

QDL56

**II.
Sección
general**

El derecho de defensa en las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance del Tribunal de Cuentas

RAFAEL ENTRENA FABRÉ

Socio director de Entrena Abogados.

Letrado del Gabinete Jurídico Central del Excmo.

Ayuntamiento de Barcelona en situación de excedencia

- 1. Introducción**
- 2. El procedimiento del reintegro de alcance y su aplicación extensiva por el Tribunal de Cuentas: Consecuencias**
- 3. Las distintas fases procedimentales de la responsabilidad contable por alcance. Naturaleza jurídica y normativa aplicable**
 - 3.1. Las diligencias preliminares
 - 3.2. Las actuaciones previas
 - 3.2.1. Contenido y finalidad
 - 3.2.2. Naturaleza y normativa aplicable
 - 3.2.3. La liquidación provisional
 - 3.3. El recurso del artículo 48 LFTCu
 - 3.3.1. El recurso solo se puede interponer por motivos tasados
 - 3.3.2. Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas sobre la indefensión en la fase de actuaciones previas
 - 3.3.3. Resultados del recurso
 - 3.4. Vinculación entre las actuaciones previas y el proceso jurisdiccional contable de reintegro por alcance
- 4. Conclusiones**

Artículo recibido el 08/09/2021; aceptado el 10/11/2021.

Resumen

El Tribunal de Cuentas ha elaborado una doctrina que afecta, gravemente, el derecho de defensa de los afectados por procedimientos por responsabilidad contable. Dicha merma de garantías se proyecta en diversos ámbitos.

Así, de un lado, se soslaya la doctrina del Tribunal Supremo, al vehicular, reiteradamente, a través del procedimiento de alcance, todo tipo de infracciones contables, como los pagos indebidos, ampliando, indebidamente, el concepto de alcance y vaciando de contenido los demás supuestos contemplados en el artículo 177 de la Ley general Presupuestaria.

En lo que se refiere a los procedimientos previos a la vía jurisdiccional, (diligencias preliminares y actuaciones previas) se restringe, de manera significativa, la posibilidad de intervención de los afectados, en clara vulneración del artículo 24 de nuestra norma fundamental, y se inadmiten argumentos que podrían conducir a la inexistencia de una liquidación provisional y la consiguiente inexigencia de garantías.

Por lo que respecta al recurso previsto en el artículo 48 LFTCu, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas debería modularse en un sentido más garantista para los derechos de los interesados. No nos parece admisible que la constante reiteración de la hermética doctrina de la Sala de Justicia en esta materia, provoque la sistemática inadmisión o desestimación de prácticamente todo recurso presentado.

Palabras clave: *responsabilidad contable; alcance; Tribunal de Cuentas; actuaciones previas; indefensión; garantías; cuentadante; juicio de cuentas; jurisdicción contable.*

The right of defense in preliminary proceedings of the reimbursement procedure before the Court of Auditors

Abstract

The Court of Auditors has drawn up a doctrine which seriously affects the right of defense of those affected by accounting responsibility proceedings. This reduction in guarantees is projected in various areas.

First, the doctrine of the Supreme Court is avoided, by repeatedly conveying, through the scope procedure, all types of accounting infractions, such as improper payments, improperly expanding the concept of scope and not using other cases contemplated in article 177 of the General Budget Law.

Second, regarding preliminary judicial proceedings, the possibility of the intervention of those affected is significantly restricted, in clear violation of Article 24 of the Spanish Constitution, and certain allegations which could lead to the non-existence of a provisional liquidation are rejected with the consequent lack of guarantees.

Third, regarding the action provided in Article 48 of Law 7/1988, of 5 April, on the Functioning of the Court of Auditors, the case law of the Court of Auditors should be modulated in a more guaranteeing line for the rights of the persons concerned. It is not admissible that the constant reiteration of the hermetic doctrine of the Chamber of Justice in this matter leads to a systematic inadmissibility or rejection of practically all appeals.

Keywords: accounting responsibility; scope procedure; Court of Auditors; preliminary actions; lack of defense; guarantees; accountant; trial of accounts; accounting jurisdiction.

1

Introducción

El objeto de la presente ponencia es el análisis de las actuaciones preprocesales del Tribunal de Cuentas, con especial incidencia en aquellas cuestiones que suscitan una mayor controversia en la práctica forense, entre las que destaca, de manera significativa, la posible indefensión de los afectados.

En este sentido, me parece evidente que, pese a que, en los últimos tiempos, el Tribunal de Cuentas ha experimentado una clara *vis expansiva* en lo que se refiere al ámbito de su intervención jurisdiccional, ello no ha venido acompañado de un incremento en la tutela de los derechos y las garantías de las personas físicas afectadas por los procedimientos de responsabilidad contable, sino todo lo contrario. Como se expondrá en los siguientes apartados, el Tribunal de Cuentas, soslayando la doctrina del Tribunal Supremo, vehicula reiteradamente, a través del procedimiento de alcance, todo tipo de infraccio-

nes contables, y por lo que aquí interesa, en lo que se refiere a los procedimientos previos a la vía jurisdiccional, ha elaborado una doctrina que, a mi entender, merma de manera significativa los derechos y las garantías de los afectados, en clara vulneración del artículo 24 de nuestra norma fundamental.

2

El procedimiento del reintegro de alcance y su aplicación extensiva por el Tribunal de Cuentas: Consecuencias

1) Conforme al artículo 15.1 de la LOTCu:

“El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”.

Y según establece el artículo 49 LFTCu, la jurisdicción contable conoce de las pretensiones de responsabilidad de los cuentadantes, cuando, mediando dolo o negligencia graves, infrinjan la normativa contable o presupuestaria y originen menoscabo a los caudales públicos.

2) La Ley 7/1988 contempla dos tipos de procedimientos a fin de establecer responsabilidades contables:

A.- El Tribunal de Cuentas enjuicia las responsabilidades por alcance a través del procedimiento previsto en el Capítulo VIII del Título V de la LFTCu, que sigue los cauces del juicio declarativo correspondiente a la cuantía del perjuicio ocasionado a las arcas públicas, según la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B.- El Capítulo VII del propio Título V regula el juicio de las cuentas. Dicho procedimiento, rara vez aplicado en los últimos años, está previsto para los supuestos en que en un procedimiento de fiscalización se detectaran hechos que, pese a no ser constitutivos de alcance, sí pudieran constituir otro tipo de responsabilidades contables.

Al margen del procedimiento referido derivado de la LFTCu, hay que tener en cuenta la existencia de un procedimiento específico para la reclamación en vía administrativa de las responsabilidades contables distintas del alcance, derivado de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP). Sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 41 LOTCu, la tramitación de dichos expedientes debe comunicarse al Tribunal de Cuentas y este podrá avocar su conocimiento en cualquier fase procedimental.

3) Conforme a lo hasta aquí expuesto, el esquema competencial y procedimental en la materia que nos ocupa es el siguiente:

A.- Los supuestos de alcance se tramitan por los distintos departamentos de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, a través del procedimiento previsto en el Capítulo VIII del Título V de la LFTCu.

B.- Las demás infracciones contables previstas en el artículo 177 LGP se delimitan a través de procedimientos tramitados por las administraciones públicas, salvo en los supuestos en que, como consecuencia de que en un procedimiento de fiscalización del Tribunal de Cuentas se detecten hechos que, pese a no ser constitutivos de alcance, sí puedan generar otras responsabilidades contables, se incoe el procedimiento del juicio de cuentas.

C.- Además, el Tribunal de Cuentas puede intervenir en el enjuiciamiento de tales infracciones, en dos supuestos:

- Como consecuencia de la avocación del conocimiento de los hechos instruidos en los expedientes administrativos tras la preceptiva comunicación por las administraciones públicas.
- En la tramitación del recurso presentado contra las resoluciones administrativas relativas a responsabilidades contables distintas del alcance.

4) Sin embargo, la realidad es que, en numerosas ocasiones, la actuación del Tribunal de Cuentas dista mucho de ajustarse al esquema expresado, y ello por cuanto, pese a que los elementos del alcance y su subcategoría de malversación están claramente descritos en el artículo 72 LFTCu, y han sido, además, interpretados y delimitados en una copiosa y reiterada jurisprudencia, lo cierto es que el procedimiento de reintegro por alcance se ha convertido en una suerte de cajón de sastre a través del que se vehiculan todo tipo de infracciones contables, aunque, en propiedad, no se den los requisitos de dicha infracción.

Tal proceder pugna con la delimitación establecida en el propio preámbulo de la LFTCu en la que se razonan los motivos del necesario trato diferenciado de unas y otras infracciones contables:

“Distingue la Ley, en punto a estos procedimientos judiciales, entre los supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance de caudales y efectos públicos y aquellos otros que únicamente pretenden dilucidar pretensiones fundadas en este concreto caso. La razón de la separación es clara: Mientras que el alcance supone la existencia de un saldo negativo e injustificado de una cuenta, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la misma y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, los demás supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos –menoscabo en caudales y efectos públicos, infracción de precepto legal regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, relación de causa a efecto, etcétera–, que solo a través de un proceso declarativo,

como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías”.

5) A.- Sin embargo, si se examina la jurisprudencia absolutamente mayoritaria del Tribunal de Cuentas, puede constatarse cómo, de manera evidente, se configura una interpretación ampliatoria del ámbito de aplicación del procedimiento de reintegro por alcance, vaciando de contenido al resto de infracciones contables y dejando en el olvido el procedimiento del juicio de cuentas.

B.- Ello ha motivado que, en diversas ocasiones, el Tribunal Supremo se haya pronunciado en orden a corregir esa tendencia. Así, entre otras, en sentencias de 18 de enero y 28 de noviembre de 2012, el alto tribunal ha declarado lo siguiente:

“deben diferenciarse adecuadamente los supuestos de responsabilidad contable por alcance, ilícito presupuestario tipificado en los artículos 72 de la LOFTCu y 141.1 a) de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988, vigente en el momento en que se cometieron los hechos enjuiciados (artículo 177.1 a) de la LGP de 26 de noviembre de 2003 de otras infracciones contables distintas, como la preceptuada en el art. (...) 177.1 d) de la LGP, consistente en dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas”.

Por lo tanto:

“es inadmisibles, en una correcta interpretación de la normativa, que el supuesto del apartado d) pueda vaciarse siempre y necesariamente en el del apartado a) empleando para ello la interpretación amplia del concepto de alcance”.

C.- Pese a las reiteradas advertencias del Tribunal Supremo en orden a corregir la práctica descrita, salvo raras excepciones, el Tribunal de Cuentas persiste en su doctrina amplia del concepto de alcance, de manera que dicha infracción absorbe al resto de infracciones contables, aplicando, a todas ellas, el procedimiento preprocesal de las actuaciones previas y el procedimiento de reintegro por alcance para su enjuiciamiento, soslayando los cauces legalmente previstos para la determinación de las infracciones contables distintas del alcance.

Existen, sin embargo, algunas resoluciones aisladas de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que sí han recogido la doctrina del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia n.º 8/2020, de 6 de julio:

“considera de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de enero de 2012 (ROJ 798/2012) y de 28 de noviembre de 2012 (ROJ 8506/2012), que han sido seguidas por otras, como las sentencias de 21 de

enero y la de 20 de febrero de 2015 (ROJ núms. 159/2015 y 759/2015, respectivamente), que han aplicado la misma doctrina atendiendo a la redacción del vigente texto de Ley General Presupuestaria. Tal doctrina puede resumirse como sigue: A. Hay que empezar distinguiendo entre el concepto de alcance regulado, en la LOTCu y la LFTCu, así como en el artículo 171.1 a) de la Ley General Presupuestaria hoy en vigor y el concepto de ‘pagos indebidos’, contemplado en el apartado d) de dicho precepto legal. B. El concepto de ‘pagos indebidos’ no puede identificarse a efectos de responsabilidad contable, con el de pagos efectuados bajo la cobertura presupuestaria y contable de acuerdos de un órgano colegiado que los viabiliza, por el hecho de que esos acuerdos puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado (o de otras normas presupuestarias aplicables). C. La eventual o hipotética ilegalidad de los acuerdos adoptados por el órgano colegiado tiene su ámbito de planteamiento en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mediante los oportunos recursos, y no en el de la exigencia de responsabilidad en un procedimiento de reintegro por alcance”.

En el mismo sentido, la Sentencia 13/2020, de 30 de septiembre, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (SJTCu), expresa que la Sección de Enjuiciamiento concluyó que la inactividad del secretario-interventor de un ayuntamiento, que habría provocado la prescripción del derecho de cobro de determinadas contribuciones especiales, no resulta subsumible en el concepto de alcance.

6) La criticable tendencia del Tribunal de Cuentas a aplicar el procedimiento de reintegro por alcance a hechos en que no concurren los requisitos de dicha infracción contable, implica, diversas consecuencias:

A.- En primer término, una evidente y reiterada infracción del principio de legalidad, soslayando la diferencia entre los distintos supuestos legalmente establecidos, vaciando, sistemáticamente, de contenido el resto de las infracciones contables y, en especial, los pagos indebidos, y utilizando para su enjuiciamiento un cauce procesal inadecuado.

B.- Dicho proceder conlleva, además, que los presuntos responsables de infracciones contables distintas del alcance se puedan ver inquiridos, en el marco de las actuaciones previas al procedimiento previsto para esta última figura, al depósito o afianzamiento, o que eventualmente se vean sometidos al embargo de sus bienes, para responder del perjuicio provisionalmente establecido en la correspondiente liquidación provisional (art. 47 f] y g] LFTCu).

C.- La inadecuada aplicación del procedimiento de reintegro por alcance a dichos supuestos implica, como contrapartida, que el procedimiento de juicio de cuentas prácticamente no se haya aplicado pese a su previsión legislativa.

7) En definitiva, las infracciones contables no constitutivas de alcance o se convierten, indebidamente, en esta última infracción y se juzgan a través del procedimiento de reintegro por alcance, o quedan en el olvido del Tribunal, ya que, salvo rarísimas excepciones, no se incoa el procedimiento del juicio de cuentas.

Tales infracciones, cuando sean detectadas de oficio o como consecuencia de denuncia, podrán ser tramitadas por las distintas administraciones públicas competentes a través de los correspondientes expedientes administrativos, siempre que, una vez comunicada su incoación al Tribunal de Cuentas, este no avoque su conocimiento (art. 41 LOTCu).

3

Las distintas fases procedimentales de la responsabilidad contable por alcance. Naturaleza jurídica y normativa aplicable

Una de las peculiaridades de la jurisdicción contable es la existencia de una serie de procedimientos previos al juicio de alcance propiamente dicho, con el objetivo de preparar dicho proceso; se trata de las diligencias preliminares y las actuaciones previas.

3.1

Las diligencias preliminares

Concluido el examen de cualquier cuenta o procedimiento de fiscalización, o habiendo tenido conocimiento, por otra vía, de hechos que pudieran ser constitutivos de alcance, se pasan a la Sección de Enjuiciamiento a los efectos de que se proponga a la Comisión de Gobierno, si procede, el nombramiento de delegado instructor, con el propósito de la incoación de las correspondientes actuaciones previas (art. 46.2 LFTCu).

La tramitación de tales diligencias tiene, por tanto, como único objeto, previo examen de las alegaciones y los documentos aportados por el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado, el representante de la Administración o entidad pública perjudicada y, caso de que intervenga, el representante de la acción pública, determinar si debe procederse a proponer el nombramiento de un delegado instructor para que investigue los hechos.

El Tribunal de Cuentas (Auto de la SJTCu n.º 17/2017, de 6 de noviembre, entre otros) entiende que en dicha fase procedimental no rige el principio contradictorio, “sin que quepa, en modo alguno, conocer del fondo de la

cuestión planteada, sino que debe limitarse a valorar si los hechos examinados (no las personas) presentan, o no, indicios suficientes de responsabilidad contable, sin posibilidad, por tanto, de adoptar una decisión absolutoria o condenatoria contra persona alguna”.

Por tanto, en las diligencias preliminares, pese a que, de ordinario, las alegaciones de las partes personadas ya permiten determinar las personas eventualmente responsables de las actuaciones que presentan indicios de responsabilidad contable, las mismas no son llamadas al procedimiento, por lo que no tienen la oportunidad de formular alegaciones, ni de interponer recurso contra la resolución que pone fin al procedimiento.

Ultimadas las diligencias, el consejero designado dicta Auto, en el que se dispone lo siguiente:

A.- ordenar el traslado de las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento, a fin de que se proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de un delegado instructor; o, alternativamente,

B.- decretar el archivo de las actuaciones, con la finalidad de rechazar “a limine” aquellas denuncias que versen sobre hechos que no revistan los caracteres de alcance (Auto 8/2016, de 14 de marzo), siempre que ello se establezca “de manera manifiesta, es decir, palmaria, patente y clara” (Auto 17/2017, de 6 de noviembre, SJTCu).

El régimen de recursos contra dichas resoluciones varía en función de su contenido:

Contra el auto que aprecia indicios racionales de alcance en fondos públicos, declarándose la necesidad de propuesta de nombramiento de delegado-instructor, solo cabe recurso de reposición ante el consejero que sustanció las diligencias preliminares, sin efecto suspensivo alguno.

Por el contrario, contra el auto que decreta el archivo de las diligencias, el artículo 46.2 LFTCu prevé un recurso específico, para el que se otorga un plazo de cinco días, cuyo conocimiento compete a la Sala de Justicia.

Contra la decisión que adopte la Sala no cabe recurso posterior alguno, sin perjuicio de la posibilidad, si se dieran los requisitos procesales, de interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Por último, en lo que se refiere al acto específico de nombramiento del delegado instructor, por parte de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, se considera un acto de mero trámite y, por consiguiente, no susceptible de recurso.

3.2 Las actuaciones previas

3.2.1 Contenido y finalidad

Con el nombramiento del delegado instructor se inicia la fase de actuaciones previas. Según expresa el Auto 20/2018, de 18 de julio, SJTCu:

“Las actuaciones de instrucción del precitado artículo 47, como previas a la iniciación de la vía jurisdiccional de la que son soporte necesario, son preparatorias de aquella vía y están orientadas al enjuiciamiento y, en su caso, a la exigencia de la responsabilidad contable, y están concebidas como un conjunto de diligencias legalmente regladas y tasadas dirigidas a obtener información sobre los supuestos de responsabilidad contable, para determinar, de forma indiciaria, previa y provisional, los hechos, las personas presuntamente responsables y el perjuicio causado al tesoro público, con objeto de que los legitimados activos puedan ejercer sus pretensiones de reintegro de los daños y el abono de los perjuicios ocasionados a los caudales públicos y los legitimados pasivos puedan oponerse a dichas pretensiones”.

Así pues, la finalidad última de estas actuaciones previas, como ha declarado reiteradamente la Sala de Justicia, no es otra que, una vez determinadas, de modo provisional, la existencia de alcance y la cuantía del perjuicio ocasionado, adoptar las medidas cautelares que garanticen la futura resolución del órgano jurisdiccional si hubiese condena al reintegro de los referidos perjuicios.

De conformidad con lo establecido en el artículo 47 LFTCu, el delegado instructor debe practicar las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad.

3.2.2 Naturaleza y normativa aplicable

El Tribunal de Cuentas entiende que estas actuaciones preprocesales no tienen carácter jurisdiccional, sino administrativo (Auto 17/2017, de 6 de noviembre, SJTCu), por lo que no resultan aplicables ni las disposiciones de la LFTCu relativas al juicio de alcance, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero, pese a ello, se afirma lo siguiente: “no existe base legal que permita, ni siquiera por la vía

de la supletoriedad, la aplicación a las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance de la Ley de Procedimiento Administrativo” (autos 21/2013, de 4 de diciembre, y 13/2018, de 30 de mayo, entre otros).

Dicha doctrina sume a quien debe participar en tales actuaciones en un absoluto desconcierto respecto del régimen jurídico aplicable, ya que, más allá de lo establecido en un único precepto (artículo 47 LFTCu), se niegan las distintas opciones de derecho supletorio, lo que conforma una situación de manifiesta indefensión.

En cualquier caso, resulta evidente que la reiteración sistemática de dicha doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas no puede soslayar lo establecido en los artículos 9.1 y 24.1 de la Constitución, ni, en consecuencia, la aplicación, también en fase preprocesal, de los derechos y las garantías constitucionales y los principios generales del derecho que guían la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico.

No cabe olvidar, en este sentido, que, como expresaba el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 30 de abril de 1988 y 16 de mayo de 1990, tales principios son “la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y que penetra, por eso, tanto su interpretación como su propia aplicación que han de ajustarse necesariamente a ellos”.

Por tanto, si, como ha declarado el Tribunal de Cuentas, dichas actuaciones preprocesales no tienen naturaleza jurisdiccional, sino administrativa, deberían ser aplicables, desde luego, y entre otros, los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y culpabilidad, y la tutela del derecho de defensa.

En cuanto al plazo para el desarrollo de las actuaciones previas, el artículo 47.4 LFTCu establece que las diligencias se practicarán en el plazo de dos meses, prorrogables por otro mes con justa causa, si bien la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tiene declarado que se trata de plazos indicativos, cuyo incumplimiento no determina la caducidad del trámite ni del procedimiento, al tratarse de meras actuaciones de instrucción, de naturaleza preparatoria o previa, sin que exista precepto alguno que sancione la no terminación de las actividades del órgano instructor, en el plazo establecido, con la preclusión del trámite o la extinción del procedimiento (Auto SJTCu n.º 18/2018, de 30 de mayo, entre otros muchos).

3.2.3

La liquidación provisional

Una vez finalizada la práctica de la diligencias, si el delegado instructor estima que resultan indicios racionales de que ha habido un presunto alcance atri-

buable a unas personas determinadas, es entonces cuando, por primera vez, estas son citadas, junto con el resto de interesados (Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o, en su caso, legal representación de la entidad perjudicada, y denunciante en ejercicio de la acción pública), a la práctica de la liquidación provisional, concediéndoles un plazo de diez días hábiles para aducir las alegaciones y aportar cuantos documentos estimaran que deban ser tenidos en cuenta por el delegado instructor.

Lo cierto es que, en la mayoría de los supuestos, dicho plazo es claramente insuficiente para tomar conocimiento de las actuaciones y formular las alegaciones en defensa de los intereses de los indiciariamente responsables. Además, la prueba queda acotada a la presentación de documentos, cuando, en muchas ocasiones, las posibles pruebas de descargo no obrarán en posesión del interesado.

En la práctica de liquidación provisional las partes pueden formular alegaciones a la propuesta de liquidación provisional, que se conoce en ese mismo momento, lo que, evidentemente, merma sensiblemente la capacidad de defensa. En el acto de lectura de la liquidación provisional se da respuesta a las alegaciones formuladas por las partes.

Pese a ello, es doctrina reiterada del Tribunal de Cuentas (Auto 14/2018, de 30 de mayo) que “los principios de contradicción y audiencia bilateral no resultan aplicables a la fase instructora de los procedimientos de alcance”.

Pues bien, en primer lugar, resulta contradictorio que se conceda el plazo de alegaciones con carácter previo a la liquidación provisional y que se otorgue la oportunidad de formular alegaciones en el propio acto de tal liquidación provisional si, en base al supuesto carácter no contradictorio de la instrucción, tales alegaciones caen en saco roto, ya que, si bien es cierto que en ocasiones tales alegaciones son estimadas, mayoritariamente, precisamente, en base a tal comprensión de las actuaciones, ni tan siquiera son contestadas.

Dicho de otro modo: ¿Qué sentido tiene citar a los presuntos responsables para que comparezcan directamente o a través de sus representantes al acto de liquidación provisional, si sus manifestaciones serán del todo punto irrelevantes?

Pero es que, además, de manera reiterada, se invoca tal carácter no contradictorio de la instrucción para no dar respuesta a cuestiones jurídicas de orden público, como, por ejemplo, la legitimidad de los intervinientes en la liquidación provisional o la prescripción de la responsabilidad contable, o se descarta valorar la concurrencia de dolo o negligencia en las conductas examinadas.

A mi entender, ni el supuesto carácter no contradictorio de las actuaciones previas, ni su naturaleza prejurisdiccional, las puede convertir en una

suerte de oasis jurídico en el que no sean aplicables, como se ha expresado anteriormente, los principios más elementales de nuestro ordenamiento jurídico, ni se garantice, de manera real y efectiva, el derecho de defensa.

No cabe, por otra parte, minusvalorar la trascendencia de dichas actuaciones.

Se suele argumentar, para inadmitir o desestimar las alegaciones y los recursos formulados en esta fase, que la imputación de responsabilidades es tan solo provisional, y que es en el juicio por alcance propiamente dicho donde se desarrolla en toda su extensión el derecho de defensa y se determinan las responsabilidades definitivas.

Sin embargo, ello no supone que la liquidación provisional no genere efecto alguno, ya que a esta sigue, de manera inmediata, el requerimiento de afianzamiento o garantía de las cuantías presuntamente constitutivas de alcance, y, de no hacerlo, se procede al embargo de los bienes de los presuntos responsables, lo que puede tener unas consecuencias de enorme trascendencia económica y, sin duda, afectación personal y reputacional de las personas implicadas.

3.3

El recurso del artículo 48 LFTCu

3.3.1

El recurso solo se puede interponer por motivos tasados

De conformidad con lo establecido en el artículo 48 LFTCu, contra las resoluciones dictadas en las actuaciones previas en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o en que se causase indefensión, se dará recurso ante la Sala de Justicia del Tribunal dentro del plazo de cinco días.

La doctrina de la Sala considera que se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia, y los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la ley: que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o en que se causare indefensión” (autos n.os 20/2012, de 19 de junio, y 15/2014, de 2 de octubre, entre otros).

En consecuencia, como expresa el reciente Auto 4/2019, de 20 de marzo, recogiendo la abundante doctrina jurisprudencial en esta materia:

“Por vía de este recurso no ha de entrar esta Sala a conocer de la calificación jurídico contable del o de los presuntos responsables, ni del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, puesto que ello significaría no solo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial,

sino trastocar el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría la eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse incluso tramitado procesalmente la primera y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido *ex lege* a los consejeros de cuentas como órganos de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 52.1.a), 53.1 y preceptos concordantes de la Ley 7/1988 de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”.

De conformidad con dicho planteamiento, se ha declarado que no cabe admitir el recurso respecto de las siguientes cuestiones:

- la alegación de una supuesta falsificación de la documentación (Auto 21/2018, de 20 de julio);
- la vulneración de los principios de contradicción y audiencia bilateral (Auto 14/2018, de 30 de mayo);
- los posibles errores materiales o aritméticos (Auto 18/2017, de 11 de diciembre);
- la falta de legitimación activa del abogado del Estado o de la acción pública (Auto 7/2017, de 6 de noviembre);
- la falta de legitimación pasiva (autos 16/2016, de 7 de junio, y 32/2016, de 13 de diciembre);
- la normativa aplicable a la gestión económica;
- la supuesta duplicidad de importes en el cómputo de las cuantías (Auto 15/2016, de 7 de junio);
- una posible actuación administrativa inadecuada del ayuntamiento.

3.3.2

Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas sobre la indefensión en la fase de actuaciones previas

Conforme a lo ya expuesto, el recurso solo se puede fundamentar en dos únicos motivos: la negativa del delegado instructor a completar las diligencias con los extremos peticionados por las partes, o la afectación por una situación de indefensión.

➤ En lo que se refiere al primero de los supuestos, la doctrina de la SJTCu estima que los delegados instructores no tienen por qué realizar todas las diligencias que los intervinientes en las actuaciones previas les propongan si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y de su imputación.

En consecuencia, las diligencias que debe practicar el órgano instructor no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal (autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 28/2011, de 18 de diciembre; 22/2011, de 27 de septiembre; 13/2011, de 20 de julio; 36/2008, de 14 de diciembre; 8/2008, de 31 de marzo; 6/2008, de 4 de marzo; 5/2008, de 4 de marzo; 51/2007, de 21 de octubre, y 49/2007, de 16 de octubre).

Por ello, la doctrina de la Sala viene exigiendo, para que pueda prosperar un recurso del artículo 48.1 LFTCu basado en la negativa del delegado instructor a “completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren”, que “sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto” (autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 16/2014, de 28 de octubre; 10/2013, de 11 de abril; 51/2007, de 21 de octubre; 20/2005, de 22 de septiembre, y 19/2004, de 27 de octubre).

➤ En cuanto al concepto de indefensión que maneja la Sala, para que esta posibilite una revisión del acto impugnado, se requiere, tal como expresa el Auto n.º 4/2019 anteriormente citado, entre otros muchos, que “se prive al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses mediante la apertura del adecuado proceso o realizar dentro del mismo las adecuadas alegaciones o pruebas”, lo cual deberá ser valorado a través de tres pautas interpretativas:

- Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 8/2006, de 7 de abril).
- La indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución debe llevar consigo el menoscabo del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (sentencias 20/2005 y 8/2006).
- El artículo 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal, sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio al recurrente (sentencias 3/2005, de 1 de abril, 6/2005, de 13 de abril, y 11/2005, de 14 de julio).

➤ Lo cierto es que dichos cánones hermenéuticos se aplican de manera tremendamente rigurosa, lo que determina que la estimación del recurso sea absolutamente excepcional.

Así, el Tribunal de Cuentas ha estimado que no genera indefensión constitucionalmente relevante:

- la no notificación a los interesados de la incoación de las diligencias preliminares para que pudieran haber intervenido en las mismas (Auto 24/2015, de 16 de septiembre);
- no haber emplazado y citado a todas las personas que resultarían presuntas responsables de los indicios de irregularidades contables durante la instrucción de las actuaciones (Auto SJTCu 10/2018, de 22 de marzo);
- la superación del plazo de dos meses para la instrucción de las actuaciones (Auto SJTCu 18/2018, de 30 de mayo);
- la celeridad en la tramitación del procedimiento, con habilitación del mes de agosto (Auto 17/2017, de 6 de noviembre);
- la denegación de una ampliación de plazo para presentar documentos y formular alegaciones (Auto 9/2016, de 19 de abril);
- la ausencia de designación de abogado por parte del ayuntamiento al funcionario afectado, para que le representara ante el TCu (Auto SJTCu 2/2019, de 12 de febrero);
- la falta de remisión al interesado de copia de las actuaciones a su domicilio (Auto 24/2015, de 16 de septiembre);
- la discrepancia entre los recurrentes y el delegado instructor respecto a las conclusiones sobre las responsabilidades exigibles (Auto SJTCu de 19 de diciembre de 2001);
- la negativa a recoger en el acta de liquidación provisional las manifestaciones del letrado del ayuntamiento (Auto 10/2017, de 13 de julio);
- la notificación por edictos de la liquidación provisional (Auto 5/2017, de 6 de junio);
- el embargo decretado por el delegado instructor sobre los bienes y derechos del presunto responsable contable (Auto SJTCu 2/2015, de 3 de febrero, entre otros).

3.3.3

Resultados del recurso

La aplicación sistemática de la doctrina expuesta ha comportado unos resultados demoledores para cuantos han utilizado el recurso del artículo 48 LFTCu, ya que, si se examinan las resoluciones de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas al resolver los recursos planteados por la vía del artículo 48 LFTCu, se comprobará que, en los últimos seis años -manteniendo la tendencia de los años anteriores-, estos han sido desestimados prácticamente en su totalidad:

- 2019: 8 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados;
- 2018: 16 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados;
- 2017: 8 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados;
- 2016: 18 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados, con la excepción de 1, únicamente en lo que se refiere a la providencia de embargo, ya que se pretendía embargar los bienes de una entidad declarada en concurso (Auto n.º 28/2016, de 11 de octubre);
- 2015: 21 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados, con la excepción de 1, en el que se estima el recurso de la acción pública y se anula el acuerdo de la delegada instructora que archiva las actuaciones, porque no recoge ni analiza los hechos que motivaron su nombramiento (Auto n.º 3/2015, de 3 de marzo);
- 2014: 16 recursos, TODOS inadmitidos o desestimados, con la excepción de 2:
 - el primero de ellos, en relación con una providencia de embargo, a fin de que el delegado instructor se pronuncie sobre el ofrecimiento de bienes realizado para garantizar la presunta responsabilidad contable (Auto n.º 17/2014, de 28 de octubre);
 - el segundo, en cuanto al requerimiento de pago, por falta de notificación personal de la liquidación provisional (Auto n.º 16/2014, de 28 de octubre).

En definitiva, el porcentaje de inadmisión y desestimación es de más de un 95 %, y en ninguno de los casos en los que se estimó el recurso ello comportaba la anulación de la liquidación provisional a instancias del presunto responsable. En definitiva: el 100 % de los recursos planteados contra las liquidaciones provisionales han sido desestimados.

No me parece exagerado afirmar que semejante nivel de rechazo de un recurso legalmente previsto no tiene parangón en ningún otro órgano administrativo o jurisdiccional español, lo que debería llevar a reflexión sobre hasta qué punto se está garantizando el derecho de defensa de las personas que se ven sometidas al procedimiento que nos ocupa.

A nuestro entender, resulta evidente que la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas debe modularse en un sentido más garantista para los derechos de los interesados, en orden a evitar situaciones de indefensión. No nos parece admisible que la constante reiteración de la doctrina de la Sala de Justicia en esta materia, sin resquicio alguno para que esta evolucione en un sentido más sensible a los derechos y las garantías de los afectados, provoque la sistemática inadmisión o desestimación de todo recurso presentado.

3.4

Vinculación entre las actuaciones previas y el proceso jurisdiccional contable de reintegro por alcance

Una vez finalizadas las actuaciones previas se inicia el proceso contable propiamente dicho. Debe destacarse que el modo en que finalizan las actuaciones previas no tiene un efecto determinante respecto de la posterior fase jurisdiccional.

Cabe la posibilidad de que el delegado instructor estime que no aprecia responsabilidad contable, que no pueden determinarse los presuntos responsables o que no puede estimarse la cuantía del perjuicio, por lo que no se formule liquidación provisional, pero ello no impide que se inicie el proceso jurisdiccional de reintegro por alcance contable si, posteriormente, se formula demanda por alguno de los legitimados activamente al efecto.

En tal demanda se puede incluir, como demandada, a alguna persona que no haya sido llamada a las actuaciones previas. La STS de 27 de febrero de 2004 entendió que, en este caso, se producía una indefensión, pero esta tesis ha sido superada por sentencias posteriores, como la de 13 de octubre de 2004.

Por el contrario, aunque existiera liquidación provisional, se procederá al archivo de las actuaciones si ninguna de las partes legitimadas presenta la oportuna demanda.

4. Conclusiones

- 1) Sin duda el Tribunal de Cuentas efectúa una importantísima labor en orden al enjuiciamiento y a la condena de aquellas conductas dolosas y negligentes que comportan un perjuicio injustificado a las arcas públicas. Sin embargo, a mi entender, la actuación de dicho Tribunal debería ser mucho más garantista en lo que se refiere al derecho de defensa de las personas que son llamadas al procedimiento de reintegro por alcance.
- 2) En este sentido, deberían articularse los mecanismos para que en las fases preprocesales (diligencias preliminares y actuaciones previas) los cuentadantes pudieran comparecer desde su incoación y actuar con igualdad de armas con respecto a quienes les atribuyan responsabilidad contable.
- 3) La naturaleza no jurisdiccional de tales actuaciones no puede impedir la rigurosa aplicación de los principios generales del derecho, debiendo garantizarse, de manera real y efectiva, el derecho de defensa.

4) Igualmente, en lo que se refiere al recurso previsto en el artículo 48 LFTCu, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas debería modularse en un sentido más garantista para los derechos de los interesados. No nos parece admisible que la constante reiteración de la hermética doctrina de la Sala de Justicia en esta materia, provoque la sistemática inadmisión o desestimación de prácticamente todo recurso presentado.

5) Por último, tal como ha denunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, debería corregirse la práctica del Tribunal de conducir a través del procedimiento de responsabilidad por alcance otras infracciones contables, como los pagos indebidos, ampliando, indebidamente, el concepto de alcance, y vaciando de contenido los demás supuestos contemplados en el artículo 177 de la Ley General Presupuestaria.