

El reto ético del control democrático (*)

Ubaldo Nieto de Alba

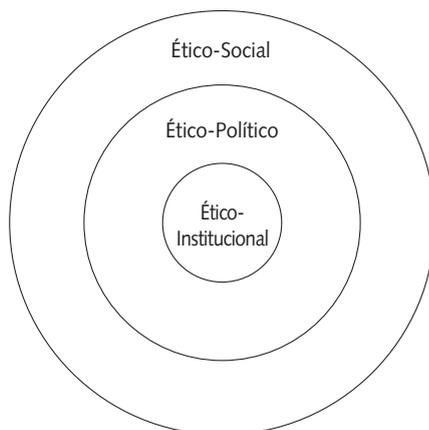
Presidente del Tribunal de Cuentas

1. EL MARCO DE LAS RESPONSABILIDADES ÉTICAS

Desde la aprobación de la Constitución de 1978 han sobrevenido nuevas realidades y problemas que plantean nuevos retos a los Órganos de Control. Los problemas han sido los propios de todo proceso de cambio político, de un orden centralizado e intervencionista a otro descentralizado de libertad y competencia en el que, al difuminarse las fronteras entre lo público y lo privado y desactivarse controles intervencionistas, pueden producirse comportamientos con trascendencia colectiva que infringen principios contenidos en el marco ético de la Constitución.

Este marco ético abarca todos los aspectos de la vida social y política, así como el ámbito jurídico e institucional en el que se integran las leyes, normas y demás reglas de juego que, con sus correspondientes sanciones, emanan de nuestra Constitución. En todos estos ámbitos pueden producirse comportamientos con trascendencia colectiva que infrinjan principios éticos. En la figura adjunta se contempla este marco ético a través de una serie de círculos concéntricos, cada vez más amplios, en los que se representan los ámbitos jurídico, político y social.

(*) Conferencia de Clausura del Curso «Tribunal de Cuentas: XX años de la Ley Orgánica», organizado por la Fundación General de la Universidad Complutense, El Escorial, 29 de julio al 2 de agosto de 2002.



Hay responsabilidades éticas que quedan perfectamente enmarcadas en cada uno de los mencionados ámbitos. Así:

– En el ámbito jurídico e institucional, quienes, como puede ser el caso de los gestores públicos, con sus comportamientos, actúan contraviniendo normas del marco jurídico, representado por el círculo más reducido, incurren en responsabilidades legales que, según su naturaleza (civiles, mercantiles, penales, administrativas o contables), son exigibles ante los tribunales de justicia; pero también incurren en esas responsabilidades éticas que el Derecho ya ha traducido en normas imperativas.

– En el ámbito político, representado por el círculo siguiente, aparecen las responsabilidades políticas que infringen principios éticos no sólo en asuntos como la desviación de poder, la arbitrariedad y el favoritismo, sino, también, como creadores del Derecho en el marco de lo previsto en el artículo 66 de la Constitución Española (CE). El principio de moralidad de un Estado democrático de Derecho hace necesario encaminar la acción política a la creación de marcos jurídico-institucionales creíbles y éticamente aceptables. El principio ético que debe regir la vida política de un Estado de Derecho exige algo más que respetar y hacer respetar la NORMA –eso sería minimizarlo–, exige anticipar el futuro creando la norma como algo que se descubre más que como algo que se promulga, elevando así el techo de la justicia, de forma que no puedan quedar acciones al borde ni por encima de la Ley.

– En el ámbito social, por último, pueden producirse comportamientos reprobables por la sociedad que infringen la razón ética sin dar lugar a responsabilidades políticas, pero que no pue-

den aceptarse como buenos, ni legitimarse porque no resulten punibles. Es entonces cuando aparece la responsabilidad de la sociedad y cuando el orden de convivencia democrático, la alterancia en el poder y los medios de comunicación independientes resultan idóneos para combatir las conductas que vulneran principios éticos con trascendencia social. La sociedad que crea en dichos principios reaccionará frente a conflictos estrictamente éticos mediante la expresión del voto democrático en los procesos electorales.

Hay que tener en cuenta, además, que las responsabilidades éticas de la acción política del Gobierno se sitúan a un nivel superior y abarcan todos estos ámbitos.

En estos veinte años, con el ejercicio del control democrático, del que dependen la composición del Parlamento y del Gobierno, se ha consolidado un proceso cíclico de control de los gastos e ingresos públicos que, pasando por el control parlamentario del presupuesto inicial, el control interno dependiente del propio Ejecutivo y el control externo del Tribunal de Cuentas, finaliza con el control parlamentario del presupuesto final, de su ejecución y liquidación y de la gestión de la actividad económico-financiera del sector público, a partir de los resultados técnicos de los diversos informes remitidos al Parlamento por el Tribunal de Cuentas. En este período se han enviado al Parlamento unos 550 informes y mociones, con independencia de las casi 11.000 sentencias y autos dictados en el ámbito jurisdiccional. Cara al futuro, el control externo tiene un importante reto: el reto ético.

2. DEL PRINCIPIO DE RACIONALIDAD ECONÓMICA AL PRINCIPIO DE MORALIDAD

El principio de racionalidad económica contenido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 31.2 de la CE, 9.1 de la LOTCu, 17 del TRLGP y concordantes) está inspirado en el principio de asignación-maximización de la economía material, donde la relación entre costes y beneficios, así como las posibles alternativas, resultan objetivamente medibles, quedando el problema reducido a la búsqueda de soluciones óptimas mediante la adecuada modelización y programación económica. Pero la Constitución de 1978, al situarnos en un sistema abierto, con organizaciones políticas, sociales y económicas descentralizadas, es algo más que un cuerpo legal, contiene principios éticos, a un nivel superior de integra-

ción y creación, que abarcan todos los círculos de nuestra convivencia democrática.

Es un hecho que las normas legales contienen principios organizativos y de gestión que, al incidir en la discrecionalidad, en las responsabilidades y, por tanto, en las preferencias de los gestores, están íntimamente relacionadas con la asignación eficaz de los recursos. Además, cuando estas normas incorporan valores colectivos y sociales, también inciden en el comportamiento moral de todos los agentes relacionados con el uso de los recursos públicos.

Los modelos de la economía material elaboran esquemas preferenciales que permiten evaluar riesgos y costes en las decisiones de los gestores, pero su lógica reduccionista, propia de los principios científicos de la modernidad, con esa escisión entre los fines de la ética y los medios de las técnicas, no permite integrar la ética en el marco normativo. Para ello tenemos que recurrir a la economía institucional, que es la que nos enseña a elegir las mejores normas y reglas de juego, donde, al abordar las distintas alternativas de elección, se busca, además de racionalidad económica, la mejora de los valores colectivos¹.

Ello nos obliga a poner en relación el principio de racionalidad económica con el principio de responsabilidad y moralidad en la conducta no sólo de los gestores públicos, sino también de los creadores de las normas. A diferencia de los sistemas cerrados del pasado, donde los controles interno y externo se confunden, impidiendo diferenciar las responsabilidades políticas de organización de las responsabilidades de gestión y contables, en el sistema abierto de nuestra Constitución el control externo y el interno se diferencian, permitiendo, también, diferenciar y exigir estas responsabilidades. De aquí que el control externo sea elemento condicionante no sólo de la gestión, sino también de las NORMAS de organización del sector público.

El principio de racionalidad económica del artículo 31.2 de la CE se trasladó al artículo 9.1 de la LOTCu. En materia de responsabilidades contables, la responsabilidad configurada en el artículo 38 de dicha LOTCu se constriñó, en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), a un sector reducido del gasto público. Si el artículo 49 de la LFTCu, además de al incumplimiento de las leyes del régimen presupuestario y de con-

¹ NIETO DE ALBA, U.: «Gestión y control de la nueva economía (innovación, integración y globalización)», pág. 73.

tabilidad, se hubiera extendido al incumplimiento de la ley y normas específicas acordes con la naturaleza de cada gestión, y existiera la obligación, dada la diversidad de sujetos y actividades públicas (exportadoras, siderúrgicas, de radiotelevisión, bancarias, aseguradoras, etc.), de que para crear una sociedad mercantil, ente o empresa pública hubiera que contar con una norma específica de rango suficiente que, además de justificar la necesidad de su creación y sus objetivos, estableciera su modelo de organización, gestión y control interno, especificando los márgenes de actuación, responsabilidades de gestión de sus directivos y órganos de representación, así como las medidas para exigirlos y las sanciones derivadas de las mismas, se hubiera ganado en seguridad jurídica. Además, se hubiera evitado esa huida del Derecho presupuestario que se ha venido produciendo, entre otras, a través de las denominadas «Leyes de Acompañamiento», que han servido para crear, suprimir o transformar organismos o entes públicos, así como para introducir modificaciones en su régimen jurídico, presupuestario o financiero.

Pero, como ha señalado Pascual Sala recientemente en Santander, el dotar a los gestores públicos de marcos normativos que eviten cualquier tipo de discrecionalidad y de dificultad a la hora de ampliar la responsabilidad contable al ámbito de la gestión, crearía problemas de procedimiento, al incidir en otros ámbitos de responsabilidad. Estos problemas (posibles confusiones en los procedimientos jurisdiccionales, dificultades y retrasos de tramitación de piezas separadas...) constituirían dificultades añadidas a la labor del Tribunal de Cuentas, que, como órgano que emana de las Cortes, está al servicio de las mismas, donde se ventilan las responsabilidades políticas de la organización y gestión del sector público.

Con frecuencia, los debates sobre informes del Tribunal de Cuentas, al no diferenciar los niveles de responsabilidad política en el ámbito de la gestión, como son las responsabilidades *in eligendo* e *in vigilando*, de las responsabilidades políticas relativas a la configuración de la organización, no alcanzan a abordar la discusión de proyectos y modelos alternativos de organización y gestión; precisamente en estos debates, que es donde se pone de manifiesto, como veremos seguidamente, la dimensión ética en la creación de la NORMA.

El control externo, si quiere ser condicionante de organizaciones y gestiones que, además de eficaces y eficientes, resulten éticamente responsables, tiene que elevar al Parlamento informes y mociones que propicien debates políticos sobre modelos alternativos

de organización y gestión, superando la búsqueda de responsabilidades políticas por elevación de las responsabilidades contables, incluso de malas gestiones, que muchas veces no son ajenos a Normas organizativas que contienen riesgos morales.

3. RIESGOS MORALES. EXPERIENCIAS

Dada la interrelación existente entre las normas de organización y procedimiento y la conducta ética de los gestores públicos, la experiencia de estos años de ejercicio del control externo nos ha enseñado que la acción política debe encaminarse a «internalizar la ética en el marco normativo», donde, al abordar las distintas alternativas de elección, se persiga, además de eficiencia económica, la mejora de los valores colectivos que, evitando incentivos perversos, como los llamados riesgos morales o estímulos a la negligencia, incidan positivamente en el comportamiento ético de todos los agentes relacionados con el uso de los recursos públicos, contribuyendo así al progreso social.

Cuando una normativa ampara riesgos morales, no es difícil anticipar la falta de eficacia en la consecución de objetivos, la carencia de eficiencia en los procedimientos y la contribución a crear ese clima social que asocia la obtención de fondos públicos a quien mejor conoce el entramado administrativo o está más próximo al poder, dando lugar a debates públicos en busca de responsabilidades políticas. Ante estas situaciones, el trabajo y el informe técnico del Tribunal debe preceder al debate político y producirse en un ambiente de serenidad y objetividad. Sin embargo, la experiencia nos dice que este proceso aparece invertido con demasiada frecuencia.

Aplicando este análisis a normas sobre gestión y control de subvenciones, no es difícil anticipar riesgos de estímulos a la negligencia (moral hazard) y al fraude, y, por tanto, resultados que, además de favorecer a comisionistas, asesores económicos de cazasubvenciones, corruptelas burocráticas, al tráfico de influencias, información privilegiada y a la corrupción, inciden negativamente en la asignación eficaz de recursos, distorsionan las prioridades en la producción (se produce lo subvencionado y no lo que escasea) y benefician al productor, protegiéndole de la competencia del exterior. Todo ello con perjuicio del consumidor y a costa del contribuyente.

Podemos recordar otros ejemplos de riesgos morales que ya se han convertido en siniestros, algunos de los cuales todavía figuran

en el activo del balance del sector público, y que pudieron ser evitados; así, entre otros:

a) En el sector público empresarial. Además de la huida del Derecho administrativo, de los controles públicos y de las responsabilidades contables, se generan organizaciones con estímulos a la negligencia por concebir empresas como si fueran privadas, pero en las que las pérdidas se transfieren al presupuesto del Estado.

b) En el sector exterior. El funcionamiento de los créditos y seguros a la exportación y del Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD), donde han aparecido beneficios privados mientras los riesgos los soporta el Estado y se corre el riesgo de aprobar operaciones que, desde el primer momento, se sabe que no van a ser pagadas, como se ha demostrado.

c) Si nos detenemos en nuestro proceso de integración y descentralización, la presencia de estos riesgos morales es evidente. Las NORMAS establecen numerosos sistemas de control para evitar el fraude en las ayudas y subvenciones, como en los casos del lino, el aceite, etc.; pero, como si el presupuesto de la UE fuera una vaca que se alimenta en el cielo y se ordeña en la tierra, lo primero que se olvida es que parte de ese dinero procede de nuestros impuestos. Así, el riesgo moral adquiere dimensión, a nivel de la UE, donde la responsabilidad recae sobre los tres niveles de control externo: el Tribunal de Cuentas Europeo, los Tribunales de Cuentas nacionales y, en nuestro caso, en los Órganos de Control Externo de las CCAA.

d) Sector financiero. Cuando en los mecanismos de salvamento de instituciones de crédito, de seguros, etc., la internalización del coste de ese bien público, cual es la estabilidad y la confianza en el sistema, es a cargo del presupuesto del Estado, se corre el riesgo de amparar gestiones imprudentes. Una norma que evitara el riesgo «moral hazard» debería ir encaminada a que estos costes los internalizara el propio sistema (externalidades internalizables).

En materia de controles financieros cabe preguntarse sobre la racionalidad de su organización y la eficacia y eficiencia de sus procedimientos. Así, dada la interrelación, universalización y globalización de los mercados financieros, hay que plantearse si es adecuada la actual organización institucional en tres registros y si funciona su coordinación en casos de deslizamiento de actividades (como, por ejemplo, Fidecaya y Gescartera). Hay que preguntarse si esta organización permite que el coste del buen funcionamiento de un sistema financiero descentralizado recaiga, además de en los

órganos de supervisión, en el conjunto de empresas (de crédito, aseguradoras, de servicios financieros) a través de los Fondos de Garantía correspondientes, en los controles privados (auditores) y en el propio usuario, asumiendo su propia cuota de responsabilidad en la elección del intermediario.

En cuanto a los procedimientos de supervisión hay que tener en cuenta que la discrecionalidad debe reducirse al máximo. Siguiendo el símil judicial, se trata de abordar su instrumentación en procedimientos normados y contradictorios. Ello exigiría una preparación técnica y un rigor y ética profesional de los controladores muy distintos que cuando sus actuaciones están regidas por una mayor discrecionalidad.

También exigiría una rigurosa selección de los funcionarios. En el Informe de fiscalización de la CNMV, referido al período 1991-1992, del Tribunal de Cuentas (BOE de 1 de diciembre de 1994), en sus conclusiones 8.^a y 9.^a, se dice: «*La CNMV no siempre utiliza el sistema de convocatoria pública, tal y como es preceptivo, para la selección y contratación de personal, y no se cumplen todos los requisitos fijados por la propia CNMV en el procedimiento de selección*» (8.^a), y «*El personal asignado por la CNMV a las tareas de supervisión en las sedes de las entidades, dado el número de entidades a supervisar, el volumen de fondos y las operaciones que realizan, así como la trascendencia que tiene esta labor preventiva, parece claramente insuficiente*» (9.^a). Y se terminaba recomendando: «*Se considera necesario que la CNMV siga el sistema de convocatoria pública en todas las contrataciones de personal que realice, excepto cuando se trate de personal directivo, y que ajuste su actuación al proceso establecido en su manual de procedimientos.*» Estos Cuerpos de Inspección Financiera deben estar dotados con funcionarios altamente profesionalizados y seleccionados por procedimientos rigurosos, con un sistema especial de incompatibilidades cuando cesan en la inspección o vuelven, posteriormente, a puestos de la Administración.

Hay que tener en cuenta que donde hay discrecionalidad hay influenciabilidad, presión de intereses y estímulos a la negligencia. Cuando se producen fallos y se buscan responsabilidades, éstas quedan circunscritas a las responsabilidades políticas *in eligendo* e *in vigilando*, con lo cual se oscurece o evita el necesario debate político sobre modelos alternativos de organización y procedimientos que, además de mejorar la eficacia y eficiencia del sistema, contribuyan al progreso ético. El Tribunal de Cuentas, mediante fiscalizaciones horizontales y mociones, debe poner de manifiesto las debilidades en el funcionamiento, por ejemplo, los mencionados

controles financieros, que permitan debates sobre los modelos de supervisión.

4. CREACIÓN DEL DERECHO

Como ya hemos anticipado, la norma no es sólo algo que se promulga, sino también algo que se descubre y se crea, anticipando el futuro. Precisamente esta incertidumbre del futuro es la que nos permite la creación ética. En efecto, no sabemos lo que es el futuro, pero sí lo que el futuro debe ser. La necesidad de analizar los posibles proyectos futuros permite esa creación ética que, comenzando por identificar lo que se quiere en el proyecto, que es lo que dirige la creación, continúa con el proceso de deliberación, reconstruyendo los elementos que integran la responsabilidad moral al abordar las distintas alternativas que se presentan en la elección. Así, cuando se contempla el marco de referencia de las posibilidades futuras, aparece más claramente esa dirección de los cambios encaminados a mejorar los valores sociales. Todo ello de acuerdo con la ética de un Estado social y democrático de Derecho que, como ya hemos indicado, se sitúa a un nivel superior de integración y creación.

La legalidad científica de la economía racional (predicción y control) había desplazado del Derecho a la economía la función legitimadora del orden social mediante la implementación tecnocrática de leyes económicas en normas jurídicas; pero, en la legalidad científica de la economía institucional, la NORMA recupera nuevamente su función legitimadora del orden social, ya no sólo como resultado de experiencias del pasado, sino como resultado de debatir proyectos de posibilidades futuras (el futuro como creación) con la perspectiva de la dirección de los cambios encaminados a mejorar los valores sociales (progreso ético).

Estos valores no constituyen datos o variables exógenas como pretende el reformismo tecnocrático. La racionalidad tecnocrática, como sucede con las ideologías de orden con pretensión de universalidad, no parece que vaya a desaparecer; sin embargo, en cuanto sistemas capaces de enfrentarse por sí solos a los nuevos fenómenos, como las nuevas tecnologías, la globalización o la sociedad planetaria, se encuentran en sus horas bajas. La emergencia de la llamada «tercera vía», pretendiendo basarse en valores comunes compartidos por las distintas ideologías (solidaridad, sociedad civil, responsabilidad individual, formación, educación, etc.), en un intento de conseguir el sueño imposible de resolver los pro-

blemas políticos, también olvida que estos valores, como variable endógena, emanan del propio sistema y, por tanto, son susceptibles de debate y elección².

Como señala el artículo 66 de la CE, las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen, entre otras, la potestad legislativa del Estado. Al Tribunal de Cuentas, como Órgano de Control Externo técnico al servicio del Parlamento, le corresponde contribuir a ese proceso de creación mediante mociones basadas en fiscalizaciones horizontales, descubriendo fallos de organización y gestión que impulsen el debate político hacia esos cambios legislativos necesarios; elevar recomendaciones al Parlamento sobre la presencia de riesgos morales en las normas, contribuyendo a mejorar los valores éticos en la organización, la gestión y los controles públicos; formular recomendaciones puntuales sobre modificaciones de Estatutos y de otras normas propias de las entidades públicas, códigos de conducta, ámbitos jurídicos que encaucen actuaciones subvencionales, de fusiones, privatizaciones, gestiones de ingresos y financieras, señalamiento de retribuciones de directivos, y creación, control y gestión de filiales, entre otras. En este sentido, no se puede aludir a la máxima eficacia en el funcionamiento del control externo que corresponde al Tribunal, en cuanto a coadyuvar con el Legislativo en el impulso de las necesarias medidas de mejora de la organización y la gestión éticamente responsable del sector público, si no se toman en cuenta todos los extremos a los que acaba de hacerse referencia.

En esta nueva dimensión del control externo se pondrían también de manifiesto las debilidades de los controles administrativos y su eficacia a la hora de poner de relieve, en sus informes de control interno, la existencia de riesgos morales.

De hecho, en estos momentos, llaman la atención las numerosas manifestaciones públicas de distintos ámbitos políticos preocupados por la falta de ortodoxia y de códigos de conducta de los gestores privados (sin duda, por las consecuencias entre accionistas, inversores, en general, auditores y analistas, etc.) y, sin embargo, no se alude a las conductas y consecuencias en el ámbito público, ni a la falta de impulso ético en este ámbito.

El impulso político de creación ética, encaminado a establecer nuevas reglas de juego justas y estables y a fortalecer un control que garantice su correcto funcionamiento, produciría diversos

² NIETO DE ALBA, U.: ob. cit., págs. 40-41.

efectos positivos: en primer lugar, la selección de gestores públicos estaría más apoyada en la profesionalidad y en la responsabilidad que en la oficiosidad con el poder, reduciendo su margen de discrecionalidad y, con ello, posibles informaciones privilegiadas, tráfico de influencias y corrupción. En segundo lugar, el Parlamento, por su parte, ejercería un impulso creador que redundaría, a través de los medios de comunicación, en una mejor conformación de la opinión pública, contribuyendo a que el ciudadano mantenga también tensas sus exigencias éticas de una libertad responsable, dando lugar a esas reacciones sociales capaces de invertir el signo de las tendencias morales de la colectividad por medio del voto en los procesos electorales, cerrando así el círculo del control democrático de las responsabilidades éticas expuesto anteriormente.

5. RETO PARA EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Se trata, en el caso del Tribunal, de llevar a cabo programas de fiscalización con un contenido más horizontal y sectorial que puntual para cada entidad concreta, analizando, para las diversas Administraciones (sanidad, educación, justicia, seguridad, etc.) y para amplias áreas de actuación (contratación, personal, etc.), sus misiones, objetivos para cumplirlas, recursos puestos a su disposición, logros alcanzados y coste de los mismos, y estableciendo conclusiones y recomendaciones que permitan al destinatario de las mismas, el Parlamento, propiciar importantes debates políticos no sólo sobre modelos alternativos de organización, gestión y control interno del sector público, sino, también, sobre la internalización de los valores éticos en las normas que lo configuran y regulan.

Todo ello, mediante procedimientos e informes sin rostro y basados en esa cultura de valores compartidos: «legalidad, objetividad, rigor, profesionalidad, reserva y confidencialidad», constitutivos del deber moral de la lealtad institucional, como ejemplo a imitar por el resto de las organizaciones y controles del sector público y como mejor referente externo de garantía con los medios de comunicación y con el ciudadano, que, como contribuyente, lo agradecerá.

6. RESUMEN

Ante las nuevas realidades y problemas de la gestión pública, el presente trabajo contempla al control externo en una nueva di-

mención y lo sitúa, a partir de la experiencia en su ejercicio a lo largo de los años, ante el «reto ético», que consiste en hacer del mismo condicionante de la gestión y de las normas de organización del sector público, de modo que éstas resulten, además de eficaces y eficientes, éticamente responsables. Se trata, pues, de que el control externo contribuya a internalizar la ética en el marco normativo del sector público.

El trabajo trae a primer plano la necesidad de encaminar la acción política a la mejora de los marcos jurídico-institucionales, partiendo del ámbito ético que enmarca los ámbitos social, político e institucional. Desde la perspectiva de la economía institucional, se plantea, asimismo, la superación del principio de racionalidad económica, relacionándolo con el principio de responsabilidad y moralidad en la conducta de los gestores públicos y de los creadores de las normas. Superando los planteamientos propios del tradicional control de legalidad, se pone de relieve cómo las normas contienen principios de organización y de gestión íntimamente relacionados con la asignación eficaz de los recursos y con el comportamiento de los gestores públicos. Este nuevo enfoque en la dirección de los cambios encaminados a acrecentar los valores sociales (progreso ético) convierte al control externo en detector de fallos en la organización y gestión públicas a través de informes, mociones y recomendaciones al Parlamento que coadyuvan a las modificaciones legislativas necesarias para reforzar los valores éticos de la organización, de la gestión y del control públicos.

La orientación del control externo hacia la elaboración de conclusiones y recomendaciones, resultado de informes de contenido sectorial y horizontal, permite propiciar debates en el Parlamento sobre modelos alternativos de gestión y control del sector público que internalicen los valores éticos en las normas correspondientes, ayuda a potenciar la profesionalidad en la selección de los gestores y conduce, con el impulso creador de normas, a la conformación de la opinión pública a través de los medios de comunicación y a tensar las exigencias éticas de la ciudadanía, cerrando, así, el círculo de control democrático de las responsabilidades éticas en un Estado moderno.