gestion & Finances Publiques*, 2, 89-96.
- Gisserot, H. y Logerot, F. (2003). La Cour des comptes, d'hier à demain. *Actualité juridique du droit administratif* (AJDA), 2003, 1185.
- Groper, N. (2009). *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*. París: Dalloz.
- Kernéis-Cardinet, M. (2015). La nature juridique du régime de responsabilité du comptable public. *Gestion & Finances Publiques*, 5-6, 67.
- Magnet, J. (2002). *Les gestions de fait*. París: LGDJ (Systèmes).
- Pierucci, C. (2023). Faire vivre une responsabilité financière des ordonnateurs : la Cour de discipline budgétaire et financière (1948-2022). En C. Hirsch (coord.). *1822-2022 : Le temps des responsabilités financières*. París: La Documentation française.
- Richer, L. (1993). Article 15. En G. Conac et al. (coords.). *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (pp. 317-330). París: Economica.
- Seguin, P. (2005). Finances publiques et responsabilité. Discours de clôture. *Revue française de finances publiques*, 92, 253.

INFORME NACIONAL DE ITALIA

El control económico-financiero de los recursos públicos en un Estado autonómico: el caso de Italia

Claudia Tubertini

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Alma Mater Studiorum Università di Bologna*

SUMARIO. 1. Los orígenes del Tribunal de Cuentas italiano: marco constitucional y su ubicación dentro del poder público. 2. La evolución de las formas de control del Tribunal de Cuentas: de la legitimidad a la eficiencia, a la legalidad financiera. 3. La evolución de los controles sobre las autonomías territoriales: presupuestos y justificaciones en la afectación de la autonomía. 4. La evolución de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad. 5. Observaciones finales. 6. Bibliografía.

1. Los orígenes del Tribunal de Cuentas italiano: marco constitucional y su ubicación dentro del poder público

El Tribunal de Cuentas (*Corte dei Conti*) representa una de las primeras instituciones del Estado italiano y el primer poder judicial con competencia extendida a todo el territorio nacional. De hecho, fue establecido con la Ley 800 de 1862, según el modelo de la *Cour des Comptes* francesa, instituida por Napoleón Bonaparte en 1807, tomando de ella algunos rasgos fundamentales que ha mantenido a lo largo de su historia: ser una autoridad que garantiza la legalidad financiera, con distintas secciones encargadas de controlar (*Sezioni di controllo*), y a la vez un órgano judicial, con secciones encar-

gadas de dictaminar en materia de responsabilidad administrativo-contable (*Sezioni giurisdizionali*); estar compuesto, en el ejercicio de sus funciones tanto de control como de jurisdicción, por magistrados, cuya condición de jueces garantiza la independencia individual de sus miembros, pero también del órgano en su conjunto (Carbone, 1994; Marrama, 1998: 39).

El nuevo sistema republicano, caracterizado no solo por la separación de poderes y la prohibición del ejercicio arbitrario del poder ejecutivo, sino también por la necesidad de una atención constante a la correcta gestión de los recursos públicos, llevó a la Asamblea Constituyente italiana a confirmar las funciones del Tribunal de Cuentas en dos artículos fundamentales de la Constitución (arts. 100 y 103). Si bien no hubo debates particulares sobre el mantenimiento de su función de control, que también se consideraba funcional para garantizar la interpretación uniforme de las normas por parte de la Administración pública, el debate sobre su competencia fue muy complejo, también a la luz de las orientaciones generalizadas más favorables a la unidad de la jurisdicción. Finalmente prevaleció la opción de incluir en el artículo 103 de la Constitución de 1948 el Tribunal de Cuentas entre los poderes judiciales de la República, introduciendo así una excepción a la prohibición de inclusión de jueces especiales en nuestro sistema contenida en el artículo 102 de la Constitución, y garantizando expresamente la independencia también de los jueces de cuentas, al igual que los demás magistrados (art. 108 Const.).

El artículo 100 atribuye al Tribunal de Cuentas la condición de organismo con relevancia constitucional, estableciendo en su apartado 2 que "el Tribunal de Cuentas ejerce un control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno y también un control posterior sobre la gestión del presupuesto del Estado; participa en los casos y formas previstos por la ley en el control de la gestión financiera de las entidades a las que el Estado aporta ordinariamente".

Sin duda, el cambio de forma de gobierno a republicano cambia radicalmente la relación entre el Tribunal de Cuentas, el Gobierno y el Parlamento: según el artículo 100, de hecho, el Tribunal de Cuentas informa directamente al Parlamento sobre el resultado de la verificación realizada; además, asimismo, de acuerdo con el artículo 100, la ley asegura la independencia del instituto y de sus miembros frente al Gobierno. Su función auxiliar queda entonces dirigida al Parlamento, convirtiéndolo, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, en un órgano no del Estado, sino de la República, que actúa como garante imparcial del equilibrio económico-financiero de todo el sector público.

En cuanto al Tribunal de Cuentas en su función jurisdiccional, el artículo 103 garantiza su competencia “en materia de contabilidad pública y en otras materias determinadas por la ley”. Con la expresión “materia de contabilidad pública”, la Constitución se limitó a transponer el concepto de la legislación entonces vigente, centrando la competencia del Tribunal de Cuentas en el carácter público del agente y en la calificación pública del dinero o activo que se gestiona.

Ambas funciones del Tribunal de Cuentas –la de control y la de jurisdicción– han experimentado importantes evoluciones a lo largo del tiempo, influenciadas, en particular: a) por la transformación del Estado italiano de un Estado unitario a un Estado multinivel, caracterizado por la presencia de entidades regionales con competencias legislativas y una Administración local (articulada ahora en municipios, provincias, ciudades metropolitanas) con amplias competencias administrativas; b) por la transformación de los modelos y formas de Administración pública, mediante la difusión de las Administraciones en forma privada; c) por la creciente responsabilidad del Estado hacia la Unión Europea en relación con el correcto uso de los recursos públicos.

En los siguientes apartados intentaremos ilustrar brevemente estas transformaciones.

2. La evolución de las formas de control del Tribunal de Cuentas: de la legitimidad a la eficiencia, a la legalidad financiera

Antes de analizar el desarrollo de las funciones de control del Tribunal de Cuentas en relación con las autonomías territoriales, es importante distinguir las formas de control establecidas en el citado artículo 100 de la Constitución y las otras introducidas por el legislador, que se hayan considerado compatibles con este artículo.

En primer lugar, está el control preventivo de legitimidad, dirigido únicamente a garantizar la legitimidad de los actos sometidos al Tribunal de Cuentas, y destinado a proteger el derecho objetivo, a diferencia de los controles administrativos que se llevan a cabo en el seno de la Administración. Es un control que se realiza en posición imparcial con respecto a los intereses que en cada momento persigue la Administración, y para garantizar el sistema general en su conjunto. No es una sentencia, pero hay una analogía con la función judicial, porque se evalúa la conformidad de los actos con las normas de derecho objetivo, excluyendo así cualquier evaluación que no sea de carácter estrictamente jurídico. Se trata de un control que la Constitución

tución prevé en el artículo 100 para los actos del Gobierno nacional, y que con el tiempo se ha limitado a los actos más importantes, debido también a la superposición del control del Tribunal de Cuentas con el control de la Contaduría General del Estado (*Ragioneria generale dello Stato*), dependiente del Ministerio de Economía.

En cualquier caso, se trata de un control cuyo resultado negativo impide la entrada en vigor del acto, pero que puede ser superado por una resolución del Consejo de Ministros, y que puede, por tanto, ser causa de responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento. A pesar de estar sujeto a plazos perentorios, el procedimiento de control preventivo se presenta a menudo como una oportunidad para que la Administración pública corrija las anomalías detectadas, retirando o reformando el acto cuya ilegitimidad ha sido impugnada.

Además del control preventivo de legitimidad, el artículo 100 también prevé el control posterior de la gestión del presupuesto estatal. Este control se ha ampliado para incluir no solo la legitimidad y regularidad de la gestión, sino también el funcionamiento de todos los controles internos y la verificación del cumplimiento de los resultados de la actividad con los objetivos establecidos por la ley, por lo que se solicita al Tribunal que evalúe comparativamente los tiempos, métodos y costes de realización de actividades administrativas. En este contexto, el Tribunal realiza controles empíricos tanto en los parámetros como en los métodos adoptados, derivados de la experiencia común y racionalizados en el conocimiento técnico-científico de las disciplinas económicas, empresariales y estadísticas, así como de la contabilidad pública. El resultado de estos controles se comunica al Parlamento y al Gobierno, que tiene la posibilidad de adoptar medidas correctoras.

El control de gestión se produce generalmente una vez concluida la gestión y no prevé medidas coercitivas adoptadas directamente por el Tribunal de Cuentas. Sin embargo, con la Ley 15 de 2009 se introdujo un método de control concomitante, que interviene sobre la gestión pública en curso y que también puede terminar con la adopción de medidas inhibidoras particularmente importantes, como la suspensión del compromiso de gasto. El Tribunal puede entonces señalar el incumplimiento y el carácter antieconómico de la gestión, pero también señalar la responsabilidad de los funcionarios.

Además, la actividad del Tribunal de Cuentas afecta significativamente a todo el ciclo presupuestario del Estado, a través de las audiencias de sus secciones en las Cámaras con motivo de la aprobación de la ley financiera

y otras leyes importantes de gasto. Los informes del Tribunal se refieren a la legitimidad, pero también a la sostenibilidad económico-financiera de los proyectos de ley, y también verifican los efectos macroeconómicos de las políticas de gasto previstas. También en esta materia se ha ampliado aún más el papel auxiliar del Tribunal, estableciendo, en lo que se refiere a la aplicación del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, la obligación del Tribunal de Cuentas de presentar un informe cada seis meses sobre los resultados de los controles realizados en la utilización de los recursos del Plan.

Al final del ciclo anual de la gestión del gasto interviene entonces otra función fundamental de control del Tribunal de Cuentas, el juicio sobre la rendición de cuentas del Estado (*giudizio di parificazione*, o “Parifica”), en forma de decisión judicial, con la que se certifican los resultados de la gestión declarados por el Gobierno y momento culminante de la función auxiliar del Tribunal.

El artículo 100 de la Constitución prevé también el control sobre los organismos a los que el Estado contribuye con carácter ordinario, informando al Parlamento sobre el resultado de la verificación realizada. Este control, regulado por la Ley 259/1958, no afecta la legitimidad de los actos adoptados, sino el desempeño de la gestión, o el uso de los recursos según criterios de eficacia, eficiencia y rentabilidad. Las entidades sujetas a control son aquellas que obtienen aportes en capital o bienes y servicios por parte del Estado. Este control del Tribunal de Cuentas también afecta a las empresas públicas: el Tribunal Constitucional consideró que la función de control prevista por el artículo 100 se justifica por un interés preeminente del Estado en someter a control cada gestión que pueda afectar, incluso indirectamente, al presupuesto del Estado. Este control, por lo tanto, se ha extendido también mucho más allá del estrecho perímetro de las Administraciones públicas, ejerciéndose también sobre los organismos públicos de forma privada.

3. La evolución de los controles sobre las autonomías territoriales: presupuestos y justificaciones en la afectación de la autonomía

Además de las formas y los métodos de control, el ámbito de actividad del Tribunal de Cuentas ha experimentado una importante transformación. Nacido, como hemos visto, como órgano auxiliar de un Estado centralizado, el Tribunal se ha transformado en una autoridad de control de todas las Administraciones, incluidas las regionales y locales, y paralelamente al crecimiento de competencias y funciones de ellas, ha aumentado su papel. Ya a partir de la Ley 51/1982, mediante la creación de una sección específica central llamada “Entidades locales”, se confió al Tribunal el control posterior —a través de la redacción de informes— de la gestión de los entes locales de mayor

población, que luego se amplió, a partir de 1987, a todos los Gobiernos locales que tienen déficits de gasto; pero es con la reforma llevada a cabo por la Ley 20/1994 cuando el control de gestión posterior se extendió a todas las Administraciones públicas, incluidas las autonómicas y locales, culminando con informes destinados al Parlamento y a los respectivos consejos regionales. Para el ejercicio de este control, se ha dotado al Tribunal de amplios y penetrantes poderes de investigación, que incluyen también la posibilidad de realizar y ordenar investigaciones directas, gracias a sus nuevas estructuras periféricas, las secciones regionales, constituidas en cada territorio correspondiente a una región. Esta ampliación del control de gestión sobre las autonomías territoriales fue considerada legítima por el Tribunal Constitucional (Decisión 29/1995), y no contraria a la autonomía constitucional reconocida a las regiones y a los entes locales, a la luz de la calificación del Tribunal de Cuentas como organismo independiente, al servicio no del Gobierno nacional, sino del Estado-comunidad.

Con la modificación del Título V de la Constitución que tuvo lugar con la Ley Constitucional 3/2001, los controles preventivos residuales de legitimidad confiados a los organismos estatales y regionales ya no existen, la mayor autonomía financiera de los entes locales ha llevado al legislador a reforzar el papel del Tribunal de Cuentas como garante del respeto de los equilibrios presupuestarios por parte de todos los niveles de gobierno de la República (D'Auria, 2003: 1379). Se han introducido así una serie de nuevas obligaciones, a cargo de las regiones y de los entes locales, destinadas a proporcionar a las secciones regionales de control del Tribunal de Cuentas una información periódica sobre el correcto uso de los recursos públicos y sobre la ejecución de los programas de gasto, con el fin de garantizar el ejercicio de su actividad de control, y la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas prescriba medidas correctoras (leyes 131/2003 y 266/2005). En un contexto de gestión de los recursos aún centralizado, la lectura extensiva de la competencia legislativa estatal en materia de coordinación financiera ha favorecido el reconocimiento del papel del legislador estatal como garante del uso de los recursos públicos también por parte de las autonomías locales, excluyendo así cualquier espacio al legislador regional (de las regiones a estatuto común) en este ámbito (Allegretti, 2013). De este modo, ni siquiera se aplicaron las disposiciones que habían permitido la integración de cada sección regional de control del Tribunal de Cuentas con dos miembros designados por la región (Ley 131/2003), ni la disposición que permitía un desarrollo de nuevas formas de colaboración de las secciones regionales de control del Tribunal de Cuentas con los Gobiernos regionales, para la mejora de la gestión financiera y de la eficiencia y eficacia de la acción administrativa (Battini, 2015: 308).

Pero es con la reforma constitucional de 2012 cuando el control de las autonomías territoriales por parte del Tribunal de Cuentas se volvió aún más estricto: nos referimos a la Ley Constitucional 1/2012, que al introducir en la Constitución el principio de equilibrio presupuestario y sostenibilidad de la deuda pública, obligaba también a las regiones y los entes locales a garantizar el equilibrio entre ingresos y gastos y a considerar las distintas fases adversas o favorables del ciclo económico (Cecchetti, 2012; Luciani, 2016: 459). La nueva estructura constitucional determinada por estas dos reformas ha reforzado fuertemente la participación del Tribunal de Cuentas en el control de la gestión financiera de las regiones y de los entes locales, confiando nuevas y ampliadas responsabilidades a las secciones regionales de control para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea (Della Cananea, 2015: 438). De particular importancia es el papel que desempeña hoy el Tribunal en los complejos procedimientos relativos a los Gobiernos locales que se encuentran en déficit o que presentan desequilibrios capaces de determinar dificultades financieras, aprobando o rechazando el plan de reequilibrio financiero y controlando su aplicación. El contexto de mayor rigor financiero determinado por la disposición constitucional introducida en 2012 ha justificado así la atribución de nuevas funciones al Tribunal de Cuentas, introduciendo hipótesis de responsabilidad tipificada de las autoridades y los funcionarios de la Administración, que puede llegar hasta la aplicación de sanciones. Por tanto, el resultado del control no solo puede ser colaborativo, sino también coercitivo y punitivo (Magri, 2017). Todas estas medidas reciben una garantía en el mecanismo que permite al sujeto afectado proponer recurso de apelación frente a las secciones centrales del Tribunal de Cuentas.

En esta misma perspectiva se inscribe también la extensión del juicio sobre la rendición de cuentas (*giudizio di parificazione*), a partir de 2012, a todas las regiones, y controles específicos sobre capítulos individuales del gasto regional considerados particularmente significativos por el legislador estatal, como los gastos de los miembros de los consejos regionales, ejercidos anualmente por la Sección regional de control competente por territorio con el objetivo de verificar las eventuales irregularidades, que deberán ser comunicadas al Presidente del Consejo Regional para que los interesados dispongan el reembolso de las cantidades percibidas.

4. La evolución de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad

Además de la función de control, como hemos visto, el Tribunal de Cuentas italiano siempre ha ejercido otra función, la jurisdiccional, sobre la responsa-

bilidad por daños al patrimonio público (*danno erariale*, o *danno all'erario*) causados por miembros políticos o empleados públicos; una acción ejercida de oficio por un órgano imparcial, el Fiscal General del Tribunal de Cuentas (*Procuratore generale presso la Corte dei Conti*). La disposición constitucional del artículo 103 planteó —al igual que otras disposiciones de la Constitución— problemas en cuanto a su alcance preceptivo inmediato, dado que en el momento de su entrada en vigor la acción de responsabilidad solo estaba prevista para determinadas categorías de funcionarios y Administraciones. A principios de los años 90, al empezar un amplio proceso de reforma de la Administración pública, se amplió expresamente la competencia del Tribunal contable tanto a las entidades locales como a las regiones, y para ello se crearon también secciones jurisdiccionales y fiscalías regionales. Ante el flagrante e imparable proceso de privatización de organismos y Administraciones públicas que operan a nivel regional o municipal, en 2004, el supremo órgano jurisdiccional de nuestro país, el Tribunal de Casación (*Corte di Cassazione*), modificó su orientación jurisprudencial afirmando la competencia del Tribunal de Cuentas también respecto de los gerentes de empresas y sociedades públicas, al considerar que el criterio subjetivo que hasta entonces había fundamentado la competencia del juez contable debía ser sustituido por un criterio objetivo, basado en el carácter público de los recursos utilizados (Altieri, 2012: 108). Esta orientación se ha confirmado en 2016, en la ley consolidada sobre empresas públicas, que reconoció legalmente la competencia del Tribunal de Cuentas sobre las sociedades *in house* (Dugato, 2016: 91). Según el mismo criterio, en función de la naturaleza de los recursos utilizados, el ejercicio de la acción contable ha sido considerado por la jurisprudencia aplicable también frente a receptores privados de fondos públicos en caso de desvío respecto a las finalidades preestablecidas, y también cuando se discute sobre la restitución a la Unión Europea de aportaciones comunitarias desembolsadas directamente o recibidas o utilizadas ilícitamente por particulares. En efecto, los límites de la competencia contable no deben considerarse aplicables únicamente al daño sufrido por la Administración pública, sino que deben incluir también el daño causado a la Unión Europea en virtud de la ampliación del alcance de la acción de responsabilidad, que no permite una discriminación basada en el carácter supranacional de la Administración protegida; en tales casos se aplica el principio de asimilación (art. 325 TUE), en virtud del cual los intereses financieros europeos deben equipararse a los nacionales en cuanto a la forma y al nivel de protección.

5. Observaciones finales

La evolución del sistema de control centrado en el Tribunal de Cuentas italiano no puede ser objeto de diferentes interpretaciones. Si, desde una perspectiva

de eficacia de los controles, el refuerzo del Tribunal de Cuentas puede interpretarse en términos positivos, como un organismo encargado de salvaguardar el buen funcionamiento de la Administración pública, la eficacia de los derechos sociales, la adecuada asignación de recursos, el equilibrio intergeneracional, se puede objetar que el Tribunal debería garantizar que las Administraciones, además de tener cuentas equilibradas, sean realmente capaces de prestar servicios económicos y eficientes. Sin embargo, especialmente después de la reforma constitucional de 2012, el Tribunal se ha transformado en un organismo responsable de verificar la *buena gestión financiera* del Estado en nombre de la propia Unión Europea, pudiendo implicar esto también medidas interdictorias, correctoras y sancionadoras. Al final, es la Ley Constitucional 1/2012 el principal parámetro utilizado por el Tribunal Constitucional para justificar esta evolución de las competencias de control del Tribunal de Cuentas, que ya no se realizan en el interés exclusivo de las entidades controladas, sino del interés más amplio de la *legalidad financiera*, en cuanto destinadas a evitar daños irreparables a los equilibrios presupuestarios (Brancasi, 2014: 49; D'Alterio, 2015). Precisamente la estrecha correlación de esta actividad de control con el artículo 81, apartado 4, y el artículo 117, apartado 3, de la Constitución, justifica, según el Tribunal Constitucional, la atribución al Tribunal de Cuentas de competencias destinadas a prevenir eficazmente prácticas perjudiciales al principio de cobertura previa y equilibrio dinámico del presupuesto de los órganos territoriales; la neutralidad e independencia que caracterizan al Tribunal de Cuentas excluyen, según el Tribunal Constitucional, una violación de la autonomía regional y local (Tribunal Const., sentencias núms. 60/2013, 39 y 40/2014).

Esto explica también que se haya ido debilitando progresivamente el criterio de separación entre las actividades de control y el ejercicio de la acción de responsabilidad, que, por otro lado, había sido sancionado cuando la acción de responsabilidad se extendió a todas las Administraciones públicas en 1994. Cada vez más, son precisamente los resultados de los controles efectuados por el Tribunal los que los fiscales de las secciones regionales utilizan para incoar procedimientos de responsabilidad administrativa, haciendo que los controles pierdan su principal función de colaboración y se conviertan en instrumentos para el ejercicio de la acción de responsabilidad; a tal efecto, se han introducido obligaciones precisas para los magistrados del Tribunal de Cuentas adscritos a las secciones de control, para que informen a las fiscalías regionales de los hechos de los que puedan derivarse responsabilidades (*notizie di danno*, noticias de daño).

Ante el intenso ejercicio de la acción de responsabilidad por parte del Tribunal de Cuentas, acusado de generar el llamado “miedo de la

firma”, y la propia complejidad del sistema de controles, el legislador ha introducido en los últimos años, aunque con carácter transitorio, importantes limitaciones de responsabilidad para quienes con una conducta activa hayan causado daños a los bienes públicos mediante acciones no maliciosas (Decreto Legislativo 76/2020, art. 21, vigente hasta finales de 2024). Más allá de las preocupaciones de legitimidad constitucional que el propio Tribunal de Cuentas ha expresado sobre estas disposiciones, que afectan a los parámetros de evaluación de la correcta conducta del funcionario, limitando gravemente el poder del juez de cuentas, parece bastante criticable que la Administración reclame una mayor libertad de medidas si la solicitud de desmantelamiento de los controles externos no va acompañada de un refuerzo decisivo de las líneas de control interno (Pagliarin, 2021).

Cabe mencionar también las numerosas iniciativas legislativas que a lo largo de estos años han intentado delimitar la responsabilidad administrativo-contable de los titulares de cargos políticos por las decisiones tomadas de forma independiente por los gestores y funcionarios administrativos, que aún no han sido aprobadas, pero que también indican claramente una intolerancia hacia el uso excesivo del instrumento de la acción de responsabilidad por parte de los fiscales del Tribunal de Cuentas.

Hay que decir también, sin embargo, que en los últimos años el esfuerzo del legislador se ha centrado en las garantías procesales a favor de los acusados en los procesos ante el Tribunal de Cuentas, cuyas normas procesales han sido objeto de una profunda reforma mediante la adopción de un nuevo código específico, inspirado en los principios del juicio justo (véase el Decreto Legislativo 174/2016, *Codice della giustizia contabile*) (Pilato, 2019). Así pues, en el ejercicio de su función de control, el Tribunal de Cuentas ha mantenido y desarrollado a lo largo del tiempo una intensa actividad de orientación interpretativa y de apoyo operativo a los entes locales y a las regiones mediante el ejercicio de la función consultiva, activada a petición de las mismas autoridades territoriales, recuperando de esta manera su original actitud colaborativa, no completamente socavada por los poderes autoritarios que poco a poco se le han ido reconociendo, hasta el punto de convertirse en un referente indispensable para las Administraciones, especialmente las de menor tamaño. Por lo tanto, es este espíritu de colaboración el que debería valorarse aún más, con el objetivo de reequilibrar la función fundamental de esta institución con la garantía de autonomía de la Administración, en primer lugar aquella cuya autonomía está garantizada constitucionalmente, es decir, las regiones y las autoridades locales (Della Cananea, 2014).

6. Bibliografía

- Allegretti, U. (2013). Controllo finanziario e Corte dei Conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive. *Rivista A/C*, 1.
- Altieri, A. (2012). *La responsabilità amministrativa per danno erariale*. Milano: Giuffrè.
- Battini, F. (2015). I controlli vent'anni dopo: la chiusura di un ciclo. *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 308-311.
- Brancasi, A. (2014). L'autonomia finanziaria degli enti locali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul "pareggio di bilancio". *Le Regioni*, 49– 80.
- Carbone, G. (1994). Art. 100. En G. Branca y A. Pizzorusso (dirs.). *Commentario della Costituzione*. Bologna: Zanichelli.
- Cecchetti, M. (2012). Legge Costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della parte II della Costituzione. *Federalismi.it*, 24.
- D'Alterio, E. (2015). *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*. Milano: Giuffré.
- D'Auria, G. (2003). I controlli. En S. Cassese (dir.). *Trattato di diritto amministrativo* (II). Milano: Giuffré.
- Della Cananea, G. (2014). I rapporti di complementarietà tra la Corte dei Conti e le istituzioni regionali e locali. *Munus*, 1, V.
- (2015). La revisione della spesa pubblica e la cultura dei controlli. *Rivista della Corte dei Conti*, 1-2, 438-443.
- Dugato, M. (2016). Le società pubbliche tra semplificazione, seconomicità ed efficienza e le valutazioni del Giudice contabile. En F. Mastragostino y S. Pilato (dirs.). *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione* (pp. 91-103). Bologna: Bolonia University Press.
- Luciani, M. (2016). La riforma dell'art. 81 della Costituzione. *Rivista della Corte dei Conti*, 3-4, 459-462.
- Magri, M. (2017). *Il controllo sugli enti territoriali nella attuale congiuntura*. Rimini: Maggioli.
- Marrama, R. (1998). Evoluzione storica della Pubblica Amministrazione e Corte dei Conti. En G. Caia y S. Nottola (dirs.). *Corte dei Conti riformata e prospettive istituzionali*. Rimini: Maggioli.
- Pagliarin, C. (2021). L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità. *Federalismi.it*, 10, 182-203.
- Pilato, S. (2019). *La responsabilità amministrativa*. Torino: Giappichelli.

INFORME NACIONAL DE PORTUGAL

El control financiero de las entidades locales: una reflexión sobre el Tribunal de Cuentas portugués

Alexandre Santos Serra

Profesor adjunto en la Facultad de Derecho.
Universidad de Coimbra

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. El control financiero.** 2.1. Aproximación al concepto de control financiero. 2.2. El control financiero externo: concepto y distinción del control interno. **3. Tribunal de Cuentas portugués: composición, presidencia y funcionamiento.** 3.1. Su composición. 3.2. Su Presidente. 3.2.1. Competencias respectivas. 3.2.2. Nombramiento y mandato. 3.3. Su funcionamiento. **4. Consideraciones finales.** **5. Bibliografía.**

1. Introducción

En las últimas décadas, los países más desarrollados de la OCDE han desarrollado procesos de modernización en la gestión de las entidades públicas, siguiendo visiblemente la tendencia de la Nueva Gestión Pública (NGP) (Carvalho y Casal, 2011). Esta se basa en un conjunto de conceptos, entre los que se encuentran la autonomía, la preocupación por los clientes, la descentralización de los servicios, la racionalización de los recursos, la responsabilidad basada en productos y resultados, la calidad del servicio público, entre otros que componen esta vasta lista (Montesinos y Benito, 1999). Vemos, por lo tanto, que los sistemas contables de las organizaciones públicas están cada vez más obligados

a responder a una rigurosa exigencia de transparencia, destacando así el proceso de rendición de cuentas (Carvalho y Casal, 2011). Además, y debido al papel que el derecho administrativo desempeña en este nivel, debemos entender que su objeto de regulación es la Administración pública, no solo como organización, sino también como centro de las relaciones jurídicas. El derecho administrativo existe por y para la Administración pública (Costa Gonçalves, 2019).

Aunque el concepto de rendición de cuentas sea visto como multifacético y complejo (Sinclair, 1995; Oszlak, 2003; Steccolini, 2004), debe ser visto como algo mayor que la mera rendición de cuentas tradicional (Glynn, 1985; Perks, 1993), debido a su inclusión de la responsabilidad por el uso eficiente y la optimización de los recursos públicos y por la promoción de una mayor eficacia en la toma de decisiones políticas.

De este modo, podemos decir que este término, “rendición de cuentas”, debería consistir nada más y nada menos que en “la responsabilidad de los órganos ejecutivos por la buena gestión del dinero público y la responsabilidad de informar sobre cómo han administrado y controlado los recursos públicos que se les han confiado” (Carvalho y Casal, 2011).

Como en otros países, existen diferentes tipos de control. Así, y teniendo en cuenta la naturaleza del órgano que los realiza, el momento en que se producen y/o incluso los efectos que generan, podemos agruparlos de diferentes formas (Lavouras, 2022). Además, nos damos cuenta de que en Portugal existe una gran diversidad de entidades sujetas a control en la Administración pública. Este control lo lleva a cabo el derecho administrativo, que es el derecho de la Administración pública y de la función administrativa (Costa Gonçalves, 2019). Sin embargo, algunas entidades solo tienen autonomía administrativa, otras ni siquiera tienen estructuras de gestión, mientras que otras tienen autonomía administrativa, financiera y patrimonial (Alves, 2013).

Podemos organizar el control del gasto público teniendo en cuenta el órgano u órganos que tienen esta competencia, lo que nos permite dividirlo en tres grupos distintos de control: administrativo, jurisdiccional y político. Así, debemos entender que el control administrativo es el que realizan los órganos de la Administración pública, pudiendo variar en función de la mayor o menor autonomía de cada órgano o servicio para realizar los actos de gasto; el control jurisdiccional es competencia de los órganos con funciones jurisdiccionales; y el control político es el que ejerce el órgano. Por otro lado, si atendemos al momento en que se produce este control, la división es entre control previo, concurrente y sucesivo (Lavouras, 2022).

Profundizando en el tema objeto de estudio, nos damos cuenta desde un primer momento de que una de las principales fases de la ejecución presupuestaria es el control, que tiene por objeto garantizar y perseguir la correcta gestión del dinero público. Para ello, debemos darnos cuenta en primer lugar de que la calidad de la ejecución presupuestaria no empieza y termina con la realización de los gastos y la percepción de los ingresos, en términos de ejecución propiamente dicha. De hecho, depende intrínsecamente del proceso presupuestario en el que tiene lugar la ejecución.

Pasando al control de la ejecución presupuestaria propiamente dicho, este corresponde, en palabras de la Dra. Matilde Labouras, a una actividad cuyo eje principal es “supervisar la ejecución del presupuesto de gastos, es decir, el modo en que el Estado gasta sus ingresos, pero sin omitir los problemas relacionados con la recaudación de ingresos” (Labouras, 2022).

Por lo tanto, también es importante que examinemos —aunque sea brevemente— cómo funciona el control financiero en Portugal.

2. El control financiero

2.1. Aproximación al concepto de control financiero

Según Costa (2012), podemos caracterizar más brevemente el concepto de control financiero como aquel que “corresponde a la actividad que tiene por objeto garantizar la adecuación de la gestión (tanto pública como privada) de los recursos financieros públicos, siguiendo siempre de cerca las normas éticas, jurídicas y técnicas que la enmarcan”. De hecho, según el artículo 1 de la Declaración de Lima, el control financiero no es un fin en sí mismo, sino parte integrante de un sistema con un objetivo debidamente definido: la detección de infracciones/desviaciones de los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia en la gestión de las finanzas públicas.

Aunque podemos hablar de control financiero en un sentido muy amplio, debemos, en un enfoque más preciso, distinguir entre distintos tipos de control, haciendo hincapié en la diferenciación básica entre control externo y control interno (Costa, 2012).

En el caso portugués, el Sistema de Control Interno trabaja en especial articulación con el Ministerio de Finanzas, pero siempre bajo la competencia del Gobierno, con vistas a perseguir el ejercicio coherente y articulado del control en la Administración pública¹. También está estructurado en tres niveles

1. Ver artículo 1 y 2(1) del Decreto-ley n.º 166/98, de 25 de junio.

diferentes: operativo, sectorial y estratégico. Estos se definen en función de la naturaleza y del ámbito de intervención de los servicios que lo componen.

De este modo, y haciendo una breve aproximación descriptiva a cada uno de ellos, debemos darnos cuenta de que el primero –operativo– es responsabilidad de los órganos y servicios de inspección, auditoría o supervisión en el ámbito de la respectiva unidad ejecutora, que lo garantizan, siendo su objeto primordial el control de las decisiones de los órganos de dirección de dichas unidades²; el segundo, sectorial, es ejercido por los órganos de control interno sectoriales y regionales y “consiste en comprobar, supervisar e informar, preferentemente sobre la evaluación del control operativo y sobre la adecuación de la inclusión de cada unidad operativa y su sistema de gestión en los planes generales de cada ministerio o región”³ (Costa, 2012).

Por otro lado, el control estratégico consiste fundamentalmente en una evaluación del control operativo y del control sectorial, y en una evaluación del grado de realización de los objetivos establecidos en los instrumentos provisionales, como los Presupuestos Generales del Estado. Además, tiene un carácter horizontal en relación con el conjunto de la Administración financiera del Estado, siendo competencia de la Inspección General de Finanzas y del Instituto de Gestión Financiera de la Seguridad Social (Alves, 2013).

Los órganos de control interno ejercen un tipo de control para planificar, ejecutar y evaluar sus acciones, que a su vez obedece a diversos principios –de los que destacamos los principios de suficiencia, pertinencia y complementariedad⁴– para garantizar el correcto funcionamiento del SCI.

2.2. El control financiero externo: concepto y distinción del control interno

A su vez, el control financiero externo es ejercido por un organismo público independiente y autónomo de la entidad controlada, mientras que el control interno se encuentra dentro de la estructura de la propia Administración⁵.

El ordenamiento jurídico portugués, que se basa en el criterio de la posición del órgano o servicio de control en relación con la entidad controlada,

2. Ver artículo 4(2) del Decreto-ley n.º 166/98, de 25 de junio.

3. Ver artículo 4(3) del Decreto-ley n.º 166/98, de 25 de junio.

4. Ver artículo 5(1) del Decreto-ley n.º 166/98, de 25 de junio.

5. Ver Tribunal de Contas Português/Tribunal de Contas Da União, *Manual de Auditoria e Procedimentos: Anexo I — glossário de termos comuns utilizados no âmbito do controlo externo*, Lisboa, abril, 1992, parágrafo 49; artículo 3 (1 y 2.) de la Declaracion de Lima.

distingue entre estos dos tipos de control⁶. Sin embargo, esta distinción, incluso cuando se complementa con el criterio de la naturaleza del órgano de control, nos parece insuficiente, dando lugar a menudo a la superposición o ausencia de controles, como veremos a continuación. El criterio de la posición del órgano de control es sin duda decisivo para calificar la naturaleza del tipo de control; sin embargo, no nos da ninguna indicación sobre el objeto de uno u otro (Costa, 2012).

INTOSAI, en línea con el citado criterio de la posición del órgano de control, aceptado en la Declaración de Lima, define actualmente el control interno como un proceso integral y dinámico en el que intervienen los directivos y demás personal de un organismo, en sus distintos niveles, con el fin de evaluar los riesgos y contribuir a la consecución de los objetivos generales de dicho organismo y al cumplimiento de sus misiones.

De esta definición destacan las dimensiones de seguimiento de la gestión y evaluación de riesgos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos generales de la organización en cuestión, previamente estipulados, que se centran en la ética, la rendición de cuentas, la economía, la eficiencia, la eficacia y la legalidad y regularidad de la gestión (Costa, 2012).

Vallès Vives (2003) hace una distinción más precisa y útil entre control externo y control interno, basándose en el ordenamiento jurídico español.

Así, este autor define la actividad supervisora desarrollada por el SCI como “[...] la función de control ejercida de forma permanente y *a posteriori* sobre la actividad administrativa, la composición económica y la gestión de las entidades que integran el sector público y cuyas finalidades son: i) la verificación de la documentación contable relativa a la utilización de los fondos públicos (control de legalidad); ii) la promoción de una gestión pública rigurosa; y iii) la regularidad de la actuación administrativa, que debe ajustarse a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía”⁷ (Costa, 2012).

En Portugal, la normativa básica de control de la ejecución presupuestaria está debidamente estructurada y establecida en los artículos 103, 104 y 105 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP), así como en los artículos 68 y siguientes de la *Lei do Enquadramento Orçamental* (LEO); en español, Ley Marco Presupuestaria (LMP).

6. Ver Tavares (1996).

7. Ver Vallès Vives (2003: 140).

De esta forma, el legislador optó por la creación de un órgano de control jurisdiccional que respetara un modelo de supervisión de la actividad financiera del Estado por un tribunal con un conjunto de características que no se limitaran únicamente a un órgano jurisdiccional. Sin embargo, hay que señalar que esta cuestión es a veces objeto de discusión, ya que la naturaleza jurídica del Tribunal de Cuentas es a menudo objeto de debate, ya que algunos sostienen que, debido a las características y especificidades de sus poderes de control, no se limitan a los poderes habituales de un tribunal ordinario y, además, afectan incluso al fondo de la acción (Lavouras, 2022).

Sin embargo, la Constitución Portuguesa establece su existencia como órgano jurisdiccional, estableciéndolo como un órgano soberano⁸, al igual que el Tribunal Supremo Administrativo y el Tribunal Supremo de Justicia. De hecho, y siguiendo de cerca las palabras del Dr. Guilherme Martins (2012), “en el Estado de Derecho moderno, el Tribunal de Cuentas cumple una función insustituible [...] Es un tribunal con competencias jurisdiccionales que se encarga no sólo del control de la legalidad, sino también del control sustancial de la utilización del dinero y los valores públicos y de la eficiencia, eficacia y economía de su uso en beneficio del interés público”. Sin embargo, en opinión del Dr. Vital Moreira (2000), el Tribunal de Cuentas tiene un carácter mixto, es decir, ejerce tanto funciones jurisdiccionales como de control administrativo, ejerciendo las funciones principales de revisión y rendición de cuentas (Costa, 2012). Según Costa Gonçalves (2019), el Tribunal de Cuentas adopta tanto decisiones de naturaleza judicial (por ejemplo, en el contexto de la ejecución de responsabilidades financieras) como decisiones de naturaleza administrativa: ninguna de ellas puede recurrirse fuera del Tribunal de Cuentas. Eso quiere decir que ambos son recurribles, pero se trata de recursos tramitados dentro de la organización del Tribunal de Cuentas.

Además, este órgano también se establece, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la LOPTC, como un organismo totalmente independiente. Por otra parte, en el contexto del artículo 214 de la Constitución de la República Portuguesa, “el Tribunal de Cuentas es el órgano supremo encargado de controlar la legalidad del gasto público y de juzgar las cuentas que la ley exige que se le presenten”.

También es importante destacar que, al tratarse de un tribunal, este órgano deberá analizar detenidamente los principios que se aplican a los demás tribunales, especialmente el principio de independencia y sujeción exclusiva a la ley –artículo 201 de la Constitución de la República Portugue-

8. Ver artículo 110 de la Constitución de la República Portuguesa.

sa— (Labouras, 2022). Por lo tanto, podemos concluir que los controles de las Administraciones independientes (por ejemplo, las agencias de regulación económica) no se cruzan ni se solapan con los del Tribunal de Cuentas. Puede haber algún solapamiento con la labor del Tribunal de Cuentas en los órganos públicos de control interno (por ejemplo, las inspecciones generales de los ministerios), pero se trata de una situación residual y ocasional (Costa Gonçalves, 2019).

3. Tribunal de Cuentas portugués: composición, presidencia y funcionamiento

En su marco legal, este tribunal tiene un conjunto de competencias de control previo, concurrente y sucesivo. Con el fin de perseguir eficazmente sus objetivos, el Tribunal lleva a cabo auditorías y controles de cuentas (control sucesivo). Estas fiscalizaciones pueden ser de cualquier naturaleza o tipo, y se orientan más hacia una actividad de control integrado. Sin embargo, nunca puede olvidarse el papel que desempeñan las auditorías financieras, que abarcan un abanico de situaciones más amplio que las verificaciones externas. La auditoría, por su parte, puede ser tanto interna como externa. Además, y extremadamente importante, este Tribunal también tiene competencias relativas a la realización de la responsabilidad financiera: restablecimiento y/o sanciones e imposición de multas (Carvalho y Casal, 2011).

Además, en palabras de Gomes Canotilho (2007), este Tribunal ejerce funciones fundamentales de control de la ejecución presupuestaria en tres niveles diferentes: 1) controla la ejecución presupuestaria; 2) controla frecuentemente la legalidad del gasto público; 3) emite dictámenes sobre la cuenta general del Estado, actuando desde el punto de vista de la legalidad, pero también desde el punto de vista de la economía, de la eficacia y de la eficiencia. Además, el control efectuado por el Tribunal de Cuentas en el ámbito de las auditorías es de carácter no oficial. En general, los controles internos (inspecciones generales de los ministerios) tampoco son oficiales. Sin embargo, la existencia de denuncias y quejas desempeña un papel importante en la decisión de los organismos de control de tomar la iniciativa de realizar controles.

También hay que señalar que, a partir de 2024, el Tribunal de Cuentas tendrá otra competencia más, ya que certificará legalmente la Cuenta General del Estado, que se referirá a la cuenta del año en curso, 2023.

Es un órgano colegiado, pero hay una excepción en la que puede considerarse un órgano unipersonal, que se refiere al diseño de los visados. Si

considera que existen dudas, el caso es analizado por tres jueces, pero también como órgano colegiado.

3.1. Su composición

En la actualidad, el Tribunal de Cuentas portugués cuenta con un Presidente, que es asistido por 16 jueces, además de dos jueces más (en representación de las regiones autónomas de Madeira y Azores, respectivamente)⁹. Además, es importante entender que el proceso de contratación de los citados magistrados se lleva a cabo a través de un concurso público (que debe realizarse ante un jurado, compuesto por el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Vicepresidente, el Magistrado más antiguo y también dos profesores universitarios nombrados por el Gobierno (uno de ellos, de Derecho, y el otro, de Economía/Finanzas/Organización/Gestión/Auditoría)¹⁰.

3.2. Su Presidente

3.2.1. Competencias respectivas

El Presidente del Tribunal de Cuentas tiene un amplio abanico de competencias, debidamente detalladas en el artículo 74 de la LOPTC. Por ello, hemos optado por enumerar aquellas que, sin duda, son las más importantes. Así, según el apartado 1 de este mismo artículo, al Presidente del Tribunal de Cuentas le corresponde: “(i) representar al Tribunal y asegurar sus relaciones con los demás órganos soberanos, los poderes públicos y los medios de comunicación; (ii) presidir las sesiones del Tribunal, dirigir y orientar los trabajos; (iii) presentar propuestas al Pleno general y a los Plenos de las Salas 1^a y 2^a del Tribunal de Cuentas, para deliberar sobre asuntos de su respectiva competencia; (iv) elaborar el informe anual sobre las actividades del Tribunal; (v) nombrar, por elección, al personal directivo de los servicios de apoyo”, y, además, desempeñar todas las demás funciones previstas por la ley.

3.2.2. Nombramiento y mandato

A diferencia de los magistrados que componen el Tribunal de Cuentas, el Presidente no es contratado ni se somete a concurso público, sino que es nombrado

9. Ver el artículo 14 de la LOPTC.

10. Ver artículo 18 de la LOPTC.

por el Presidente de la República, tal y como establece la ley. Además, las normas constitucionales se aplican a la duración de su mandato y a los casos en que puede ser destituido. Por lo tanto, podemos deducir que el nombramiento y cese del Presidente del Tribunal de Cuentas es competencia exclusiva del Presidente de la República, a propuesta del Gobierno¹¹. Sin embargo, es importante destacar que el hecho de que la propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal de Cuentas provenga del Gobierno ya ha sido y sigue siendo criticado por algunos autores (Costa, 2012). Como podemos ver en la doctrina de Carlos Moreno, el hecho de que sea el Gobierno el que proponga el nombramiento del Presidente del Tribunal de Cuentas no contribuye a la “coherencia objetiva del sistema”, en la medida en que el Gobierno está sometido al control independiente que realiza el Tribunal de Cuentas. Alternativamente, este autor propone que, en nombre de la “coherencia del sistema organizativo y funcional del Tribunal”, el Presidente de la EFS portuguesa sea elegido cada tres años por el Pleno General, surgiendo como *primus inter pares*¹².

En cuanto a la duración de su mandato, según la Constitución de la República Portuguesa, el Presidente del Tribunal de Cuentas es elegido por cuatro años y puede ser reelegido al término de los mismos¹³.

Procedemos ahora a un análisis comparativo de las prácticas en España. Vemos que, de entrada, la Constitución española establece que el Tribunal de Cuentas depende directamente de las Cortes Generales, ejerciendo sus funciones por delegación de estas en el análisis y la verificación de la Cuenta General del Estado¹⁴. Además, es en el Pleno —del que forman parte los doce consejeros de cuentas— donde se elige a uno de sus miembros, que es propuesto al Rey para que lo nombre Presidente del Tribunal de Cuentas por un periodo de tres años¹⁵.

De este modo, podemos prever algunas soluciones alternativas a la actualmente en vigor en Portugal, que son posibles gracias al derecho comparado. Así, podemos concluir que una alternativa viable sería que el Parlamento eligiera al Presidente del Tribunal de Cuentas por mayoría cualificada, al igual que hace con la elección del Defensor del Pueblo o del Presidente del Consejo Económico y Social. Esta solución parece

11. Ver artículo 133(m) de la Constitución de la República Portuguesa.

12. Ver “Um Tribunal de Contas para o século XXI: Algumas questões e propostas para os próximos 5 anos”, *Comemorações dos 150 anos de Tribunal de Contas*, p. 195.

13. Ver artículo 214(2) de la Constitución de la República Portuguesa.

14. Ver artículo 136(1) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

15. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, artículo veintinueve, Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11584>.

razonable por varios aspectos: (i) en primer lugar, el hecho de que la realización de la justicia financiera en nombre de los ciudadanos es responsabilidad del Tribunal de Cuentas, por lo que inmediatamente tiene sentido para el órgano que representa al pueblo elegir al presidente de la EFS nacional; (ii) en segundo lugar, si una de las misiones fundamentales del Tribunal de Cuentas es asistir al Parlamento –para que pueda garantizar un control político efectivo de la gestión financiera de los recursos públicos–, es natural que el órgano de control político nombre al Presidente del órgano de control técnico; además, desde el punto de vista de los ciudadanos, el hecho de que el próximo Presidente del Tribunal de Cuentas sea propuesto por el Gobierno (al igual que el Fiscal General) suscita inmediatamente dudas sobre la imparcialidad del Tribunal de Cuentas y de sus miembros; por último, si el Presidente del Tribunal de Cuentas fuera elegido por el Parlamento, se lograría una mayor coherencia entre el control político y el técnico (Costa, 2012).

Existe también otra crítica que se suele hacer a la duración del mandato del Presidente del Tribunal de Cuentas. Por ello, un partido con representación en la Asamblea de la República de Portugal, LIVRE, ha presentado una propuesta que consiste en lo siguiente: un mandato único que, en lugar de consistir en un mandato de cuatro años, sería de siete años, ya que un mandato de siete años es un período más adecuado y beneficioso para la aplicación efectiva de determinados cambios.

3.3. Su funcionamiento

El Pleno General, compuesto por todos los jueces del Tribunal de Cuentas en ejercicio, se constituye como el máximo órgano de decisión del Tribunal de Cuentas. Es también el máximo órgano de gestión y disciplina de sus jueces. Puede ser convocado directamente por su Presidente o a petición de al menos un tercio (1/3) de sus miembros¹⁶.

Por otra parte, el Pleno General también tiene las competencias de elegir al Vicepresidente del Tribunal (artículo 17, apartado 1) (cabe señalar que este miembro es elegido por mayoría absoluta de votos para un mandato de tres años, con posibilidad de reelección); fijar el número de jueces de cada sección especializada y asignarlos (artículo 15, apartados 1. 15(2) y (3); ejercer el poder disciplinario sobre sus jueces (artículo 25); ejercer diversos poderes administrativos y financieros del Tribunal (artículo 32); aprobar el programa

16. Ver artículo 72(1) de la LOPTC.

trienal del Tribunal (artículo 37(1)); aprobar el informe anual de actividades del Tribunal y de sus servicios de apoyo (artículo 43(2)).

Asimismo, hay que señalar que existen dos aspectos de su funcionamiento que también están debidamente legislados. En primer lugar, las garantías de total independencia e imparcialidad de los miembros de este órgano, ya que, tal y como establece la LOPTC, están sometidos al estatuto de los magistrados judiciales y fiscales; es decir, según lo dispuesto en el artículo 24 de la LOPTC, “los jueces del Tribunal de Cuentas tendrán los mismos honores, derechos, rango, tratamiento, retribución y demás prerrogativas que los jueces del Tribunal Supremo de Justicia, siéndoles de aplicación las disposiciones del Estatuto de la Magistratura Judicial en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza del Tribunal”. Además, sus funciones deben ser desempeñadas en régimen de dedicación exclusiva, y solo pueden compaginarse con funciones docentes no retribuidas.

Además de este artículo, cabe mencionar también lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 27 de la LOPTC, que nos dice que “el Presidente y los magistrados del Tribunal de Cuentas están sujetos a las mismas incompatibilidades, impedimentos y sospechas que los magistrados judiciales”. Es más, según el apartado 2 de este mismo artículo, el Presidente y los magistrados del Tribunal de Cuentas no podrán ejercer funciones partidistas, y su militancia deberá estar suspendida mientras dure su mandato en el Tribunal.

Siguiendo con el tema del Tribunal de Cuentas, es importante señalar que, en el paradigma portugués, no existen salvaguardias de ningún tipo contra las consecuencias de la inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos que podría derivarse de la responsabilidad establecida como resultado del control, ya que no existe legislación sobre el ejercicio de cargos políticos o públicos en la responsabilidad financiera, al no ser competencia del Tribunal de Cuentas. De hecho, y de acuerdo con el apartado 2 del Régimen para el Ejercicio de Funciones por los Titulares de Cargos Políticos y Altos Cargos Públicos, el Tribunal de Cuentas y sus miembros no están incluidos en este régimen, y una vez más no están calificados como cargo político a los efectos de esta ley¹⁷.

4. Consideraciones finales

Antes de pasar a las conclusiones, es importante destacar un punto que se refiere al control judicial de las actuaciones de las Administraciones inde-

17. Ver artículo 2(1) del *Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Pùblicos*.

pendientes, dado que en Portugal existe un sistema de plena jurisdicción en el contexto del control judicial de las decisiones administrativas que implican sanciones. Fuera del ámbito sancionador, el control judicial no es de plena jurisdicción: es un control menos intenso, que generalmente respeta (deferencia) las decisiones discrecionales y técnicas de las agencias reguladoras.

Para concluir este artículo, es importante presentar un conjunto de conclusiones a las que hemos llegado, que nos permiten efectivamente comprender la naturaleza del Tribunal de Cuentas portugués, así como su funcionamiento y sus excepciones.

De entrada, podemos concluir que, aunque existe una excepción (en lo que se refiere al diseño de los visados), el Tribunal de Cuentas portugués puede considerarse efectivamente un órgano colegiado.

En cuanto a las garantías que protegen la situación jurídica de las personas sometidas a control, podemos ver que en la legislación portuguesa las tenemos todas, aunque en el caso del doble grado de jurisdicción hay quien dice que puede no existir. Sin embargo, en palabras del Dr. António Cluny: “[...] y en relación con lo que la Constitución de la República Portuguesa (CRP) consagra el principio del doble grado de jurisdicción, es decir, el derecho de recurso, como parte del núcleo esencial del derecho de Acceso a la Justicia, previsto en el artículo 20 de la CRP”¹⁸.

También hemos visto que este Tribunal acaba siendo especial, ya que tiene un aspecto de colaboración. De hecho, la Asamblea de la República puede exigir dos auditorías al año de determinados sectores u organizaciones, y el Tribunal no puede rechazarlas. Sin embargo, como ya hemos dicho, siempre goza de total independencia en el ejercicio de su mandato.

A través del derecho comparado con el caso español, también hemos podido establecer otra distinción importante entre el caso portugués y el español, ya que si se da la situación de que el tribunal encuentra pruebas contundentes de responsabilidad patrimonial, pero decide que la responsabilidad patrimonial debe ser ignorada en ese caso concreto (y no lleva el caso a juicio), y el Ministerio Fiscal está de acuerdo, en el caso portugués no hay forma de proseguir el caso, a no ser que el propio particular lo demande. Sin embargo, en España es posible solicitar la apertura del procedimiento mediante una acción popular.

18. Resolución n.º 475/2019 del Tribunal Constitucional Portugués, de 25 de septiembre de 2019.

Pero hay que destacar que existe un gran inconveniente, ya que esta acción popular puede someter a un indicio de sospecha a alguien que puede no ser culpable, y la elección del *timing* puede tener efectos muy graves, ya que el individuo puede no ser realmente culpable y su vida personal puede sufrir importantes consecuencias.

5. Bibliografía

- Alves, J. (2013). Auditoria no Sector Público: uma análise ao sistema português. *Lusíada. Economia & Empresa. Lisboa*, 16, 75-104.
- Carvalho, A. y Casal, R. (2011). El papel del Tribunal de Cuentas en el proceso de “accountability”: un estudio empírico aplicado a los municipios portugueses. *Congresso AECA*, Granada, Espanha, 16.
- Costa, P. (2012). *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra. Tese de doutoramento. Disponible en <http://hdl.handle.net/10316/21154>.
- Costa Gonçalves, P. (2019). *Manual de Direito Administrativo, I*. Coimbra: Almedina.
- Glynn, J. (1985). Value for Money Auditing-An International Review and Comparison. *Financial Accountability & Management*, 1 (2), 113-128.
- Gomes Canotilho, J. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada* (4.^a ed., v. 1, pp. 1121-1122). Coimbra: Coimbra Ed.
- Lavouras, M. (2022). O Controlo da Execução Orçamental. *Sumário Desenvolvido (2022/2023)*.
- Martins, G. (2006). A reforma do Tribunal de Contas em 2006. *Revista do Tribunal de Contas*, 46, 27-62.
- (2012). O Tribunal de Contas como jurisdição completa. En J. Miranda (ed.). *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles* (v. I, pp. 633-648). Coimbra: Almedina.
- Montesinos, V. y Benito, B. (1999). La auditoría de las entidades públicas ante la Unión Económica y Monetaria. *Actualidad Financiera*, 4 (3), 67-84.
- Moreira, V. (2000). O Tribunal de Contas e a Reforma da Administração Pública. En A. J. de Sousa (dir.). *Comemorações dos 150 anos de Tribunal de Contas*. Lisboa: Tribunal de Contas.
- Moreno, C. (2006). *Finanças públicas. Gestão, Controlo e Auditoria dos Dinheiros Públicos* (3.^a ed.). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa.
- Oszlak, O. (2003). ¿Responsabilización o responsabilidad?: el sujeto y el objeto de un estado responsable. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* (Panamá), 28-31.
- Perks, R. (1993). *Accounting and Society*. London: Chapman Hall.

- Sinclair, A. (1995). The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses. *Accounting, Organizations and Society*, 20 (2/3), 219-237.
- Steccolini, I. (2004). Is the annual report an accountability medium? An Empirical investigation into Italian Local Governments. *Financial Accountability & Management*, 327-350.
- Tavares, J. (1996). Sistema nacional de controlo: controlo interno e controlo externo. *Revista do Tribunal de Contas*, 26, 65 y ss.
- Vallès Vives, F. (2003). *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*. Madrid: CEPC.

CONCLUSIONES DE LAS MESAS TEMÁTICAS DE DISCUSIÓN

Conclusiones sobre los aspectos institucionales y orgánicos del control económico-financiero de los recursos públicos

Gianluca Gardini

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Ferrara (Italia)

No es fácil sacar conclusiones inequívocas de las numerosas y valiosas aportaciones de los expertos de los distintos países en referencia a los “aspectos institucionales y orgánicos del control económico-financiero sobre la gestión de los recursos públicos”.

Sobre todo, la dificultad de resumir lo explicado por nuestros ilustres autores depende del hecho de que, en muchos perfiles institucionales, la disciplina en materia de control económico y financiero varía significativamente de un país a otro, mostrando algunos rasgos comunes y recurrentes, pero también muchas diversidades y divergencias que resultan difíciles de conciliar y sistematizar.

Partiendo de las cuestiones principales, sobre las cuales se pidió a los expertos nacionales que dieran una respuesta específica con referencia a su propio país, se puede observar lo siguiente:

- 1) El marco constitucional dentro del cual se inserta el control económico y financiero revela que en muchos países existe un órgano técnico, variamente llamado (Tribunal de Cuentas, Contraloría, *Corte dei Conti*, etc.), que lleva a cabo un control (sea o no judicial) de la gestión de los recursos públicos mediante la aplicación de la responsabilidad financiera de los gestores/administradores públicos y, al mismo tiempo, asiste al Parlamento en su misión de con-

trol de la ejecución del presupuesto, mediante informes. Este es el caso, por ejemplo, de Francia, según el artículo 47-2 de la Constitución, e Italia, cuyo art. 100 de la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas la condición de organismo con relevancia constitucional que informa directamente al Parlamento sobre el resultado de la verificación realizada, y, por supuesto, de España (art. 136 CE); pero también de Estados federales, como Brasil, donde el artículo 71 de la Constitución establece las funciones del Tribunal de Cuentas de la Federación (TCU), y Argentina, con su Auditoría General de la Nación (AGN), incorporada al texto constitucional en 1994.

Junto a este tipo de control externo, a través de un órgano con amplia garantía de independencia, todos los sistemas nacionales también contemplan controles administrativos (control del contable público, control presupuestario; control interno de las Administraciones sobre su propia acción financiaría; control estatal a través del Prefecto) que básicamente tienen finalidad interna de comprobar la regularidad de las operaciones de ingresos y gastos efectuadas por los administradores, así como de autocorrección de la gestión pública. No faltan experiencias donde este tipo de control administrativo interno también coadyuva y proporciona informaciones útiles para activar el sucesivo control externo y judicial.

La posibilidad de impugnar/revisar las decisiones de los tribunales de cuentas frente al juez ordinario o administrativo, en todo caso, es un indicador de la naturaleza administrativa de las decisiones que toman estos organismos, que evidentemente no pueden considerarse sentencias en el sentido estricto.

Al revés, la naturaleza jurisdiccional de unos organismos nacionales de control se deriva de su capacidad de levantar cuestiones de violación del derecho europeo frente a la Corte de Justicia UE/frente al Tribunal Constitucional nacional, típica de órganos equipados con funciones juzgantes en sentido propio.

- 2) En la mayoría de los países examinados, el control judicial de la contabilidad está previsto por disposiciones constitucionales como forma de asistencia al Parlamento y al Gobierno en el control de la aplicación de las leyes de finanzas, así como en la evaluación de las políticas públicas. Normalmente, los órganos de control tienen personalidad jurídica, como consecuencia de su relevancia constitucional. En muchos casos el control contable está articulado en oficinas regionales, de carácter jurisdiccional (como por ejemplo en Italia) o de carácter puramente administrativo, como por ejemplo en España y Francia. En muchos países, de hecho, el principio de

equilibrio presupuestario y sostenibilidad de la deuda pública en la Constitución obliga también a las regiones y los entes locales a garantizar el equilibrio entre ingresos y gastos.

- 3) En cuanto a la relación con el poder público, central o descentralizado, cuando el control económico y financiero es ejercido por tribunales independientes e imparciales, dotados de funciones jurisdiccionales, los miembros del Tribunal son magistrados y su independencia del control económico y financiero de los poderes legislativo y ejecutivo está garantizada constitucionalmente, según el principio de independencia de la jurisdicción. En ese caso los miembros del Tribunal de Cuentas son magistrados, y por lo tanto son inamovibles. Además de esto, el Tribunal de Cuentas también está sujeto a la obligación de imparcialidad, a garantía de los derechos de las partes.
Unas cuantas garantías de independencia e imparcialidad se aplican también a los organismos de control financiero que tienen naturaleza administrativa, dado el carácter eminentemente técnico y neutro de la función ejercida. En todo caso, siempre están previstos deberes de información/colaboración con el poder legislativo y ejecutivo, en el respeto de las distintas posiciones institucionales y en la perspectiva de un interés general en la regularidad contable y presupuestaria.
- 4) Con referencia a la estructura formal del control económico y financiero y al método de nombramiento, se nota que en la mayoría de los países examinados el Tribunal de Cuentas (según las distintas denominaciones) es más bien un órgano colegiado, y solo en una minoría de países se trata de un órgano unipersonal (Contralor General, elegido por el Congreso de la República, en Colombia). El método de nombramiento del órgano de control se funda principalmente sobre criterios técnicos (concurso meritocrático), aunque hay casos de nómina política/de confianza de sus miembros (todos o una parte).
- 5) En todas las experiencias examinadas se destacan distintos tipos de controles: interno (gubernamental) y externo (Parlamento, Tribunal de Cuentas); previo, concurrente, sucesivo. Ciertamente notamos la tendencia, recurrente en diversas experiencias nacionales, a atenuar los controles preventivos (*ex ante*) de legalidad/regularidad financiera en favor de un control posterior (*ex post*) de gestión/resultados, también gracias al impulso dado a este tipo de con-

trol por la llamada doctrina del *New public management*; hasta el punto de que, en algunos países (como por ejemplo en Francia), se asume que la eficacia de la acción pública no puede frenarse a pesar de sus irregularidades, en coherencia con el desarrollo de un sistema de gestión pública basado en los resultados.

- 6) El control económico y financiero implica una amplia variedad de poderes atribuidos de los organismos controladores: poder reglamentario, de supervisión, sancionador. En general, la mayoría de los países comparten el criterio de separación entre las actividades de control y el ejercicio de la acción de responsabilidad, que normalmente es llevada a cabo por sujetos (magistrados o funcionarios) distintos de los que han detectado las infracciones contables. Esta separación funcional se puede realizar también a través de la organización/repartición en distintas secciones (control/jurisdicción) del Tribunal de Cuentas (como en Italia, por ejemplo, y en Francia, después de la institución de la nueva División Jurídica del Tribunal de Cuentas). Las consecuencias de los controles son muy variables, y la responsabilidad que se establezca fruto del control puede implicar tanto medidas patrimoniales de reparación como inhabilitación del ejercicio de derechos políticos. Por lo tanto, hay que prestar mucha atención a la imparcialidad objetiva, así como a las garantías procesales que los tribunales de cuentas observan al evaluar la indebida administración del patrimonio público y para obtener la reparación de los daños causados. También, hay que considerar ventajas y desventajas en el uso de las recomendaciones por parte de los órganos de control, actos de *moral suasion* que no tienen fuerza vinculante y coercitiva, pero sí tienen fuerza conformativa para las Administraciones sin generar miedos a las decisiones administrativas.
- 7) En la mayoría de los países examinados se nota la presencia de controles sectoriales ejercidos por Administraciones independientes (p. ej., *antitrust*, servicios públicos, etc.), que pueden sobreponerse en su actividad, con riesgos de solapamiento, a los controles de los tribunales de cuentas. Normalmente hay una extensión del sindicado del juez administrativo sobre las decisiones (sanciones) de las Administraciones independientes, con situaciones variadas que muestran, por un lado, la voluntad de ejercer un control pleno (*full jurisdiction*), y, por otro lado, un fenómeno de deferencia hacia las elecciones “técnicas” de estas Administraciones independientes.

- 8) En cuanto a las garantías que protegen la posición jurídica de los sujetos pasivos del control, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay que distinguir entre órganos jurisdiccionales, a los que se aplican las garantías del juicio justo (*due process of law*), y órganos administrativos, que no ejercen funciones jurisdiccionales, y formalmente no están sujetos a las garantías procesuales. En Francia, por ejemplo, al procedimiento ante el Tribunal de Cuentas (*Cour des comptes*) se aplican las garantías del “*due process of law*” previstas por el artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos humanos; en cambio, como los tribunales regionales de cuentas no tienen poder sancionador, la aplicación de las normas del juicio justo no es evidente para ellos. En definitiva, la naturaleza jurisdiccional o administrativa del órgano de control es un elemento esencial para determinar el nivel de garantías procesales prestadas a los sujetos pasivos del juicio.
- 9) El modelo procedural/procesual de los controles puede ser a iniciativa de las partes (modelo dispositivo), que es típico del proceso civil y del contencioso-administrativo, o de oficio (modelo inquisitorio), que es típico del proceso penal. Del modelo depende la posibilidad de una acción de control que procede autónomamente, a pesar de las denuncias y del interés de la propia Administración por encontrar a los responsables de ilícitos cometidos contra ella. En muchos casos, las reglas aplicables a los procesos de responsabilidad administrativa siguen planteando problemas, por falta de claridad de la legislación o por dudas en relación con la aplicabilidad de las reglas de garantías típicas de los juicios civiles.
- 10) Las diferentes experiencias nacionales están unidas por un miedo generalizado a los controles de oficio (fiscales), que a menudo va acompañado de un fenómeno generalizado de fuga de la firma y de la decisión administrativa (la llamada administración defensiva). Esta es la razón que ha llevado a algunos países (véase Italia) a introducir importantes limitaciones de responsabilidad para quienes, mediante una conducta activa, hayan causado daños a los bienes públicos con un comportamiento no malicioso (incluso si se ha realizado con negligencia grave), o para limitar la responsabilidad casi exclusivamente a las infracciones más graves (Francia).

Conclusiones sobre las peculiaridades del control económico-financiero en las Administraciones locales

Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

Una de las mesas de debate, cuya moderación me correspondió, tuvo como objeto específicamente el examen del control económico-financiero con una mirada desde la Administración local. En concreto, se trató de identificar las peculiaridades de este tipo de control en relación con esta clase de Administraciones públicas.

Pueden aquí reproducirse, sin duda, algunas de las conclusiones que son comunes a todos los estudios transversales y que, en apretada síntesis, tienen que ver con la existencia de culturas administrativas distintas en los países participantes en la Red y, fruto de ello, en las diversas formas de abordar los temas. La lectura de las contribuciones nacionales dan fe de ello.

La diversidad consustancial en los modelos analizados dificulta la realización de un estudio comparado hasta el punto de convertir ese objetivo en un reto notable. Las regulaciones y prácticas nacionales varían significativamente en atención al país mostrando rasgos comunes, pero también relevantes divergencias que son difícilmente conciliables y que, a menudo, se resisten a una sistematización.

En relación con la cuestión objeto de la mesa de debate que aquí nos ocupa, el reto indicado se agranda ante la constatación de la muy diferente posición y configuración jurídica de la Administración local en cada país participante. Por ello, como presupuesto, para facilitar la comprensión del

lector, los informes nacionales parten de una breve descripción de su respectivo modelo de organización territorial del poder público. En efecto, para comprender el alcance del control económico-financiero sobre las entidades locales es necesario previamente conocer cuál es la posición que les corresponde dentro de la organización territorial del poder en su conjunto, su incardinación dentro de los niveles territoriales de gobierno y, sobre todo, las características constitucionales principales que configuran su posición, como son el tipo de legitimación que ostentan (así, legitimación democrática directa o bien indirecta) y si tienen o no reconocida y garantizada una verdadera autonomía.

Como se afirma expresamente en el informe español, es el peculiar régimen de las Administraciones locales lo que explica la singular posición que ocupan este tipo de entidades respecto al control económico-financiero, en el caso de ese país, en relación con los tribunales de cuentas central (estatal) y autonómicos (regionales). En esta misma dirección, la relatoría general subraya que es la dimensión local del control económico-financiero de las Administraciones la que ha puesto de relieve más diversidad de los modelos presentados. Cosa nada sorprendente dada la gran variedad de modelos de organización territorial en los países participantes: desde fórmulas federales, no idénticas todas ellas, hasta sistemas centralistas y otros modelos intermedios de corte regionalista. La posición jurídica de las Administraciones locales y la posibilidad de controles de todo tipo sobre ellos, también económico-financiero, son muy distintas en atención a esta variable. Así, el informe brasileño subraya la mayor complejidad del control económico-financiero cuando la estructura territorial de Estado es fuertemente descentralizada. Como es el caso claro de Brasil, ya que su marco constitucional prevé una división del poder entre la Unión, los estados miembros, los municipios y el Distrito Federal, otorgando autonomía política, financiera y administrativa a cada nivel. Ahora bien, correctamente se advierte que esta descentralización competencial trae consigo la necesidad de un control riguroso de la actividad financiera, a pesar de que dicho control constituya un desafío complejo y multifacético.

En el momento inicial de comienzo de los trabajos, se indicó a los expertos nacionales un conjunto de cuestiones que, en el caso de que lo estimaran relevante en su país, podían ser abordadas en sus respectivos informes. Usaremos esas temáticas como guía para hilvanar algunas reflexiones que, en nuestra opinión, sirven de orientación para la lectura de dichos informes y, si un lector interesado se anima, para una profundización de la investigación en cada uno de los modelos nacionales:

1. La existencia de peculiaridades en el control económico-financiero de las Administraciones locales. Es común a todos los modelos que este tipo de control se extienda al conjunto de Administraciones públicas. Ahora bien, es de interés averiguar si el control presenta singularidades cuando el sujeto controlado es específicamente una entidad integrante del nivel administrativo local. El examen debe realizarse, claro está, tomando como comparación el control realizado al resto de Administraciones de nivel territorial superior, esto es, la estatal y regionales.

Como era de esperar, los informes revelan un tratamiento diferenciado. Incluso ciertas tensiones internas dentro de un mismo modelo. Así, por ejemplo, en el caso de Brasil, el informe nacional destaca que los requisitos para la supervisión financiera de las entidades locales, incluso en el caso de los municipios pequeños, son los mismos que para las entidades estatales y nacionales. Ahora bien, tal afirmación se complementa con el reconocimiento de la existencia de una especificidad en el nivel local en el sistema de control interno cuando se centra en la supervisión financiera presupuestaria y contable, ya que esa supervisión, cuando se trata de municipios, es ejecutada por la cámara legislativa municipal, mediante el control externo y mediante los sistemas de control interno del poder ejecutivo municipal.

2. La aplicación del principio de uniformidad en el control económico-financiero de las Administraciones locales. Aunque en grados diferentes según el país, es nota común que existe una diversidad notable dentro de las Administraciones locales en cada ordenamiento jurídico, esto es, tanto en la tipología de estas Administraciones como entre las concretas Administraciones que integran cada tipo de Administración local. Ejemplo claro de ello es la coexistencia de municipios pequeños, habitualmente de corte rural, junto a otros que responden a grandes aglomeraciones urbanas. Pues bien, es conveniente averiguar si el control económico-financiero de que son objeto estas entidades locales es el mismo en todo caso (uniformidad), o bien están previstas diferencias en el control como respuesta a las diferencias reales entre esas entidades (diversidad). En especial, si las exigencias del control son las mismas cuando estamos en presencia de Administraciones locales de muy pequeño tamaño y carentes de la capacidad de gestión necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

En este punto, es particularmente de interés el informe español. A pesar de la constatación de una gran diversidad entre las Administraciones locales de España, el informe subraya que el control externo sobre ellas se regula de manera uniforme. Esta uniformidad, por lo demás, es una realidad bastante común en España respecto a la regulación de este tipo de entida-

des, lo que no deja de resultar disfuncional en muchas ocasiones y, por lo tanto, un problema pendiente de solución. Ejemplo de esta disfuncionalidad es la exigencia de rendición de cuentas, dentro de unos plazos determinados, a los entes locales. Se incumple esta obligación de manera reiterada y muy significativa. Ello ha llevado a que se prevean mecanismos incisivos para forzar el cumplimiento (entre otros, la retención de la participación de las entidades locales en tributos, la posibilidad de multas coercitivas o la calificación de esta conducta como una infracción). Pero sería razonable que, a la hora de imponer este tipo de obligaciones y exigir su cumplimiento, se tuviera en cuenta la realidad de la diversidad de los entes locales y, en particular, la existencia de muchos de ellos con una insuficiente capacidad de gestión. Por ejemplo, debería preverse de manera más clara que, para el cumplimiento de estas obligaciones, los municipios, especialmente los más pequeños y medianos, cuenten con la asistencia de entidades territoriales superiores (en España, de la provincia o bien de la isla).

3. La determinación del organismo de control económico-financiero sobre las Administraciones locales. Esta labor debe valorarse, al menos, desde un doble punto de vista. En primer término, identificando el nivel territorial de gobierno en el que se integra el organismo de control (el estatal, el regional o bien el propio local). Y, en segundo lugar, averiguando si ese organismo de control es específico y exclusivo para las Administraciones locales o bien es compartido con otras Administraciones territorialmente superiores (regionales o estatal).

Las realidades nacionales son muy distintas y no siempre, al parecer, coherentes con el modelo de organización territorial del poder diseñado en sus respectivos textos constitucionales. Así, en Italia, el control corresponde en exclusiva al tribunal de cuentas estatal, excluyendo cualquier espacio al legislador regional, si bien es cierto que, en el contexto de una importante transformación a lo largo del tiempo, esa entidad se organiza territorialmente en secciones regionales y una específica de entidades locales. En España, en cambio, las Administraciones locales están sujetas a un doble control: del tribunal de cuentas estatal y del órgano de control externo que pueda existir en su comunidad autónoma, si bien debe tenerse presente que el control jurisdiccional es exclusivo del tribunal de cuentas estatal. Todo ello según doctrina establecida clara y expresamente por el Tribunal Constitucional español. Cambiando de continente, en Brasil, coexisten un tribunal de cuentas federal, varios tribunales de cuentas estatales y otros municipales. Los estatales controlan las cuentas del estado miembro y también de los municipios cuando no existan tribunales específicos en ellos. Por último, particular interés presenta el sistema colombiano. Su Constitución, en línea con el

principio de descentralización, diseñó un modelo de control fiscal para los territorios a partir de la creación de contralorías territoriales, que coexisten con la Contraloría General de la República. El precepto constitucional autorizó a los concejos distritales y municipales y a las asambleas departamentales para que ellas crearan, en sus respectivas entidades territoriales, contralorías como organismos técnicos dotados de autonomía administrativa y presupuestaria. Las contralorías territoriales tienen constitucionalmente garantizada autonomía, pero lo cierto es que modificaciones legislativas posteriores han incrementado las facultades de la Contraloría General en relación con las territoriales. Así, por ejemplo, entre otras manifestaciones, se ha establecido una competencia prevalente de la Contraloría General para realizar la evaluación de la gestión fiscal y control respectivo sobre entidades locales; corresponde al Contralor General dictar normas generales para que se garantice la armonización de los sistemas de control fiscal, tanto del orden nacional como territorial; y se ha habilitado al Contralor General a intervenir, en casos excepcionales, en las funciones de control y vigilancia de las contralorías territoriales. En virtud de la aplicación del principio de prevalencia, cuando la Contraloría General inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso. En definitiva, hay en Colombia una progresiva limitación de la autonomía de las contralorías territoriales. Puede concluirse, por tanto, a la vista de lo expuesto, que las contralorías territoriales no cuentan con la suficiente autonomía y pueden verse coartadas en su independencia técnica. Son expresiones de ello, entre otras, las siguientes: su labor puede ser intervenida con diferentes instrumentos, inclusive apelando a facultades discrecionales, en las cuales el Contralor General tiene amplio manejo; es posible que la Contraloría General intervenga mediante agentes el ejercicio de las funciones de las contralorías territoriales, haciendo que ellas sean susceptibles de ser reemplazadas en el ejercicio ordinario de sus funciones, pudiendo incluso ordenar medidas de tipo administrativo interno; y, en todo caso, la Contraloría General cuenta con la posibilidad de asumir el control fiscal preferente, instrumento que puede vaciar de contenido funcional a las contralorías territoriales.

4. Incidencia del control económico-financiero sobre la autonomía local. Es relevante estudiar el impacto que este tipo de control tiene sobre la autonomía reconocida y garantizada a la Administración local. Especialmente cuando el organismo de control se integre en un nivel de gobierno territorialmente superior (estatal o regional), que es lo más habitual. Surgen aquí múltiples dudas como, por ejemplo, si el ordenamiento jurídico nacional prevé mecanismos para lograr la ejecución forzosa de la decisión del organismo de control en caso de resistencia al cumplimiento por la entidad local controlada.

Esta es una cuestión que ha sido objeto de especial atención en algunos informes nacionales. Destacando, en este punto, el informe alemán. De manera detallada se describe la autonomía local y la configuración de los tribunales de cuentas en aquel país, que, a pesar de pertenecer al ejecutivo, son independientes. En realidad, formalmente no pueden ser calificados de tribunales ni en sentido formal ni material. Además, algunos estados federados no prevén ningún control de los municipios por el tribunal de cuentas estatal, sino que han creado una autoridad especial estatal de comprobación. En el caso de Italia, para que el tribunal de cuentas pueda realizar su control sobre las entidades locales se le ha dotado de amplios y penetrantes poderes de investigación, que incluyen también la posibilidad de realizar y ordenar investigaciones directas. Esta ampliación del control de gestión sobre las autonomías territoriales, locales y regionales, fue considerada legítima por el Tribunal Constitucional y no contraria a su autonomía, a la luz de la calificación del tribunal de cuentas como organismo independiente, al servicio no del Gobierno nacional, sino del Estado-Comunidad. En España, la existencia de un doble control externo, estatal y autonómico (regional), sobre los entes locales ha planteado también su compatibilidad con el respeto del principio de autonomía local. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera expresa sobre este punto, admitiendo la compatibilidad, pero fijando al mismo tiempo el alcance de este control y sus límites. En concreto, ha recordado la Corte Constitucional española que la autonomía local es compatible con la existencia de un control de legalidad, pero no con controles genéricos o indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia casi jerárquica respecto de la Administración territorialmente superior (estatal o regional), sino que deben ser controles de carácter concreto, que deberán referirse normalmente a supuestos en los que el ejercicio de las competencias de la entidad local incida en intereses generales concurrentes con los de aquéllos. Por terminar, el informe nacional de Brasil destaca que la autonomía financiera es de importancia fundamental para los municipios, constitucionalmente garantizada, de manera que se les asegura la capacidad de gestionar sus recursos de forma independiente. Ahora bien, esta autonomía no debe interpretarse como un cheque en blanco para la gestión de los recursos públicos. En consecuencia, la Administración pública, en todos sus niveles, también en el nivel municipal, está sujeta a rigurosos controles para asegurar la transparencia, eficiencia y responsabilidad en la aplicación de los recursos.

Conclusiones sobre la responsabilidad y reparación por la indebida administración de los recursos públicos

Andrés Fernando Ospina Garzón

Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Para uno de los fundadores de la sociología jurídica, Émile Durkheim: “En las sociedades primitivas [...] el derecho es enteramente penal [...]"1. “La historia muestra, en efecto, que, de una manera regular, el derecho administrativo se encuentra más desarrollado en las sociedades que pertenecen a un tipo más elevado; por el contrario, mientras más nos vamos a los orígenes, éste es más rudimentario”². No obstante, el derecho administrativo sería un estado intermedio hacia el derecho más evolucionado: aquel preocupado, esencialmente, por el acuerdo de voluntades y por la reparación de los perjuicios. Pero la referencia al derecho penal no es nominal. En realidad, se refiere a que, frente a los problemas, se ejerce el poder punitivo del Estado, en lugar de otro tipo de medidas. De esta manera, frente a la mala administración de los recursos y fondos públicos, pareciera que la respuesta más evolucionada no es el reproche, sino el reintegro o la reparación de los perjuicios. A la vez, se trataría de la medida más adecuada para desincentivar la corrupción, ya que, en principio, lo que más duele al corrupto no es la sanción, ni siquiera cuando se trata de la privación de la libertad o de sus derechos políticos, sino que se le prive del incentivo y fruto de su actuación: el dinero.

1. Durkheim, É. (1893). *De la division du travail social. Livre I.* Versión digital disponible en http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/division_du_travail/division_travail_1.pdf (ver p. 78).

2. *Ibidem*, p. 119.

Pero es allí, justamente, en donde cumple su finalidad el derecho comparado: permite dudar de las ideas previas, al mostrar que instrumentos jurídicos diferentes pueden ser igual o más efectivos. Así, contrasta la situación colombiana y española, en donde se prevé un mecanismo fuerte para que los gestores del patrimonio público comprometan su responsabilidad personal con el fin de reparar los daños que causaron, frente al derecho francés, en donde dichos instrumentos existían, pero no se usaban y, recientemente, terminaron por ser suprimidos.

Para intentar algunas conclusiones comparadas, que resulten comprensibles, se analizarán los siguientes elementos: (1) los sujetos que podrían ser responsables, (2) las vías o mecanismos previstos, (3) si se trata de una reparación de perjuicios o de una sanción, (4) cuál es la causa que activa dicha responsabilidad y, finalmente, (5) si se exige una cualificación del comportamiento para dar lugar a la responsabilidad personal del agente del patrimonio público.

1) En lo relativo a los sujetos, se encuentran dos grupos: unos países que, de manera amplia, definen los sujetos pasivos de la responsabilidad por daños al patrimonio público. Allí se encuentra Brasil, en donde, de acuerdo con la ley de improbadidad, se incluye a todo agente público e, incluso, al particular que induzca o contribuya con el acto de improbadidad. En Chile, se trata del cuentadante, es decir, todo funcionario que administre, reciba, custodie, administre o pague con recursos financieros públicos, entendidos como dinero público. Esto significa que esta responsabilidad no se predica respecto de cualquier bien del Estado, sino únicamente frente a dinero público. Allí se prevé que existe responsabilidad solidaria entre oficiales de presupuestos y su jefatura, pero también los particulares que gestionan dichos recursos. También se incluye a los particulares que, no obstante no ejercer funciones públicas, causen daños al patrimonio público, de conformidad con el Código Civil. En España, son sujetos pasivos los funcionarios del sector público y las personas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público. Expresamente se dispone que son responsables los principales, sus subsidiarios y los causahabientes. Finalmente, de manera exótica, se incluye a los partidos políticos. En el segundo grupo, de definición más restringida de sujetos pasivos, se encuentra Francia, en donde, a partir de 2022, se limita al contable público y a los administradores. En Italia, inicialmente esta responsabilidad recaía únicamente sobre los miembros políticos y los empleados públicos, pero, a partir del año 2004, se ha ampliado por la naturaleza de los recursos a los gerentes de empresas y sociedades públicas (criterio objetivo basado en la naturaleza del recurso) e, incluso, respecto de los receptores privados de fondos públicos. Finalmente, en Colombia, el sujeto es el gestor fiscal, categoría transversal que reúne a

cualquier servidor público, incluidos los de elección popular y los particulares, que administren, gestionen o custodien recursos, fondos públicos e, incluso, bienes del Estado. Allí no se incluye a los particulares que, sin ser gestores fiscales, causan daños a los bienes del Estado, ni a los particulares que reciben subvenciones públicas.

2) Acerca de las vías o mecanismos previstos, existe un sistema en el que la Administración demanda a sus agentes ante los jueces civiles, como ocurre en Perú. En Brasil se cuenta con un arsenal de mecanismos, tales como la acción civil de reparación de daños al erario (se prevé, alternativamente, la condena a reparar los perjuicios al patrimonio público o la pérdida o reversión de los bienes adquiridos ilícitamente), la acción de reembolso del tesoro público, incoada por el Ministerio Público, por daños al patrimonio público que resulten de actos ilícitos, y la acción civil pública, también interpuesta por el Ministerio Público o por otras entidades públicas, si hay lesión a un interés difuso. Ahora bien, si hay irregularidad en las cuentas públicas, puede haber un proceso administrativo contable ante el Tribunal brasileño de cuentas. Resulta interesante que la ley brasileña prevea la prevalencia de la sentencia penal, en lo que concierne a la existencia misma de los hechos, al determinar que las decisiones civiles o administrativas no podrán contrariar la sentencia penal en la conclusión fáctica.

También existen sistemas en los que, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, las cortes o tribunales de cuentas establecen dicha responsabilidad civil. Así, en Italia, el mecanismo es la acción ejercida por el Fiscal General del Tribunal de Cuentas, para ser decidida por el Tribunal de Cuentas. En Chile, se trata del juzgamiento de cuentas o juicio de cuentas ante el Tribunal de Cuentas, con funciones jurisdiccionales, ubicado dentro de la Contraloría General de la Nación. De manera paralela, puede intentarse la responsabilidad civil ante los jueces ordinarios. También existe la posibilidad de sancionar por la gestión indebida de los recursos financieros públicos, y dichas sanciones van desde censura o reproche por escrito hasta multa y suspensión o destitución. En España, el Tribunal de cuentas establece la responsabilidad contable o *función jurisdiccional* mediante dos procesos: el proceso de reintegro por alcance o malversación y el juicio de cuentas para todos los eventos donde no hay malversación. El alcance es desembolso de dinero público sin justificación, falta de rendición de cuentas, no efectuar ingresos debidos, pagos indebidos, gastos sin crédito presupuestario, entre otros, y por eso, en la práctica, casi no se acude al juicio de cuentas. En Francia, antes de 2022, había dos vías, ambas centradas en la regularidad de la actuación, ante la Corte de Cuentas y ante tribunales regionales de cuentas. Pero estos mecanismos no eran eficaces. A partir de 2022, lo único que exis-

te es sanción por infracciones financieras por faltas graves que causen perjuicio financiero importante a la entidad pública. Tales sanciones son impuestas por la Corte de Cuentas (ya no tiene competencia la Corte de disciplina presupuestal y financiera). Finalmente, en Colombia, como un mecanismo de autotutela administrativa, las contralorías, en ejercicio de una función administrativa, tramitan los juicios de responsabilidad fiscal, cuyo objeto único es la reparación del detrimento patrimonial o daños causados al patrimonio público. Dicha reparación de los daños también puede obtenerse por la vía penal (incidente de reparación integral de perjuicios), a la que debe acudirse, de manera obligatoria, si la vía administrativa prescribió.

3) Acerca de si se busca sancionar o reparar los perjuicios, el derecho brasileño presenta una situación en la que no existe una clara diferencia entre las sanciones y la reparación de perjuicios, ya que, aunque el experto refiere que se trata de sanciones, el artículo 3 de la Constitución brasileña habla del reembolso al erario; igualmente, hay sanciones cuya medida exacta es el detrimento al patrimonio público, y existen otras en las que la multa se mide en hasta veinticuatro veces el valor del beneficio obtenido y es posible disponer la pérdida del empleo y su inhabilitación hasta por catorce años. El derecho chileno mezcla, igualmente, mecanismos de reparación con instrumentos represivos, ante las superintendencias y ante la misma Contraloría. En Francia, como se indicó, actualmente se prevé únicamente la posibilidad de que la Corte de Cuentas imponga multas por infracciones graves. Dichas multas son menos graves que las que, en el pasado, imponía la Corte de disciplina presupuestal y financiera. En España, el mecanismo es resarcitorio de los daños evaluables económicamente. No obstante, respecto de los partidos políticos, se trata de una sanción de multa. Finalmente, en Colombia, el juicio de responsabilidad fiscal tiene una finalidad exclusivamente resarcitoria, aunque la condena genera la caducidad del contrato estatal que esté ejecutando el responsable fiscal, y el no pago de la condena a reparar perjuicios le inhabilita temporalmente para ejercer empleos públicos o celebrar contratos con la Administración.

4) La causa que activa la responsabilidad personal del agente del Estado se refiere, en la mayoría de los sistemas, al daño, como ocurre en Italia. En España, se trata del daño a los fondos públicos por cantidades que fueron perjudicadas, "alcanzadas" o malversadas. No obstante, se exige que ese daño resulte de una infracción presupuestaria o contable, es decir, hay un componente de ilicitud en el daño, que debe haber sido "contrario a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad". En Colombia, el daño (detrimento patrimonial) consiste en la merma, pérdida, extravío, disminución o malgasto de los recursos públicos, y debe resultar de una

gestión fiscal ineficaz, antieconómica o inefficiente, es decir, que esta responsabilidad no se limita a la ilicitud de la actuación. Si se constata que no hay daño o que fue plenamente reparado, cesa el juicio de responsabilidad fiscal, porque agota su objeto. En Francia, antes de 2022, el contable público respondía por ingresos no recaudados o pagos irregulares y era muy estricto, sin que fuera relevante si se causó o no un perjuicio a la entidad pública. A partir de la reforma que entró a regir en 2022 se redujo esta responsabilidad porque el control recae únicamente sobre actividades de alto riesgo y solamente se predica de las faltas graves. Se redujeron sustancialmente los controles y se dio mayor libertad en el manejo de lo público. Por ello, la responsabilidad dejó de centrarse en la regularidad financiera y se preocupó por los resultados (responsabilidad “managerial”). Se pretende conciliar regularidad con incentivos para la eficacia en la gestión, permitiendo, así, que se asuman riesgos. Por eso, solamente hay sanciones cuando hay perjuicio grave y la falta es igualmente grave. Finalmente, el derecho brasileño hace énfasis en la corrupción, por lo que la ley de improbadidad de 1992, modificada en 2021, centró esta responsabilidad en la falta de moralidad pública y definió cuatro causas de responsabilidad: el enriquecimiento ilícito, los actos que causan pérdidas al erario, la aplicación indebida de beneficios económicos o tributarios y la violación de los principios del derecho público. Se trata de nociones tan amplias que, necesariamente, no se limitan a eventos de corrupción, concepto que es, igualmente, indeterminado.

5) Finalmente, en lo que concierne a la cualificación del comportamiento o elemento subjetivo de la responsabilidad, el derecho italiano exige que el daño haya sido causado de manera dolosa. En España, se exige dolo, culpa o negligencia graves. En Colombia, dolo o culpa grave; en Chile, dolo o culpa, y en Brasil, aunque no se exige un elemento subjetivo, cuando se demuestra el dolo las sanciones son más graves. La cualificación del comportamiento no transforma esta responsabilidad civil en un instrumento sancionatorio, sino que protege a los agentes, al determinar un estándar alto para que se comprometa la responsabilidad personal con su propio patrimonio, y, por lo tanto, el análisis del dolo y la culpa no cumple una función de reproche o de desvalor, sino que permite abrir la puerta a este tipo de responsabilidad.

En suma, aunque existen elementos comunes en la responsabilidad personal por daños al patrimonio público, lo cierto es que la historia y el contexto de cada país son los únicos elementos que permiten evaluar si se trata de un instrumento adecuado o no para el objetivo común: proteger eficazmente el patrimonio público, como un fin de interés general.

Conclusiones sobre el presente y futuro del control económico-financiero de los recursos públicos

Raúl Letelier Wartenberg

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile y presidente del Consejo de Defensa del Estado

Cuando se analizan las perspectivas de futuro que diversos países tienen sobre el control de la gestión del patrimonio público, ese análisis se estructura tanto en una suerte de valoración o crítica del estado actual de este control como en una revisión de las perspectivas con que cada país observa su propia capacidad de dar pasos adelante en la superación de esas críticas.

En este escenario todos los países manifiestan una clara valoración positiva de los diversos tipos de controles, internos o externos, que sus ordenamientos jurídicos poseen para vigilar la legalidad de la actuación administrativa de gestión del patrimonio público o de la corrección contable de esta.

No obstante, en el despliegue de ese control es bastante usual encontrar críticas más o menos compartidas a esos controles. Dos son las principales reflexiones críticas y dos, a su vez, las principales miradas o tendencias de superación futura de esas objeciones.

El indeterminado parámetro de control. La primera de las reflexiones críticas surge a propósito del tipo de parámetro que los órganos de control utilizan para realizar su evaluación. Los países observan con cierta cautela los riesgos de sustitución de la decisión controlada por parte de la entidad controladora. Todos ellos detectan inconvenientes de este tipo control con la estructura original de distribución de competencias técnicas entre órganos administrativos. Asignada una competencia técnica a un servicio público deben observarse con mucho cuidado las capacidades de los órganos de

control con el objeto de identificar las variables que, de acuerdo a la expertise de ese órgano, puede óptimamente controlar.

Este análisis se presenta en una época de la comprensión del derecho donde el análisis de juridicidad se hace con criterios técnicos como la eficiencia, la eficacia, la economía, la oportunidad o la proporcionalidad. Estos elementos, que antes formaban parte de análisis puramente técnicos, hoy se han juridificado y entran con facilidad en la revisión de entes que antes solo controlaban aspectos puramente normativos.

Esta inflación del control jurídico ha generado una tendencia ya general a la juridificación de aspectos débilmente reglados, pero que se someten al rasero de principios jurídicos indeterminados. Ello genera una presión en los órganos de control de tener que revisar toda denuncia, infracción o auditoría que se exhiba como aplicadora de uno de aquellos principios. Y genera también una suerte de empoderamiento a todo aquel que exija el cumplimiento de ese tipo de control.

La preocupación por la intervención en espacios de discrecionalidad administrativa se observó rápidamente en Perú con la creación de una cláusula legal de protección de la discrecionalidad administrativa en el texto original de la Cuarta DCF de la Ley N.º 29622. Dicha prevención surgió precisamente debido a los excesos cometidos en acciones de control por parte del principal órgano de control del gasto público, a saber, la Contraloría General de la República, además de otros órganos de auditoría interna. Ello mostró la preocupación peruana por proteger correctamente la separación de poderes. La misma protección se observa en Brasil cuando se protege la valoración subjetiva de la Administración, o mérito administrativo, de conformidad con el artículo 5.º, incisos XXXV y LXXIII, de la Constitución.

No obstante, diversas circunstancias han ido afectando esa idea de separación. Además de la ya indicada juridificación de conceptos económicos debe considerarse una continua imposición a los servicios públicos de deberes indeterminados de “lucha contra la corrupción”, lo que da apertura al control a cualquier actividad que pueda ser catalogada como tal, con toda la amplitud que dicho concepto trae consigo.

A los referidos riesgos, se suma que el desconocimiento técnico de los órganos de control (principalmente tribunales de cuentas) se profundiza al estar constituidos dichos órganos como simples ejecutores de un control jurídico, sus integrantes suelen estar protegidos con garantías de autonomía e independencia, lo que hace mucho más problemático el control no propiamente jurídico que realizan. De esta forma, la intromisión en aspectos de

pura decisión administrativa recibe la protección de una actividad similar a la de la jurisdicción.

Tanto es así que es habitual la crítica a que órganos jurisdiccionales controlan, en el marco de su *expertise* legal, el fondo de la acción, y, no en cambio, solo su regularidad normativa. Es lo que sucede con el Tribunal de Cuentas de Portugal, por ejemplo. O lo que se refiere en el caso argentino, con la siempre oscura diferenciación entre elementos discrecionales o reglados de la decisión administrativa.

La mirada de futuro en este escenario sigue en todos los países la línea de tratar —sin un éxito asegurado— de diferenciar de mejor manera los controles jurídicos de los propiamente de mérito.

En este punto cabe referir la interesante, aunque algo indeterminada, distinción francesa entre “control de gestión”, por un lado, y “control jurisdiccional”, por otro. Lo interesante de esta distinción es que, más que apuntar a una distinción de contenido categorial, apunta a un distinto efecto en el ejercicio de ellas. Mientras en el control de gestión el órgano de control (la Corte de Cuentas) puede realizar recomendaciones, en el jurisdiccional puede imponer sanciones, mas no anular los actos administrativos que controla. Esto da cuenta de un diseño propiamente funcional que no descansa en una categoría esencial, sino que es la disciplina de los efectos de aquellos lo que les otorga la denominación a las competencias del ente contralor. En el mismo sentido, algunos sistemas, aunque insisten en una suerte de deferencia técnica practicada por los órganos de control jurídico, tal como sucede en Portugal, parecen tener éxito cuando el tipo de control ejercido no se define como de plena jurisdicción, limitando de esa forma la incidencia práctica y efectiva de la decisión presuntamente jurisdiccional.

En el caso español, el Tribunal Supremo ha declarado de forma explícita que en el marco de un juicio de cuentas no puede revisarse la legalidad de un acto administrativo. Ello debe realizarse necesariamente en el proceso contencioso-administrativo respectivo. Esta distinción al menos ayuda a moldear los efectos del control —con cierta conciencia de sus posibles excesos— que ejerce un tribunal de cuentas.

Del mismo modo, y a propósito del control de legalidad que el Estado y las comunidades autónomas pueden realizar respecto de las entidades locales, el Tribunal Constitucional español ha mostrado la imposibilidad de que esos controles se estructuren sobre presupuestos genéricos o indeterminados, pues ello pondría a dichas entidades en una posición de subor-

dinación o de dependencia cuasijerárquica que no se corresponde con el diseño constitucional actual.

En Alemania, por su parte, los tribunales de cuentas examinan el presupuesto y la eficiencia del gasto, pero no pueden dar órdenes o adoptar medidas coactivas. Su informe se remite al Parlamento y al Gobierno estatal, lo que muestra la abstención de ese control de intervenir en los espacios de autonomía de cada ente local. La misma restricción aplica para la autoridad especial estatal de comprobación contable (*Sonderbehörde*). De esta forma, la única autoridad que puede adoptar medidas correctivas es la autoridad estatal de supervisión jurídica (*Kommunalaufsichtsbehörde*), dando cuenta de una clara intención de abordar el problema de la delimitación de los poderes de los órganos controladores. Tal como se indica en el informe alemán, “esta complicada estructura prevista legalmente protege a los municipios y asociaciones de municipios de intervenciones por las distintas autoridades estatales”.

Por su parte, ante los inconvenientes del control jurídico-contable que desarrollan los tribunales de cuentas no es de extrañar cierto énfasis en formas de control menos radicales y más respetuosas de los conocimientos técnicos de los servicios públicos. En el ámbito argentino, por ejemplo, se observa con especial relevancia el rol de control que posee la discusión y aprobación de los presupuestos de los servicios públicos. Este tipo de control permite una mayor sintonía entre las necesidades de los electores y la satisfacción de esas necesidades por los diversos órganos de la Administración del Estado. Todo ello de una forma más transparente y democrática de las acciones adoptadas por esos servicios. Lo mismo se observa en el caso chileno, en el que el Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos juegan un rol relevante en el marco de la confección de los presupuestos de los servicios públicos. En ese espacio, realizan una “supervigilancia técnica” de las oficinas presupuestarias de aquellos servicios. Y lo mismo realiza la comisión parlamentaria especial que revisa esos presupuestos.

El efecto secundario del control. La segunda de las reflexiones críticas surge a propósito de los efectos del desarrollo y ejecución de competencias de control en la actuación inmediata y posterior del órgano controlado.

Esta objeción posee una relevancia especialmente novedosa en los tiempos que corren. En efecto, no había sido habitual en la ciencia administrativa analizar la actuación de los órganos controlados, sujetos a un especial sistema de control, en el resto de su funcionamiento como ejecutores e implementadores de reglas jurídicas.

En efecto, diversos países han observado que el sometimiento a sistemas de control abiertos —esto es, de legitimación activa amplia y de objeto de control también amplio— produce en los órganos administrativos una especie de temor a la actuación, sobre todo en los casos en que la decisión de control va ligada a medidas disciplinarias, administrativas o incluso penales.

En dichos casos, los órganos administrativos se arriesgan a pasar de una Administración activa, que asume con iniciativa y espíritu proactivo su función implementadora, fiscalizadora y ejecutora de políticas públicas, a una Administración que actúa simplemente a la defensiva.

La preocupación por los efectos de una Administración defensiva —que en Brasil se denomina el “apagão das canetas” o apagón de las lapiceras con las cuales el funcionario, constantemente amenazado por el control, prefiere no tomar para decidir— es una cuestión con registro antiguo, aunque difuso. Tal como refiere el estudio francés, la virtual inexistencia de la responsabilidad financiera personal del funcionario derivaba, sin lugar a dudas, del miedo de Bonaparte a paralizar la acción de los administradores, y así, del Gobierno. El mismo temor quiso afrontarse con la llamada “garantía del funcionario”, que impedía la posibilidad de dirigir demandas contra los funcionarios por actos generados con ocasión del ejercicio de sus competencias.

De esta forma, comienzan nuevamente a analizarse racionalmente los efectos secundarios del control, abandonando con ello una perspectiva simplista que observa el control como esencialmente bueno y sustituyéndola por una mayormente funcional, que analiza con pragmatismo todos los efectos y variables que aquel control genera.

La mirada de futuro en este punto tiene su principal ejemplo en el caso francés. La solución francesa ha ido apostando por ir liberando los controles previos a la rendición de resultados bajo la promesa de que, una vez exhibidos esos resultados, el control se enfocaría en estos últimos y no ya tanto en el cumplimiento de pasos formales previos. Ello se hacía como una forma de avanzar hacia una evaluación general del actuar administrativo financiero, basado en resultados, que promueva que los gestores administrativos “asuman riesgos” precisamente para conseguir dichos resultados. Un control de resultados, de esta forma, iría asumiendo un protagonismo funcional, racionalizando correctamente el control de la regularidad procedural.

No obstante, todo parece indicar que los desafíos de un mayor y mejor control de resultados requieren una mejor dogmática y técnica de ese control, cuestión que hasta ahora no ha podido generarse en el ejemplo francés. Por de pronto, la solución francesa ha servido para racionalizar la revisión,

ofreciendo un control relevante solo a operaciones de alto riesgo o de irregularidades graves o manifiestas.

Una solución similar puede observarse en la tendencia bastante difundida de eliminar los controles preventivos a la actividad administrativa. En el caso chileno, se ha planteado constantemente quitarle a la Contraloría General de la República, órgano autónomo y de alta calidad técnica, su actual control preventivo de legalidad. Dicho control preventivo fue valorado de forma negativa en Colombia, debido a que ello permitía que el órgano de control “coadministrara” junto al servicio público respectivo, generándose una distorsión en el diseño del funcionamiento administrativo. Ello, sin embargo, tuvo algún margen de aceptación posterior, aunque con la expresa declaración de la Corte Constitucional de que el sistema de control no podía lesionar la separación de poderes y no podía transformar ese control preventivo en administración conjunta.

RELATORÍA GENERAL

El control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local

Rhita Bousta

Catedrática de Derecho Público en la Universidad de Lille.
Miembro referente “Francia” — RAICA

SUMARIO. **1. Palabras introductorias. 2. Culturas administrativas distintas y diversas formas de abordar el tema.** 2.1. Más allá de las normas: la forma de pensar la responsabilidad por daños relacionados con el control económico-financiero. 2.2. La dimensión local del control: una gama matizada de modelos. **3. Hacia una concepción común del control económico-financiero de las Administraciones públicas.** 3.1. Los principios rectores del control económico-financiero de las Administraciones públicas. 3.2. Buena administración y control económico-financiero de las Administraciones públicas.

1. Palabras introductorias

[...] la Universidad, en el sentido fundamental del término, permanece esencialmente idéntica a sí misma, ayer y hoy, en Francia, en Europa y en el mundo, independientemente del establecimiento específico, en el sentido administrativo, en el cual se encarna, aquí o allá. La Universidad —*unus y versus*— es, en efecto, una unidad, un todo, una comunidad ‘versada’ en el mismo lado, ‘una’ y ‘única’ contrariamente a *di-versus*: es una misma y única entidad formada por todos los universitarios, cualesquiera que sean sus diversidades personales —casi infinitas, y casi siempre afortunadas—¹.

1. Picard, E. (2009). *Le droit comparé est-il du droit ? Droit et Philosophie*, 1, 173. La traducción al castellano es nuestra. Versión original de la cita : “[...] l’université, au sens fondamental du terme, est toujours essentiellement identique à elle-même, hier et aujourd’hui, en France, en Europe et dans le monde, quel que soit l’établissement particulier, au sens administratif,

El primer encuentro de la Red Académica Internacional de Control de la Administración ilustra esta idea a la perfección. No solamente por la afortunada diversidad de pensamientos y culturas jurídicas de sus miembros referente y expertos, sino también por haber ilustrado, de forma tan enriquecedora, el interés de la metodología comparada para la ciencia jurídica, y más específicamente, para el derecho administrativo.

Ahora bien, el derecho comparado no es para nada un “fenómeno nuevo” —¿Platón no era uno de los primeros comparatistas?—, y la emergencia de la comparación científica y sistemática en la ciencia jurídica se sitúa en el siglo XIX. Este dato no es de extrañar. A pesar de lo que se afirma a veces por un lado u otro, en una época u otra, la gran mayoría de los seres humanos siempre ha querido entenderse mejor.

De ahí una función del derecho comparado crucial pero que, curiosamente, sigue raramente destacada y usada: comparar para definir. De hecho, la comparación no puede reducirse a la pura identificación de diferencias y similitudes, sino que consiste en dar un sentido científico a esta operación intelectual. Este sentido depende de cada investigador: crítica de su propio sistema o de otro sistema, propuesta de reforma, reflexión sobre la teoría del derecho, traducción, etc. A mi juicio, la función más interesante de la comparación reside en la conceptualización. Ahora bien, esta función es seguramente una de las más difíciles. En efecto, a primera vista, las diferencias de normas y de sistemas impiden tal generalización. Sin embargo, las diferencias culturales y normativas no son barreras en la búsqueda de la unidad conceptual. Al revés: evidencian esta esencia, que el investigador tendrá que (re)construir de forma inductiva.

Así pues, partiendo de los diez informes nacionales redactados por los expertos de cada país (Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Italia, Perú y Portugal), ¿qué entender por “control económico-financiero de los recursos públicos”?

Esta cuestión dista mucho de ser obvia, sobre todo para una investigadora que, aunque acostumbrada a usar la metodología comparada, y honrada de haber sido invitada a ser la relatora final de este primer encuentro, no es en absoluto especialista en la materia. Entonces, y para no desvirtuar o reducir la riqueza y la especificidad de cada contribución, me limitaré aquí a dos breves observaciones finales. En primer lugar, algunas diferencias saltan a la vista

dans lequel elle vient à s'incarner ici ou là. L'université — unus et versus — est en effet une unité, une totalité, une communauté, ‘versée’ du même côté, ‘une’ et ‘unique’ par opposition à di-versus : elle est une même et unique entité qui constituent tous les universitaires, qu’elles que soient leurs diversités personnelles — quasi-infinies, et presque toujours heureuses”.

(2). Lejos de impedirla, estas diferencias enriquecen, en segundo lugar, la reflexión sobre el contenido del concepto de control económico-financiero (3).

2. Culturas administrativas distintas y diversas formas de abordar el tema

El estudio de las culturas jurídicas y del *legal transplant* no se desmarca del contexto histórico, como ha subrayado Alan Watson en sus escritos². El informe sobre Italia pone de relieve este aspecto de forma interesante, al recordar que el Tribunal de Cuentas italiano (*Corte dei Conti*), primer poder judicial desde 1862, ha sido notablemente inspirado por el modelo francés de la *Cour des Comptes* instituida por Napoleón Bonaparte en 1807. Según la autora de este estudio, esta influencia se percibe hasta ahora, especialmente, en los artículos 100 y 103 de la Constitución italiana³.

Así pues, todos los informes indican, con mayor o menor precisión, la evolución histórica del control económico-financiero en su país⁴.

La toma en consideración del contexto histórico y sociológico de las normas jurídicas, al compararlas, reduce –sin eliminarlo– el riesgo de malinterpretación, especialmente en presencia de homónimos o de traducción literal. La expresión común “Tribunal de Cuentas” es un ejemplo revelador, ya que no refleja la misma realidad jurídica en Francia, España, Italia o Portugal, especialmente en cuanto a las normas que regulan la relación entre los niveles nacional y local.

Y es que, afortunadamente, han sido constatadas muchas diferencias a lo largo del encuentro, y no se pueden contar con detalles en estas breves observaciones finales. Apenas se puede ilustrar la idea de diversidad cultural a través de dos temas relevantes: la forma, a veces distinta, de pensar la responsabilidad jurídica en esta materia (2.1), y la extraordinaria gama matizada de tipos de control local (2.2).

2.1. Más allá de las normas: la forma de pensar la responsabilidad por daños relacionados con el control económico-financiero

La responsabilidad por daños relacionados con el control económico-financiero es objeto de normas muy diversas entre los diez países comparados.

2. Watson A. (1974). *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Edimbourg: Scottish Academic Press.

3. Véase el estudio de Claudia Tubertini, Universidad de Bolonia.

4. Véase, a modo de ejemplos, los estudios de Martin Ibler, Universidad de Konstanz, y de Germán Lozano, Universidad Externado de Colombia.

Resulta entonces interesante comparar la naturaleza de la responsabilidad jurídica en juego. Por ejemplo, el estudio sobre Colombia menciona que el proceso de responsabilidad fiscal, regulado por las leyes de 2000 y 2011, es puramente administrativo y no tiene connotaciones jurisdiccionales. En otras palabras, no es sancionador, sino resarcitorio, mientras que otros organismos se encargan de las responsabilidades disciplinaria (la Auditoría) y penal (Fiscalía General de la Nación)⁵. No es el caso en todos los países.

Más allá de estos aspectos técnicos e importantes, el tema ha provocado reflexiones un poco distintas entre los expertos, especialmente cuando se trata de las cargas políticas.

En cuanto a este problema en particular, unos expertos insistieron sobre el aspecto moral de la responsabilidad, y más específicamente sobre el concepto de corrupción y las consecuencias que debería tener este control sobre la posibilidad de seguir una carga política. En esta línea, el estudio sobre Brasil menciona las “patologías corruptivas” de las Administraciones brasileñas, la necesaria responsabilidad a la vez administrativa, civil y penal, y la extensión de este régimen jurídico a los “actores pasivos”⁶. La experta en derecho argentino afirma también que, en este país, la responsabilidad en esta materia se entiende principalmente como la responsabilidad política donde el Parlamento juega un papel importante, destacando asimismo la influencia del concepto de *accountability* en el derecho argentino. El asunto “Vialidad” fallado el 6 de diciembre de 2022, que condenó a la vicepresidenta de la nación a seis años de prisión y una inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, es una ilustración interesante a la vez de la importancia –al menos teórica– del control económico-financiero en su aspecto de responsabilidad y del problema de ineffectividad cuando se trata de un daño de elevada cuantía⁷.

En cambio, otros informes –entre ellos, el de Portugal⁸– describen una ruptura, por ausencia de disposiciones legales, entre la responsabilidad establecida como resultado del control financiero y la inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos. En esta línea, el estudio sobre Francia menciona que la reforma reciente de 2022-2023 restriñe el ámbito de la responsabilidad ante el Tribunal de Cuentas. Se trata principalmente de multas, y no de inhabilitación para ejercer un cargo político. La posibilidad de

5. Véase el estudio de Germán Lozano, Universidad Externado de Colombia.

6. Véase el estudio de Ricardo Hermány, Universidad de Santa Cruz do Sul.

7. Véase el estudio de Analía Antik, Universidad Nacional de Rosario.

8. Véase el estudio de Alexandre Serra, Universidad de Coimbra.

suspensión se mantiene, pero es de naturaleza disciplinaria, y entonces la inhabilitación pertenece exclusivamente al ámbito penal⁹.

De manera más global, muchas contribuciones han puesto de relieve la importancia de la responsabilidad para recuperar la confianza del ciudadano. La Ley brasileña de Improbidad de 1992, con su reciente modificación de 2021, y la Ley de Responsabilidad Fiscal del mismo país, son unas ilustraciones interesantes del problema. La Ley Orgánica española de 4 de julio de 2007 sobre financiación de los partidos políticos, tras la modificación operada por la Ley Orgánica de 22 de octubre de 2012, puede también analizarse a través de este requisito. Su artículo 18 atribuye al Tribunal de Cuentas la potestad para acordar la imposición de sanciones pecuniarias al partido político que cometiera alguna de las infracciones que se tipifican en el artículo 17, entre ellas la derivación a gastos internos¹⁰.

En resumen, este primer encuentro de la Red Académica Internacional de Control de la Administración ha permitido ir un poco más allá de la descripción de diez derechos positivos. Que la palabra “responsabilidad”, en el ámbito del control económico-financiero, genere respuestas matizadas y de tenor un poco diferente indica una diversidad de contexto histórico, sociológico y, por supuesto, jurídico. Lo mismo sucede con la dimensión local del control.

2.2. La dimensión local del control: una gama matizada de modelos

La dimensión local del control económico-financiero de las Administraciones es ciertamente la que puso más de relieve la diversidad de los modelos presentados por los expertos de los diez países. No es nada sorprendente, ya que el contexto constitucional influye necesariamente sobre el derecho administrativo. Así pues, un modelo federal como Brasil, su exacto opuesto, a saber, un Estado unitario-descentralizado como el de Francia, y el modelo intermedio de Estado regional como el de España, no ofrecen el mismo grado de control local.

Comparar diferentes órdenes jurídicos implica a veces constatar que a una diversidad de situaciones en un país le corresponde casi ninguna en otro. De un lado, palabras normativas variadas; del otro, el silencio. A la vista de esta constatación, unas mentes rechazan la idea misma de comparación, partiendo del principio de que se tienen que comparar solo entidades similares (“comparer

9. Véase el estudio de Christophe Pierucci, Universidad de Estrasburgo.

10. Véase el estudio de Joaquín Tornos, Universidad de Barcelona.

ce qui est comparable"). Sin embargo, y además de su límite puramente lógico —para pretender que las entidades son “similares”, ¿no se ha tenido, previamente, y justamente, que compararlas?—, este razonamiento es discutible en el fondo. En efecto, se puede afirmar que tanto las palabras como el silencio enriquecen el conocimiento sobre la cultura jurídica de un país.

Por ejemplo, en un Estado unitario como Francia, y como lo destaca el informe correspondiente¹¹, desde una reforma de 2023, los “tribunales” regionales de cuentas solo ejercen funciones no judiciales. Así pues, ¿podemos realmente seguir llamándolos “tribunales”? ¿Qué nos dice el mantenimiento de la palabra sobre la importancia que da el sistema a estos órganos de control locales?

Por su parte, el estudio sobre Colombia, Estado también unitario, revela un tipo de concurrencia de competencia entre el Estado y las entidades locales, especialmente después de la reforma de 2019 a favor del Estado central y de la Contraloría General de la República¹².

De forma quizás un poco más paradójica —al menos, a primera vista—, el Estado regional de Italia ofrece también un sistema bastante centralizado de control. Como explica la experta en su informe, este sistema se ha justificado por el hecho de que el Tribunal de Cuentas italiano se ha creado “para toda la Repùblica” y no solamente “para el Estado”¹³. ¿Se puede discutir esta interpretación del texto constitucional? ¿En qué medida debe tenerse en cuenta la influencia del centralismo de Bonaparte sobre la creación del Tribunal de Cuentas italiano en el siglo XIX? Por supuesto, las respuestas no se pueden ni dibujar en estas breves conclusiones, pero esas preguntas subrayan la necesaria prudencia a la hora de buscar razones detrás de unas interpretaciones jurídicas.

En el extremo opuesto, el modelo federal argentino prevé una cierta preeminencia de las provincias (equivalentes de las comunidades autónomas españolas) en la materia, a través de los entes fiscalizadores superiores¹⁴.

Por su parte, el derecho brasileño es un ejemplo de federalismo cooperativo, pero también trino, donde se encuentran tres niveles de gobierno. Contrariamente a Alemania¹⁵, este federalismo incluye a los municipios

11. Véase el estudio de Christophe Pierucci, Universidad de Estrasburgo.

12. Véase el estudio de Germán Lozano, Universidad Externado de Colombia.

13. Véase el estudio de Claudia Tubertini, Universidad de Bolonia.

14. Véase el estudio de Analía Antik, Universidad Nacional de Rosario.

15. Véase el estudio de Martin Ibler, Universidad de Konstanz.

como miembros de la Federación. Por lo tanto, en Brasil existen 33 tribunales de cuentas: un Tribunal Federal de Cuentas (TCU); 26 tribunales de cuentas del Estado (TCE); 3 tribunales de cuentas municipales del Estado (TCM); 2 tribunales de cuentas municipales (TCM —mismas siglas que las precedentes, lo que no ayuda a clarificar el sistema—); y un Tribunal de Cuentas del Distrito Federal¹⁶.

El derecho español aparece como un modelo intermedio, en el sentido de que hace convivir 13 “OCEX” —órganos de 13 comunidades autónomas cuyos papeles se restringen a un control de pura fiscalización— con la competencia del Tribunal nacional de Cuentas. De ahí una lectura pedagógica del artículo 153 de la Constitución española según la cual el Tribunal de Cuentas es “supremo pero no único [en cuanto a la fiscalización], y único pero no supremo [en cuanto a su función jurisdiccional, porque sus decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal Supremo]”¹⁷. El experto puso también de relieve, en su informe, las dificultades de algunos municipios para cumplir con los plazos en que tienen que informar a los Parlamentos regionales sobre sus presupuestos. Se ha sugerido entonces, entre otras medidas, dar más protagonismo a las provincias frente al problema de uniformidad.

Más allá de la mera confrontación de modelos, el informe sobre Alemania nos invita a pensar sobre el problema a través del derecho constitucional a la autonomía administrativa (“Selbstverwaltungsrecht”), que no está calificado de derecho fundamental, sino de garantía institucional¹⁸. Más precisamente, en materia de control económico-financiero, los municipios alemanes gozan de un derecho subjetivo con rango constitucional. El derecho de ese país nos permite abrir el debate, a menudo reducido a consideraciones puramente orgánicas: ¿se pueden comparar los países estudiados en términos de derecho subjetivo a la autonomía local? Aunque no tendrá las mismas garantías que un derecho fundamental (entre las cuales, la protección de su contenido esencial), ¿esta calificación jurídica refuerza, en la práctica, el control económico-financiero local?

En resumen, el ámbito del control económico-financiero de las Administraciones públicas ofrece una rica diversidad de situaciones y modelos que reflejan culturas jurídicas distintas. A pesar de ello, se percibe una cierta unidad: la del concepto o la naturaleza de este control.

16. Véase el estudio de Ricardo Hermann, Universidad de Santa Cruz do Sul.

17. Véase el estudio de Joaquín Tornos, Universidad de Barcelona.

18. Véase el estudio de Martin Ibler, Universidad de Konstanz.

3. Hacia una concepción común del control económico-financiero de las Administraciones públicas

Como se ha expuesto anteriormente, las funciones del derecho comparado son variadas, oscilando entre la necesidad de paz¹⁹ y la búsqueda de la mejor fórmula técnica de una reforma o de una traducción, pasando por el descubrimiento de interpretaciones conceptuales diferentes que enriquecen la teoría del derecho²⁰.

Entre muchas otras concepciones del derecho comparado, la perspectiva funcionalista defendida, entre otros autores, por Zweigert y Kötz²¹ nos invita a separarnos de una visión enfocada sobre los órganos propios de cada orden jurídico, que parecen entonces imposibles de trasplantar en otro contexto, para abordar las normas jurídicas como soluciones a problemas comunes, aunque siempre adaptándose a la cultura jurídica de cada país.

El mal uso —hasta el abuso— de los fondos públicos es ciertamente un problema común para todos los países del mundo, aunque con grados diferentes. A pesar de la variedad formal y material de normas jurídicas, se percibe una misma necesidad de control económico-financiero de las Administraciones públicas. Ahora bien, esta constatación de orden práctico no es para nada original; pero a nivel conceptual, ¿se percibe de la misma forma la noción jurídica de control económico-financiero cuando se trata de una Administración pública?

Sin entrar en detalle en las definiciones doctrinales y positivistas de este concepto en un país u otro, se percibe un punto común hacia su especificidad. El informe sobre Perú lo expresa de manera interesante. En efecto, destaca la finalidad “patrimonialista” del control allí llamado “gubernamental”. El autor precisa que su esencia y razón de existir están ligadas a la protección o tutela de los llamados “recursos y bienes del Estado”, asumiéndose que “lo controlable o fiscalizable no le está dado a un sujeto por su naturaleza jurídica, sino por la particular circunstancia de administrar recursos o bienes públicos”²².

19. Constantinesco, L.-J. (1974). *Traité de droit comparé* (t.1, p. 159). París: LGDJ.

20. Pfersmann, O. (2001). Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 275-288.

21. Zweigert, K. y Kötz, H. [trad. Weir, T.] (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press.

22. Véase el estudio de Orlando Vignolo, Universidad de Piura.

Y es que la naturaleza de este control es peculiar. Entonces, a pesar de su extrema diversidad de normas jurídicas, los informes evocan principios comunes que dan forma al concepto (**3.1**). Una vez definido este núcleo, se puede conectar el concepto estudiado con otros, y especialmente con el concepto de buena administración (**3.2**).

3.1. Los principios rectores del control económico-financiero de las Administraciones públicas

El estudio comparado de los principios rectores del control económico-financiero de las Administraciones públicas nos lleva a relativizar la separación, a veces muy marcada en algunas culturas jurídicas, entre el control de legalidad y el control de “oportunidad”, tal como lo recordaba el experto chileno durante este encuentro²³.

Según esta visión, frecuentemente impuesta por el propio juez para motivar diestramente su ausencia de control, el mundo del derecho no tiene nada que ver con la elección de medidas, aquí de naturaleza económica o financiera. Esta última cuestión pertenecería exclusivamente a la esfera de la política. Son muchos los reflejos culturales y doctrinales que blanden, en esta ocasión, la amenaza de un Gobierno de los jueces. Pero hasta una perspectiva puramente positivista contradice esta visión binaria. Efectivamente, y como nos enseñan los estudios de los diez países comparados, el buen uso de los fondos públicos es objeto de disposiciones meramente jurídicas, a nivel constitucional, legal o reglamentario.

En otras palabras, en vez de estar opuesta a estos imperativos, la legalidad debe entenderse incluyendo aquellos principios, a veces reunidos a través de la palabra “regularidad”. Además de esta constatación concreta, el derecho, en su sentido amplio, incluye el *soft law*, que difícilmente puede oponerse a lo que se ha podido llamar, de forma criticable, el *“hard law”*: el derecho es uno, y ofrece una diversidad de normas de grados de exigibilidad diferentes. Ahora bien, en materia de control económico-financiero de las Administraciones públicas, existen muchas normas de regulación que no siguen el mismo procedimiento de elaboración que una ley o un reglamento, pero que tienen un cierto efecto hasta, a veces, más efectivo. ¿Cómo se pueden ignorar a la hora de examinar lo que se exige jurídicamente de una Administración pública en cuanto al uso de sus medios financieros?

23. Véase el estudio de Flavio Quezada, Universidad de Valparaíso.

En este contexto, los países estudiados reúnen tres principios rectores, sin comprometer sus especificidades: legalidad (en el sentido estricto), eficacia y eficiencia de los fondos públicos.

El primer principio no requiere mucha explicación y desarrollo. Se trata de verificar que el uso de los fondos económico-financieros cumpla con la letra de la ley, especialmente en su aspecto procesal. Aunque la legalidad puede entenderse de forma más amplia, como acabamos de proponer, los expertos de los diez países estudiados han parecido compartir una cierta distinción entre la “pura” legalidad, de una parte, y los principios de eficacia y eficiencia, de otra parte.

En cuanto a la eficacia, puede definirse esquemáticamente como la consecución de objetivos. El control económico-financiero integra este parámetro como lo ilustra de forma convincente el derecho español, al dedicar una disposición de nivel constitucional a este requisito. En efecto, según el artículo 103 de la Constitución española, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia [...]. Aunque menos conocido y usado que los otros principios mencionados en el mismo artículo (especialmente, los principios de legalidad y jerarquía), la eficacia es la piedra angular de los principios organizativos de la Administración española y, por tanto, del uso de sus fondos financieros²⁴. Se puede, pues, concebir la eficacia como la realización material y efectiva del interés general. Este último no puede satisfacerse únicamente con los principios de legalidad y objetividad, a menos que se considere el artículo 103 de la Constitución española como una disposición redundante²⁵. Este razonamiento puede extenderse a la mayoría de los países estudiados, que valoran la eficacia y la integran dentro del control económico-financiero.

Finalmente, el principio de eficiencia versa sobre el alcance de un objetivo al menor coste financiero. Por lo tanto, implica un equilibrio entre los medios (*inputs*) y el objetivo (*output*). Mientras que la eficacia se refiere a la relación entre los resultados esperados y obtenidos, la eficiencia se evalúa sobre la base de un cálculo de optimización destinado a minimizar los costes. Conviene aclarar que no se trata aquí de la pura veracidad de las cuentas. Por lo tanto, la eficiencia no es el antónimo de la corrupción, que tiene más que ver con la mala gobernanza y, más concretamente, con el cumplimiento con la “letra” de la ley.

24. Álvarez Rico, M. (1997). *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas* (p. 162). Madrid: Dykinson.

25. Parejo Alfonso, L. (1995). *Eficacia y administración* (p. 123). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Ahora bien, aunque con grados variables, los diez países comparados tienden a incluir el imperativo de eficiencia dentro de la gestión y del control de los fondos públicos. Por ejemplo, en Alemania, el Estado federado examina en principio solo la legalidad de la actuación municipal (“supervisión jurídica” o “*Rechtsaufsicht*”), pero si el municipio cumple funciones estatales atribuidas por ley, se encuentra, además, bajo “supervisión técnica” (“*Fachaufsicht*”): en este caso, el Estado federado podrá examinar también la eficiencia de la medida municipal²⁶.

Junto a este núcleo formado por estos tres principios, varios otros integran la “esfera” del control económico-financiero de las Administraciones públicas, ya sea preventivo o posterior. Es evidentemente el caso de la transparencia. Algunos informes invocan también reglas que no dejan de ser inspiradoras. Por ejemplo, en Colombia se valoran también los costes para el medio ambiente²⁷; en España, para la igualdad de género²⁸. Un imperativo común y contemporáneo, aunque más relacionado con las herramientas del control que con su naturaleza, reside en el uso de la inteligencia artificial, tal como mencionó la experta de derecho argentino durante el encuentro²⁹.

En resumen, y a pesar de la extraordinaria diversidad de normas jurídicas que ofrecen los diez países comparados, se destacan unos principios comunes que dan cuerpo al concepto de control económico-financiero de las Administraciones públicas. Partiendo de esta sistematización, se puede conectar el concepto con otro de perímetro más amplio, a saber, el concepto de buena administración.

3.2. Buena administración y control económico-financiero de las Administraciones públicas

En previas y varias ocasiones, he sostenido una definición restrictiva de la “buena administración”, definida como la adaptación ponderada de los medios de la Administración pública³⁰. Esta propuesta doctrinal se aparta de una visión extensiva, pero bastante compartida, que integra dentro de la “buena administración” una serie de principios y derechos que, a veces, poco

26. Véase el estudio de Martin Ibler, Universidad de Konstanz.

27. Véase el estudio de Germán Lozano, Universidad Externado de Colombia.

28. Véase el estudio de Joaquín Tornos, Universidad de Barcelona.

29. Véase el estudio de Analía Antik, Universidad Nacional de Rosario.

30. Para evitar reiteraciones, me permito remitir al lector a mis obras:

Bousta, R. (2010). *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. París: L'Harmattan.

– (2019). Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21.

tienen en común, y que, sobre todo, existían antes de que apareciera esta expresión en unas normas jurídicas, entre ellas el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los medios, que están en el corazón de esta definición restrictiva de la buena administración, se refieren tanto al personal (medios humanos) como a los medios materiales, al método de trabajo (que incluye el procedimiento administrativo para lograr una “buena decisión” administrativa), y, en cuanto a lo que nos interesa aquí, a los recursos económico-financieros.

Así pues, a mi juicio y desde la perspectiva de la consecución de objetivos, la eficiencia es la expresión del concepto de buena administración en el ámbito de los recursos financieros. En otras palabras, la noción de buena administración se manifiesta concretamente a través de este imperativo, que refleja un concepto renovado de gestión pública basado en la importancia del equilibrio financiero de los recursos y, más generalmente, de los servicios públicos.

A nivel europeo, esta conexión entre el concepto de buena administración, o más específicamente, entre el uso del adjetivo “bueno” y los principios rectores del control económico-financiero, se expresa a través del artículo 317 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según el cual “la Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto en cooperación con los Estados miembros [...] con arreglo al principio de buena gestión financiera. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera”.

Este enfoque en los medios financieros y su adecuación al objetivo se distingue del enfoque en los resultados. En efecto, el concepto de buena administración no se refiere a los resultados obtenidos o a la finalidad perseguida por la Administración (buena gobernanza), sino a la utilización de sus recursos, aquí económico-financieros. El “buen” (en francés: “bon”) se distingue entonces del “bien” (en francés: “bien”) que concierne a los fines perseguidos y la voluntad. A diferencia de este último, que es moral o político, la elección de medios financieros adecuados es de naturaleza técnica.

A este respecto, una crítica de la evolución del control económico-financiero³¹ parece discutible en la medida en que parece basada en una

31. Véase el estudio de Christophe Pierucci, Universidad de Estrasburgo.

asimilación entre eficiencia y enfoque en los resultados. En sí misma, la crítica del enfoque exclusivo sobre los resultados es perfectamente entendible. Efectivamente, la perspectiva plenamente utilitarista de legitimación de la Administración pública por sus resultados presenta riesgos. Sin embargo, se puede refutar la asimilación del buen uso de los recursos públicos —y, más ampliamente, del concepto de buena administración— con la idea de buenos resultados. La noción de buena administración no se centra ni en los resultados ni en el fin de la Administración, sino en la adaptación y adecuación de sus medios (aquí, financieros), aunque estos elementos están evidentemente vinculados.

Esta aclaración conceptual permite también rechazar una intuición según la cual el tema tratado aquí es “de moda”, sabiendo que, como decía el poeta francés Jean Cocteau: “La moda, es lo que se pasa de moda” (*“La mode, c'est ce qui se démode”*). Al contrario, el tema de este primer encuentro versa sobre un aspecto antiguo y profundo de las Administraciones públicas. La adaptación de los medios es inherente al derecho administrativo, y esta idea es también parte integrante de la administración. A este efecto, parece interesante recordar que, etimológicamente, la administración significa servicio (*ministratio*) para (*ad*). Sin constituir un argumento en sí misma, la etimología de este término nos ayuda a comprender que la buena administración se refiere al uso óptimo de los recursos administrativos (aquí, económico-financieros).

Finalmente, aunque la conexión del concepto estudiado con la buena administración se tenía que afirmar con carácter principal, no impide ir un poco más allá. Por ejemplo, el tema del control administrativo y jurisdiccional de los recursos públicos está también relacionado con el llamado “control social” que designa el “control por parte de la opinión pública, que se manifiesta en las críticas vertidas por la prensa (escrita o audiovisual) [o a través de las redes sociales], a menudo dirigidas por ciudadanos u organizaciones”³². En esta línea, muchos expertos expresaron, a lo largo del día, la importancia de la transparencia y la participación popular como elementos fundamentales del uso de los recursos públicos. Resultaría seguramente interesante examinar el modelo procesal (de oficio vs. a iniciativa de las partes) a la luz de este imperativo que permite,

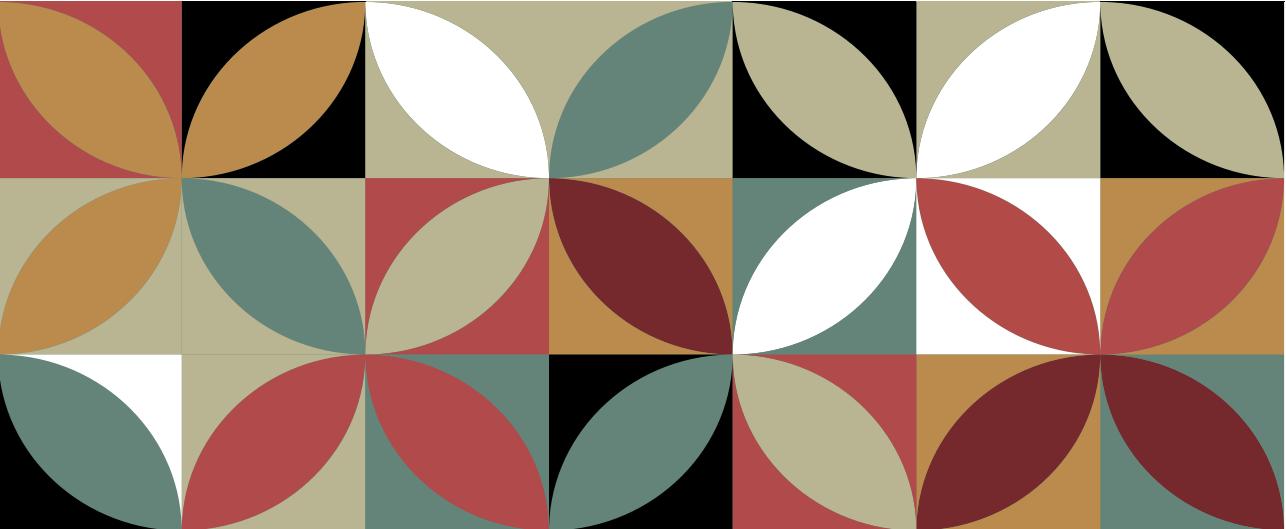
32. Marcou, G. (1985). Le contrôle social de l'administration. En G. Braibant, J. Letowski y C. Wiener (dirs.). *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest* (p. 217). París: CNRS. La traducción al castellano es nuestra. Versión original de la cita: “contrôle par l'opinion publique et qui se manifeste dans les critiques formulées par la presse (écrite ou audiovisuelle) à laquelle s'adressent souvent les citoyens ou des organisations”.

de otra parte, asegurarse de que el control preventivo no se reduzca a una “coadministración”.

A la vista de la riqueza de sus informes, los expertos reunidos durante el primer encuentro RAICA sobre el control económico-financiero de las Administraciones públicas han ilustrado un hecho irrefutable: de la afortunada diversidad nace una conceptualización común. Cada uno de los diez estudios contiene muchas informaciones y análisis técnicos que enriquecen la reflexión jurídica, y que, en último término, nos llevan a unos pensamientos filosóficos comunes.

Aristóteles sitúa los medios en el corazón de la deliberación (*proairesis*): “no puede ser el fin el objeto de deliberación, sino las acciones que permiten alcanzarlo”³³. Así pues, y la vista de este primer encuentro, tanto los órganos de control de los medios económico-financieros como el mundo académico tienen más grandes días de debates fructíferos por delante.

33. Aristóteles [trad. Bodéus, R.]. (2004). *Ethique à Nicomaque* (p. 148). París: Flammarion. La traducción al castellano es nuestra. Versión original de la cita: “ce ne peut être la fin qui est objet de délibération, mais les actes qui permettent de l'atteindre”.



Universidad
Externado
de Colombia



gobiernolocal.org