

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## El Tribunal de Cuentas y la jurisdicción penal

Alberto JORGE BARREIRO

### I. CUESTION A TRATAR

Los magistrados de la jurisdicción penal hemos podido comprobar que, en estos últimos años, y con motivo de la investigación y resolución de causas que tienen por objeto delitos de malversación de caudales públicos, el Tribunal de Cuentas remite a los órganos judiciales penales oficios en el sentido de que se le envíe testimonio del procedimiento al efecto de dilucidar los perjuicios derivados del ilícito punible. En tales casos también es lo normal que se requiera al órgano judicial para que se abstenga de dilucidar cualquier responsabilidad contable y acerca del perjuicio ocasionado por el delito.

El fundamento de estos requerimientos se ubica en el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTUC), y en el artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU).

El primer precepto citado dice así: «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.»

«Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.»

La segunda norma reseñada contiene el siguiente texto: «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 entendiere 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.»

Pues bien, atendiendo a los requerimientos del Tribunal de Cuentas, y en aplicación de los referidos preceptos, se han dictado algunas resoluciones judiciales en las que se suspende el procedimiento a la espera de que el Tribunal de Cuentas determine si concurre responsabilidad contable y cuál es el

perjuicio ocasionado al Estado con ocasión de un supuesto delito de malversación de caudales públicos.

Así, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó un auto, de fecha 22 de julio de 1991, en el procedimiento abreviado 33/91, en cuya parte dispositiva acuerda:

«La remisión a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas del testimonio solicitado en su oficio de 14 de marzo del presente año, recordado en el de 24 de abril siguiente, respecto de las presentes actuaciones de procedimiento abreviado 33/91 del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Madrid (diligencias previas 2874/88), con suspensión del presente trámite en tanto el indicado Tribunal se pronuncie sobre la cuantía de los posibles perjuicios ocasionados al Estado con motivo de los hechos enjuiciados.»

La Sección Séptima de la misma Audiencia, si bien no suspendió el procedimiento penal, acordó por auto de 27 de julio de 1990, en el sumario 5/87, lo siguiente: «Acceder a la inhibición requerida por el Tribunal de Cuentas, inhibiéndose del conocimiento de la responsabilidad civil de CCA en el sumario 5/87 del Juzgado de Instrucción número 10 de los de esta capital, al que se remitirán los antecedentes necesarios para concretar el importe de los daños y perjuicios causados.»

Estas resoluciones judiciales han sido recogidas en un interesante trabajo de Luis Vacas García Alós<sup>1</sup>, en el que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones:

1) La preferencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órdenes jurisdiccionales, contemplada con carácter genérico en los artículos 44 de la LOPJ y 111 y 114 de la Ley Procesal Penal, tiene como excepción el campo de la jurisdicción contable en lo relativo a la determinación de la responsabilidad civil por la comisión de determinados delitos. 2) El Juez o Tribunal que entiende de la causa penal no solamente debe limitarse a enviar al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios para que por éste se determine la cuantía de los perjuicios económicos irrogados al sector público, sino que ade-

<sup>1</sup> Luis Vacas García-Alós: «Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil

nacida de los delitos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 15-I-1992, núms. 1622-1623, págs. 270 y ss.

más tendría que suspender la posterior tramitación de la misma. 3) El órgano jurisdiccional penal, por aplicación del principio de seguridad jurídica, debería abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de los delitos en favor de la jurisdicción contable, y ello tanto de oficio en los casos en que aún no se haya pronunciado esta última como en los supuestos en que previamente haya conocido el Tribunal de Cuentas; y en esta última hipótesis, tanto si el requerimiento procede del Delegado Instructor en la fase de instrucción del procedimiento de reintegro por alcance, como si se acuerda por el Consejero de Cuentas, en el ejercicio de su función jurisdiccional, y en la fase estrictamente judicial del proceso contable.

Al hilo de estas conclusiones, y con el fin de intentar aportar alguna luz al tema desde la perspectiva de la jurisdicción penal, vamos a centrar nuestro estudio en la interpretación de las normas anteriormente reseñadas (arts. 18 LOTCU y 49.3 de LFTCU) y sobre el alcance y consecuencias que tienen en su aplicación práctica. Para ello resulta imprescindible comenzar por hacer una breve referencia a la naturaleza y funciones del Tribunal de Cuentas, dado el desconocimiento que suele rodear a la temática concerniente a la jurisdicción contable.

## II. NATURALEZA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

En el ámbito del derecho positivo, al Tribunal de Cuentas se le define como 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 su propia Ley Orgánica (art. 1.º 1 de LOTCU).

Son funciones propias del Tribunal: a) la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económica-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 (art. 2.º LOTCU).

Dentro del sector público se integran la Administración del Estado; las Comunidades Autónomas; las Corporaciones Locales; las entidades gestoras de la Seguridad Social; los Organismos autónomos; las Sociedades estatales y demás Empresas públicas (art. 4.º 1 LOTCU).

La doctrina no es unánime a la hora de admitir la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, si bien mayoritariamente se inclina por la respuesta afirmativa<sup>2</sup>.

Dentro del sector mayoritario, Sala Sánchez sostiene que la jurisdicción contable es una auténtica y

propia jurisdicción. Y para fundamentarlo aduce que en ella se ejerce una potestad derivada de la soberanía del Estado, que sólo es actuada en exclusiva por órganos —Tribunal de Cuentas y Tribunal Supremo— independientes y predeterminados por la ley y que tiene por objeto la aplicación de las leyes a supuestos de responsabilidad contable, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado de modo irrevocable y satisfaciendo o denegando pretensiones deducidas respecto de la mencionada responsabilidad<sup>3</sup>. Y acaba concluyendo que el enjuiciamiento de las responsabilidades contables, con las perspectivas que proporciona la nueva Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, ha dado lugar a un auténtico orden jurisdiccional nuevo, entroncado en la estructura general del Poder Judicial por medio de los recursos de casación y revisión, aun cuando orgánicamente no depende de éste, sino del Poder legislativo<sup>4</sup>.

En el mismo sentido, Mendizábal Allende afirma que el Tribunal de Cuentas es un órgano auténticamente jurisdiccional, judicial mejor, para evitar los equívocos que suele producir la expresión «jurisdicción administrativa», si se recuerda que algunos autores hablan de funciones jurisdiccionales de la Administración<sup>5</sup>.

Recientemente, Jorge Lozano ha defendido también la tesis del carácter jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, arguyendo que ostenta todos los caracteres del concepto de jurisdicción e insistiendo especialmente en el examen de la independencia del Tribunal. A este respecto, y al analizar el artículo 136 de la CE, afirma que la adscripción del TCU al Parlamento lo es sólo a nivel orgánico, pero nunca funcional<sup>6</sup>. Y termina calificando a la jurisdicción contable como una jurisdicción ordinaria pero especializada por función de la materia, de tal forma que sería una especialidad más, al lado de la civil, penal, contencioso-administrativa y social, conclusión que sustenta en la aplicación de los recursos de casación y de revisión contra las resoluciones del Tribunal<sup>7</sup>.

En sentido opuesto a los anteriores, y dentro de una corriente doctrinal minoritaria, Albiñana García-Quintana mantiene que el TCU carece de funciones jurisdiccionales. Ello lo fundamenta en la ubicación sistemática del artículo 136 del texto constitucional. Y añade que solamente se le puede reconocer jurisdicción en el sentido vulgar de la expresión, esto es, como competencia necesaria para el ejercicio independiente de la función fiscalizadora<sup>8</sup>.

Dentro de las dos funciones atribuidas al TCU, la fiscalizadora y la de enjuiciamiento, nos interesa centrar la atención en esta última. No sólo por ser la que detenta carácter jurisdiccional, sino porque es la única que se relaciona directamente con el tema a tratar.

Pues bien, los artículos 45 y siguientes de la

<sup>2</sup> Para examinar en profundidad la naturaleza del Tribunal de Cuentas, ver la obra colectiva *El Tribunal de Cuentas en España*, edit. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.

<sup>3</sup> Pascual Sala Sánchez: «Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, 1983, pág. 523.

<sup>4</sup> Pascual Sala Sánchez, *op. cit.*, pág. 541.

<sup>5</sup> Rafael de Mendizábal Allende: «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», dentro de la obra colectiva *El Tribunal de*

*Cuentas en España*, edit. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, Tomo I, pág. 101.

<sup>6</sup> Jorge Lozano: «Una aproximación al estudio de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Boletín del Ministerio de Justicia* de 5-IV-1993, num. 1667, págs. 1791 y 1792.

<sup>7</sup> Jorge Lozano, *op. cit.*, págs. 1797 y 1798.

<sup>8</sup> Albiñana García-Quintana, obra colectiva *El Tribunal de Cuentas en España*, edit. Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1982, Tomo I, págs. 40 y ss.

LFTCU especifican que, una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, caben dos posibilidades de responsabilidades contables. La primera, que de la contabilidad examinada se desprendan hechos que pudieran no ser constitutivos de alcance de caudales públicos, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables. En este caso se formará una pieza separada al efecto de concretar los hechos, los posibles responsables y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos. Esta pieza, una vez ultimada, se remitirá a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal a los efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas. Se transfiere así de la Sección de Fiscalización a la de Enjuiciamiento.

La segunda posibilidad es que los hechos examinados por la Sección de Fiscalización sean supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos. A este respecto, conviene explicar que la LFTCU entiende por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el TCU (art. 72.1 de LFTCU). Mientras que considera como malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo (art. 72.2).

En estos supuestos de alcance o malversación se remitirán las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento para que proponga, si procediere, el nombramiento de Delegado instructor. Este será quien, si hubiese motivos para ello, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del hecho y de los presuntos responsables. Es decir, realizaría una función similar a la del Juez Instructor de unas diligencias previas penales. Ahora bien, debe quedar claro que esta función la desempeña en el TCU un funcionario técnico del Tribunal y no un Magistrado, con todas las consecuencias que ello pudiese entrañar para la naturaleza y efectos de tales actos de investigación.

Practicada la correspondiente investigación, la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, depreñándose 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 resulten aplicables a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector (art. 49 LFTCU).

La legitimación activa para formular las pretensiones de responsabilidad corresponderá a la Administración o entidad pública perjudicada y al Ministerio Fiscal, aunque también cabe la acción pública.

En cuanto al procedimiento general del juicio de cuentas, si bien tiene algunas notas específicas en el trámite inicial de formulación de la demanda y de contestación (arts. 68 y ss de LFTCU), a partir de ésta se regirá por los trámites del procedimiento contencioso-administrativo ordinario con ligeras alteraciones que recoge la ley (art. 71).

A los efectos de nuestro estudio, nos interesa destacar que la LFTCU regula en su capítulo VIII un procedimiento especial para los supuestos de reintegro por alcance o malversación de caudales o efectos públicos. Este procedimiento se regirá por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 73 de LFTCU).

Por consiguiente, sería este último el procedimiento a aplicar para determinar las responsabilidades civiles en los casos en que se requiera de inhibición a la Jurisdicción Penal.

En primera instancia conocerá de estos procedimientos de reintegro por alcance un Consejero del Tribunal. La sentencia dictada es apelable ante una Sala del Tribunal integrada por tres Consejeros. Y la resolución que recayere en apelación es recurrible en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando la cuantía del procedimiento exceda de seis millones de pesetas (arts. 52 a 54 y 81 de LFTCU y 1.687 de LEC).

Este esquema general puede servirnos a modo de indicación u orientación sobre el procedimiento jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, sin entrar en los detalles ni en los trámites específicos que aparecen recogidos en la LFTCU.

Por último, también parece conveniente decir que el Tribunal está formado por doce Consejeros, seis de los cuales son designados por el Congreso de los Diputados y otros seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años en el ejercicio profesional. Los Consejeros son independientes e inamovibles (art. 30 LOTCU).

### III. EL TIPO DE MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS

Los requerimientos que viene haciendo la jurisdicción contable a la penal conciernen generalmente a procedimientos por delitos de malversación de caudales públicos, pues si bien cabe que la conflictividad surja también con respecto a otros tipos delictivos, como el de fraude de funcionarios (art. 400 del C. Penal), suele ser en aquéllos en los que concurre el conflicto, como puede observarse en los dos autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid. Ello nos obliga a realizar una breve exposición sobre el contenido de esos tipos delictivos.

Siguiendo a Octavio de Toledo-Huerta Tocildo,

podemos definir el tipo penal como el conjunto de características de una conducta que, indiciariamente, llevan a afirmar que es contraria a derecho<sup>9</sup>. Estos mismos autores consideran como el primero de los elementos objetivos del tipo la acción externamente considerada. También incluyen dentro del tipo objetivo al objeto material de la conducta, u objeto real, del mundo exterior sobre el que ésta recae. Y, por último, integran asimismo en el tipo el resultado, al que se refieren en las dos acepciones que suele aplicar la doctrina: el resultado como efecto exterior de la conducta espacio-temporalmente separable de la misma, que suele denominarse resultado en sentido naturalístico; y el resultado como equivalente a lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente amparado por la norma incriminadora (bien jurídico). Mientras que el primer concepto de resultado sólo concurre en los delitos de resultado o resultativos y no aparece, en cambio, en los de mera actividad, el llamado resultado jurídico ha de aparecer en todos los delitos<sup>10</sup>.

En otro orden de cosas, es preciso discernir entre el resultado del delito y la responsabilidad civil derivada de la infracción punible. Pues, si bien en virtud de la responsabilidad civil se resarcan las consecuencias de la desposesión y los daños y perjuicios que pueden acompañar a la infracción punible, tales consecuencias no tienen por que coincidir con la lesión o peligro para los bienes jurídicos propios de la respectiva infracción criminal, es decir, con su antijuricidad material<sup>11</sup>. Así, es claro que en el delito de homicidio no se resarce el bien jurídico de la vida en sí mismo, sino las consecuencias y perjuicios que se ocasionan a los allegados a la víctima con su fallecimiento. Sin embargo, es también evidente que el presupuesto de la antijuricidad penal y el de la responsabilidad civil coinciden en bastantes casos, especialmente en los delitos de índole patrimonial. De tal modo que en estos supuestos se ha de indemnizar precisamente el resultado material del delito, toda vez que éste se identifica generalmente con el perjuicio ocasionado.

Sentadas estas premisas, apliquémoslas ahora al tipo de malversación de caudales públicos. Pues bien, la doctrina<sup>12</sup> distingue tres modalidades de delito malversación dentro del Código Penal: 1) conductas de apropiación (art. 394 y 395); 2) conductas de distracción (arts. 396 y 397); y conductas de retención (art. 398). Nuestra atención la centraremos, no obstante, en la primera modalidad, pues se trata del supuesto que tiene una mayor aplicación en la práctica, ya sea directamente ya a través de la remisión que el artículo 399 hace al 394 del Código Penal.

El artículo 394 del Código Penal tipifica como supuesto de malversación de apoderamiento la conducta del funcionario público que sustraere o con-

sintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones, al que castiga con penas que van desde arresto mayor hasta la de reclusión menor, para lo cual atiende al valor de lo sustraído. A tal efecto, establece una suma mínima de 30.000 pesetas y una superior de 2.500.000 pesetas en adelante.

Según Muñoz Conde, el bien jurídico protegido es el deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la Administración, pero también protege los fondos públicos y los intereses patrimoniales del Estado, ostentando así un carácter patrimonial evidente<sup>13</sup>. Mientras que Orts Berenguer entiende que el bien jurídico que protege el tipo delictivo son el acervo público y los servicios prestados por los poderes públicos<sup>14</sup>. Por último, la jurisprudencia también habla del acervo público y de los servicios que prestan los poderes sociales, políticos y económicos como bienes jurídicos tutelados por la norma (STS 27-VII-1991).

En cuanto a la acción de sustraer recogida en el tipo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que equivale a apropiarse, acción que ha de recaer sobre caudales públicos.

Estamos, pues, ante un tipo de resultado<sup>15</sup>, en el que, además, la gravedad de la antijuricidad de la conducta aparece vinculada a la cuantía del mismo, fijándose para determinar la pena una escala cifrada en la valoración de los caudales sustraídos.

Al tratarse de un delito de resultado, se admiten las formas imperfectas de ejecución, tanto por la doctrina<sup>16</sup>, como por la jurisprudencia (STS 25-I-1980).

Así pues, a tenor de lo que se ha venido exponiendo, el perjuicio causado al Estado debido a la sustracción de caudales públicos integra el resultado del tipo delictivo de los artículos 394 y 395 del Código Penal, y en el primero de ellos es incluso decisivo y determinante para fijar la pena.

A ello ha de sumarse que en esa clase de delitos el resultado delictivo suele concidir en su evaluación con el importe de la responsabilidad civil, si bien es cierto que no siempre concuerdan totalmente, habida cuenta que al valor de los caudales sustraídos pueden añadirse otros perjuicios económicos para el Estado derivados de la sustracción y que no se identifican con el importe de ésta.

Estas consideraciones tienen una gran relevancia para la problemática que nos hemos planteado en nuestro estudio, como puede claramente percibirse. Pues si el importe de los caudales públicos sustraídos es un elemento constitutivo del tipo delictivo resulta incontestable que habrá de ser fijado por la jurisdicción penal, ya que, de no ser así, sería en la práctica la jurisdicción contable la que determinaría la existencia del delito y la pena a aplicar.

<sup>9</sup> Octavio de Toledo-Huerta Tocildo: *Derecho Penal Parte General*, edit. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 64.

<sup>10</sup> Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

<sup>11</sup> Juan Córdoba Roda. *Comentarios al Código Penal*, edit. Anel, Barcelona, 1972, Tomo I, pág. 949

<sup>12</sup> Fabio Suárez Montes: «El delito de malversación de caudales públicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, núm. 220, págs. 844 y ss

<sup>13</sup> Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. «Irrant lo blanch», Valencia, 1990, pág. 774.

<sup>14</sup> Enrique Orts Berenguer: *Derecho Penal, Parte Especial*, obra colectiva coordinada por Vives Antón, edit. «Irrant lo blanch», Valencia, 1988, pág. 446

<sup>15</sup> Suárez Montes: *op. cit.*, pág. 868

<sup>16</sup> J. M. Rodríguez Devesa. *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. Dykinson, Madrid, 1983, pág. 1130.

La conclusión precedente no se pone en duda ni por la propia legislación que regula la jurisdicción contable. Así, el artículo 16.c) de la LOTCU dispone que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito o falta. Y el artículo 46.d) de la LFTCU preceptúa que el Delegado Instructor pasará el tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiere indicios de responsabilidad criminal, salvo que conste haberse hecho en las diligencias preventivas.

Los problemas de competencia jurisdiccional que se han venido suscitando entre la jurisdicción penal y la contable, al integrar unos mismos hechos los elementos del tipo delictivo y los de la responsabilidad civil, han intentado resolverse por algunos autores con la aplicación del instrumento procesal de las cuestiones prejudiciales devolutivas, dando prioridad a la jurisdicción contable sobre la penal. Sin embargo, estimamos que no es correcta esta forma de compatibilizar y cohesionar la aplicación de los artículos 18.2 y 16.c) de la LOTC, según se razonará a continuación.

#### IV. LA CUESTION PREJUDICIAL CONTABLE

La posibilidad de que se planteen cuestiones prejudiciales contables dentro de la jurisdicción penal ha sido defendida por Sola Fernández. En efecto, este autor sostiene que la institucionalización del sexto orden jurisdiccional, el contable, ha llenado de contenido prejudicial a los tipos penales de la malversación de caudales públicos. Pues —arguye— la acción de malversar, en sus diferentes tipos, exige la existencia de un alcance de fondos públicos, así como que el causante del alcance tenga la disposición de los caudales alcanzados, y, en su caso, la producción de un daño al servicio beneficiario de los fondos indebidamente dispuestos, así como el hecho de la disposición indebida, cuestiones todas ellas atribuidas a la jurisdicción del TCU de manera necesaria, improrrogable, exclusiva y plena. Y termina afirmando que estamos ante el supuesto de la cuestión prejudicial devolutiva de carácter relativo contemplada en el artículo 4 de la Ley Procesal Penal<sup>17</sup> («si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda»).

En igual sentido, Vacas García-Alós propugna en favor del orden jurisdiccional contable la existencia de la cuestión prejudicial devolutiva o excluyente, pues —a su entender— resulta imperativo someter la cuestión al órgano competente, y ello con base en el que se ha venido en llamar sistema de integración, en virtud del cual el orden judicial al que corresponde conocer del elemento principal extiende su conocimiento, «incidenter tantum», a las materias de los restantes órdenes jurisdiccionales<sup>18</sup>.

Al efecto de contraargumentar los dos criterios que se acaban de exponer, se hace imprescindible puntualizar algunos extremos relativos a las cuestiones prejudiciales en el proceso penal:

1) La cuestión prejudicial surge cuando la ley sustantiva penal recoge como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad no meros hechos o conceptos jurídicos, sino relaciones jurídicas de otras ramas del derecho ajenas al ámbito punitivo<sup>19</sup>. Suele, pues, plantearse cuando los tipos penales recogen elementos normativos que aparecen regulados por normas extrapenales. Los supuestos prácticos más citados son las relaciones jurídicas de parentesco con respecto a los delitos de parricidio e infanticidio y las relaciones jurídicas que se hallan vinculadas a la propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

2) El principio general establecido por la ley se concreta en el mandato de que el juez penal, a los solos efectos de la represión, tiene jurisdicción para resolver las cuestiones civiles o administrativas, o de cualquier otro orden jurídico, siempre que éstas estén ligadas de forma íntima con el tipo penal de cuya aplicación se trata (arts. 3 de LECr y 10 de LOPJ)<sup>20</sup>. Por ello, la mera utilización de conceptos o términos jurídicos ajenos al derecho penal dentro del tipo delictivo no comporta por regla general que se suscite una cuestión prejudicial para explicitar y declarar la definición extrapenal.

3) Como afirma Gómez Orbaneja —con extraordinaria acuidad—, la extensión de la competencia penal a la cuestión jurídica heterogénea, antecedente del fallo, no se basa, como suele decirse, en el principio de unidad de la jurisdicción, sino, por el contrario, en la necesidad de fijar todo lo que condiciona la responsabilidad criminal con los poderes y medios del proceso penal y dentro de éste. Se basa en que el proceso civil (o administrativo) y el proceso penal son diversos. Si el juez del delito tuviese que partir de premisas fijadas por otro juez con arreglo al principio dispositivo, limitaciones de prueba, reglas probatorias legales, presunciones y ficciones, la finalidad del proceso penal, determinada por la naturaleza del derecho que actúa, quedaría desvirtuada<sup>21</sup>.

La afirmación del referido procesalista nos obliga a apreciar con exquisita cautela los elementos normativos de los tipos penales y, sobre todo, a aplicar un eficaz filtro interpretativo a las normas penales en blanco, a través de las cuales se introducen en el ámbito penal auténticas presunciones fácticas.

Asimismo, dentro de la perspectiva de las cuestiones prejudiciales, han de mirarse con no poca reticencia incluso las cuestiones devolutivas absolutas recogidas en el artículo 5 de la Ley Procesal Penal (cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil). Y decimos esto porque es factible que un órgano jurisdiccional civil dicte una sentencia constituti-

<sup>17</sup> Mariano F. Sola Fernández: «Aproximación al estudio de la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal», revista *Crónica* 1987, Asociación de Censores Letrados y Contables y Servicio de Estudios del Tribunal de Cuentas, pág. 183, año 1988.

<sup>18</sup> Vacas García-Alós: *op. cit.*, pág. 279.

<sup>19</sup> Gómez Orbaneja y Herce Quemada: *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., Madrid, 1986, pág. 76.

<sup>20</sup> Valentín Cortés Domínguez: *Proceso Penal*, obra colectiva, edit. «tiran lo blanch», Valencia, 1990, pág. 224.

<sup>21</sup> Gómez Orbaneja: *op. cit.*, pág. 80.

va declarando la filiación de una persona en base a las presunciones recogidas en los artículos 116 y 117 de Código Civil, y sin embargo, en el proceso penal se acredite algún conatraindicio que ponga en entredicho esas presunciones que fueron la base de la sentencia civil que resolvió la cuestión prejudicial. En un supuesto así, entendemos que la duda que embarga al juez penal no puede dirimirse en base a meras presunciones ni con arreglo a principios probatorios del proceso civil. Pues si bien los artículos citados y la sentencia que se apoya en ellos tienen una justificación razonable y coherente en el ámbito del derecho privado, al otorgar seguridad y certeza jurídica al estado civil de una persona, difícilmente pueden fundamentarse en esas presunciones la condena por un delito de parricidio y la exclusión del tipo de homicidio, lo que significa la elevación de la pena privativa de libertad en varios años para el acusado. Y es que la naturaleza, las consecuencias y los fines de las normas penales poco tienen que ver con los de las normas civiles.

4) El hecho mismo que constituye el objeto de la causa penal —la acción u omisión punible en su unidad y complejidad— no puede formar el objeto de la cuestión prejudicial<sup>22</sup>. De forma tal que no existe prejudicialidad civil o administrativa en el juicio penal cuando la sentencia civil y la penal hayan de resolver sobre un mismo hecho bajo dos distintos aspectos<sup>23</sup>.

5) En palabras de V. Cortés Domínguez, tanto en el caso del artículo 4 como en el del artículo 6 de la LECr el legislador defiende sólo formalmente el principio de la diversidad de jurisdicciones, pero no sustancialmente, puesto que todo está pensado para que el juez penal resuelva con los mismos criterios todas las cuestiones «fácticas» que componen el supuesto de hecho del tipo penal, lo que es concorde con la vigencia de los principios de inmediación y de valoración probatoria que rigen en el proceso penal<sup>24</sup>.

Ello parece lógico, pues resultaría incoherente que algunos elementos fácticos del tipo delictivo fueran fijados con las normas específicas de la técnica procesal penal —investigación de oficio, derecho a la presunción de inocencia y principio «in dubio pro reo»— y otros, en cambio, con arreglo a los principios procesales del juicio civil, contencioso administrativo o laboral.

6) Se considera como criterio doctrinal sólido y asentado el que la sentencia dictada por el Juez no penal resolviendo la cuestión prejudicial, aunque ésta sea determinante de la existencia del delito, no vincula al juez penal. Por lo tanto, aun entonces es el juez penal el que definitivamente dilucida la cuestión planteada<sup>25</sup>. Este es también el criterio que sigue la jurisprudencia al interpretar el artículo 4 de la Ley Procesal Penal (STS 7-VI-1973).

7) Los argumentos que hemos expuesto en los apartados precedentes explican sobradamente que

en la práctica procesal penal sólo se tramiten cuestiones prejudiciales devolutivas en supuestos extraordinarios y excepcionales. Y entendemos que también aparecen más que justificados los artículos 10 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, preceptos que, por su relevancia, se transcriben a continuación:

«A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca» (art. 10 LOPJ).

«El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional» (art. 44 LOPJ).

«El Tribunal podrá suspender el procedimiento que se sigue ante el mismo hasta la resolución de un proceso penal pendiente ante un Juzgado o Tribunal de este orden» (art. 91 LOTC).

Una vez explicitada la doctrina atinente a las cuestiones prejudiciales en el ámbito del proceso penal, es hora ya de aplicar las pautas que se han establecido a la temática que nos ocupa.

Pues bien, si se analiza el texto del artículo 394 del Código Penal puede comprobarse que en modo alguno contiene cuestiones jurídicas que justifiquen la formulación de una cuestión prejudicial a dirimir por la jurisdicción contable.

En efecto, la acción nuclear que integra el tipo delictivo consiste en sustraer caudales o efectos públicos. El verbo *sustraer* es interpretado doctrinal y jurisprudencialmente como «apropiarse». Resulta, pues, evidente que no genera la interpretación de ese vocablo interrogantes jurídicos que hayan de dirimirse por la jurisdicción contable.

Tampoco los términos «caudales» o «efectos públicos» suscitan especiales problemas interpretativos. La doctrina equipara los caudales públicos a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valores negociables que posean un valor económico, aunque no sea actual, y que pertenezca a la Administración y esté destinado a fines públicos<sup>26</sup>.

Se trata, pues, de un concepto más o menos determinado como otros muchos que llenan los tipos del Código Penal y que en ningún caso constituyen una relación jurídica que fundamente una cuestión prejudicial.

Y otro tanto puede decirse con respecto a la circunstancia de que el funcionario «los tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones», acerca de la cual concurre una abundante jurisprudencia penal.

Por lo tanto, y sin olvidar que la descripción de

<sup>22</sup> Gómez Orbaneja: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Edit. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944, pág. 212.

<sup>23</sup> Gómez Orbaneja, *Comentarios...*, pág. 213.

<sup>24</sup> V. Cortés Domínguez: *op. cit.*, pág. 227.

<sup>25</sup> V. Cortés Domínguez: *op. cit.*, pág. 227; Gómez Orbaneja,

*Derecho Procesal Penal, op. cit.*, pág. 83; Jesús Sáez Jiménez y Epifanio López, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, edit. Santillana, Madrid, 1966, págs. 681 y ss.

<sup>26</sup> Orts. Berenguer: *op. cit.*, pág. 467.

una conducta en un tipo penal supone de por sí una juridificación de sus aspectos fácticos, se puede decir que estamos ante un tipo delictivo que contiene elementos fácticos y conceptos jurídicos que no justifican la formulación de una pretensión prejudicial a dirimir por una jurisdicción ajena al ámbito penal.

Esta conclusión se ve corroborada por el hecho de que los caudales públicos tienen, como se ha explicitado, una eminente condición de bien mueble, a pesar de que alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo (2-III-1973) haya extendido desmesuradamente el concepto hasta comprender los bienes inmuebles. Por lo tanto, si estamos ante defraudaciones que afectan sustancialmente a bienes muebles habría que aplicar el artículo 6 de LECr, que viene a excluir las cuestiones prejudiciales devolutivas con respecto a los bienes de esa índole.

Por último, tampoco parece muy razonable dilatar *sine die* el procedimiento penal con la formulación de una cuestión prejudicial devolutiva cuando, al fin y al cabo, la resolución a dictar por la jurisdicción contable, como ya se ha expuesto, no va a vincular al juez penal.

## V. EL AUTO DE 22 DE JULIO DE 1991 DE LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Las tesis que se han venido manteniendo en los apartados precedentes entrañan, obviamente, una discrepancia clara con el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid y con la entusiasta defensa que de esta resolución efectúa Vacas-García Alós<sup>27</sup>.

Lo curioso es que en el auto se parte de una premisa correctamente sentada y razonada, pues se expone como argumento de fondo que «hallándonos ante el enjuiciamiento de delito cuya tipicidad y pena aplicable se hace dependiente de la cuantía de tales perjuicios...». Por contra, no pueden estimarse correctas y acertadas las conclusiones que de ello extrae cuando dice que «razones de prudencia y de congruencia entre distintas resoluciones judiciales, a las que hace referencia el Abogado del Estado en su informe, aconsejan dicha suspensión, antes del pronunciamiento penal que corresponda».

Y tampoco puede acogerse, lógicamente, la conclusión que sienta Vacas García-Alós con motivo del análisis del referido auto: «el Juez o Tribunal que entienda de la causa no solamente debe limitarse a enviar al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios para que por éste se determine la cuantía de los perjuicios económicos irrogados al sector público, sino que además tendría que suspender la posterior tramitación de la mencionada causa —como se acordó en el auto objeto de comentario—, pues como acertadamente se razona por la Sección Pri-

mera de la Audiencia Provincial de Madrid en dicho pronunciamiento, la tipicidad y pena aplicable a ilícitos penales como la malversación de caudales públicos está en función del importe a que ascienden los perjuicios producidos»<sup>28</sup>.

Estas conclusiones no nos parecen razonables. Y ello porque, siendo cierto que la fijación del perjuicio derivado de la acción malversadora integra el tipo delictivo y determina la pena, es precisamente esta circunstancia la que impide la suspensión del procedimiento para que establezca un elemento relevante del delito una jurisdicción ajena a la penal.

La interpretación que postula Vacas García-Alós con respecto al artículo 18 de la LOTCU supone la tramitación de una cuestión prejudicial contable en el ámbito penal al efecto de integrar el tipo de malversación. Y esto es lo que ha realizado *de facto* la resolución de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, dando así inequívoca prioridad a la jurisdicción contable sobre la penal para determinar el tipo del delito.

Ya se han expuesto anteriormente los argumentos que permiten ponderar como inadecuado e improcedente el planteamiento de una cuestión prejudicial contable en el ámbito del proceso penal. No obstante, no está de más matizarlos y complementarlos especificando algunas de las consecuencias que esa opción procesal genera en la práctica.

Así, y en primer lugar, el suspender el procedimiento penal por hallarse tramitando el TCU un procedimiento por alcance o malversación supone que sea éste el que investigue en la práctica la integridad del tipo delictivo y no sólo el perjuicio, dado que el resultado de la sustracción es inseparable de la acción de sustraer, debiendo, pues, investigarse ambas conjuntamente, máxime cuando el TCU ha de dilucidar responsabilidades contables y, por supuesto, quiénes son los responsables.

En segundo lugar, como ya se ha plasmado, existe en el procedimiento de la jurisdicción contable una fase de investigación tramitada por un Delegado Instructor (art. 46 LFTCU). Esta fase, equiparable funcionalmente a las diligencias previas o al sumario del proceso penal, no tiene, a diferencia de éstos, naturaleza jurisdiccional. Y ello porque es diligenciada por un funcionario técnico del Tribunal que no detenta la condición de juez, pudiendo delegar el Tribunal incluso en funcionarios de la provincia en que han ocurrido los actos de alcance (art. 26 LOTCU). Difícilmente puede decirse entonces que nos hallemos ante una actividad propiamente jurisdiccional.

La naturaleza administrativa de esas actuaciones previas a la exigencia de las responsabilidades contables ha sido admitida por los autores que han tratado el tema<sup>29</sup>. De otra parte, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de LFTCU, tildó a la fase de investigación del procedimiento de «auténticamente inquisitiva, más propia de un simple expediente administrativo y carente de las necesarias garantías de contradicción»<sup>30</sup>. Y el

<sup>27</sup> Ver nota primera.

<sup>28</sup> Vacas García Alós: «Prioridad de la jurisdicción contable», *op. cit.* en nota 1, pág. 284.

<sup>29</sup> José Luis Monzo Torres y Luis Vacas García-Alós: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones ins-

tructorales en el procedimiento de reintegro por alcance», *Actualidad Administrativa*, núm. XXIV, 1990, págs. 265 y ss; y núm. XXV, 1990, págs. 273 y ss.

<sup>30</sup> *Boletín de Información del CGPJ*, núm. 44, febrero 1986, pág. 32.

Tribunal Constitucional, en Sentencia 18/1991, de 31 de enero, ha considerado la instrucción recogida en el artículo 47 de LFTCU como una actividad claramente separada de los procedimientos de fiscalización en sentido estricto y ordenada a preparar la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas; de tal forma que si bien la excluye de las actuaciones fiscalizadoras y la incluye dentro del procedimiento enjuiciador, en ningún momento afirma que sea una actividad propiamente jurisdiccional.

Por contra, la intervención de un órgano judicial en la práctica de la instrucción penal y las funciones que se le atribuyen impregnan de carácter jurisdiccional al trámite de las diligencias previas y del sumario. Pues, en efecto, el Juez Instructor se halla facultado para limitar y restringir derechos fundamentales y, dada su condición independiente e imparcial, va a poder practicar pruebas anticipadas en la fase sumarial y salvaguardar con objetividad los derechos de las partes.

Todo ello influye de manera decisiva en la naturaleza y efectos de la instrucción en el proceso penal. Pues no ostentan la misma fuerza probatoria, en el momento de ser sometidas a contradicción en la fase de juicio oral, una declaración sumarial prestada ante el Juez Instructor con asistencia e intervención de las partes que una declaración prestada ante un funcionario administrativo. El propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto el proceso de judicialización experimentado en la fase sumarial del proceso penal y la relevancia que ostenta la aplicación en ella del principio de contradicción y otras garantías procesales (STC 21-V-1986).

Y en lo que atañe a la eficacia, la facultad del Juez-Instructor de restringir los derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, telegráficas y de correspondencia, y entrada y registro en domicilios) deriva en una mayor profundización en el conocimiento de los hechos. Tan es así que no resulta nada extraño que procedimientos que finiquitan con un auto de archivo y sin averiguación de alcance o malversación de ninguna índole en la jurisdicción contable se resuelvan con una sentencia condenatoria en la esfera penal, por ponerse al descubierto hechos fraudulentos no constatados en aquélla<sup>31</sup>.

En otro orden de cosas, tampoco parece muy procedente ni adecuado que mientras el Juez de instrucción tramita unas diligencias previas o un sumario el Delegado instructor lleve a cabo una investigación paralela, por cuanto podría fácilmente interferir y obstaculizar el proceso judicial y frustrar sus resultados.

Desde la perspectiva estrictamente probatoria, el procedimiento de reintegro por alcance se rige por las normas del proceso civil (art. 73 LFTCU), con reglas específicas de la carga de la prueba y de interpretación de los presupuestos fácticos de la responsabilidad contable que difieren sustancialmente de las normas técnicas del proceso penal. En consecuencia, es muy factible y probable que los resultados probatorios sean notoriamente divergentes. Y, desde luego, no podrán subsumirse en el tipo penal

hechos acreditados en base a unas normas y principios probatorios ajenos al proceso penal.

Por último, el suspender la tramitación de la causa penal para resolver previamente en la jurisdicción contable la temática relativa a la responsabilidad civil implica dilatar indebidamente en el tiempo la elucidación de la responsabilidad penal, que, dada su naturaleza, ha de dirimirse con mayor urgencia y perentoriedad que aquélla. Tales consecuencias aparecen corroboradas por la situación procesal presente del procedimiento tramitado en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid. En efecto, después de haberse dictado el auto de 22 de julio de 1991, en el que se suspendía el procedimiento penal, no se han practicado más diligencias a la espera de la resolución del Tribunal de Cuentas, expectativa que todavía se mantiene el día 9 de mayo de 1993.

#### **VI. EL AUTO DE 27 DE JULIO DE 1990 DE LA SECCION SEPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

Como se ha podido comprobar al inicio de este trabajo, el auto de la Sección Séptima de la AP de Madrid se inhibe en favor del Tribunal de Cuentas, a requerimiento de éste, en lo que atañe al conocimiento de la responsabilidad civil. Sin embargo, y a diferencia de lo acontecido con la resolución dictada por la Sección Primera, no acuerda suspender la tramitación del procedimiento penal, sino que sigue su curso hasta la fase decisoria. En ella se dicta sentencia contra CCA el 17 de abril de 1991, por la que se le condena como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos a las penas de doce años y un día de reclusión menor e inhabilitación absoluta por un período de ocho años, resolución que se halla recurrida en casación.

Ahora bien, en el fallo de la sentencia, lógicamente, no se hace pronunciamiento alguno en lo que concierne a la responsabilidad civil del referido acusado. Ignoramos el curso seguido por el procedimiento incoado por la jurisdicción contable, pero es de suponer que, en base al testimonio solicitado en su momento, habrá continuado su trámite normal hasta dictar la correspondiente sentencia fijando las responsabilidades contables y civiles.

A la hora de analizar la resolución dictada por la Sección Séptima de la AP de Madrid, ha de comenzarse diciendo que el acuerdo tomado parece el que más se ajusta a una interpretación adecuada y coherente del artículo 18 de la LOTCU. Y ello porque, al disponer esta norma que cuando los hechos fueren constitutivos de delito la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, parece lógico que la Sala Penal se inhiba de conocer acerca de la pretensión civil, a pesar de que el Ministerio Fiscal la habla formulado en su escrito de acusación. Lo que no sería correcto ni razonable, según se ha argumentado sobradamente, es que el Tribunal penal hubiera sus-

<sup>31</sup> Procedimiento Penal Rollo S-66/90, tramitado en la Sección

XV de la AP de Madrid, por fraude ilegal de funcionarios.



pendido el procedimiento, tal como hizo la Sección Primera en el auto anteriormente examinado.

Sin embargo, y a pesar de que la interpretación realizada por la Sección Séptima de la AP de Madrid parece la correcta, ello no quiere decir en modo alguno que no suscite graves problemas en la práctica, problemas que, en cualquier caso, han de cargarse en el debe del texto legislativo, toda vez que impone la competencia de dos jurisdicciones diferentes para conocer de unos mismos hechos, aunque las pretensiones jurídicas fundamentadas en ellos sean diferentes.

La primera cuestión que esa concurrencia competencial suscita se deriva de que es muy posible que la jurisdicción penal y la contable acaben sentando en sus respectivas sentencias premisas fácticas diferentes y opuestas entre sí.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado en Sentencia 62/1984, de 21 de mayo, que «a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.º, número 3, de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios».

Esta doctrina ha sido también recogida, en esencia, por otras Sentencias del TC: 77/1983, de 3 de octubre; 158/1985, de 26 de noviembre; y 107/1989, de 8 de junio. Si bien en la segunda de ellas ha matizado el criterio precedente al afirmar: «Para que un órgano judicial tome en cuenta una resolución firme de otro órgano es preciso que tenga conocimiento oficial de la misma porque se halle incorporada al proceso que ante él se tramita, y, naturalmente, también el órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea sólo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos. No se trata, pues, de que una misma jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este TC, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho.»

Por consiguiente, si bien ha de tenderse, en apli-

cación del principio de seguridad jurídica, a evitar las sentencias contradictorias, ello no quiere decir que éstas no puedan darse legítimamente en la práctica. Ya sea, como afirma Pantaleón Prieto<sup>32</sup>, porque las sentencias no declaran verdades absolutas sobre los hechos objeto del litigio, puesto que los apreñan con arreglo al material probatorio existente en los autos; ya porque —podemos añadir— los diferentes procesos se rigen por específicos principios probatorios que conducen a sentar diferentes presupuestos fácticos.

Sobre este último aspecto, es de interés hacer referencia a la doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando argumenta en el sentido siguiente: «Constituyendo la responsabilidad penal por imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas especies jurídicas distintas, aunque expresivas de un principio de culpa, la ausencia declarada de culpabilidad penal no impide al Tribunal Civil valorar y encuadrar, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, el hecho en el ámbito de la culpabilidad extracontractual, ni le coarta siquiera para apreciar con plenitud de competencia las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica, doctrina que en nada se opone a la que mantiene el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de noviembre de 1985, sino que, por el contrario, se conforma a ella» (STS 9-VI-1989 y 7-XI-1985).

En el mismo sentido puede citarse la sentencia de la misma Sala de 2 de noviembre de 1987: «Fuera de la concreta excepción acabada de registrar de declaración en ella de la no existencia del hecho, la responsabilidad derivada de los hechos no constitutivos de infracción penal queda encomendada libérrimamente al juez civil, quien puede establecer la versión o «factum» que resulte de las pruebas practicadas en el proceso civil según su libre apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica y sin venir vinculado a la sentencia penal absolutoria.»

Por último, y para terminar con estas citas jurisprudenciales sobre el tema de las sentencias contradictorias, parece oportuno transcribir, al menos parcialmente, el auto dictado el 19 de abril de 1988 por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas<sup>33</sup>: «Cuando como ocurre en el presente caso, se parte de unos mismos hechos y se les somete a un doble y simultáneo enjuiciamiento —penal y contable—, la declaración de existencia o inexistencia de los mismos y de su autoría habrá de ser única y corresponderá, en principio, a la jurisdicción penal como prevalente.»

Por consiguiente, y a tenor de lo expuesto en las resoluciones transcritas, ha de procurarse evitar en lo posible la contradicción entre las premisas fácticas dictadas por el Tribunal Penal y el Tribunal de Cuentas. En base a lo cual no deberían seguirse procedimientos paralelos, sino que uno de ambos ha de ser prioritario en su tramitación.

Pues bien, tanto la urgencia en la determinación de las responsabilidades penales, debido a la naturaleza de éstas, como las mayores facultades de in-

<sup>32</sup> Fernando Pantaleón Prieto: Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 1-VII-1986, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pág. 3905.

<sup>33</sup> Recogido del trabajo de Luis Vacas García-Alós «Prioridad...» (nota primera), págs. 274 y 275.

investigación de la jurisdicción punitiva imponen la prioridad del procedimiento penal sobre el contable, por lo que debiera suspenderse éste a la espera de lo que se decidiera en aquél. Sin olvidar tampoco los valores que tutelan una y otra jurisdicción y el dato relevante de que los hechos declarados probados en el proceso por responsabilidades contables no vinculan a la jurisdicción penal, mientras que los admitidos por ésta han de ser recogidos, al menos en algunos supuestos, por la jurisdicción contable.

La prioridad que se defiende aparece confirmada por el texto del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.»

Ciertamente, Sola Fernández ha aducido que no procede aplicar este precepto para fundamentar la paralización o suspensión de la actividad jurisdiccional contable a la espera de que decida la jurisdicción penal<sup>34</sup>. Sin embargo, entendemos que los argumentos que hemos expuesto, así como lo preceptuado en el artículo 44 de la LOPJ, han de considerarse decisivos para desvirtuar la tesis del referido autor. De no ser así, se corre el riesgo de que se declare la inexistencia de alcances y malversaciones en la jurisdicción contable que después se acaban probando en el ámbito penal, hipótesis nada extraordinaria en el momento presente.

De todas formas, la problemática suscitada por las resoluciones contradictorias no es la única derivada de la norma recogida en el artículo 18 de LOTCU. Concurren también otras graves distorsiones en el sistema jurisdiccional generadas por la división competencial impuesta por el precepto.

Así, cabe destacar la posibilidad nada irreal de que algunos de los acusados en el proceso penal sean cuentadantes y otros no con arreglo a la legislación contable. Esto deriva en que la responsabilidad civil se reclame a unos inculcados en el ámbito de la jurisdicción penal y a otros ante la jurisdicción contable, con todos los problemas que conlleva esa escisión de la pretensión civil.

Decimos que no se trata de un supuesto hipotético porque ello es precisamente lo que ocurrió en el procedimiento tramitado por la Sección Séptima de la AP de Madrid cuyo auto comentamos. En efecto, se trata de un proceso penal con tres acusados, sin embargo, solamente se requirió la inhibición por el Tribunal de Cuentas con respecto a uno de ellos, dado que los otros no tenían la condición de cuentadantes. De este modo, con respecto a dos de los inculcados si se solicitó la indemnización para el Estado dentro del proceso penal, mientras el tercero quedó a resultas de lo que decidiera la jurisdicción contable.

Como puede percibirse, las inconveniencias y las disfunciones que ha ocasionado el artículo 18 de LOTCU son mucho mayores que los beneficios que pudiera aportar al sistema procesal. La doctrina ha defendido la determinación de la responsabilidad ci-

vil por el Tribunal de Cuentas en las defraudaciones de caudales públicos en base a la pericia y a los conocimientos técnicos del Tribunal<sup>35</sup>. Y también se ha aducido la obtención de un mayor reforzamiento de las garantías en orden a la intangibilidad de los caudales públicos<sup>36</sup>. Sin embargo, estimamos que estos beneficios podrían alcanzarse igualmente, y con una mayor agilidad y coherencia, en el ámbito procesal penal. Pues, en efecto, está sin duda acreditado que cuando a la jurisdicción penal se la dotan de medios periciales técnicamente cualificados su eficacia es óptima. Lo que sucede es que ello se produce en escasísimas ocasiones y para supuestos «ad hoc». De ahí que deba concluirse que los resultados serían excelentes si se hubiera establecido una colaboración entre el personal técnico del Tribunal de Cuentas y la Jurisdicción Penal, en lugar de crear la confusión y el equívoco con la diversificación y escisión de las pretensiones procesales.

No obstante, es obvio que las soluciones no caminan en el sentido apuntado. Todo indica más bien que el legislador mantiene cierto recelo hacia la jurisdicción propiamente ordinaria. Para corroborarlo sólo se precisa leer el Proyecto de Código Penal de 1992, en el que se excluye la competencia que actualmente ostenta la jurisdicción penal para decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, y también sobre la responsabilidad civil de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 122).

## VII. EL CONTEXTO SOCIO-POLITICO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

El objeto de nuestro estudio se ha centrado en argumentar jurídicamente una interpretación del artículo 18 de la LOTCU que permita una mayor operatividad y coherencia procesal, atendiendo para ello a la naturaleza, funciones y fines de las jurisdicciones penal y contable. No está de más, sin embargo, hacer unas breves reflexiones finales acerca del contexto socio-político en el que se desenvuelve la labor del Tribunal de Cuentas.

Como se ha explicado, los Consejeros son nombrados por ambas Cámaras legislativas, de las que depende, además, orgánicamente el Tribunal. Ello quiere decir que estamos ante una jurisdicción *sui generis*, toda vez que no se halla adscrita al Poder Judicial sino al Poder Legislativo.

Este *status* específico, si bien en teoría no tendría por qué aminorar o degradar la legitimidad del Tribunal, en la práctica no ha sido así, y se ha venido aplicando de tal forma que ha generado la desconfianza del ciudadano sobre su independencia e imparcialidad.

Los motivos de fondo de esta situación hay que achacárselos al sistema con que se ha venido operando para designar a los candidatos elegibles por las cámaras. Pues la realidad de los hechos constata que, como ha sucedido con otras instituciones

<sup>34</sup> M. Sola Fernández: *op. cit.*, págs. 177 y 178.

<sup>35</sup> M. Sola Fernández: *op. cit.*, pág. 169.

<sup>36</sup> Mendizábal Allende: *op. cit.*, págs. 63 y ss.

básicas del Estado de Derecho, la designación de los Consejeros ha quedado en manos de las personas que controlan los aparatos de los partidos políticos. De este modo, una elección que habría de fundamentarse en la independencia de criterio, capacidad y prestigio profesional de los candidatos a desempeñar la función, se ha visto ensombrecida en no poca medida por lo que aparenta ser una relación contractual-clientelar regida por el principio del *do ut des*.

Estos vicios de origen se han reflejado en recientes resoluciones del Tribunal de importante transcendencia en la vida pública, en las que los Consejeros elegidos a instancias del partido del Gobierno y los que lo fueron a propuesta del partido mayoritario de la oposición han votado en bloque sus tesis *fácticas* respectivas.

Para verificar todo este estado de cosas basta con releer las editoriales y los análisis de fondo de un periódico como «El País», que no se distingue precisamente por sostener unos criterios contrarios al Gobierno —en algunos círculos sociales se le conoce incluso como «el otro boletín oficial».

En ese periódico se decía hace pocas fechas lo siguiente: «La singularidad del caso *Filesa* estriba en que la política del avestruz seguida por el PSOE ha dañado al funcionamiento del Estado de Derecho y al entramado de valores sobre los que descansa el sistema democrático. El Tribunal de Cuen-

tas, por cuyas puertas cruzó virginalmente la estruendosa procesión de la financiación ilegal del PSOE, ha sido uno de los precios de este naufragio» (25-IV-1993).

Unos días más tarde, al referirse a las rectificaciones que debía abordar el partido gubernamental, recogía entre ellas «la política de nombramientos en instituciones como la Fiscalía General del Estado o el Tribunal de Cuentas» (28-IV-1993).

El propio partido en el Gobierno ha hecho examen de conciencia y parece ser que ha reconocido sus pecados en esta materia. Y así, en su manifiesto electoral (29-IV-1993) dedica un capítulo a «Instituciones del Estado». En él se describe como uno de los objetivos del partido «estudiar la revisión del sistema de provisión de órganos (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, etcétera). La elección de sus componentes debe seguir haciéndose por el Parlamento, pero hay que arbitrar mecanismos para evitar el reparto de cuotas entre los partidos y los bloqueos cuando se produce la falta de acuerdo entre los mismos».

Hechas estas consideraciones en torno al contexto socio-político del Tribunal de Cuentas, ha de convenirse que no parece muy prudente incluir dentro de sus competencias, aunque sea a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales, la determinación de los elementos objetivos de un tipo penal que conlleva unas penas de hasta veinte años de privación de libertad.