

### 3.6 Sentencias del Tribunal Supremo. Comentarios a la doctrina jurisprudencial

En relación con la naturaleza de la fase previa y el procedimiento de reintegro por alcance, propiamente jurisdiccional, la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, n.º 1244/19, de fecha 25 de septiembre de 2019, realiza los siguientes pronunciamientos:

No cabe estar a un criterio formalista basado en la compartimentación de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Cuentas, aunque, ciertamente, las fases de actuaciones previas y de enjuiciamiento contable constituyen procedimientos distintos por su naturaleza y finalidad.

Las diligencias preliminares son el filtro en el que se decide o el archivo de asuntos que de forma clara no revisten caracteres de alcance o bien su continuación.

De apreciar indicios bastantes, es cuando se inicia la fase de actuaciones previas en la que se designa al delegado instructor. Dichas actuaciones previas tienen por finalidad concretar los hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable, los posibles responsables y el importe total de los daños y perjuicios producidos.

La designación de delegado instructor es el presupuesto procedimental para la realización de las actuaciones inspectoras relacionadas en el art. 47 LFTCu.

El Tribunal Constitucional (cf. sentencia 18/1991) indica que las actuaciones previas son «actividades de instrucción» ordenadas a preparar la actividad de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, pero no son estrictamente jurisdiccionales sino de naturaleza administrativa; ahora bien, cabe no aplicar a dichas actuaciones previas o instructoras las normas de los procedimientos administrativos al no finalizar con una resolución que decida definitivamente sobre el asunto.

En la exposición de motivos de la LFTCu, se considera a dichas actuaciones como el necesario soporte de la actividad enjuiciadora posterior «tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso administrativo», siendo ya el procedimiento de reintegro por alcance de naturaleza jurisdiccional.

Se está ante fases en las que una –la de actuaciones previas– es respecto de la subsiguiente de enjuiciamiento contable su «presupuesto inexcusable», en expresión de las sentencias de esta Sala, Sección Segunda y antigua Sección Octava, de 2 de noviembre de 2005 y de 19 de julio de 2010 (recursos de casación 1945/2000 y 1233/2008).

Contra la resolución del delegado instructor con la que finalizan esas actuaciones previas, el único recurso posible es el del art. 48 LFTCu, que resuelve la Sala de Justicia cuya decisión definitiva no es recurrible, sin perjuicio de lo que se acordare al respecto en el procedimiento jurisdiccional y de los ulteriores recursos jurisdiccionales.

El recurso del art. 48 LFTCu es un recurso sumario, «pues su cognición queda ceñida a revisar las resoluciones que no accedan a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se les causare indefensión. No se entra en cuestiones de fondo, ni cabe entender que pueda plantearse por medio de él un vicio de origen como sería una irregularidad en la designación del delegado instructor que pudiera enviciar las actuaciones instructoras. Esta cuestión podrá ser de aquellas que se consideren controvertidas y objeto de decisión en sentencia (cf. art. 74. 3.ª en relación con el art. 71. 3.ª LFTCu), y que este último precepto prevea que la sentencia siempre será sobre el fondo lo que indica es que no abordará los presupuestos procedimentales del procedimiento de reintegro por alcance (cf. art. 68.1 *in fine* en relación con el art. 73.1 LFTCu)».

En el caso concreto, la Sala 3.ª TS considera que la administración recurrente carece de legitimación, por pérdida sobrevenida, para interesar la declaración de nulidad de actos relacionados con el nombramiento del delegado instructor, por razón de la propia actuación de la entidad recurrente en el ámbito de la jurisdiccional contable. Ello con base en la siguiente fundamentación:

No puede obviarse que, pese a ser la entidad recurrente perjudicada, dicha administración se ha opuesto a que hubiere responsabilidad contable en las autoridades identificadas en las diligencias preliminares seguidas como consecuencia de la denuncia interpuesta.

Intervenida la administración autonómica perjudicada, el Ministerio de Economía y Hacienda ordena la presentación de la demanda frente al criterio contrario de los servicios jurídicos de la entidad recurrente. Finalizada esa intervención, el nuevo gobierno autonómico desiste, luego decae su pretensión de condena.

La pretensión condenatoria supone que la administración da por válidas las actuaciones de la delegada instructora. El hecho de desistir y apartarse del procedimiento implica que ya le son ajenas las consecuencias que en la fase de enjuiciamiento puedan tener los posibles defectos procedimentales cometidos al inicio de las actua-

ciones previas que, no se olvide, son el presupuesto ineludible para el enjuiciamiento.

Esa decisión le priva ya de todo interés legitimador en este pleito. En efecto, tomando por horizonte los intereses de la hacienda autonómica en cuestión, se ignora –tampoco la recurrente lo expone ni defiende– qué beneficio material o jurídico obtendría o a qué perjuicio se pondría fin; en definitiva, qué ventaja real, concreta y efectiva se derivaría de la declaración de nulidad de la designación de delegada instructora, cuyo sentido y fin está en que se inserta como trámite para desarrollar unas actuaciones instructoras dirigidas como «presupuesto inexcusable» al ejercicio de la jurisdicción contable de la que finalmente se ha apartado.

Partiendo de qué es exigible a un interés para que sea legitimador, pudiera defenderse que en su caso se ciñe al control de la legalidad de lo hecho en un procedimiento –el de actuaciones previas– en el que fue parte desde el inicio al fin. Pudiera ser teóricamente así, pero devuelve lo controvertido al inicio: lo controvertido no puede quedar en ese enjuiciamiento agotador, limitado a un concreto trámite que no es un fin en sí, respecto del cual ni siquiera se ha dicho si el defecto apreciado envició las actuaciones instructoras, qué indefensión pudo haberle causado ni se apuntó la parcialidad de la delegada instructora.

Todo lo expuesto es preciso verlo en su conjunto para deducir qué alcance y sentido tiene la concreta y eventual infracción alegada en el ejercicio de la función enjuiciadora del Tribunal de Cuentas. Y lo cierto es que una vez situada la administración recurrente extramuros de la acción fiscalizadora de dicho órgano, carece de sentido que pretenda mantener el interés en la anulación de un acto que se inserta como presupuesto de unas actuaciones que se reordenan a un procedimiento jurisdiccional del que ya no es parte.

En definitiva, la doctrina de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS proclama que la intervención de la administración perjudicada en las Diligencias Preliminares y en las Actuaciones Previas no justifica la posibilidad de recurrir las resoluciones del Tribunal de Cuentas, cuando la propia administración no es parte en el proceso jurisdiccional, pues carece de legitimación. Lo relevante, a estos efectos, es que formule una pretensión de condena.

Conviene destacar que la legitimación de la administración pública, afectada en su integridad patrimonial, existe en tanto en cuanto trate de ejercer la acción contable contra los responsables que hayan ocasionado el menoscabo de los fondos públicos.

Consecuentemente, la referida administración carece de interés legítimo para tratar de impedir el ejercicio de las pretensiones que otros legitimados activamente puedan formular (Actor Público o Ministerio Fiscal).

Expresamente, el art. 55.1 LFTCu, establece que: «Con arreglo a lo dispuesto en el art. 47 de la Ley Orgánica 2/1982, la legitimación activa corresponderá en todo caso a la administración o entidad pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas...».

Por su parte, el art. 55.2 LFTCu dispone que: «Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso».

Los legitimados activos y pasivos están claramente delimitados, así como sus posibilidades de actuación en las distintas fases del procedimiento contable.

Resulta contrario a los principios del ordenamiento procesal contable y a la tutela judicial efectiva que un ente público, cuya legitimación exclusivamente deriva de ser perjudicado, actúe en defensa de los presuntos responsables que han generado el daño a las arcas públicas, ya sea en las denominadas diligencias preliminares, en actuaciones previas o en el proceso propiamente jurisdiccional. Tal confusión es inadmisibile.

El art. 24.1 CE afirma que: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

La sentencia de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Sala 3.<sup>a</sup> TS, de 8 de junio de 2015, recuerda que la legitimación constituye un presupuesto inexcusable del proceso e implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

Según la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2017, el interés abstracto por el cumplimiento de la ley institucionalmente no le corresponde más que al Ministerio Fiscal, a salvo los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce la acción pública.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19-12-02, manifiesta lo siguiente:

«(...) el concepto de legitimación activa hace referencia a un título básico para el acceso a la jurisdicción que implica relación jurídico material entre la parte actora y el objeto procesal en atención al derecho o al interés legítimo cuya tutela se postula por aquella, constituyendo así la aptitud para ser demandante en un proceso concreto y siendo un requisito necesario para que el órgano jurisdiccional pueda examinarla en cuanto al fondo en el sentido más propio del vocablo, debiendo ser casuística la respuesta a dicho problema de legitimación, sin que sea aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos, puesto que la clave para determinar si existe o no ese interés legítimo en la parte que se lo arroga en el proceso de impugnación de una resolución radica, muy en concreto, en que aquel concepto de interés legítimo a que se refiere el art. 28.1 a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción en su versión aplicable (más amplio que el de interés directo al que expresamente aludía dicho precepto en su anterior redacción), equivale a titularidad potencial de una posición de beneficio o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría si esta prosperara (sentencias del Tribunal Constitucional 143/1987, 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991 y de esta Sala de 24 de enero y 22 de diciembre de 1997, 8 de febrero y 8 de noviembre de 2000, entre otras de igual significado), o, si se prefiere, al efecto positivo de ventaja en la esfera jurídica del accionante o a la eliminación de una carga, perjuicio o gravamen contra este en el caso de que se estimara su pretensión, siempre bajo el entendimiento de que no basta como título legitimador un puro y simple interés por el respeto de la legalidad, salvo en supuestos de «acción pública», o de criterios de oportunidad por muy extenso que sea el significado que al interés público se atribuye a efectos de legitimación activa.»

En tales supuestos, parece evidente que existirá un conflicto de intereses entre el ente público perjudicado y los presuntos responsables contables, por lo que aquel no podrá asumir actuaciones dirigidas a la defensa de estos últimos y, en su caso, el órgano judicial deberá inadmitirlas por carecer de legitimación pasiva.

En supuesto de demanda reconvenzional formulado ante la jurisdicción contable, la Sala de Justicia del TCu por medio de Auto n.º 14/2017, de 26 de septiembre, afirma que la Comunidad Autónoma en cuestión es la titular de los fondos presuntamente perjudicados y, por ende, ostenta la legitimación en este procedimiento con arreglo a lo dispuesto en los arts. 47 de la LOTCu y 55.1 de la LFTCu.

Como pone de manifiesto dicha Sala de Justicia, en sentencia n.º 9/2017, de 21 de marzo, la víctima patrimonial del presunto alcance no puede integrarse en el círculo de legitimación pasiva del proceso contable, pues tal solución llevaría a que se le reclamara el reintegro de unas cantidades por daños ocasionados en su propio patrimonio, en otras palabras, que se indemnizase a sí misma, lo que no resulta atendible ni desde la lógica jurídica ni desde la legalidad procesal aplicable a un procedimiento de exigencia de responsabilidad contable como el presente.

Por otra parte, la STS, Sala 3.ª, n.º 170/2020, de 11 de febrero de 2020, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de la Sala de Justicia del TCu, de fecha 30 de mayo de 2018, confirmatorio de otro dictado por la Consejera de Cuentas del Departamento 1.º de Enjuiciamiento, de fecha 16 de octubre de 2017, por el que se acuerda la no incoación del procedimiento de reintegro por alcance.

El interés del recurso de casación, en el citado supuesto, consiste en determinar si las previsiones contenidas en el art. 179.2 LEC son de aplicación al trámite previo a la incoación del procedimiento de reintegro por alcance, regulado en el art. 68.1 LFTCu.

El Alto Tribunal establece que «una vez que el Tribunal de Cuentas dispuso, por dos veces, la suspensión del procedimiento, al amparo del art. 19.4 LEC, por considerar relevante esperar al alzamiento del secreto en las actuaciones penales para tener un adecuado conocimiento de los hechos, debe atender seguidamente a las previsiones contenidas en el art. 179.2 LEC que forma, junto al citado art. 19.4, un conjunto normativo que no puede escindirse en este caso. De modo que ambos preceptos resultan de aplicación al trámite previo a la incoación del procedimiento de reintegro por alcance, que se regula en el art. 68.1 LFTCu, en el que se dictaron los autos que ahora se impugnan.

Procede, en consecuencia, declarar que ha lugar al recurso de casación y retrotraer actuaciones para acordar el archivo provisional del procedimiento, permaneciendo en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad en la instancia, según dispone el art. 179.2 LEC».

En lo que atañe a la doctrina de la Sala 2.ª del TS, las SS 281/2019, de 30 de mayo; y 459/2019, de 14 de octubre, en relación con la ejecución del delito de malversación, establecen que el perjuicio a los fondos públicos se produce en el momento en que la administración pública asume una obligación indebidamente.

Así, la primera de dichas sentencias afirma que «...el nuevo tipo de malversación reprueba la conducta de la autoridad o funcionario público encargado del patrimonio público que, quebrantando los vínculos de fidelidad y lealtad que le corresponden por el ejercicio de su función y abusando de las funciones de su cargo, causa un perjuicio al patrimonio administrado. Esta modalidad típica es mucho más amplia que la que definía al delito de malversación con anterioridad a la reforma y en ella caben actuaciones distintas de la mera sustracción tales como la asunción indebida de obligaciones».

De acuerdo con un sector de la doctrina, se entiende que dicho criterio sobre el momento en que se produce el perjuicio al patrimonio público, debe aplicarse también en la jurisdicción contable, de acuerdo con la regla de servicio hecho, que implica que las obligaciones económicas de la administración devienen exigibles por su acreedor cuando este ha cumplido o garantizado su correlativa contraprestación.