



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
CIVIL, FINANCIERO Y TRIBUTARIO**

TESIS DOCTORAL
**DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CONTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

**PRESENTADA POR:
FRANCISCO JOSÉ FAJARDO FUENTES**

**DIRIGIDA POR:
DRA. DÑA. ROSA MARÍA CÁRDENAS ORTIZ**

JAÉN, 29 DE ENERO DE 2016

ISBN 978-84-16819-49-2

Proyecto de tesis doctoral

2015

**DELIMITACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD
CONTABLE EN LA
JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

FRANCISCO JOSÉ FAJARDO FUENTES

Licenciado en Derecho

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Directora: ROSA MARÍA CÁRDENAS ORTIZ



Proyecto de tesis doctoral

**Delimitación de la responsabilidad
contable en la jurisprudencia del
Tribunal de Cuentas**

FRANCISCO JOSÉ FAJARDO FUENTES

Licenciado en Derecho

Noviembre 2015

“Seamos esclavos de las leyes para que podamos ser libres”

CICERÓN

ÍNDICE

Páginas

Capítulo primero

INTRODUCCIÓN, JUSTIFICACIÓN, SISTEMÁTICA

1. Cuestiones previas	9
2. Funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas	11
3. Normativa reguladora	12
4. La Jurisdicción Propia del Tribunal de Cuentas: La Jurisdicción Contable	16

Capítulo segundo

ESTRUCTURA CONCEPTUAL

1. Concepto de responsabilidad contable.....	27
2. Naturaleza	41
3. Elementos	45
4. Fraude de ley.....	71

Capítulo tercero

SUJETOS RESPONSABLES

1. Legitimación pasiva	73
2. Diligencia exigible	106
3. Transmisión de la responsabilidad <i>Mortis-Causa</i>	118
4. Compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal, contencioso-administrativa o la responsabilidad disciplinaria	120

Capítulo cuarto

MOTIVOS DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD

1. Perjuicio fondos públicos	133
2. Requisitos justificación de gastos	144
3. Infracciones normativa contable	179
3.1. Alcance	179

3.2. Malversación	231
3.3. Otras infracciones exigibles en vía administrativa	239
3.4. Algunos casos tratados por el tribunal	265
3.4.1. Subvenciones	265
3.4.2. Complementos retributivos.....	300
3.4.3. Dietas y gastos de viaje	313
3.4.4. Gastos de representación.....	323

Capítulo quinto

ELEMENTOS PROCEDIMENTALES

1. Naturaleza del recurso de apelación	328
2. Indefensión.....	337
3. Prueba.....	344
4. Intereses	361

Capítulo sexto

REFERENCIA TEMPORAL

1. Prescripción	369
-----------------------	-----

Capítulo séptimo

CONCLUSIONES

1. Sobre la estructura conceptual	396
1.1. Concepto de responsabilidad contable	396
1.2. Naturaleza	400
1.3. Elementos.....	401
1.4. Fraude de ley	404
2. Sobre los sujetos responsables.....	405
2.1. Legitimación pasiva	405
2.2. Diligencia exigible	409
2.3. Transmisión responsabilidad <i>mortis-causa</i>	410
2.4. Compatibilidad jurisdicción contable con la penal, contencioso-administrativa o la responsabilidad disciplinaria	411
3. Sobre los motivos de exigencia de responsabilidad.....	414
3.1. Perjuicio fondos públicos.....	414

3.2. Requisitos justificación.....	415
3.3. Infracciones normativa contable.....	417
4. Sobre los elementos procedimentales.....	430
4.1. Naturaleza del recurso de apelación.....	430
4.2. Indefensión.....	432
4.3. Prueba	433
4.4. Intereses.....	434
5. Sobre la referencia temporal	436
5.1. Prescripción.....	436
6. Finales.....	438

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía	439
Relación de sentencias del Tribunal de Cuentas utilizadas, referenciadas a los epígrafes aplicados.....	441
1. Estructura conceptual	441
2. Sujetos responsables.....	442
3. Motivos de exigencia de la responsabilidad	443
4. Elementos procedimentales.....	444
5. Referencia temporal.....	445
Relación de páginas web consultadas.....	446

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CE:	Constitución Española
FORCEM:	Fundación para la formación continua
IGAE:	Intervención General de la Administración del Estado
LFTCu:	Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LOTCu:	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LRU:	Ley Orgánica de Reforma Universitaria
MEyH:	Ministerio de Economía y Hacienda
RAP:	Revista de Administración Pública
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo
SEPE:	Servicio Público de Empleo Estatal
Tcu.:	Tribunal de Cuentas

Capítulo primero

Introducción, justificación, sistemática

1. Cuestiones previas ¹

El ingente volumen de recursos gestionado por los diferentes entes en que se articula nuestro Sector Público, junto con la ausencia de controles previos en el manejo de gran parte de aquéllos, ha colocado en la portada casi diaria de los medios de comunicación social, numerosos casos de incorrecta gestión de recursos, generando una justificada alarma social, y una impresión de impunidad de los malos gestores públicos que –parece-, pueden disponer sin cortapisas de los fondos financiados con los esfuerzos de nuestro sistema tributario.

Evidentemente, ni tales conductas son generalizadas, ni tales actos suelen quedar sin castigo.

Profundizar en una parte de los mecanismos de control de los que se ha dotado nuestro acervo normativo, es el objeto de éste trabajo.

Así, dejando al margen los mecanismos de control interno de que disponen las diversas administraciones públicas (estatal, autonómica y local), para tratar de salvaguardar sus activos, se pretende colaborar en el conocimiento de una Institución de relevancia Constitucional, como es el Tribunal de Cuentas del Estado, y –prescindiendo de su función fiscalizadora (externa, consuntiva y “a posteriori”) –detenernos en su faceta jurisdiccional, que solo se pone en marcha, cuando existen indicios de una incorrecta gestión de recursos públicos.

En La cuestión que queremos plantear aquí, es doble: En primer lugar se trataría de analizar si la noción de responsabilidad contable derivada de su normativa reguladora, se reconoce en la jurisprudencia analizada a lo largo del presente trabajo. La segunda pasaría por preguntarnos si la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, como colofón de los mecanismos de control contable existentes en nuestro Derecho, es adecuada y suficiente para garantizar que si se detecta una inadecuada gestión de fondos públicos, el ordenamiento jurídico español dispone de mecanismos para que tales conductas no queden impunes.

Seguimos así la recomendación formulada por el –anterior– Presidente del Tribunal de Cuentas, M. Núñez², cuando señala: *“La transparencia es fundamental en la gestión pública y en la consolidación del funcionamiento democrático, y el Tribunal de Cuentas está comprometido en su potenciación. Sus informes son públicos: una vez aprobados, se depositan en la página web del Tribunal (www.tcu.es) y se publican posteriormente en el BOE. No obstante, nos preocupa*

¹ ADVERTENCIA LEGAL EXTRAIDA DE LA PAGINA WEB DEL TRIBUNAL DE CUENTAS (tcu.es). *Queda autorizada la reproducción de los textos de la Web siempre que se cite la fuente y no se alteren los contenidos.* Por ello, se señala expresamente que parte de la Introducción y todas las Sentencias han sido extraídos de la página web del Tribunal de Cuentas, sin más alteración que la supresión de la identificación de las personas allí referenciadas.

² M. Núñez Pérez, “En opinión de...”, Revista Cuenta con IGAE, Nº 27, diciembre 2011, ed. MEyH.

cómo conseguir que la sociedad tenga un mayor conocimiento de la actividad y de los resultados del Tribunal. Este es uno de los principales retos que tiene planteados el Tribunal y que no es fácil alcanzar, pues requiere implantar técnicas de difusión sin menoscabo del requerido rigor profesional que exige el análisis de materias tan complejas como es la actividad económico-financiera pública.”

La tarea no es fácil. Compatibilizar tal difusión, con la complejidad de las materias tratadas, que exigen conocimientos previos de Derecho Civil y Procesal, de contratación pública, de procedimiento administrativo, de los mecanismos de ejecución y control del gasto, con nociones de Derecho Penal, de la normativa de funcionamiento del Tribunal de Cuentas,... complican la tarea. Intentarlo es el objetivo del presente trabajo.

En cuanto a la sistemática, y atendiendo a la invitación formulada por el anterior Presidente del Tribunal de Cuentas antes citado, se ha optado por acudir a bases de datos jurídicas, de donde se han seleccionado más de cien Resoluciones Jurisdiccionales –fundamentalmente de la Sala de Apelación de dicho Tribunal– y referidas básicamente a los años 2009 a 2012. Con dicho material, junto con las nociones básicas sobre las funciones, normativa, rudimentos sobre la jurisdicción contable, incluyendo tanto aspectos sustantivos como procedimentales, extraída de diversas fuentes , se ha tratado –en base a un criterio propio–, de pasar revista a los temas que –por repetirse en las sentencias estudiadas–, han permitido abordar una serie de aspectos que me han parecido de especial interés para el lector interesado, para –utilizando el método inductivo– llegar a unas conclusiones sobre los aspectos más significativos que configuran la responsabilidad contable.

Debe aclararse desde éste momento, que aunque se ha pretendido profundizar en tal materia, la extensión de la misma, la complejidad y variedad de cuestiones abordadas, hace muy difícil ser exhaustivo en los temas tratados, por lo que no se pretende más que dar a conocer la opinión del propio Tribunal sobre dichos asuntos, para lo que se ha tratado de respetar la argumentación jurídica (casi siempre compleja), que le ha llevado a las conclusiones que se plasman en el fallo de las sentencias.

Es posible que se consideren escasas las referencias doctrinales que aparecen en el estudio. Pero es que –con independencia de que se ha acudido a todos los estudios encontrados sobre la materia– se ha pretendido privilegiar la opinión y los argumentos expuestos por los ponentes de cada una de las numerosas sentencias estudiadas, y plasmadas (bien que en parte, aunque sin ánimo en ningún caso de desvirtuar la argumentación) en la páginas que siguen.

Se ha tratado de salvaguardar la identidad de los comparecientes en procedimientos ante el Tribunal. Por eso –salvo error involuntario– se ha sustituido el nombre de los intervinientes por sus iniciales; aunque en ocasiones se ha optado por mantener el nombre de Ayuntamientos o entidades públicas para una mayor claridad expositiva de la relación de hechos efectuada en la sentencia en cuestión.

Mía ha sido la idea de sistematizar en un sentido determinado los temas abordados, al traer a colación unas sentencias y no otras, tal como se detalla en el índice de materias, resaltando y agrupando los temas que me han parecido de especial interés; por tanto mía debe ser la responsabilidad de asumir las carencias de un estudio, que ha estado motivado por mi cercanía a

unas materias que me resultan trascendentes por mi trabajo en un órgano de control interno de la Administración.

2. Funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas

Las dos funciones con las que el Tribunal de Cuentas desarrolla el control externo de la actividad económico-financiera del sector público son, como ha quedado reiteradamente expuesto, la fiscalizadora y la jurisdiccional.

Los campos de la fiscalización y del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas están perfectamente definidos en la Ley Orgánica y en la Ley de Funcionamiento.

La función fiscalizadora (externa, permanente y consuntiva) se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía, en relación con la ejecución de los presupuestos de ingresos y gastos, se adecua a unos procedimientos y sus resultados se plasman en Informes, Mociones o Notas, cuyo destinatario son las Cortes Generales, a través de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

De la Cuenta General del Estado para 2013 ³, se deducen algunos datos reveladores de la carga de trabajo del Tribunal: examen de las cuentas individuales de 132 entidades del Sector Público Administrativo, de 213 entidades del Sector Público Empresarial, y 40 cuentas de las entidades del Sector Público Fundacional. Por su parte el Sector Público Local se encontraba integrado por 13.694 entidades.

De la Memoria del Tribunal del año 2014 ⁴, se desprende que se han efectuado 55 informes de fiscalización y se han resuelto 1.143 asuntos jurisdiccionales.

Por su parte, la función jurisdiccional (la jurisdicción contable propia del Tribunal de Cuentas) consiste en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurren quienes tengan a su cargo el manejo de bienes, caudales o efectos públicos. Esta responsabilidad se depura y exige por medio de tres procedimientos jurisdiccionales (el juicio de cuentas, el procedimiento de reintegro por alcance y el expediente de cancelación de fianzas) y las resoluciones que dictan los órganos de la jurisdicción contable (los Consejeros de Cuentas y la Sala de Justicia) son susceptibles, en los casos y en la forma legalmente establecidos, de los recursos de casación y de revisión ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, quedando así garantizado el principio de unidad jurisdiccional y el entronque de la jurisdicción contable con el Poder Judicial.

³ CUENTA GENERAL DEL ESTADO 2013 (tcu.es).

⁴ Memoria del Tribunal de Cuentas 2014 (tcu.es).

3. Normativa reguladora

Artículo 136 de la Constitución Española

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.
2. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.
3. Las Cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.
4. El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.
5. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.
6. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas

Comentario ⁵

La Constitución Española configura al Tribunal de Cuentas como el órgano constitucional o de relevancia constitucional al que corresponde, con el carácter de supremo, el ejercicio de la función de fiscalización de la gestión económica y de las cuentas de todo el sector público; pero, al tiempo, le reconoce, de acuerdo con su honda tradición histórica que se remonta, como poco, a las Ordenanzas de Juan II de Castilla de 1436, 1437 y 1442, una función de naturaleza jurisdiccional cuyo contenido se centra en el enjuiciamiento de la llamada responsabilidad contable.

Ambas funciones están, hoy, netamente separadas y tienen distinta naturaleza y finalidad. En este sentido, resulta de interés la Sentencia 11/1998, de 3 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal que, literalmente dice:

⁵ Ahora bien, tal como ponen de manifiesto J. Medina y J. A. Pajares (J. Medina Guijarro y J. A. Pajares Giménez, La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su “propia jurisdicción” en la historia y la Constitución española, Revista Española de Control Externo, págs. 61 y 62), en la doctrina existen tesis que no coinciden con la posición de nuestro Derecho positivo. Así hay quien aboga por la supresión de la función jurisdiccional del Tribunal y hay quien defiende su mantenimiento, pero con naturaleza administrativa, e incluso los que pretenden su conservación, aunque con la consideración de jurisdicción especial, como lo fuera en otros tiempos. No pretendemos ahora recoger con detalle la formulación de todas estas tesis, que, por lo demás, merecen todo nuestro respeto, sino tan solo emitir nuestra opinión con la perspectiva del artículo 136 de la Constitución Española y, desde luego, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las resoluciones dictadas sobre este particular. Dicho de otro modo, nos proponemos considerar qué posturas doctrinales sobre la función jurisdiccional del Tribunal caben, a nuestro juicio, en el artículo 136 de la Constitución Española, tal y como ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional.

"el art. 136 de la CE y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo configuraron las dos funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas de manera netamente separadas, pues no en vano son también distintas su naturaleza y su finalidad. Así, mientras que en el ejercicio de la función fiscalizadora que compete al Pleno de este Tribunal (art. 21 LOTCu) se desarrolla una actividad técnica previa a la función política de las Cortes en la que se informa al Órgano parlamentario acerca de la adecuación de la actividad económica financiera de los entes que integran el sector público (art. 4 LOTCu) a los principios que informan en nuestro Ordenamiento la ejecución del gasto público, es decir, la legalidad, la eficiencia y la economía (art. 31.2 CE, en relación con el art. 9.1 de la LOTCu) o, si se prefiere, a los que integran la llamada buena gestión financiera; la función del enjuiciamiento contable, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional en el Auto de 29 de octubre de 1996 y Sentencia 187/88 de 17 de octubre, es una actividad de naturaleza jurisdiccional, consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado en materia contable. No tiene, pues, la función fiscalizadora como finalidad natural, el desembocar en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que se agota en la labor de informe a las Cortes Generales o, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o a los Plenos de las Entidades Locales, aunque desde luego ello no obsta para que si de la investigación que requiere la fiscalización se detecten hechos indiciariamente constitutivos de responsabilidad contable, la Ley articule una fase procedimental –actuaciones previas del art. 45 y 47 LFTCu– para enlazar el ejercicio de ambas funciones y trasladar tales hechos al conocimiento de los órganos del Tribunal a los que la Ley encomienda la función jurisdiccional contable. Sólo ante ellos –los Consejeros de Cuentas adscritos a la Sección de Enjuiciamiento y la Sala de Justicia (arts. 24 y 25 de la LOTCu, en relación con los arts. 52, 53 y 54 de la LFTCu)– podrán ejercitarse pretensiones de responsabilidad contable (art. 59 de la LFTCu), cuyo soporte necesario vendrá dado por las llamadas actuaciones previas a las que se refieren los arts. 45 y 47 de la Ley 7/1988, las cuales debidamente alegadas y probadas en el seno del proceso contable, serán objeto de pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales contables. Con ello se pretende afirmar que las conclusiones que obran en los informes de fiscalización que emite el Pleno de este Tribunal no son, en ningún caso, pronunciamientos de responsabilidad alguna contra persona o entidad determinada. Por ello, si de la fiscalización se advierte alguna irregularidad que pudiera ser constitutiva de responsabilidad contable, es preciso formar la pieza separada pero también y es lo fundamental, ejercer la pretensión en el seno del proceso contable y solo así podrá llegarse a un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de resarcimiento contable.

Artículo 153.d) de la Constitución Española

El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

- a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones formativas con fuerza de ley.
- b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.
- c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

Comentario

El art. 153 CE enumera los controles que se ejercen sobre la actividad de las Comunidades Autónomas y, entre ellos, incluye el control económico y presupuestario del Tribunal de Cuentas. Ahora bien, no puede desconocerse que la Constitución ni implantó un mapa autonómico ni estableció un reparto cerrado y definitivo de las competencias, pues tan solo enumeró las exclusivas del Estado en su art. 149. Por ello, una vez constituidas las Comunidades Autónomas con una organización institucional basada en una Asamblea Legislativa, un Consejo de Gobierno y un Presidente (art. 152.1CE) y habiéndose creado en algunas Comunidades Autónomas órganos de control externo dependientes de las respectivas Asambleas Legislativas, resulta obligado interpretar el art.153.d) CE a la luz de esta nueva realidad.

En efecto, cuando el art. 153 enumera los controles que se realizan sobre las Comunidades Autónomas no hace sino reiterar, reforzándolos, los que ya aparecen en otros preceptos del texto constitucional: así, el control por el Tribunal Constitucional previsto en la letra a) aparece igualmente en el art. 161; el del Gobierno de la letra b), en el 150.2, y el de la jurisdicción contencioso-administrativa de la letra c) en los arts. 106 y 117. Y que sea precisamente el Tribunal de Cuentas –letra d)– el que ejerza el control económico y presupuestario, en relación con el art. 136, no puede sino deberse a la circunstancia de que en la Constitución tan solo se cita como órgano de control externo al Tribunal de Cuentas.

Por ello, lo que el art. 153.d) impone es la exigencia de un control económico y presupuestario sobre la actividad de las Comunidades Autónomas para evitar poderes exentos de control. Así, siempre que existan esos Órganos de Control Externo, a ellos corresponde “prima facie” realizar el control de la actividad económico-financiera y presupuestaria de su sector público, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas derivada de su condición de órgano supremo fiscalizador y de la necesidad de utilizar técnicas tendentes a reducir a la unidad la acción de unos y otros, y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades...

Existe, por tanto, una función de control atribuida constitucionalmente al Tribunal de Cuentas, pero, al mismo tiempo, hay también una función de control atribuida estatutariamente –ya sea por mención expresa, o en el ejercicio de la potestad de organización de sus instituciones de autogobierno– a los Órganos de Control Externo, ambas sometidas a la necesaria coordinación (art. 29 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

En definitiva, si es pacífica la atribución al Tribunal de Cuentas de la función de control respecto de la gestión económico-financiera y contable del sector público de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan establecido su Órgano de Control Externo, en las que han creado estos órganos el control de su sector público corresponde a éstas, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas y de la capital función de coordinación, derivada de su condición de supremo órgano fiscalizador del Estado al servicio de la concepción del mismo que la propia Constitución establece (supremo, pero no único, cuando fiscaliza y único, pero no supremo cuando enjuicia, STC 18/1991, de 31 de enero, FJ2º).

Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 121 de 21 de mayo de 1982).

Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 84 de 7 de abril de 1988).

Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria.

Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria.

Otras disposiciones

Con independencia de las funciones asignadas al Tribunal de Cuentas en su Ley Orgánica y en su Ley de Funcionamiento en relación con la actividad económico-financiera del Sector público, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, partiendo del reconocimiento constitucional a las formaciones políticas como instrumento fundamental para la participación política, que contribuye a la formación y manifestación de la voluntad popular, estableció el marco jurídico básico en relación con las fuentes de financiación pública y privada de su actividad ordinaria y con las obligaciones que en materia contable y de control han de cumplir. En esta Ley se contempla la fiscalización externa como garantía de regularidad, transparencia y publicidad de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, atribuyéndose exclusivamente al Tribunal de Cuentas el control externo de la actividad económico-financiera ordinaria de los partidos políticos.

Asimismo, por lo que se refiere a la actividad electoral, la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General, junto con las Leyes Electorales de las Comunidades Autónomas, han ido perfilando, a través de sucesivas modificaciones, el régimen financiero y contable de las formaciones políticas que participan en los distintos procesos electorales, cuya fiscalización externa está atribuida al Tribunal de Cuentas, salvo la relativa a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, cuya realización está asignada al respectivo Órgano de Control Externo.

4. La Jurisdicción Propia del Tribunal de Cuentas: La Jurisdicción Contable

Contenido, caracteres, compatibilidad, conflictos y auxilio jurisdiccional

La función del enjuiciamiento contable es una actividad de naturaleza jurisdiccional consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado en materia contable. Consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del gestor de fondos públicos, absolviéndole o condenándole y en esta última, ejecutando coactivamente su decisión.

El contenido de esta función se limita a los supuestos que originan la responsabilidad contable, que se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recaudan, intervienen, administran, custodian, manejan o utilizan bienes, caudales o efectos públicos.

La jurisdicción contable se caracteriza por ser necesaria, improrrogable, exclusiva y plena, y se extiende, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable y estén relacionadas directamente con ella.

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 son constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, y el Juzgado o Tribunal que entienda de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los bienes o fondos públicos.

No corresponde, en cambio, a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de las cuestiones atribuidas al Tribunal Constitucional o a los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria.

Los conflictos que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración o las restantes jurisdicciones son resueltos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

Los órganos de la jurisdicción contable pueden recabar el auxilio de los Jueces y Tribunales de todo orden para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que debe serles prestado en la forma regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las Leyes Procesales para la cooperación jurisdiccional.

La responsabilidad contable: concepto, clases y supuestos

El que por acción u omisión contraria a la Ley originase el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios. Este concepto de responsabilidad contable hay que ponerlo en relación con los elementos que la califican y que pasan a engrosar el mismo, así la responsabilidad contable deriva de las cuentas (entendidas en sentido amplio) que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originasen menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

La responsabilidad contable podrá ser directa o subsidiaria. La directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados. La subsidiaria se limitará a los perjuicios causados a consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. Tanto la responsabilidad directa como la subsidiaria, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que asciende el importe líquido de la misma.

Serán responsables directos, quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución y serán responsables subsidiarios, quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de las obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

El supuesto más típico de responsabilidad contable es el alcance. Tanto el alcance como la malversación se encuentran definidos en la Ley de Funcionamiento. El alcance es el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendir las personas que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. Se considera 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.

Existen otros supuestos distintos del alcance generadores de responsabilidad contable que no aparecen definidos en la normativa del Tribunal de Cuentas de un modo expreso, sino de forma residual. Son esencialmente aquellos recogidos en la Ley General Presupuestaria y como peculiaridades propias se trata de infracciones generadoras de responsabilidad contable cuya exigencia se efectúa a través de los denominados expedientes administrativos de responsabilidad contable, aunque la autoridad administrativa que acuerda la incoación del procedimiento debe comunicarlo al Tribunal de Cuentas, para que, en su caso recabe el conocimiento del asunto. Estas resoluciones administrativas son recurribles ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Órganos que ejercen la jurisdicción

Los órganos de la jurisdicción contable son los Consejeros de Cuentas y las Salas de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. A los primeros corresponde el conocimiento y fallo, en única instancia, de los expedientes de cancelación de fianzas en los que no se deducen pretensiones de responsabilidad contable y, en primera instancia, de los juicios de cuentas, de los procedimientos de reintegro por alcance y de los restantes procedimientos de cancelación de fianzas. Por su parte, las Salas del Tribunal conocen, fundamentalmente, en única instancia, de los recursos que se formulen contra resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas en materia de responsabilidades contables en aquellos casos expresamente previstos por las Leyes y, en segunda instancia, de las apelaciones deducidas contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Consejeros de Cuentas en los procedimientos de responsabilidad contable. Sin perjuicio de su aumento, si las necesidades del Servicio lo requieren, la Sección de Enjuiciamiento tiene una Sala de Justicia.

También conocerán los Consejeros de Cuentas de los incidentes de recusación promovidos contra el Secretario y resto de los funcionarios que intervengan en los procedimientos jurisdiccionales de su competencia.

La Sala de Justicia está compuesta por tres Consejeros de Cuentas, uno de ellos es el Presidente de la Sala, que es el Presidente de la Sección de Enjuiciamiento, y los otros dos son Consejeros de Cuentas adscritos a la Sección de Enjuiciamiento y especialmente adscritos a la Sala.

La Sala Tercera de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación y revisión que se interponen contra las Resoluciones pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas, en los casos y por los motivos determinados en la Ley de Funcionamiento.

Reglas sobre legitimación y postulación procesal

Están legitimados activamente para actuar ante la jurisdicción contable quienes tienen un interés directo en el asunto o son titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso y, en todo caso, la Administración o Entidad pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal sin necesidad en su caso, de declarar lesivos los actos que impugne, y el Ministerio Fiscal. Las restantes Entidades del sector público estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les compete. La acción para la exigencia de la responsabilidad contable, en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, es pública y en ningún caso se exige la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal o civil en que pudiera incurrir el que ejercita la acción indebidamente.

Se consideran legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicados por el proceso. También pueden tener legitimación pasiva los preceptores de créditos, avales, subvenciones u otras ayudas procedentes del Sector Público.

En los expedientes de cancelación de fianzas estarán legitimados activamente los gestores de fondos públicos a quienes se hubiera exigido la fianza, los fiadores y sus respectivos herederos, y pasivamente, la entidad del sector público a cuyo favor se hubiera constituido la garantía.

Las partes deberán conferir su representación a un procurador o valerse tan solo de abogado; cuando actúen representados por procurador deberán ser asistidos por abogado; no obstante, los funcionarios y el personal al servicio de las entidades del sector público legitimado para comparecer ante el Tribunal de Cuentas pueden hacerlo por sí mismos y asumir su propia defensa.

En el procedimiento de cancelación de fianza no será precisa la intervención de abogado ni procurador, pudiendo los interesados, sean o no funcionarios, comparecer por sí mismos.

Procedimientos jurisdiccionales: clases, tramitación y terminación

Las normas reguladoras de las clases de procedimientos jurisdiccionales se contienen en la Ley de Funcionamiento, siendo supletorias las Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de Enjuiciamiento Civil y Criminal (por este orden de prelación). Los procedimientos contables son tres: el juicio de cuentas, el procedimiento de reintegro por alcance y el expediente de cancelación de fianzas. Los dos primeros tienen el carácter de contenciosos, en tanto que el último se asemeja a los expedientes de jurisdicción voluntaria.

La Ley de Funcionamiento regula unas denominadas “actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables”, que pueden ser de dos tipos según que los hechos sean o no constitutivos de alcance: si los hechos no constituyen alcance, pero pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidad contable, el Consejero de Cuentas correspondiente, de oficio o a instancia del Abogado del Estado o del Ministerio Fiscal y con citación e intervención del presunto responsable, o de sus causahabientes, dispondrá la formación de pieza separada, a efectos de concretar los hechos, los posibles responsables y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así se haya acreditado en el respectivo procedimiento fiscalizador.

Si, por el contrario, los repetidos hechos fueron supuestamente constitutivos de alcance, la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas nombrará Delegado Instructor, quién después de realizar las correspondientes actuaciones de averiguación de tales hechos y de la identidad de los presuntos responsables, practicará la liquidación provisional del presunto alcance, con citación del presunto responsable, del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, o de la entidad perjudicada, requerirá de depósito o afianzamiento, y en el caso de no atenderse dicho requerimiento decretará el embargo preventivo de los bienes del presunto responsable. Esta instrucción puede ser efectuada por delegación en los Órganos de Control Externo.

Una vez concluidas las anteriores actuaciones previas, la jurisdicción contable se articula por medio de dos procedimientos: los juicios de cuentas y los procedimientos de reintegro por alcance.

El juicio de cuentas es un proceso contable en el que se enjuicia la comisión de un ilícito contable distinto del alcance, es decir, cualquiera de las infracciones contables a que se refiere la Ley General Presupuestaria. Se inicia una vez recibida en la Sección de Enjuiciamiento la pieza separada o el expediente administrativo de infracción contable, y turnado el procedimiento entre los Consejeros adscritos a la misma o a la Sala de Justicia. La tramitación sigue los pasos del proceso contencioso-administrativo ordinario. En síntesis, publicación de edictos, emplazamiento del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, representante legal de la entidad del sector público perjudicado y presuntos responsables, demanda, contestación a la demanda y fase de alegaciones y concluye, en el caso de que no resulte procedente el sobreseimiento, mediante sentencia dictada por el Consejero de Cuentas de primera instancia.

El procedimiento de reintegro por alcance, se inicia una vez cumplimentadas por el Delegado Instructor las actuaciones previas. El Consejero de Cuentas a quien hubiese correspondido dirigirá la tramitación del procedimiento, que en síntesis tiene las siguientes fases: publicación de edictos, emplazamiento del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, representante legal de la entidad del sector público perjudicada y presuntos responsables, presentación de la demanda y demás trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía a que ascienda el alcance enjuiciado en el procedimiento de que se trate.

La jurisdicción contable conoce también de los expedientes de cancelación de fianzas, se trata de expedientes no contenciosos, en los que el Consejero de Cuentas decide, después de oír al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado o del ente del sector público a cuyo favor se hubiera constituido la garantía, y de solicitar cuantos antecedentes se consideren pertinentes. Se pretende la cancelación de una fianza mediante el oportuno pronunciamiento residenciado en sede jurisdiccional contable.

Las sentencias dictadas por los Consejeros de Cuentas contendrán en su parte dispositiva los siguientes extremos: el importe en que se cifren los daños y perjuicios causados en los bienes, caudales o efectos públicos, quiénes son los responsables, expresando si lo son en concepto de directos o subsidiarios, el carácter solidario de la responsabilidad directa y la cuota de que debe responder cada responsable subsidiario; la condena al pago de la suma en que se cifra la responsabilidad contable; la condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios; la contracción de la cantidad en que se cifre la responsabilidad contable en la cuenta que proceda y el pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio en los términos prevenidos para el proceso civil.

Los procedimientos jurisdiccionales podrán terminar, también, por auto de sobreseimiento, por allanamiento, por desistimiento y por caducidad. El allanamiento, el desistimiento y la caducidad se regirán por lo dispuesto en la Ley Reguladora del proceso Contencioso-administrativo. El sobreseimiento, por su parte, se regula en el artículo 79 de la Ley de Funcionamiento.

Régimen de recursos

El conocimiento del sistema de recursos contables requiere partir de la distinción básica entre actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables a la vía jurisdiccional y las actuaciones jurisdiccionales propiamente dichas. Contra las resoluciones decretadas en fase de actuaciones previas cabe interponer recurso en el plazo de cinco días ante la Sala de Justicia, siempre que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalasen o que se causara indefensión.

En el ámbito propiamente jurisdiccional el sistema de recursos contables remite, en general, a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En síntesis, contra providencias y autos de los órganos de la jurisdicción contable cabe el recurso de súplica; contra las sentencias pronunciadas en primera instancia por los Consejeros de Cuentas cabe el recurso de apelación y contra las resoluciones y por los motivos establecidos en la Ley de Funcionamiento caben los recursos de casación y revisión. Asimismo, cabe el recurso de queja por inadmisión de la apelación acordada por los Consejeros de Cuentas en asuntos propios de su competencia jurisdiccional.

El recurso de apelación contable solo puede interponerse contra resoluciones de los Consejeros de Cuentas, dictadas en juicios de responsabilidad contable y su formulación sólo pueden plantearla las personas naturales o jurídicas dotadas de legitimación activa o pasiva en los mencionados juicios. Se interpone ante la Sala de Justicia y se sustanciará y se decidirá en la forma prevenida para el recurso de apelación regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los siguientes supuestos:

- 1º) Las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala del Tribunal en apelación o en única instancia, cuando la cuantía del procedimiento exceda de 150.000,00 €.
- 2º) Los autos dictados por la Sala del Tribunal de Cuentas, en asuntos de que conozcan en única instancia, por virtud de los cuales no se dé lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional correspondiente.
- 3º) Los autos dictados por la misma Sala en apelación, confirmatorios de los pronunciados en primera instancia, que no den lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional correspondiente.

La Ley de Funcionamiento determina los motivos en los que habrá de fundarse el recurso de casación y se preparará, interpondrá, sustanciará y decidirá de conformidad con lo establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin que sea necesaria garantía de depósito alguna.

Las sentencias firmes dictadas por el Tribunal de Cuentas serán susceptibles de recurso de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los casos que determina y enumera la Ley de Funcionamiento.

El recurso se preparará, interpondrá, sustanciará y decidirá de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin que sea necesaria garantía de depósito alguno.

La ejecución de sentencias

Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil. Cabe la ejecución provisional contra sentencias no firmes pero ésta sólo se llevará a cabo a instancia de parte y deberá acordarse por auto motivado.

Cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas, se practican cuantas diligencias se juzguen pertinentes en cuanto a la averiguación y descubrimiento de bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivos. Si no dieran resultados las diligencias anteriores, se declarará la insolvencia de los responsables directos y se procederá contra los subsidiarios.

La insolvencia se declarará mediante auto. La declaración de insolvencia de los responsables, tanto directos, como subsidiarios, se entenderá hecha siempre bajo la cláusula de “sin perjuicio”, lo que posibilita la reapertura de los trámites de ejecución si los responsables viniesen a mejor fortuna y el órgano competente tuviera conocimiento de ello.

Una vez que sea firme la sentencia, se procederá a la tasación de costas que se efectuará de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como regla general las costas se impondrán a la parte que haya sido condenada, salvo que el juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la no imposición de costas.

Jurisprudencia aplicable

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, habidos hasta la fecha, sobre el Tribunal de Cuentas se pueden agrupar en los siguientes:

1. Sobre la posibilidad de que los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas tuvieran función jurisdiccional contable. Básicamente, podemos citar:

- a) La Sentencia 187/1988, que afirma en su fundamento jurídico 2º lo siguiente:

"...La distinta naturaleza de ambas funciones explica que, mientras que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas califica a éste como supremo órgano fiscalizador (art. 1.1) en cambio lo considere, en cuanto a su función de enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando su jurisdicción –que tiene el carácter de exclusiva y plena– todo el territorio nacional (art. 1.2). Y, si bien en dicha Ley se parte de la existencia de órganos fiscalizadores de cuentas que pueden establecer los Estatutos de las Comunidades Autónomas, no ocurre lo mismo con los órganos de enjuiciamiento contable. Por ello, aun cuando se prevé que las Comunidades

Autónomas puedan realizar su propia función fiscalizadora, no existe esta previsión respecto de la actividad jurisdiccional..."

- b) La Sentencia 18/1991, que se pronuncia en términos casi idénticos cuando concluye, en su fundamento jurídico 2º, que

"el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable"

La misma Sentencia añade además, en su fundamento jurídico 4º, que "las actuaciones previas no pueden reputarse de fiscalizadoras, sino como directamente orientadas al enjuiciamiento y, en su caso, exigencia de responsabilidad y, por tanto, incluidas en el procedimiento enjuiciador y reservadas al Tribunal de Cuentas. Ello se ve corroborado por la Ley Orgánica del mismo, que encomienda a este órgano los procedimientos de instrucción (art.26), y si no excluye que la instrucción pueda llevarse a cabo por órganos de fiscalización de Comunidades Autónomas, ello procederá como expresamente prevé la Ley Orgánica 2/1982, en su artículo 26.3, por delegación del Tribunal de Cuentas".

2. Sobre la fiscalización externa de las Corporaciones Locales. Podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1988, que en sus fundamentos jurídicos 8º a 10º realiza las siguientes consideraciones:

- a) *"La fiscalización externa de las Corporaciones Locales por el Tribunal de Cuentas derivada del art. 4.1.c) de la Ley Orgánica, que expresamente recogen el art.13.1.b) y la disposición transitoria 4ª-1, y que también establece el art. 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, no supone, pues, la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera de las Corporaciones locales. A diferencia de lo dispuesto para la 'jurisdicción contable', calificada de 'exclusiva' por su art. 17.1 no cabe entender que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserve en exclusiva para este Tribunal la fiscalización de dicha actividad." (Fundamento Jurídico 8).*
- b) *"Hemos de partir, por tanto, de la competencia constitucional y estatutaria de la(s) Comunidad(es) Autónoma(s)...en materia de régimen local y, en concreto, en relación con las actividades financieras de los entes locales." (Fundamento Jurídico 9).*
- c) *"Ahora bien, esta actividad fiscalizadora –y esta es la última cuestión a examinar– no puede interferir en la autonomía que el art. 140 CE reconoce a los entes locales. A este respecto es preciso recordar que, como ha declarado este Tribunal, el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias realizado por el Estado o por las Comunidades Autónomas en los casos y forma predeterminados por el legislador, habida cuenta de la posición de superioridad de uno y otras sobre las*

entidades locales. Pero nunca podrá tratarse de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica respecto de la Administración estatal o autonómica, sino de controles de carácter concreto, que habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los de aquellos (STC 4/1981, FJ 3º; STC 27/1987, FJ 2º)" (Fundamento Jurídico 10).

3. Sobre la naturaleza de la función de enjuiciamiento contable y su contenido. El Tribunal Constitucional, en la STC 215/2000, de 18 de septiembre sostiene el carácter jurisdiccional del enjuiciamiento contable de acuerdo con los siguientes argumentos:

Alcance del término *jurisdicción* que emplea el art. 136.2 de la Constitución. Así, dice el Fundamento jurídico 6º, que:

"... una interpretación del texto constitucional que conduzca a un resultado distinto de su literalidad sólo puede ser admitida cuando existe ambigüedad en el mismo o ésta se deriva de la falta de cohesión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales (STC 72/1984, de 14 de julio, FJ 6). Ahora bien, ni la imagen de la institución que tuvo ante sí el constituyente, ni los antecedentes inmediatos del precepto constitucional antes mencionado ni, en fin, la interpretación sistemática del término 'jurisdicción' en la Constitución permiten acoger la tesis del recurrente de amparo.

Lo primero, en atención a la caracterización de dicho órgano en la Ley de 29 de junio de 1934 como aquél que, con categoría de 'supremo', posee una jurisdicción especial y privativa en materia contable (art. 1), lo que se reitera en la Ley de 3 de diciembre de 1953 (art. 2). Lo segundo, dado que la referencia a la propia jurisdicción del Tribunal de Cuentas fue introducida conscientemente por el constituyente, al aceptarse una enmienda al Anteproyecto en este sentido. Y en cuanto a lo último, pues basta observar que en todos los supuestos en los que la Constitución de 1978 emplea el término 'jurisdicción' o sus derivados [arts. 53.3, 117.3 y 5; 123.1; 152.1, segundo párrafo y 153c)] lo hace por referencia a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales.

Ha de entenderse, pues, que con la expresa mención a la 'jurisdicción' del Tribunal de Cuentas en el art. 136.2 CE el constituyente ha querido que dicha institución, cuando actúe en el ejercicio de su tradicional función jurisdiccional de enjuiciamiento contable, lo que supone la exigencia de una especie de responsabilidad civil (ATC 371/1993, de 16 de diciembre, FJ 1), quede sometida a las garantías que la Constitución anuda a todo proceso. Esto es, las derivadas del art. 24 CE así como de otros preceptos constitucionales, entre ellas las de independencia e inamovilidad de quienes ejercen la función jurisdiccional, como expresamente establece el art. 136.3 CE respecto a los miembros del órgano aquí considerado. De suerte que el ejercicio de la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable por el Tribunal de Cuentas no es en sí mismo contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE), pues es la propia Constitución la que permite la atribución de funciones jurisdiccionales a dicho órgano."

Síntesis de la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional sobre la actividad de enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, contenida fundamentalmente en las SSTC 187/88, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero, así como en los Autos de 16 de diciembre de 1993 y de 29 de octubre de 1996:

El enjuiciamiento contable se configura como una actividad de naturaleza jurisdiccional con apoyo en '*... la definición de los caracteres con que la LOTCu regula dicha función*'. Concretamente, esta Ley Orgánica, utilizando la expresión contenida en el art. 136.2, párrafo segundo CE, califica al enjuiciamiento contable de jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas (art. 15.1), atribuyéndole las notas de necesaria e improrrogable, exclusiva y plena (art. 17.1), al mismo tiempo que garantiza la independencia e inamovilidad de sus miembros disponiendo, en concordancia también con lo establecido en el apartado tercero del mencionado precepto constitucional, que estarán sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones fijadas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 33.1).

Por lo que se refiere a la función misma, se significa que la actividad desarrollada por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas:

"consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en esta última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial, regulado en el Capítulo Tercero del Título V y desarrollado en la Ley de Funcionamiento del Tribunal en el que aparecen los elementos objetivos, subjetivos y formales que caracterizan a un proceso. Por otra parte, sus resoluciones, en los casos y en la forma que determina su Ley de Funcionamiento, son susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo (art. 49) y, si bien la Ley de Procedimiento Administrativo resulta supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores (Disposición final segunda, 1) para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales se aplica supletoriamente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil Criminal (disposición final segunda, 2)"

La doctrina ahora extractada fue reiterada en el FJ 2 de la STC 18/1991, por referencia entonces a la Ley del Parlamento de Galicia 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas de la Comunidad Autónoma. Expresamente se señala en esta resolución que de la distinta naturaleza de las funciones fiscalizadora y de enjuiciamiento contable y de la correlativa diferencia de regulación legal de cada una de ellas, cabe concluir que el Tribunal de Cuentas es supremo pero no único cuando fiscaliza, pues la propia LOTCu presupone la existencia de órganos autonómicos de control externo, y único pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable, al atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra sus resoluciones"

En el Auto, de 29 de octubre de 1996, "*... se asevera que el reconocimiento al Tribunal de Cuentas de una jurisdicción propia, como hace el art. 136 CE, no contradice lo establecido en el art. 117.3 CE, al tiempo que hace del mismo el Juez ordinario predeterminado por la Ley para el enjuiciamiento contable. Esto último, justamente porque la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como hemos expuesto ya en la citada STC 187/1988, lo configura en cuanto a su función de*

enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando su jurisdicción, que tiene el carácter de exclusiva y plena, todo el territorio nacional(FJ 2)".

Y concluye que "... de esta jurisprudencia se desprende que el enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia. Y, en consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que la inadmisión del recurso contencioso administrativo formulado por el recurrente, acordada por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 reconoce y garantiza a todos".

Finalmente, el apartado 3 del art. 136 se concreta en los arts. 30, 33 a 36 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, y 21 a 26 de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a los que nos remitimos y el apartado 4, de acuerdo con el art. 81 de la Constitución, establece la reserva de Ley Orgánica en materia de organización, composición y funciones del Tribunal de Cuentas.

La delimitación de la noción de responsabilidad contable, se va a realizar mediante el análisis de en qué consiste, a quién se dirige, por qué motivos puede exigirse, a través de cuáles vicisitudes procesales, y durante cuánto tiempo es susceptible de ser exigida, mediante el análisis de los siguientes apartados.

Capítulo segundo

Estructura conceptual

1. Concepto de responsabilidad contable ⁶

SENTENCIA 26/2009, DE 11 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Como última alegación previa, afirma el apelante que las cuentas anuales de los años a los que se refieren las diversas partidas de alcance fueron debidamente aprobadas. Cabe, en este sentido, citar la doctrina de esta Sala de Justicia recogida entre otras, en la sentencia de 23 de julio de 2007 en la que se afirma que:

“Respecto de la primera de las cuestiones suscitadas, el apelante parece afirmar que la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de las cuentas excluye la posibilidad de una investigación posterior de las mismas y de la exigencia de la correspondiente responsabilidad contable si en su caso, se dieran los requisitos legalmente previstos. Sin más preámbulos, podemos decir que este argumento supondría nada menos que una vulneración del orden legal y constitucional vigente. Así, el art. 136 de la Constitución Española declara que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, ante quien se deben rendir dichas cuentas para su censura. La Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, así como la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, desarrollaron dicho artículo y regularon las funciones del Tribunal y el ámbito objetivo y subjetivo de extensión de las mismas. El art. 2 de la ley orgánica antes citada enumera las funciones del mismo, la fiscalizadora y la jurisdiccional, y en el art. 4 define el sector público, en el que se encuadran, como no podía ser de otra manera, las Corporaciones Locales. Y lo mismo ocurría en el art. 115 de la Ley de Bases de régimen Local, según el cual: “La fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades locales corresponde al Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece la Ley Orgánica que lo regula y sin perjuicio de los supuestos de delegación previstos en la misma.” Y el art. 116 decía expresamente que “las cuentas anuales se someterán antes del 1 de junio a informe de la comisión especial de cuentas de la Entidad local, la cual estará constituida por miembros de los distintos grupos políticos

⁶ Del concepto de menoscabo a efectos de la jurisdicción contable, quedan inicialmente excluidos –ex artículo 59 LFTCu- los daños morales y los eventuales o posibles: P. Sala Sánchez, *Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del tribunal de Cuentas de España*, “REDA”, número 39 (1983), pág. 534.

integrantes de la corporación, y serán asimismo objeto de información pública antes de someterse a la aprobación del Pleno, a fin de que puedan formularse contra las mismas reclamaciones, reparos u observaciones. Todo ello sin perjuicio de que pueda denunciarse ante el Tribunal de Cuentas la existencia de irregularidades en la gestión económica y en las cuentas aprobadas". Lo mismo se establecía en el art. 204 de la Ley de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 y el Capítulo IV del Título V de la vigente Ley General Presupuestaria, de 26 de noviembre de 2003, donde las cuentas aprobadas por los cuentadantes del art. 138 han de ser remitidas a la intervención general del Estado para ser finalmente rendidas ante el Tribunal de Cuentas (art. 137).

Respecto de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, el art. 17.1 de la LO 2/1982 declara que la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, de lo que se deduce que el Pleno de un Ayuntamiento no puede emitir decisiones que suplanten la potestad del Tribunal de Cuentas.

Por lo tanto, la aprobación de las cuentas por el Pleno del Ayuntamiento de (...) no supone en modo alguno un desapoderamiento del Tribunal de Cuentas para la fiscalización de aquellas y, de manera más clara, jamás puede suponer una intromisión del Ayuntamiento en la competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones en materia de responsabilidad contable, aspecto ya reconocido en la sentencia de esta sala nº 6/03, donde se hizo la capital diferencia "entre la aprobación de la cuenta y la aprobación de la gestión, y entre la corrección contable de la cuenta y la adecuación a Derecho de los actos reflejados en la misma."

Consecuentemente con lo anterior, debe desestimarse esta alegación de la parte apelante, siendo indiferente a efectos de la declaración de la responsabilidad contable el que las cuentas hubiesen sido aprobadas.

SENTENCIA 29/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

El concepto de responsabilidad contable ha sido definido por el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, y en el art. 49.1 de la Ley 7/1988, siendo exigible a los que deban rendir cuentas, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando originen su menoscabo mediante dolo, culpa, o negligencia grave.

La Sala de Justicia ha mantenido, entre otras, en las Sentencias de 18 de diciembre de 1998, 24 de febrero de 1994 y 19 de julio de 2002, que, para que una acción sea constitutiva de responsabilidad contable, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable; d) que el menoscabo sea individualizado y que se produzca mediante dolo, culpa o negligencia grave; y e) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido en los efectos públicos.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMO OCTAVO

Para decidir si este alcance da lugar a la existencia de responsabilidad contable hay que partir del concepto de esta clase de responsabilidad, cuyos elementos configuradores han sido sintetizados por una constante doctrina de esta Sala de Justicia como resultado de la interpretación conjunta que, reiteradamente, ha efectuado esta Sala, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2009) señalando que es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
- b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
- c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
- d) Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.
- e) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparadora siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo, no siendo suficiente que el gestor haya realizado un acto u omisión ilegal y negligente si el mismo no ha ocasionado un daño patrimonial cierto; la existencia de este daño se ha razonado, repetidamente, al analizar cada uno de los pagos que se consideraron alcance.

Reiteradamente, esta Sala de Justicia ha considerado pagos indebidos y que, como tales, dan lugar a una salida injustificada de efectivo de las arcas públicas, aquellos pagos realizados sin causa, es decir, sin contraprestación de utilidad pública. Cabe destacar a este respecto la Sentencia de esta Sala de Justicia 18/09, de 13 de septiembre según la cual: *«Según establece el art. 1.274 del Código Civil, en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, añadiendo el art. siguiente que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. En la operación económica presente se ha efectuado un pago con fondos públicos que carece de causa, al no haber quedado probada la existencia de contraprestación alguna por la perceptora del pago. Ello determina, por tanto, la existencia de un saldo deudor injustificado, calificable de alcance en los términos que se deducen del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, y determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados, según también dispone el artículo 38.1 de su Ley Orgánica».*

En estos casos a los que se refiere el párrafo anterior ha existido un menoscabo a los fondos públicos y una conducta, al menos, gravemente negligente por parte de los demandados, que incumplieron sus funciones esenciales de control de la marcha de la Sociedad, con independencia de lo que se decida en el correspondiente procedimiento penal en el que se aprecian, incluso, indicios de conducta dolosa que aquí, ni se valora, ni resulta necesaria. Vulneraron las normas presupuestarias y contables del Sector público al realizar o consentir que se realizaran abonos de distintas partidas sin la comprobación de la debida contraprestación y relación de causalidad. Y con esa actuación u omisión causaron un perjuicio a los fondos públicos de la Corporación municipal. Se cumplen, pues, todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable por estos pagos. Dichos requisitos resultan de la interpretación conjunta que, reiteradamente, ha efectuado esta Sala, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2009).

Resta argumentar la atribución a los demandados del menoscabo de los fondos públicos en su condición de miembros del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal «C. de S. L., S.L.». La aceptación de un cargo lleva consigo aparejadas todas las consecuencias y responsabilidades inherentes al mismo y el hecho de pertenecer a un Consejo de Administración supone, para quien acepta este cargo, la asunción de una serie de obligaciones, para cuyo desempeño se le atribuyen facultades suficientes. El artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo, se remite en cuanto a la responsabilidad de los administradores a la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en aquel momento, que en su artículo 133 dispone que los administradores responderán del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Por su parte, el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995 remite, respecto de la delegación de facultades, a lo establecido para las sociedades anónimas, disponiendo el artículo 141 de la Ley de 22 de diciembre de 1989 que en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella, lo que significa que los miembros del Consejo de Administración no deben limitarse a una firma de las cuentas sino que deben proceder a su examen y control de cara a su rendición ante la Junta General. La diligencia que se impone a los administradores es la culpa profesional y específica que obviamente incluye un deber de vigilancia y control que garantice el adecuado funcionamiento de la empresa y la salvaguarda de los derechos de los socios, teniendo en cuenta, a la hora de analizar su conducta, que el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas invirtió la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, de tal suerte que, conforme consta en el apartado segundo de dicho artículo, sólo podrán ser exculpados los miembros del Consejo de Administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél.

En el presente, la sentencia de instancia consideró acreditados los elementos siguientes:

- a) Consta acreditado en autos que la sociedad municipal optó como forma de gobierno por la de un Consejo de Administración, siendo designados con fecha 26 de abril de 1995 Don J. F. M. P., como Presidente, Don M. P. C-C., como Secretario, y Don E. G. L., como Vocal, quienes aceptaron sus cargos.
- b) Los citados miembros del Consejo de Administración son los demandados en el presente proceso, habiendo estado encargados no sólo de la gestión formal de la sociedad, sino también de la real y efectiva, sin que éstos hayan acreditado la existencia de una delegación de sus funciones en otras personas o que éstas hubieren intervenido en los hechos objeto del presente proceso.
- c) No consta en autos que en la fecha en que se produjeron los hechos se nombrara un Gerente en la referida sociedad y en cambio sí figura que con fecha 26 de abril de 1995 se otorgó a los demandados amplios poderes de disposición, conforme consta en los Hechos Probados, sin que éstos hayan probado ni conste acreditado en autos que haya tenido intervención directa otra persona de la sociedad en las irregularidades a que se refiere el presente proceso.

Por el contrario, entre las funciones de los demandados, en cuanto miembros del Consejo de Administración, se encontraban las de regular, vigilar y dirigir la marcha de la sociedad, entre las que cabe incluir las de comprobar los pagos realizados por la sociedad. Además, tenían capacidad para actuar en bancos y en toda clase de operaciones. Por ello se afirma que no sólo tuvieron que tener intervención y conocimiento del hecho, sino que además debieron vigilar y supervisar los pagos que se realizaban; en consecuencia, concurren en la conducta de Don J. F. M. P., Don M. P. C-C. y Don E. G. L., en cuanto miembros del Consejo de Administración, todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable por estos pagos, a que ya se han hecho referencia y que resultan de una interpretación conjunta que reiterada y unánimemente se ha hecho en múltiples resoluciones de esta Sala de Justicia, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, la ya referida sentencia de 30 de septiembre de 2009).

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

En cuanto al fondo del asunto, el artículo 72 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que: “1. A efectos de esta Ley se entenderá 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 Tribunal de Cuentas”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas, al señalar en la Sentencia de 13 de febrero de 1996 que se entiende por alcance “*el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo los caudales o efectos públicos. No rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que éstos arrojen, no efectuar ingresos a que se*

esté obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicándolos a usos propios o ajenos, etc. son todos supuesto de alcance”.

En cuanto a la definición legal de responsabilidad contable, se encuentra en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, según el cual: *“El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.* En este sentido, la Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, estableció en su artículo 49.1 cuáles pueden ser las pretensiones de responsabilidad que pueden ser conocidas por la jurisdicción contable, según el cual: *“La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”.*

Por tanto, para que una determinada acción constitutiva de alcance sea generadora de responsabilidad contable ha de reunir los siguientes requisitos (por todas Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 30 de junio de 1992): *“a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate. d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente. f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.”*

A este respecto cabe recordar que en el ámbito de la jurisdicción contable es de aplicación el principio de carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo segundo establece que corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, e incumbe al demandado, según el párrafo tercero del mismo artículo, *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan ,extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*:

En el presente caso corresponde, por tanto, a la parte demandante probar que se ha producido un descubierto del que se deriva, por aplicación de los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de

indemnizar a la Hacienda Pública Municipal los daños y perjuicios causados, siempre que se den los demás requisitos configuradores de la responsabilidad contable.

Por lo que respecta a los demandados, les corresponde probar los hechos que impidan, desvirtúen o extingan la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que no existió realmente saldo deudor injustificado o que falta alguno de los requisitos que la ley exige para que pueda imputárseles responsabilidad contable.

Tampoco debe olvidarse el valor o eficacia procesal y el tratamiento que debe darse a los Informes de Fiscalización en el curso del proceso contable. Así, de acuerdo con lo establecido en el Auto del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 1984, sus conclusiones no son vinculantes para los Tribunales, si bien se les ha de reconocer especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido, lo que no impide que el Juez, según lo establecido en el artículo 348 de la referida Ley de Enjuiciamiento Civil, valore estos informes según las reglas de la sana crítica, dado que su fuerza probatoria, sin dejar de reconocer que se trata de un documento de especial relevancia para la valoración final del juez, puede ser ponderado por otros elementos probatorios incorporados al proceso, contrastando las afirmaciones de dicho informe con la documentación que sirvió de base para la elaboración del citado documento o con el resto de pruebas que se estimen pertinentes.

Esta misma doctrina ha sido adoptada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, como consta entre otras en las Sentencias 9/04, de 4 de marzo, y 32/04, de 29 de diciembre.

SENTENCIA 10/2012, DE 9 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Sobre la caracterización de la responsabilidad contable, es menester recordar otra vez la orientación jurisprudencial de esta Sala de Justicia, por todas, recogida en su Sentencia nº 20/2010, de siete de octubre, que razona en su fundamento de derecho sexto: *“el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que se ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el Patrimonio Público... Será en cada caso concreto donde se pueda decidir, a la vista de la concreta relación de cada conducta con cada alcance producido, quiénes son responsables directos y quiénes subsidiarios, sin perjuicio del cargo que ostentan y de la intervención que otras personas, desde su puesto de gestión, hayan podido tener en los mismos hechos...”*

Una vez descartada la intervención directa del SR. M. B. en los hechos (ya que no firmó ni dio conformidad a los talones litigiosos), lo que excluye la pretendida declaración de responsabilidad contable directa del mismo por los pagos perjudiciales injustificados, queda por ver, si la atribución de responsabilidad subsidiaria por estos dos pagos se adecúa o no a los cánones de exigencia de diligencia que debía guardar en su condición de Consejero de la empresa A.C.L., o dicho de otro modo, si al mismo le incumbía el control, vigilancia y supervisión de dichas

operaciones mercantiles que pudieran haber evitado, mediante la previsión de medidas adoptadas al efecto, el daño finalmente causado.

Así, como bien señaló la sentencia impugnada, por Decreto 1670 de 29/11/00, del Presidente de la Diputación Provincial de A... se atribuyeron al apelante, Delegado en el Área de Hacienda, Recursos Humanos y Régimen Interior, todas las atribuciones que correspondan a la Presidencia en dicha Área, excepto las previstas en el art. 34.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; le fueron delegadas las funciones de inspeccionar los servicios, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, ordenar pagos y rendir cuentas conforme a la Ley de Haciendas Locales; según el Decreto citado, esta delegación especial se encuadra dentro de la genérica del Área y, por tanto, se desarrollará en la forma prevista en el art. 63.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986 y demás disposiciones de aplicación.

Por otra parte, en fecha 19 de diciembre de 2001 se constituyó el Consejo de Administración de la empresa local A.C.L. que quedó integrado, entre otros, por DON JOSÉ LUIS A. G., diputado provincial, y por DON GINÉS M. B., también Diputado Provincial; asimismo, se nombró Consejero Delegado al SR. A. G., quién aceptó el cargo con los deberes y obligaciones establecidos en los Estatutos sociales, y, además, le fueron atribuidas amplias facultades representativas de apoderamiento, de administración, comerciales, de disposición, de formalización y, en lo que resulta relevante para la solución de esta alzada, facultades mercantiles y bancarias, entre ellas, la de disponer, junto con el Secretario y el Interventor, de los fondos depositados en cuentas corrientes y de crédito abiertas por él en entidades de crédito y ahorro, así como librar, aceptar, endosar, intervenir, pagar, impagar y solicitar el protesto de letras de cambio y demás documentos de giro y tráfico y operar con la banca privada y pública, en ejercicio de las facultades anteriores, haciendo cuanto la legislación y la práctica bancaria permitan. El resultado obtenido de la documental practicada acreditó que los dos cheques por los que ahora se discute sobre la responsabilidad subsidiaria declarada del SR. M. B. fueron firmados exclusivamente por DON JOSÉ LUIS A. G. y POR DON JOSÉ LUIS G. G., actuando los mismos respectivamente en su condición de Consejero Delegado de la Sociedad A.C.L. y de Interventor de la Diputación Provincial de A, lo que generó una apariencia de regularidad jurídica suficiente como para no poder estimar una pasividad negligente, generadora de responsabilidad contable subsidiaria, en la conducta del Sr. M. B. en relación con estos pagos.

La declaración de responsabilidad subsidiaria del SR. M. B. se apoya en la omisión por su parte de la diligencia que le era exigible en atención a sus atribuciones en calidad de miembro del Consejo de Administración societario así como a tenor de la delegación especial a que venimos haciendo mención. Respeto a la primera, una vez constatada la amplia asignación de facultades de todo orden, en particular, las relativas a los libramientos y disposición de fondos societarios por el designado Consejero Delegado de A.C.L., SR. A. G. conforme a las previsiones estatutarias, no es posible aceptar que el apelante pueda atribuírsele responsabilidad contable alguna, por su sola condición de Consejero miembro del Consejo de Administración, ni siquiera al amparo de la orientación jurisprudencial que viene extendiendo la atribución de responsabilidad de esta naturaleza a los administradores de las Sociedades mercantiles locales, por la ausencia de la justificación de los dos pagos realizados mediante la expedición de los dos cheques, máxime si se

tiene presente que dichos dos documentos fueron también firmados mancomunadamente por DON JOSÉ LUIS G. G., quien, a la sazón, y, conforme al artículo decimoquinto de los Estatutos sociales le correspondían, en su calidad de Interventor de la Diputación Provincial de A., las funciones de control y firma, junto con el Consejero Delegado, de todos los documentos de naturaleza bancaria utilizados por la sociedad A.C.L. en su normal desenvolvimiento, como, de hecho, aconteció en la expedición de estos dos talones.

No ha de olvidarse que el objeto litigioso versa sobre la posible responsabilidad contable del apelante derivada de dos pagos realizados mediante la entrega de dos cheques en el ámbito de funcionamiento o actividad de tráfico, o giro mercantil de la sociedad pública local A.C.L., la cual, aún estado participada “in totum” en su capital social por la Diputación Provincial de A., no se confunde, a estos efectos, con la misma. Así resulta que la delegación especial que el Presidente de dicha Corporación Local confirió en su día al SR. M. B. debe lógicamente circunscribirse y no rebasar los límites para los que fue otorgada, que no son otros que los detallados en el propio Decreto de 29/11/2000, y, que se constriñen a delegar, de modo genérico, en diversos diputados provinciales, entre ellos, el SR. M. B., el ejercicio de determinadas atribuciones que correspondían al Presidente, en ese caso, en el área de Hacienda, Recursos Humanos y Régimen Interior, excepto las previstas en el art. 34.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril; por lo dicho sobre la distinta personalidad jurídica de la Diputación Provincial de A. y de la Sociedad Pública Local A.C.L., S.L., obvio resulta señalar que aquella genérica delegación se refería exclusivamente a las atribuciones que la Ley 7/1985, de 2 de abril, asigna al Presidente de la Diputación de A., en consideración al cargo en el área económica de dicha Corporación Local, por lo que no cabe extender la misma a otros ámbitos como el de la empresa A.CL.; así prescribe el art. 34.1 letra f de dicha Ley que corresponde en todo caso al Presidente: “El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito con algunas condiciones, ordenar gastos y rendir cuentas, todo ello conforme a la Ley Reguladora de las Haciendas Locales”.

Por todo lo razonado, no procede sino acoger parcialmente la pretensión deducida por el SR. M. B., en su recurso de adhesión y oposición al formulado por el SR. A. G., y, en consecuencia, revocar parcialmente la Sentencia de 15 de diciembre de 2010 en cuanto a la declaración de responsabilidad subsidiaria del SR. M. B. que no debe entenderse referida al total perjuicio producido por importe de 5.977,40 euros sino sólo al derivado del pago injustificado del talón nº 3.068.508.2 expedido por importe de 3.577,40 euros, siendo esta la cifra perjudicada de la que debe responder con ese carácter junto con el pago de los intereses calculados según se ordenó en la sentencia impugnada en su fundamento jurídico duodécimo, pero referidos al nuevo principal por importe de 3.577,40 euros.

SENTENCIA 16/2012, DE 17 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSÉPTIMO

El concepto de responsabilidad contable ha sido definido por el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, y el art. 49.1 de la Ley 7/1988, siendo exigible a los que deban rendir cuentas, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando originen su menoscabo mediante

dolo, culpa o negligencia grave. Esta Sala de Justicia ha mantenido entre otras, en las sentencias de 18 de diciembre de 1998, 24 de febrero de 1994 y 19 de julio de 2002, que, para que una acción sea constitutiva de responsabilidad contable, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable; d) que el menoscabo sea individualizado y que se produzca mediante dolo, culpa o negligencia grave; y e) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido en los efectos públicos.

En cuanto a la infracción contable en que han incurrido los apelantes, a tenor del art. 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, para que exista alcance se requiere un saldo deudor injustificado; y así, la doctrina de esta Sala ha ido perfilando esta figura, orientándose hacia una interpretación amplia del concepto definido en el referido art. 72.1 de la Ley 7/1988, y como bien recogen las Sentencias 1/2006, de 22 de febrero y 7/2000, de 30 de junio, es indiferente, al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario por falta de soportes documentales. El artículo 72 de la Ley 7/88, define el alcance como *“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”*. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, en sentido amplio, que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de justificación por falta de necesarios soportes documentales.

En este caso, la sentencia de primera instancia declara producido el alcance ante la ausencia de toda justificación de determinados pagos realizados por la sociedad G. de C. y C. M., S.L. que se analizan en los Fundamentos de Derecho Undécimo a Vigésimosegundo de esta resolución. Se cita también la infracción de normativa mercantil y societaria, señalando los apelantes que ésta no es de aplicación a la jurisdicción contable, debiendo exigirse su cumplimiento ante la jurisdicción ordinaria. Es evidente que la sentencia apelada declara la responsabilidad contable por haberse infringido la normativa presupuestaria y contable que obliga a los gestores de fondos públicos a responder del alcance en que hubiesen podido incurrir en los términos que ha quedado anteriormente expuesto. Pero es que, además, la normativa mercantil y societaria, en cuanto rige la gestión de los caudales públicos en las empresas municipales, es aplicable en los procesos de la jurisdicción contable en los que se persigue el resarcimiento por parte de los gestores del daño causado a estos fondos públicos, siendo lógicamente diferente esta responsabilidad de la que, en su caso, pueda exigirse en el ámbito societario o mercantil cuyo conocimiento no compete a esta jurisdicción.

La sentencia de instancia declara un alcance en la sociedad municipal G. de C. y C. M., S.L. por importe de 3.737.861,15 €, declarando responsables contables directos y solidarios a

- Doña M. D. M. B., Doña M. L. A. D. y Don A. G. M., en su condición de miembros del Consejo de Administración, y a Don A. C. R., Gerente, por los pagos efectuados hasta octubre de 2000, en la cuantía de 20.949,31 € de principal.
- Don F. J. L. B., Don F. J. L. B. y Don A. G. M., en su condición de miembros del Consejo de Administración y a Don A. C. R., Gerente, por los pagos efectuados desde noviembre de 2000 y durante 2001, en la cuantía de 3.716.911,84 € de principal.

Las representaciones procesales de Doña M. D. M. B. y Doña M. L. A. D. alegan que la sentencia no individualiza respecto de sus representadas la conducta merecedora de reproche contable, señalando la representación de la Sra. M. B. que se han infringido normas y garantías procesales, con vulneración de la presunción de inocencia.

Las situaciones de indefensión deben valorarse según las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta que la indefensión que se prohíbe en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribire, sino que se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado y, por último y como complemento de la anterior, que el art. 24.1 de la Constitución no protege en situaciones de simple indefensión formal, sino en supuestos de indefensión material, en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente.

La sentencia de instancia determina claramente en los Hechos Probados cuando ostentaron el cargo de miembros del Consejo de Administración las personas que resultaron condenadas como responsables contables, en los Fundamentos de Derecho Undécimo a Vigésimosegundo se analizan los hechos por los que se declara la existencia de alcance individualizando su importe y el período en que se produjeron, en el Fundamento de Derecho Vigésimotercero se detalla la conducta de los responsables contables y en el Fundamento de Derecho Vigésimocuarto se atribuye responsabilidad por los hechos declarados alcance según el tiempo en que ocurrieron a los responsables contables que en ese momento ejercían los cargos de miembros del Consejo de Administración y Gerente. En concreto, y por lo que se refiere a las Sras. M. B. y A. D., ambas resultaron condenadas por los hechos ocurridos hasta octubre de 2000, por lo que el importe a que asciende su responsabilidad es 20.949,31 €, y no los 3.737.861,15 € por los que se declaró alcance. Pero es que además, de la propia fundamentación jurídica de la resolución impugnada queda claro cuáles son los hechos acaecidos en el período comprendido hasta octubre de 2000 siendo expresamente analizados en los Fundamentos de Derecho Duodécimo y Decimotercero.

Finalmente, debe analizarse si la conducta de los miembros del Consejo de Administración y gerente de la entidad mercantil G. de C. y C. M., S.L. es constitutiva de responsabilidad contable directa.

Es doctrina reiterada de esta Sala de Justicia, por todas, sentencia de 16 de enero de 2007 que "En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, a la que se refiere el artículo

1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas, que incumbe a todo gestor de fondos públicos, deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta generadora de daños y perjuicios que puede considerarse socialmente reprochable". La culpa o negligencia consiste, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil "en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", y tal y como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de marzo de 1994 existe una conducta culpable "a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada".

Esta conclusión se apoya además en una reiterada doctrina de esta Sala de Justicia respecto al requisito, para la responsabilidad contable, de la cualidad de gestor de los fondos menoscabados. Resulta de particular interés la sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, que recoge entre otros los razonamientos siguientes:

- a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados.
- b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aun cuando no se sea titular de facultades que incluyan "la intervención directa en el manejo de numerario".
- c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad contable directa por acción, sino también por omisión, es decir, "por no desarrollar la actividad que, estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos..."
- d) La responsabilidad contable puede recaer "en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos".
- e) "El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo".

La responsabilidad que se imputa a los miembros del Consejo de Administración y Gerente en la sentencia apelada es por la absoluta omisión de la diligencia debida en el desempeño de sus funciones, ya que es innegable que si se hubiesen adoptado por éstos en el ejercicio de su función de control y rendición de cuentas las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos, podría haberse evitado que se hubieran producido los daños. Los propios miembros del Consejo de Administración han reconocido que sus cargos eran meramente formales, que la gestión se la encomendaron al Gerente pero que en ningún momento ejercieron el control de la sociedad, y que se limitaron a cumplir las órdenes del Ayuntamiento. Asimismo, el Gerente señala que se limitaban a hacer los pagos una vez recibida la transferencia del Ayuntamiento. Este reconocimiento supone admitir su actuación omisiva, que fue la determinante de los daños

causados a la entidad mercantil y la que permitió al Ayuntamiento de M. crear el entramado societario que dio lugar a las transferencias de fondos y a la declaración de los numerosos alcances por parte de esta jurisdicción contable en los caudales públicos de la Corporación Local.

Por ello, la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración y Gerente en los hechos enjuiciados es una responsabilidad directa por actos propios, consistiendo éstos en una actuación omisiva deliberada en el desempeño de todas sus funciones que dio lugar a los daños causados en los fondos públicos. Esa omisión de la diligencia exigible a los administradores y gerente permitió el pago a terceros sin haber quedado acreditada la contraprestación pactada.

Tampoco cabe estimar la alegación de que no se puede imputar responsabilidad a los administradores ya que ellos cesaron en sus cargos antes de la aprobación de las cuentas del ejercicio en que se cometieron las irregularidades porque la responsabilidad que se les imputa no surge con la aprobación de las cuentas sino con su actuación omisiva en el desempeño de las funciones que legalmente tenían atribuidas.

Cabe señalar que en el presente recurso de apelación se enjuicia la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración y del Gerente y ello con independencia de la mayor o menor corrección de conductas ajenas. En este sentido cabe citar la doctrina de esta Sala de Justicia en Sentencias como la de 24 de julio de 2006 o la de 28 de mayo de 2008, en las que se dice que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias. Las irregulares actuaciones imputadas por los apelantes a terceros, ni afectan a su condición de gestores de los fondos públicos menoscabados, ni atenúan el grado de negligencia que impregnó su conducta, ni interrumpen el nexo causal entre ésta y los daños y perjuicios producidos, que sólo pueden explicarse por la absoluta falta de actividad y diligencia en el cumplimiento de las obligaciones expresamente atribuidas por la Ley y por los estatutos de las Sociedades que administraban y gestionaban.

Alega la representación de D. José Luis T. M. que no cabe exigir responsabilidad contable a su representado porque no ha sido imputado en las diligencias previas 2005/2003 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 4 de M. por los mismos hechos. Sin embargo, la condición de responsables contables de los miembros del Consejo de administración de las sociedades participadas por el Ayuntamiento de M. deriva no de su imputación o no en una causa penal, sino del incumplimiento de las funciones de gestores de fondos públicos que dio lugar a un daño en los fondos municipales. Como ha quedado expuesto, es la omisión de sus funciones la que directamente produjo un daño a los caudales municipales que exige su reparación y, en este caso, la representación del Sr. T. M. no ha demostrado que éste hubiese cumplido con la diligencia exigible a un gestor de esos fondos o que hubiese realizado actuación alguna tendente a evitar los daños causados, por lo que, en cuanto miembro del Consejo de Administración de la sociedad G. de C. y C. M., S.L. debe ser condenado como responsable contable directo. Es necesario recordar, además, que el art. 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, así como el art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establecen la compatibilidad entre las jurisdicciones contable y penal. La caracterización legal de la pretensión contable y consiguientemente de la responsabilidad de la misma naturaleza jurídica, de carácter patrimonial y reparatorio, determina ante el

enjuiciamiento de un mismo hecho por los dos órdenes jurisdiccionales penal y contable, la no vulneración del principio general de «non bis in idem», pues resulta indudable que el mismo hecho se contempla desde diferentes perspectivas, al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción. Es competencia exclusiva de la jurisdicción contable, y no de la penal, determinar si concurren en los hechos los elementos configuradores de la responsabilidad contable, establecidos en el artículo 49 de la Ley 7/88, tal como ha señalado la Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas la sentencia nº 8/99, de 6 de abril, según la cual *“las consecuencias jurídicas que de unos mismos hechos se deduzcan en vía jurisdiccional penal y contable no tengan necesariamente que coincidir pues, cada uno de estos Ordenes, examina tales hechos desde la perspectiva de un ámbito competencial diferente. Así se expone en diversas resoluciones de esta Sala de Justicia (por todas, Auto de 13 de junio de 1996)”*. En parecidos términos la sentencia de esta Sala 10/04, de 5 de abril, dispone que *“el ordenamiento jurídico admite sobre unos mismos hechos la posibilidad de una doble respuesta de contenido diverso por parte de los dos órdenes jurisdiccionales, en cuanto es distinta la finalidad perseguida por ambas jurisdicciones”*.

La omisión de la diligencia exigible a los administradores y gerente de la sociedad mercantil G. de C. y C. M., S.L. que manejaban fondos públicos dio lugar a la realización de pagos sin haber quedado acreditada la contraprestación realizada, lo que generó un menoscabo en los caudales públicos de dicha sociedad mercantil que debe ser reintegrado por los miembros del Consejo de Administración y Gerente en cuanto que actuaron con negligencia grave en el desempeño de sus cargos y, entre su actuación omisiva y el daño producido existió el necesario nexo de causalidad.

Concurren, por tanto, todos los elementos necesarios para la declarar la responsabilidad contable de los apelantes, debiendo confirmarse la sentencia de instancia con desestimación íntegra de los recursos interpuestos.

SENTENCIA 17/2012, DE 17 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEGUNDO

Cabe citar algunos criterios de esta misma Sala, en materia de responsabilidad contable, incorporados a su doctrina:

- Incurren en responsabilidad contable las personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación, que hubieran enervado el daño producido (Sentencia 11/04, de 6 de abril).
- Al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencia 16/04, de 29 de julio).
- Es causa eficiente para producir el resultado dañoso aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última (Sentencia 18/04, de 13 de septiembre).

- Concorre responsabilidad contable cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca (Sentencia 10/02, de 18 de diciembre).
- La pasividad en el ejercicio de la gestión encomendada puede dar lugar a responsabilidad contable (Sentencia 1571998, de 25 de septiembre).
- La negligencia grave no se evita con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo exigible lo que se ha venido denominando como “agotamiento de la diligencia” (Sentencia 4/2006, de 29 de marzo).

De acuerdo con lo expuesto en el presente fundamento de derecho, no puede prosperar la impugnación planteada por la representación procesal del Sr. G. M., debiendo mantenerse la condena de su representado como responsable contable directo, por alcance, en los términos resueltos en la Sentencia de instancia.

2. Naturaleza ⁷

SENTENCIA 26/2009, DE 11 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Alega también el recurrente que es de aplicación el principio de presunción de inocencia. Esta Sala de Justicia se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la no aplicación de este principio al ámbito de la responsabilidad contable quedando sustituido por el principio de carga de la prueba y, entre otras cabe citar las sentencias de 1 de diciembre de 2008 y 23 de julio de 2007. En esta última se afirma que:

“Por otro lado, el objeto del Proceso de reintegro por alcance, proceso principal respecto del cual las actuaciones previas tienen un carácter accesorio, no es imponer una sanción penal o administrativa a un presunto infractor, sino exigir una responsabilidad de naturaleza civil por los daños y perjuicios causados en fondos públicos determinados al margen de la posible responsabilidad penal o disciplinaria que se pueda exigir ante otras jurisdicciones. Por lo tanto, no son de aplicación ni al proceso ni a la fase de actuaciones previas los principios que deben

⁷ Mientras que para Pérez Royo (*F. Pérez Royo, Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Madrid 1991, pág.342*) las responsabilidades contables tienen naturaleza civil estrictamente indemnizatoria, Mendizábal (*R. de Mendizábal Allende, La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, “RAP”, número 100-102, 1983,, vol. II, pág. 1328*), califica a las responsabilidades contables como obligaciones de dar, que nacen del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, o de la discrepancia entre la descripción documental y la realidad que se pretende describir.

Por su parte, Perezagua (*L. Perezagua Clamagirand, La responsabilidad contable, “Impuestos”, tomo I, 1990, pág.1199*), considera que la indemnización no puede traspasar los límites del estricto alcance y de los intereses generados, ya que de otra forma tendría una naturaleza punitiva incompatible con el concepto de responsabilidad contable y con la jurisdicción contable, produciéndose un enriquecimiento injusto de las Administración inicialmente perjudicada.

regir el proceso penal o el proceso sancionador, tal y como se ha mantenido de forma constante por esta Sala, pudiendo citar como ejemplo la reciente Sentencia de 29 de diciembre de 2006: “Ahora bien, debe subrayarse que la responsabilidad contable tiene naturaleza patrimonial o reparadora y, en ningún caso, sancionadora, en cuanto se trata de obtener el reintegro de los daños causados por los gestores de los fondos públicos que hayan resultado menoscabados por lo que, como ha señalado esta Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas las Sentencias 20/2001 y 11/02, de 19 de diciembre, “la aplicación del principio de presunción de inocencia no tiene cabida en el ámbito contable, al tratarse de un principio específico del derecho sancionador que en el enjuiciamiento contable se ve sustituido por el principio de carga de la prueba”.

SENTENCIA 28/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

El régimen de responsabilidad aplicable al supuesto de alcance es el previsto, fundamentalmente, en la Ley Orgánica y en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sin perjuicio del carácter integrador del ordenamiento jurídico.

En dichas disposiciones se deslinda la *responsabilidad directa*, aplicable a quien ha sido autor, cooperador y encubridor de los hechos, *de la subsidiaria*, que se aplica a quien por negligencia o demora ha dado ocasión a que los fondos públicos se hayan perjudicado o no pueda conseguirse su recuperación. Idéntico planteamiento es el regulado en el ámbito tributario, cuando los administradores de sociedades anónimas responden de forma subsidiaria en supuestos de infracción cometidos por dichas sociedades, salvo que hubiese existido cooperación en los hechos en cuyo caso procede la responsabilidad solidaria.

Es cierto que el art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas establece un régimen de responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades anónimas por actos lesivos contrarios a la ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia, en línea con las alegaciones de las partes demandantes y Ministerio Fiscal, así como la jurisprudencia viene aplicando (no siempre) una responsabilidad cuasi objetiva en los administradores por los daños causados a la sociedad. La aplicación de esta normativa y jurisprudencia no plantearía ninguna duda en un procedimiento de responsabilidad contable cuando no existiera un apoderado responsable directo a quien imputar los hechos, pero resulta más discutible su aplicación plena cuando existe tal apoderado con facultades delegadas para la ordenación del gasto y pago y los hechos dañosos los hubiera cometido directamente dicho sujeto, pues entonces habría que aplicar la legislación específica que regula el régimen de responsabilidad contable solidaria y subsidiaria y que es, como se ha dicho anteriormente, la Ley Orgánica y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Tampoco existiría incompatibilidad para aplicar el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas cuando los administradores hubieran cooperado activamente en los hechos. En consecuencia, resulta necesario, en esta jurisdicción contable deslindar los actos cometidos específicamente por cada sujeto a fin de poder atribuirles la posible responsabilidad contable solidaria o subsidiaria, según proceda.

SENTENCIA 31/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Lo cierto es que la responsabilidad contable no puede identificarse de modo absoluto con la responsabilidad civil contractual o extracontractual. La Sala de Justicia ha defendido reiteradamente el criterio de considerarla como una subespecie de la responsabilidad civil, lo que resulta compatible con la tesis de entenderla, además, como una categoría autónoma dentro del ordenamiento jurídico con caracteres propios, en parte compartidos con los predicables de la responsabilidad patrimonial.⁸

Entre las sentencias que argumentan sobre la idea de la responsabilidad contable como variante de la responsabilidad civil extracontractual cabe destacar la sentencia 10/1994, de 15 de abril, en la que se afirma que *“la naturaleza de la responsabilidad contable como responsabilidad civil en los términos del art. 1.902 del Código Civil, tiende a configurarla como una responsabilidad de marcado carácter patrimonial y personal sobre la base del manejo y custodia de fondos públicos y el deber de responder de ellos”*. La sentencia de la Sala 15/1994, de 5 de mayo precisa que *“el planteamiento anterior tampoco debe llevarnos a identificar absolutamente la responsabilidad contable con la responsabilidad civil nacida de los delitos, y ello por variados órdenes de razones: en primer lugar, porque en multitud de ocasiones hay responsabilidad contable sin que paralelamente exista delito; en segundo lugar, porque si se tratara de la misma responsabilidad no sería lógico que el ordenamiento jurídico se hubiera encargado de atribuirle a órdenes jurisdiccionales diferentes; y, por último, porque la responsabilidad contable se desprende de las cuentas y requiere de la concurrencia de unos elementos específicos que, guardando la natural similitud, exceden de los previstos en el art. 1.902 y concordantes del Código Civil. Así pues, la responsabilidad contable no hace recaer sobre el declarado responsable penalidad o sanción alguna –ni procedente de órgano judicial, ni procedente de órgano administrativo– sino que le obliga a indemnizar el menoscabo originado a los caudales o efectos públicos, siempre que concurren sus específicos elementos calificadores que, desde luego, han de desprenderse de las cuentas (arts. 38.1 de la Ley Orgánica y 49.1 de la Ley de Funcionamiento).”*

Por todo ello, al margen de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza de la responsabilidad contable, lo relevante es que, de acuerdo con los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nos hallamos ante un modelo de responsabilidad jurídica caracterizado por su origen y por sus efectos. Su origen está en una gestión antijurídica y dolosa o gravemente negligente de bienes o derechos de titularidad pública; sus efectos consisten en la reparación del menoscabo causado a dichos bienes o derechos. El tratamiento que el juzgador de instancia dio a las conductas de los demandados, en el sentido de asociarlas a la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, en nada desnaturaliza el modelo de responsabilidad contable marcado por su origen y efectos al que acabamos de referirnos, que es el que se recoge en el Derecho

⁸ En la misma línea, Blanque (J. M. Blanque Avilés, *el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. “REDA”, núm. 53, 1987, págs. 64 a 66*), considera a la responsabilidad contable como una especie cualificada de la responsabilidad civil.

Positivo y el que ha defendido de forma uniforme esta Sala de Justicia incluso, en múltiples ocasiones, como ya se ha visto, con alusión expresa al citado artículo 1.902 del Código Civil.

SENTENCIA 6/2011, DE 30 DE MARZO

ANTECEDENTE DE HECHO TERCERO

(RECOGIDA EN LA SENTENCIA APELADA) A estos efectos, conviene recordar que la regulación que del contenido de la responsabilidad contable se hace, tanto en las leyes del Tribunal de Cuentas, como en la Ley General Presupuestaria, no supone sino trasladar a dicho ámbito específico la teoría general de las obligaciones recogida en el Título Primero del Libro Cuarto del Código Civil, en concreto en los artículos 1101, 1106 y 1108, en donde se regula la indemnización por daños y perjuicios y su contenido. Efectivamente, el segundo de los preceptos citados establece que la indemnización de daños no sólo comprende lo que la doctrina ha venido en llamar daño emergente, sino también lo que la misma fuente ha denominado lucro cesante, esto es, la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; por su parte, el artículo 1108 del mismo texto legal considera que el lucro cesante de una cantidad de dinero adeudada y no pagada está constituida por el interés convenido y, a falta de éste, por el establecido por la Ley. En definitiva, cuando el daño se materializa en la situación de haber sido el perjudicado privado temporalmente de la disposición de una determinada cantidad de dinero, la reparación de dicho daño se produce por la entrega, por el acreedor, de dicho importe más los intereses devengados por éste durante el período de la privación sufrida.

Es por ello que, en el caso de autos, se produjo, ya en el acto de la Audiencia Previa, la denegación por impertinente de la prueba más documental solicitada por la defensa letrada de D. P. C. M., consistente en oficiar al Ayuntamiento de..., para que el órgano competente del mismo certificara cuáles fueron los intereses devengados por las cuentas bancarias destinadas al ingreso de tributos municipales durante el periodo fiscalizado. Y es que, hay que recordarlo una vez más, el lucro cesante que se produce en el presente supuesto y, por tanto, la ganancia que se dejó de obtener por la Corporación municipal, no viene determinado por el criterio aducido por el demandado, sino que se encuentra determinado por la Ley. Esto es, es exigible “*ope legis*” y se materializa en el interés legal del dinero.

Como dice el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de febrero de 1998, la función de los intereses de demora es la indemnización de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero, debiendo a éstos añadirse, dice el Alto Tribunal, lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 de junio de 1993, en el sentido de que la efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, exige no sólo que se cumpla el fallo, sino que el acreedor consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la “*restitutio in integrum*”, sentido en el que actúa el interés de demora. En el ámbito del Derecho Público, es el llamado interés de demora, exigible “*ope legis*”, el que cumple la finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios y se computa desde el día en que se ocasionen los mismos. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (entre otras, Sentencias 76/1990, 206/1993, 69/1996, 23/1997 y 141/1997) ha venido a enfatizar el carácter indemnizatorio del interés de demora.

Todo lo anterior es de plena aplicación a la responsabilidad contable, que tiene naturaleza civil o reparadora; así, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/82, de 12 de mayo, establece, en su artículo 38, la obligación de indemnización por daños y perjuicios a cargo de los que originaren el menoscabo de los caudales o efectos públicos como consecuencia de acciones u omisiones contrarias a la Ley. Esto es, establece que el contenido de la responsabilidad contable está constituido por la indemnización de los daños y perjuicios. Por su parte, la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, explicitó el contenido de dicha responsabilidad contable en su artículo 71.4ª cuando, al regular la forma de la parte dispositiva de las sentencias, establece que éstas contendrán, entre otras especificaciones, el importe en que se cifren los daños y perjuicios causados (apartado a), así como la condena al pago de los intereses calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes al día en que se consideren producidos los daños y perjuicios (apartado b). Nuestra legislación está en consonancia con la presupuestaria.

3. Elementos ⁹

SENTENCIA 14/2009, DE 8 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSÉPTIMO

Una vez declarada la partida de alcance, queda por delimitar la responsabilidad contable atribuible a los demandados como consecuencia de la misma.

Como ya se ha visto en el fundamento de derecho noveno de la presente Sentencia, D. M.T. B. carece de legitimación pasiva en el presente juicio de responsabilidad contable, por lo que no puede resultar condenado en el mismo, ya que nunca tuvo poder de disposición sobre los fondos de la Fundación, ni como representante de O. S.L., ni como Secretario del Patronato.

Se centra la cuestión por tanto en decidir si cabe apreciar en la actuación de la Fundación y de los Sres. V. F. y R. J., en relación con el alcance declarado, responsabilidad contable directa.

La Fundación fue la entidad beneficiaria de la ayuda y, por tanto, a quien corresponde el reintegro de la misma de acuerdo con el inciso final del artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de noviembre de 1996 ha sentado que las infracciones cometidas con motivo de la percepción de subvenciones generan responsabilidad contable y obligan a indemnizar al Sector Público los daños y perjuicios causados.

⁹ P. Sala (P. Sala Sánchez, La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su ley de Funcionamiento, "RAP", núm. 122, 1990. Pág. 136), es uno de los autores que más ha insistido en la trascendencia de los elementos subjetivos en el ámbito de la responsabilidad contable, ya que dependiendo de la calificación que merezcan unas determinadas responsabilidades, en el sentido de ser calificadas como directas o subsidiarias, dependerá que sean exigidas de forma prioritaria y solidaria, o de forma subsidiaria y mancomunada.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por su parte, en Sentencias entre otras 19/04, de 14 de septiembre, y 23/05, de 1 de diciembre, deja claro que los perceptores de subvenciones y ayudas públicas, al recibir efectos públicos, se erigen en sujetos encargados de su manejo, y al infringir las disposiciones presupuestarias o contables que les son aplicables incurren, concurriendo los demás requisitos, en responsabilidad contable.

La responsabilidad contable en abstracto de la Fundación tiene, como se ve, suficiente fundamento tanto legal como jurisprudencial. La cuestión está en saber si la actuación de la misma se ajustó a los perfiles que configuran la responsabilidad contable en este caso concreto, y para ello hay que acudir a los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo.

Lo primero que se debe analizar es si cabe imputar a F. vulneración de normativa contable o presupuestaria. Como ya se ha visto, la Fundación hizo una serie de pagos como consecuencia de la elevación irregular del precio del contrato que había suscrito con O, S.L., que pueden considerarse indebidos, pues a través de ellos se articuló una aplicación incorrecta de las ayudas públicas recibidas y, en consecuencia, se dio lugar a una frustración de los fines para los que se concedieron.

Como consecuencia de estas salidas injustificadas de fondos, se produjo una inversión de los mismos contraria a las Órdenes Ministeriales de 4 de junio de 1993 y de 7 de mayo de 1997, que autorizaban a la Fundación a hacer los gastos necesarios para la consecución de su objeto social, pero no gastos de otra índole.

De esta forma, se dio lugar a un incumplimiento de la finalidad de la ayuda pública recibida, lo que supuso la infracción prevista en el artículo 81.9, c) de la Ley General Presupuestaria vigente en el momento en que se produjeron los hechos (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre).

En consecuencia, se produjeron unos pagos indebidos en el sentido del artículo 141.1. d), de la citada Ley General Presupuestaria y como resultado de la operación, un alcance en los fondos públicos por aplicación del artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Otro requisito necesario para la concurrencia de responsabilidad contable es la existencia de un daño en los caudales públicos. Daño, que de acuerdo con el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos.

En el caso que nos ocupa, el menoscabo es evidente, y su acomodación al perfil legal descrito también.

El daño real y efectivo que se ha producido en el Patrimonio Público se concreta en las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la elevación irregular del precio del contrato, más los correspondientes intereses legales.

Por otra parte, la responsabilidad contable no es una responsabilidad objetiva, sólo puede exigirse mediando dolo, culpa o negligencia grave.

El Ministerio Fiscal imputa en su demanda a F. no haber ejercido con la diligencia debida y necesaria el control de la contratación externa con O., S.L.

En su escrito de recurso, el Ministerio Público desarrolla la idea de que los gestores de F. actuaron de forma ilícita, bien con el conocimiento de la Fundación, bien sin dicho conocimiento, pero en tal caso habiendo omitido ésta la diligencia que le era exigible y que hubiera evitado que se hubieran producido los pagos indebidos.

La Fundación, por su parte, pone su énfasis sobre este punto en que el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas afirma que el Gerente no comunicó al Patronato la modificación del Contrato, por lo que los miembros del mismo desconocían el hecho y nada pudieron hacer para evitarlo o impedir sus efectos nocivos.

La responsabilidad contable por una aplicación indebida de ayudas públicas percibidas puede exigirse, en primer lugar, como ya se ha dicho, a la entidad beneficiaria.

El grado de culpabilidad cuando el responsable es una persona jurídica se desplaza a los órganos unipersonales o colegiados a través de los que se forma la voluntad y se ejecutan las decisiones de la entidad (Sentencia de esta Sala 13/1993, de 26 de marzo), todo ello sin perjuicio de las posibles acciones de regreso (Sentencia de esta misma Sala 25/1992, de 29 de octubre).

Lo primero que debe tenerse en cuenta, como punto de partida, es que la diligencia exigible en la gestión de caudales públicos es superior a la que cabe reclamar para la administración de fondos privados (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 9/03, de 23 de julio). En el presente caso, F. era una entidad privada cuando sucedieron los hechos, pero gestionaba fondos recibidos como consecuencia de una financiación pública.

Por otro lado, la pasividad en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión, que es lo que el Ministerio Público imputa a la Fundación, puede ser causa de negligencia grave, y así lo ha reconocido esta Sala en Sentencia, por todas, 15/1998, de 25 de septiembre.

Además, las personas que por las responsabilidades y obligaciones propias de su cargo deben adoptar las precauciones necesarias para impedir las conductas ilícitas de terceros generadoras de daños, si no lo hacen incurrir en un descuido inexcusable reconducible a negligencia grave (Sentencia de esta Sala de Justicia 4/2006, de 29 de marzo). Esta Doctrina resulta plenamente aplicable a los órganos que formaron y ejecutaron la voluntad de la Fundación respecto a la irregular modificación del contrato aquí enjuiciado.

Por último, no cabe alegar la falta de información por el gerente a los órganos de la entidad, respecto a la irregular elevación del precio del contrato, como motivo de moderación o exclusión de la gravedad de la negligencia apreciada. Esta Sala de Justicia tiene dicho sobre este particular (sobre todo en Sentencia 12/06, de 24 de julio) que “el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias”.

Los integrantes de los órganos de gobierno de una Entidad que recibe ayudas públicas, no pueden eludir el nivel de diligencia que les resulta jurídicamente exigible bajo el pretexto de que su función era meramente representativa y de que desconocían las actividades que se les

reprochan jurídicamente pues, en estos casos, el desconocimiento lejos de eludir la negligencia, se convierte en un elemento que refuerza la gravedad de la misma.

También se exige para que pueda declararse responsabilidad contable que exista un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido.

El Tribunal Supremo dice en Sentencia de 26 de septiembre de 1998 que “cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final”.

En el presente caso, el menoscabo en los caudales públicos es consecuencia de una modificación de un determinado contrato. Una de las partes del mismo, como sabemos, fue F. y, en consecuencia, también lo fue en el acuerdo de modificación del citado contrato.

La carta que dirigió el Director Gerente de F. a O. S.L., instando la modificación del contrato generadora del daño que ahora se enjuicia, se envió, en representación de la Fundación, que era la que ostentaba la condición de parte en el contrato originario a modificar.

Es por tanto la actuación de la citada Fundación (aunque se hiciera a través de su Director Gerente) la que provocó la ilegal modificación del precio que propició unas salidas de fondos lesivas para el Patrimonio Público.

La intervención de F. protagonizando la iniciativa en la variación irregular del contrato fue, en palabras del Tribunal Supremo contenidas en la Sentencia del mismo antes citada “condición relevante por sí misma para producir el resultado final”: en el presente caso, un daño real y efectivo en los caudales públicos como consecuencia de una irregular inversión de los mismos.

Finalmente, los hechos enjuiciados se desprenden del contenido de las cuentas que debió rendir la Fundación en su condición de cuentadante respecto a las ayudas públicas recibidas.

Se cumple así, también, este último requisito de la responsabilidad contable y de una manera tan clara (dada la obligación cuentadataria que incumbe a los beneficiarios de ayudas públicas), que ni siquiera hace necesario acudir a los conceptos amplios de “cuenta” y “cuentadante” elaborados por esta Sala de Justicia en Sentencias como la 22/1992, de 30 de septiembre, o la 4/2006, de 29 de marzo.

En consecuencia, concurren en la gestión de F. todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contable que, además, debe considerarse directa en los términos del artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas pues, sin la cooperación en la realización de los hechos irregulares que supuso la pasiva forma de ejercer, por parte de F., las funciones de supervisión y control que tenía asignadas por el artículo 19 de sus Estatutos, tales hechos irregulares no se habrían podido producir.

DECIMOCTAVO. Solicita también el Ministerio Público la responsabilidad contable directa de D. A. R. J. y D. I. V. F.

El primero era Director Gerente y el segundo Asesor Jurídico interno de F. en la fecha en la que tuvo lugar la modificación al alza del precio del contrato.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (Sentencias 7/1993, de 25 de febrero y 25/1992, de 29 de octubre) viene sosteniendo que *“la responsabilidad contable de las personas jurídicas puede no agotarse en éstas y exigirse, cuando se cumplan los requisitos legales, a los gestores o representantes de las mismas”*.

D. A. R. J., como se ha dicho, era Director Gerente de la Fundación en la fecha en que se produjo la modificación del precio originario del contrato y fue precisamente el gestor que dirigió la carta a O. S.L., en la que se instaba la citada modificación contractual, como ya se ha visto en líneas precedentes.

Esta irregular modificación del precio, como también se ha expuesto con anterioridad, dio lugar a una aplicación indebida de los fondos públicos recibidos por F., lo que constituye un alcance en los mismos.

La cuestión a dilucidar es si concurrieron en la conducta del Sr. R. J., respecto a dicho alcance, los requisitos de la responsabilidad contable directa, de acuerdo con los artículos 38.1 y 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de cuentas en relación con el 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo.

El pacto irregular sobre aumento del precio del contrato, como se argumentó en el anterior fundamento de Derecho, contraviene las Órdenes Ministeriales de 4 de junio de 1993 y 7 de mayo de 1997, pues dio lugar a una disposición de fondos que no cumplía el requisito de ser necesaria para el cumplimiento del objeto social de la Fundación.

En consecuencia, la salida de fondos derivada de ese sobreprecio no cumplió la finalidad de la ayuda pública recibida, lo que infringió el artículo 81.9,c) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobada por Real Decreto Legislativo 1089/1988, de 23 de septiembre, vigente cuando se produjo el hecho enjuiciado.

Las sumas pagadas con fundamento en el mencionado aumento de precio, constituyeron pagos indebidos de acuerdo con el artículo 141.1,d) de la citada Ley General Presupuestaria.

El resultado de esta vulneración de la normativa fue un alcance en los fondos públicos por aplicación del artículo 72.1 de la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, el Sr. R. J. fue quién firmó la carta por la que se instrumentó la modificación irregular del contrato. Dicha carta, que obra en autos, demuestra que la iniciativa para la elevación del precio partió de la propia Fundación, limitándose la otra parte del contrato a aceptar dicha modificación a través de su apoderado.

D. A. R. J. tenía, en su condición de Director Gerente, la capacidad jurídica para vincular a F. en relaciones jurídicas contractuales de hasta 50 millones de pesetas con sólo su propia firma.

Si el pacto suscrito superaba esa cifra, la firma del Sr. R. J. debía ir acompañada de la de otra persona de las designadas por la Fundación a tal efecto.

En el caso de autos, lo cierto es que la carta de modificación contractual sólo está firmada por D. A. R. J. que, en su condición de Director Gerente de la Fundación, instó de esta manera una modificación irregular del precio de un contrato previo, sin justificación suficiente, y provocando una salida improcedente de fondos públicos hacia un destino ajeno a la finalidad para la que se concedieron.

Esta conducta sólo puede calificarse de gravemente negligente pues, como sostiene esta Sala de Justicia en Sentencia, entre otras, 16/04, de 29 de julio, y ya se indicó antes, al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

No debe olvidarse que aunque la Fundación fuera privada en las fechas en que sucedieron los hechos, los fondos perjudicados eran públicos, tal y como se dice en la Sentencia de instancia que, en este punto, no ha sido impugnada en la presente apelación por ninguna de las partes.

Por otro lado, el Tribunal Supremo afirma en Sentencia de 7 de marzo de 1994 *“que existe una conducta culpable a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”*.

Finalmente, deben traerse a colación Sentencias de 26 de febrero de 2003, 26 de marzo de 1993 y 21 de noviembre de 1996, de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que sostienen que *“para valorar si ha existido o no negligencia grave hay que examinar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad, de forma que se produce culpa o negligencia grave cuando quien debiendo prever el resultado perjudicial no lo prevé, o previéndolo, no toma las medidas oportunas para evitarlo”*.

En el presente caso, quien era Director Gerente de la Fundación y gozaba de atribuciones para vincular a la misma en contratos con terceros, tenía que haber previsto que una elevación injustificada del precio pactado en un contrato en su momento, iba a suponer un perjuicio como consecuencia del exceso irregular de pagos que iba a producir.

No ofrece dudas a esta Sala de Justicia que, además, la conducta gravemente negligente del Sr. R. J. provocó un daño caracterizado por los requisitos del artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, esto es, un daño real y efectivo, económicamente evaluable e individualizado respecto a concretos caudales o efectos públicos.

Dicho menoscabo coincide con las cantidades indebidamente satisfechas a O, S.L., como consecuencia del incremento injustificado del precio del contrato, sumando a las mismas los correspondientes intereses legales.

El Ministerio Fiscal, en línea con el contenido del Informe de Fiscalización, ha calculado la diferencia entre el precio total pagado por F. (una vez introducida la modificación) y el que hubiera satisfecho si dicha modificación no se hubiera producido. La diferencia entre ambas sumas, que asciende a 55.296.208 ptas., constituye el principal del menoscabo producido en las arcas públicas como consecuencia de dicha modificación contractual injustificada.

Además, entre la conducta gravemente negligente del Sr. R. J. y el daño real y efectivo producido en los caudales públicos, concurre nexo causal jurídicamente relevante.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de septiembre de 1998, exige para declarar responsabilidad que *“los hechos le sean directamente atribuibles al demandado y se deba a su conducta al daño causado”*.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia de 12 de enero de 1999), exige para que haya responsabilidad contable *“que sea suficiente la conexión entre la conducta de los demandados y los daños producidos”*.

En el caso aquí enjuiciado, fue la iniciativa del Director Gerente de la Fundación –plasmada en su carta de 25 de julio de 1996– de modificar el precio del contrato, la que dio lugar al menoscabo de los fondos públicos recibidos por F. que, como consecuencia de ese cambio de precio, se desviaron de la finalidad para la que habían sido entregados a la Fundación. El nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño ocasionado por la misma es evidente.

Por último, el alcance en los fondos públicos al que nos venimos refiriendo luce en el contenido de la rendición de cuentas a que estaba obligada F. como perceptora de ayudas públicas, lo que completa los requisitos de la responsabilidad contable contemplados en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo.

Procede en consecuencia declarar a D. A. R. J. incurso en responsabilidad contable que, además, debe entenderse directa pues la conducta del citado Director Gerente, descrita en el presente Fundamento de Derecho, encaja en el concepto técnico–jurídico del artículo 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo: *“serán responsables directos quienes hayan ejecutado... los hechos...”*.

SENTENCIA 10/2010, DE 24 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

La existencia de una infracción de la normativa presupuestaria o contable en la conducta de la demandada es también apreciable dado que la sentencia penal ha declarado probado que Doña M. D. M. R. se apoderó de determinadas cantidades de dinero procedentes de la recaudación municipal y las incorporó a su patrimonio, lo que constituye una conducta antijurídica desde la perspectiva de la normativa reguladora de la gestión de los ingresos en la Administración Local y, como ya se ha dicho, una malversación contable de acuerdo con el concepto de la misma establecido en el artículo 72.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

Como requisito subjetivo, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario, como ha venido declarando reiteradamente la Sala de Justicia, (por todas, Sentencia 2/07 de 14 de marzo), *“que el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento.*

Igualmente si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa.”

Examinados los hechos que han dado origen a las presentes actuaciones no cabe sino calificar la actuación de la demandada como de dolosa, al ser plenamente consciente de que con su comportamiento, consistente en una sustracción reiterada de parte de la recaudación municipal, producía un perjuicio a los fondos públicos. A ello hay que añadir que Doña M. D. M. R. falsificó y ocultó documentos con el propósito de que su conducta no fuera descubierta, como también consta en los hechos probados de la sentencia penal.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

La existencia de un menoscabo efectivo, individualizado y evaluable económicamente en los caudales públicos, tal y como se exige en el artículo 59.1 de la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha quedado acreditado en autos por la sentencia de conformidad dictada en el procedimiento penal así como por el informe del Tesorero Municipal en el cual se apoya la demanda del Ayuntamiento de ... Este perjuicio ha sido evaluado en 38.337,71 € (TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS), cifra que constituye el principal de la obligación reparatoria exigible, en esta vía jurisdiccional contable, a Doña M. D. M. R. en su condición de responsable contable del menoscabo ocasionado al patrimonio municipal.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

En cuanto a la existencia de un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el perjuicio causado en los fondos públicos, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencia, entre otras, de 17 de diciembre de 1998, afirma que “la conexión de causalidad (entre la conducta enjuiciada y el menoscabo producido) supone un enlace, al menos suficiente, entre ciertos actos comisivos u omisivos y un resultado determinado. Es decir, el iter temporal a ser considerado en el análisis de una relación de causalidad finaliza con la producción de un resultado o efecto a partir del cual, y con mirada retrospectiva, se inicia la búsqueda del antecedente fáctico que constituye su causa, sea la misma necesaria o simplemente suficiente en función de la finalidad a la que sirva dicho análisis. Producido el efecto se consume la acción, por lo que los hechos posteriores podrán modificar las consecuencias del resultado atemperándolo o agravándolo, pero serán en todo caso ajenos e independientes a la relación de causalidad considerada, careciendo de todo poder de influencia sobre la misma y, por supuesto, de poder interruptivo”.

Lo relatado en los anteriores Fundamentos de Derecho permite determinar que el hecho de que Doña M. D.M. R. sustrajera parte de la recaudación municipal originó un perjuicio, ya evaluado, en los fondos públicos municipales, sin que pueda apreciarse la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, concurriendo, en consecuencia, el necesario nexo causal.

SENTENCIA 12/2010, DE 1 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Por último, alegan los apelantes que no concurre el elemento subjetivo de culpa o negligencia y el necesario nexo causal. La representación de A., S.L. señala que su representada actuó con la diligencia debida y que fueron las Administraciones Públicas las verdaderas responsables de los hechos enjuiciados. En cuanto a la representación de D. R. G. N., Don A. M. N., Don J. S. P. y Don P. J. entiende que se ha infringido lo previsto en el art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas porque no ha quedado acreditado que sus representados actuaran dolosa o negligentemente, y que tampoco existe relación de causalidad porque todo se debió a un enfrentamiento de las Administraciones Públicas y porque la devolución de la subvención se reclamó en el año 2007 cuando sus representados ya no formaban parte del órgano de representación de la sociedad.

Esta Sala de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la previsibilidad como elemento esencial para graduar la culpa o negligencia, y así en la sentencia de esta Sala de Justicia de 31 de marzo de 2008 se afirma que *“hay que recordar que son numerosas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de la Sala de Justicia, que analizan y gradúan el concepto de culpa y negligencia. En este sentido, el Tribunal Supremo parte de identificar el concepto de culpa, al menos en su concepción clásica, con el de negligencia, concepto que se opone al de diligencia; todo ello está basado en un criterio subjetivo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 739/2003, de 10 julio, nos define de forma descriptiva la culpa como «la desviación de un modelo ideal de conducta»; modelo representado, unas veces por la «fides» o «bona fides», y otra por la «diligentia» de un «pater familias» cuidadoso. En la culpa, el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de «previsibilidad», o sea, la posibilidad de prever; y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el resultado, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (Sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1104 del Código Civil, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*.

Así, en el ámbito contable, esta Sala de Justicia ha venido exigiendo al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable, debiendo ponderarse la diligencia exigible al gestor de fondos públicos en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia de 26 de marzo de 1993, entre otras, en la que se dice que para poder hacer un pronunciamiento de responsabilidad contable es necesario que «el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un

perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, queriendo por ese solo hecho los menoscabos ocasionados –estamos ante el dolo– o, al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –la culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento, pero sin que en ningún caso se vislumbre una voluntad dirigida a producirlo o a quererlo, pues entraríamos en la zona del dolo».

Un análisis de la actuación del declarado en la sentencia apelada como responsable contable directo en el contexto de los hechos ocurridos nos lleva a considerar la conducta de éste como constitutiva de negligencia grave. Ya ha quedado expuesto que la Junta de Andalucía concedió subvenciones a A., S.L. para la construcción de unos buques destinados a la pesca, sin que nunca llegaran a realizar dicha actividad y que ese incumplimiento no es imputable a la Administración, sino a la empresa beneficiaria de la subvención. Ésta asumió el compromiso de aportar nuevas bajas si las inicialmente presentadas no eran aceptadas por los Informes preceptivos, lo que nunca hizo. Pero es que, además, una vez percibida la subvención y denegada el alta en el Censo de los nuevos buques, además de no presentar otras nuevas bajas o de reintegrar el importe de la subvención por no poder cumplir con su finalidad, transmitió la titularidad de dichos buques a la empresa constructora, siendo adquiridos al final por armadores extranjeros.

En cuanto, a la responsabilidad de los declarados en la sentencia apelada como responsables contables subsidiarios en su condición de miembros del Consejo de Administración, el régimen de responsabilidad por daños derivado de la aplicación conjunta de los artículos 61 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, en consecuencia, 133.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento en que se produjeron los hechos, supone, en síntesis, que los apelantes debían responder por los daños provocados a dicha entidad, a los accionistas y a los acreedores, no sólo por dolo sino también por no ajustarse a la diligencia exigible *“a un ordenado empresario y a un representante leal”*.

Para eludir esta responsabilidad, correspondía a los interesados la carga de la prueba en el proceso, de que no intervinieron en la adopción y ejecución de los acuerdos ilegales y de que no conocieron su existencia o, conociéndola, se opusieron a tales decisiones ilegales de forma indubitada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, citadas por la Sentencia de instancia). Sin embargo, los recurrentes no han probado en autos, ninguno de los extremos que se acaban de mencionar, por lo que sólo cabe declarar aplicable el régimen de responsabilidad legalmente previsto.

La conducta imputable a los responsables contables subsidiarios es la prevista en el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas entendiéndose por éstos a *“quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas”*. Los miembros del Consejo de Administración conocieron y tuvieron participación directa en las subvenciones concedidas por la Junta de Andalucía por lo que su actuación dio ocasión a que los fondos públicos resultasen menoscabados. La responsabilidad

contable que se les exige no es por su demora en la devolución de la subvención, sino por su participación en el incumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención, ya que ésta fue la causante del daño ocasionado a los caudales públicos, por lo que es indiferente si en el año 2007 formaban parte o no del Consejo de Administración.

Por último, en cuanto al nexo de causalidad, ya ha quedado expuesto que esta Sala de Justicia entiende que los daños causados a los fondos de la Junta de Andalucía son consecuencia de la actuación negligente de la empresa beneficiaria de las subvenciones, que percibió unas cantidades sin cumplir con los compromisos asumidos, dando lugar a la percepción de unas ayudas para la consecución de una finalidad, en este caso la construcción de unos barcos que debían destinarse a la pesca, que nunca llegó a realizarse.

Concurren a juicio de esta Sala de Justicia todos los elementos previstos en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas para declarar la existencia de responsabilidad contable imputable de forma directa a A., S.L. y de forma subsidiaria a D. R. G. N., Don A.M. N., Don J. S. P. y Don A. P. J., toda vez que con su actuación contraria a la ley y negligente dieron lugar a la producción de un daño en los fondos públicos. Como consecuencia de lo expuesto, procede confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos desestimando el recurso de apelación interpuesto.

SENTENCIA 15/2010, DE 8 DE JULIO (ÚNICA INSTANCIA)

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Ahora bien, la existencia de responsabilidad contable exige no sólo acreditar que se ha producido un daño efectivo en los fondos públicos, sino que también han de concurrir los demás requisitos señalados en los artículos 2.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en relación con el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento, y que, en síntesis, según ha expuesto esta Sala de Justicia en resoluciones como la Sentencia de 30 de junio de 1992, son los siguientes: a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate; d) Que la repetida acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; e) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

En las presentes actuaciones ha quedado acreditado el daño efectivo a los caudales públicos de la Universidad, consecuencia de la gestión de la ejecución de los contratos realizada por Don J.A. I. B., quien fue nombrado investigador responsable de dicha ejecución y Centro Gestor Temporal de Gasto y que debió rendir cuentas de su gestión ante la Universidad. En efecto, ha quedado probado un menoscabo en las arcas de la Universidad que cumple los requisitos del artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, provocado como

consecuencia de una conducta subsumible en la categoría de gestión de fondos públicos de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal 2/1982, de 12 de mayo.

Por otra parte, para la existencia de responsabilidad contable es preciso que en la conducta enjuiciada se aprecie la concurrencia de dolo o negligencia grave, por no ser la responsabilidad contable una responsabilidad objetiva.

El incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales por parte del Sr. I. B., al realizar pagos sin justificación suficiente, supone una forma de gestionar el Patrimonio Público al menos gravemente negligente.

No debe olvidarse, en este sentido, la doctrina de esta Sala respecto a que *“la culpa o negligencia consiste, según el artículo 1.104 del Código Civil, en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”* (por todas, sentencia 9/03, de 23 de julio).

Tampoco debe pasarse por alto que, como tiene dicho esta Sala en Sentencia, entre otras, 16/04, de 29 de julio, al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Tanto es así, que la propia Sala (Sentencia 4/2006, de 29 de marzo) ha sostenido en diversas ocasiones que *“la culpa o negligencia no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como agotar la diligencia”*.

Además, la conducta desarrollada por el recurrente en su gestión de los contratos resulta contraria a Derecho, por haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones jurídicas a que estaba vinculado y en vulneración de la normativa aplicable. En efecto, como ya se ha visto, su conducta ha vulnerado la legislación presupuestaria así como la de contratos de las Administraciones Públicas.

Como tiene dicho esta Sala en Sentencia, entre otras, 21/1997, de 26 de noviembre, constituye una vulneración jurídica generadora de responsabilidad contable *“no rendir cuentas debiendo hacerlo por estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, o no justificar el saldo negativo que éstos arrojen”*. Además, *“la operación de cargo de valores produce efectos traslativos de su posesión, desplazándose la misma a la persona que los recibe, quien queda obligada a su custodia, administración o gestión con la diligencia exigible a quien acepta negociar intereses ajenos y, en particular, intereses públicos. Finalizada su gestión, el gestor ve liberada su responsabilidad mediante la operación de descargo o data, a través de la cual devuelve todo o parte de los valores recibidos y/o el producto de su realización, esto es, procede a la rendición de la cuenta, operación llamada cuentadación”* (Sentencia de esta Sala 18/03, de 26 de diciembre).

En el presente caso, como se ha visto, el cuentadante no ha cumplido sus obligaciones de acuerdo con los requisitos legalmente exigibles, por lo que no puede eludir su responsabilidad por los daños causados.

Finalmente, no plantea duda a esta Sala que entre la conducta enjuiciada y el menoscabo producido existe un nexo causal jurídicamente relevante, pues fue la gestión desarrollada por el

Sr. I. B. y su incumplimiento de las obligaciones que como cuentadante le correspondían lo que dio lugar a que el patrimonio de la Universidad se viera menoscabado por los pagos realizados.

Por todo ello, debe considerarse que la conducta del Sr. I. B. reúne todos los requisitos de la responsabilidad contable, además, en su forma directa, por aplicación del artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

SENTENCIA 1/2011, DE 1 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Para la adecuada resolución de esta cuestión deben tenerse en cuenta los criterios expresados por esta Sala de Justicia en las diversas resoluciones que configuran su doctrina sobre el requisito del menoscabo patrimonial que, para la responsabilidad contable, se regula en el artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así, en Sentencia 12/2005, de 18 de julio, que a su vez recoge la doctrina de las anteriores Sentencias 18/04, de 13 de septiembre y 1/2003, de 26 de febrero, se recogen los siguientes argumentos:

- *“Para que concurra un supuesto de responsabilidad contable, es requisito imprescindible que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública. Así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 y 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril. Ello supone que la administración irregular de los recursos públicos no genera, por sí sola, responsabilidades contables. Es necesario que implique, entre otros requisitos, un menoscabo concretado en caudales o efectos públicos individualizados. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de que la gestión irregular de que se trate pueda generar, en su caso, otras responsabilidades en Derecho distintas de la contable.”*
- Los daños determinantes de la responsabilidad contable *“no pueden ser meramente posibles o contingentes”*, deben ser reales y efectivos.

Esta misma Sala de Justicia, en Sentencia de 24 de febrero de 1994, tiene dicho que la deficiente gestión de fondos públicos manifestada a través de una irregular actividad de cobro de ingresos de derecho público puede generar responsabilidad contable sólo si hay “quebranto o pérdida” de los caudales públicos gestionados.

En el presente caso nos hallamos ante una irregular gestión de sus ingresos por el Ayuntamiento, ya que ha dejado prescribir el plazo para practicar la liquidación definitiva de las cuotas de urbanización, pero ello no implica que se haya producido en las arcas públicas un daño real y efectivo pues no se advierte razón suficiente para negar que las cantidades derivadas de dichas cuotas aún puedan cobrarse, de acuerdo con el apartado cuarto del artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística, a través de un expediente nuevo y distinto y ello con independencia de que la afección de las fincas al pago de las cuotas haya caducado. Cuestión distinta es que las irregularidades de gestión descritas en los hechos probados puedan dar lugar o no, en su caso, a

responsabilidades jurídicas distintas de la contable o que este último tipo de responsabilidad pudiera, también en su caso, reclamarse en un futuro si finalmente se frustrara de forma definitiva el derecho del Ayuntamiento a cobrar las cuotas por las otras vías jurídicas que así se lo permitieran.

En todo caso, la viabilidad jurídica de cobrar las cuotas pendientes a la finalización de las obras no sólo cuenta con el respaldo normativo ya señalado que se recoge en el último apartado del artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por R.D. 3288/1978, de 25 de agosto, sino que también se apunta en algunas resoluciones jurisdiccionales como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de marzo de 2004, alegada por el apelante.

Por lo demás, tampoco debe olvidarse que cada cuota tiene vida jurídica independiente respecto a las demás, por lo que el derecho al cobro prescribe en el momento y por las causas específicas de cada una de ellas. Frente a esta circunstancia, el apelante lejos de probar el reconocimiento de la obligación de pago de cada deudor o la ausencia de causas de interrupción del plazo de prescripción de cada cuota, lo que aporta es un tratamiento conjunto de todas ellas que, por global, no permite considerar probado de manera indubitada que todas las cuotas hayan prescrito una por una.

Esta Sala comparte, por tanto, el criterio de la Sentencia de instancia de que las cantidades a percibir por las diversas cuotas pendientes de pago son aún reclamables por el Ayuntamiento a la finalización de las obras, por lo que el menoscabo no puede considerarse aún producido, pero entiende además esta Sala que la cuantificación de dichas cantidades aportada por la parte actora no se ha concretado de manera adecuada ni en el recurso de apelación ni en la demanda.

En efecto, dicha cuantificación se ha realizado por la parte tomando en cuenta las partidas presupuestarias correspondientes a “Otros Ingresos Diversos”, relativas a las cuotas de urbanización de las unidades de ejecución nº 1 y nº 2 y 13, correspondientes a los años 1999 y 1997. Las cuantías que se hacen constar no se corresponden con las liquidaciones provisionales que constan en autos y hay que tener en cuenta que el presupuesto de ingresos es estimativo, por lo que estas cantidades no son más que una estimación presupuestaria de los ingresos que el Ayuntamiento prevé obtener por las cuotas de urbanización. Dicho de otro modo, el apelante no ha establecido de forma cierta cuáles son los gastos de urbanización que el Ayuntamiento debe repercutir a los propietarios de las fincas en concepto de cuotas de urbanización y por tanto, qué cantidades ha dejado de ingresar. Para una correcta cuantificación de estas cantidades hubiera sido preciso establecer con exactitud los costes de urbanización que ha soportado el Ayuntamiento así como su individualización respecto a cada propietario ya que las cuotas de urbanización nacen con la aprobación del proyecto de reparcelación, siendo a partir de ese momento cuando quedan determinados los sujetos adjudicatarios y los importes provisionales de la deuda por los gastos de reparcelación y de urbanización, atribuidos individualmente a los propietarios, según su participación. A partir de ese momento se produce la individualización de la deuda y por consiguiente la actuación de cada propietario se realiza en su propio nombre, asegurando, como así lo exige la Ley, por los medios que la propia Ley determina, el pago de las cuotas adeudadas, sin que en ningún caso opere ningún vínculo jurídico de exigencia solidaria, respecto de dichas cuotas, en relación con otros propietarios. Es decir, como ya se dijo en líneas anteriores, la situación jurídica de cada parcela evolucionará de forma individual, cumplidos los

requisitos que la Ley exige en el aseguramiento del pago en cualquiera de las formas previstas de las cuotas de urbanización. Proceder como hace el recurrente, a consolidar las cuotas de urbanización e incluir el importe conjunto de dichas cuotas en contabilidad, de tal manera que la prescripción opere conjuntamente sobre dicha deuda no sólo no permite, como ya se dijo, considerar probada la prescripción de todos y cada uno de los derechos de cobro correspondientes a cada cuota, sino que tampoco permite evaluar de modo cierto y efectivo el supuesto perjuicio económico.

Finalmente, esta Sala de Justicia debe precisar que la cuestión de si este tipo de cuotas son o no ingresos de derecho público para el Ayuntamiento (materia tratada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de octubre de 2007), resulta jurídicamente irrelevante a los efectos de la responsabilidad contable pues, de acuerdo con la doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (Sentencias 27/04, de 13 de diciembre, 15/2000, de 2 de octubre, 24/97, de 26 de noviembre y 18/06, de 16 de noviembre), lo que no ofrece duda es que el derecho a percibir las cantidades derivadas de dichas cuotas forma parte del patrimonio municipal por lo que su menoscabo hubiera generado, en caso de haberse producido, una obligación de indemnizar exigible en vía jurisdiccional contable.

No habiéndose por tanto considerado probada la producción del menoscabo patrimonial, y no habiendo sido aportada por la parte actora una cuantificación del mismo coherente con el hecho de que la deuda deriva de una pluralidad de cuotas pendientes de pago, se deben desestimar las alegaciones del recurrente respecto a esta primera irregularidad.

SENTENCIA 3/2011, DE 1 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Acreditada la existencia del perjuicio en los caudales de la Autoridad Portuaria de..., se hace necesario analizar la consecuencia de los demás requisitos exigidos por nuestra legislación para considerar, al demandado, responsable contable.

La jurisprudencia de esta Sala es unánime al exigir la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contable para declarar su existencia (ver, por todas, Sentencia 11/2010, de 7 de junio). Las notas configuradoras de este tipo de responsabilidad fueron señaladas en la Sentencia de instancia y resultan de una interpretación conjunta y reiterada que, unánimemente, se ha hecho en múltiples resoluciones de esta Sala de Justicia, de los artículos 2.b), 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal:

- a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos circunstancia ésta que concurre en el demandado pues, de una parte, los fondos de la Autoridad Portuaria de ... tenían naturaleza pública; y de otra, D. J. M. A. B., aparte de ser el perceptor de las órdenes de pago, tenía, entre sus funciones como Presidente de dicha Entidad, la de disponer los gastos y ordenar, mancomunadamente con el Director, los pagos y movimientos de fondos (artículo 41.2, letra f de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante).

- b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos, circunstancia ésta que también se aprecia en el SR. A., en virtud del razonamiento expuesto con anterioridad, y cuya condición de cuentadante del Tribunal de Cuentas viene establecido en el artículo 44.2 de la Ley 48/2003, de Régimen Económico de los Puertos del Estado.
- c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público. A estos efectos, debe señalarse que la Autoridad Portuaria de... era una Entidad Estatal de Derecho Público de las previstas en el artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que se rige por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le sean de aplicación y supletoriamente por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En concreto, según el artículo 44 de la precitada Ley, se aplica a las Autoridades Portuarias, en lo referente al control de las actividades económicas y financieras, el establecido en la Ley General Presupuestaria, así como la rendición de cuentas. En este sentido, el régimen de responsabilidades establecido en el Título VIII de la citada Ley era aplicable a la Autoridad Portuaria, determinando que el compromiso de gastos y liquidaciones de pagos se realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 177.1.c) de dicha Ley; y que, en el caso de que dichos pagos no estuvieran debidamente justificados, como ha sucedido en la presente litis, se podía incurrir en alcance (art. 177.1.a).
- d) Que está marcado por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave, siendo indiscutible la negligencia grave de D.J.M. A. B., como se acredita con hechos como la utilización de una tarjeta de crédito de un familiar o el devengo de gastos de representación o de desplazamientos en los que no existía justificación de que la actividad a desarrollar lo fuera en interés de la Entidad Pública.
- e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente, circunstancia ésta que se aprecia en las presentes actuaciones.
- f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido. En el presente caso, y con base en los razonamientos expuestos en la presente Resolución, sólo al SR. A. le es imputable el perjuicio sufrido.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO VIGÉSIMO

Declarada la existencia de un alcance por importe de 301.897,47 euros, procede analizar si concurren el resto de los elementos previstos en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en concreto si los demandados en el presente procedimiento son o no

responsables contables de este alcance en los caudales públicos, por haber actuado con dolo, culpa o negligencia grave y existir el necesario nexo causal entre su acción u omisión y el resultado producido.

En cuanto a los demandados en su condición de miembros del Consejo de Administración de la sociedad P., S.L., manifiestan que sus cargos eran meramente formales, que no participaban en la gestión de la empresa, por lo que entienden que no se les puede considerar responsables contables, al no estar encargados del manejo de los caudales o fondos públicos de la sociedad.

De otro lado, el representante legal de D. J. A. R. N., gerente de la sociedad en la época en que ocurrieron los hechos, manifiesta que las funciones de su defendido eran meramente administrativas, correspondiendo las funciones de gestión y decisión al órgano rector, del que nunca formó parte, no habiendo tenido ninguna facultad de disposición o gestión de ingresos o gastos.

No puede esta Consejera compartir lo alegado por los demandados, ya que la aceptación de un cargo lleva consigo aparejadas todas las consecuencias y responsabilidades inherentes al mismo: el hecho de pertenecer a un Consejo de Administración o ser Gerente de una sociedad supone para quien acepta este cargo, que es por definición voluntario, la asunción de una serie de obligaciones, para cuyo desempeño se le atribuyen facultades suficientes.

Como ya se puso de manifiesto al resolver la excepción de falta de legitimación pasiva, el artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo, se remite en cuanto a la responsabilidad de los administradores a la Ley de Sociedades Anónimas, que en su artículo 133 dispone que los administradores responderán del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

La diligencia a que se refiere el citado artículo es la prevista en el artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que impone a los administradores el desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, de suerte que la culpa imputable a aquéllos es la culpa profesional y específica que obviamente incluye un deber de vigilancia y control que garantice el adecuado funcionamiento de la empresa y la salvaguarda de los derechos de los socios.

Ahora bien, este razonamiento en el que subyace una clara referencia a la culpa in vigilando excluye la posibilidad de que se les exija una responsabilidad por el mero automatismo de la sucesión de los hechos, es decir, habrá que valorar en cada caso cuál es la conducta desarrollada, ya sea activa u omisiva, para determinar si la misma corresponde o no a la diligencia de un ordenado empresario y representante leal, y a esta tarea interpretativa habrá que añadir la aplicación de los criterios especiales del canon de diligencia exigible cuando el objeto del manejo son fondos públicos.

No hay una determinación de casos o requisitos en los que sea exigible dicha responsabilidad, ya que si bien en algunas ocasiones la propia ley establece las obligaciones que se imponen a los miembros del Consejo de Administración, en otras la responsabilidad deriva de incurrir en malicia, abuso de facultades o negligencia, sin perjuicio del necesario nexo de causalidad que

debe existir entre el daño y la conducta del administrador. Sin embargo, hay que tener en cuenta a la hora de analizar dicha responsabilidad que el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas invirtió la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, de tal suerte que, conforme consta en el apartado segundo de dicho artículo, sólo podrán ser exculpados los miembros del Consejo de Administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél.

Finalmente, no puede olvidarse que el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995 remite, respecto de la delegación de facultades, a lo establecido para las sociedades anónimas, disponiendo el artículo 141 de la Ley de 22 de diciembre de 1989 que en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella, lo que significa que los miembros del Consejo de Administración no deben limitarse a una firma de las cuentas sino que deben proceder a su examen y control de cara a su rendición ante la Junta General.

Analizada por tanto la responsabilidad exigible con carácter general a los miembros de un Consejo de Administración y al Gerente, procede entrar a conocer cuál ha sido la conducta de los demandados en el presente caso, no debiendo olvidarnos además que los administradores están obligados a formular las cuentas anuales y el informe de gestión en el plazo máximo de tres meses a partir del cierre del ejercicio social y que las cuentas anuales deberán ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

En el presente caso, se subrayan los elementos de juicio siguientes:

- a) Consta acreditado en autos que la sociedad municipal optó como forma de gobierno por la de un Consejo de Administración, siendo designados por tiempo indefinido Don J. F. M. P., como Presidente, Don M. P. C-C., como Secretario y Don E. G. L., como Vocal, siendo Don J. A. R. N. nombrado Gerente. Todos ellos aceptaron sus cargos y los ostentaron en el periodo en que se produjeron los hechos enjuiciados.
- b) Asimismo, se dice en los estatutos de la referida sociedad municipal, inscritos al Tomo..., Sec. G, Libro..., Hoja..., del Registro Mercantil de..., en concreto en su artículo 37, que la administración social tiene todos los derechos, facultades y prerrogativas que le asigna la Ley y los referidos estatutos, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueden incurrir, enumerando dentro de estas amplísimas facultades, como ya se recogió al resolver la excepción de falta de legitimación, entre otras, la de representar a la sociedad; designar y despedir todo el personal de la sociedad, asignando las remuneraciones e indemnizaciones que procedan; nombrar uno o varios Directores o Gerentes; cobrar y pagar toda clase de cantidades que haya de percibir o satisfacer la sociedad; pagar, cobrar y, en general, contratar, comprar y vender, así como celebrar toda clase de actos y contratos; aceptar, cumplimentar y ejercitar toda clase de operaciones; dirigir la

organización comercial de la sociedad y sus negocios. También pueden nombrar uno o varios Directores o Gerentes con las atribuciones y funciones que tengan a bien encomendarles.

- c) Basta una simple lectura de la inscripción registral y de los poderes que se les otorgó a los miembros del Consejo de Administración de la sociedad con fecha 26 de abril de 1995, a los que ya nos referimos en el Hecho Probado Quinto, para poder comprobar las amplias facultades que tenían encomendadas para la administración, disposición y gestión de la sociedad.
- d) Respecto a Don J.A. R. N., conforme consta en el Hecho Probado Tercero, con fecha 25 de febrero de 1992 se le concedieron amplias facultades de gestión de la sociedad, funciones que claramente llevó a cabo en el periodo enjuiciado, conforme se dejó constancia en los anteriores Fundamentos de Derecho, en los que se detalla una intervención directa en la gestión de la sociedad en las irregularidades enjuiciadas. Así, entre otras actuaciones, consta que acordó y suscribió los contratos enumerados anteriormente, gestionó y administró los fondos de la sociedad y percibió diversas cantidades en concepto de gratificaciones, desplazamientos, restaurantes y alojamiento que no están justificadas adecuadamente.
- e) No está en cambio acreditada ni en la mencionada inscripción registral, ni en los poderes otorgados y documentos obrantes en autos, la intervención directa de otras personas diferentes de las ya mencionadas en la gestión de la referida empresa en los ejercicios 2000–2001, debiendo concluirse que conforme a lo anteriormente dispuesto, recaía en los demandados, en la fecha en que se produjeron los hechos, no sólo la gestión formal de la sociedad, sino también la real y efectiva, sin que éstos hayan acreditado la existencia de otras personas que hubieren intervenido en los referidos hechos en dicho ejercicio.

A ello hay que añadir, en lo que en concreto se refiere al contenido de las conductas enjuiciadas, lo siguiente:

- a) Son numerosas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de la Sala de Justicia, que analizan y gradúan el concepto de culpa y negligencia. Así, como se recoge entre otras en la Sentencia de la citada Sala de Justicia 3/2008, de 31 de marzo de 2008, *“El Tribunal Supremo parte de identificar el concepto de culpa, al menos en su concepción clásica, con el de negligencia, concepto que se opone al de diligencia; todo ello está basado en un criterio subjetivo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 739/2003, de 10 julio, nos define de forma descriptiva la culpa como «la desviación de un modelo ideal de conducta»; modelo representado, unas veces por la «fides» o «bona fides», y otra por la «diligentia» de un «pater familias» cuidadoso. En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de «previsibilidad», o sea, la posibilidad de prever; y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el resultado, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (Sentencia de 9 de*

abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1104 del Código Civil, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998, la existencia de culpa difícilmente puede definirse apriorísticamente, siendo necesario hacer un juicio de previsibilidad en cada caso concreto *“ya que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos si bien, en todo caso, la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio, siempre en relación con las circunstancias personales de tiempo y de lugar y el entorno físico y social en que se desenvuelve”* (Sentencia de la Sala de 24 de julio de 2006), si bien para responsabilizar por una determinada conducta causante de un daño deben tenerse en cuenta también, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995, *“el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios”*. Todo ello sin llegar a fórmulas completamente objetivas, ya que como la Sala de Justicia ha señalado, el legislador ha exigido el elemento subjetivo de lo injusto como requisito necesario de la responsabilidad contable en la forma de dolo o culpa grave. Así, la Sala de Justicia, en numerosas resoluciones, por todas la Sentencia 3/2008, de 31 de marzo de 2008, ha precisado que, en el ámbito contable, ha de exigirse al gestor de fondos públicos *«una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable»*.

- b) Ante la ausencia de una normativa específica que regule la naturaleza y alcance de la negligencia en relación con la responsabilidad contable, la ponderación de la diligencia exigible al gestor de fondos públicos ha de hacerse caso por caso, y conforme recoge la Sentencia de la Sala de Justicia 3/2008, de 31 de marzo de 2008, *“(…) sin desconocer la evolución jurisprudencial que ha ido desplazando cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que la existencia de la culpa se subsume en la causa del daño (vid. entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1998 y de esta Sala de Justicia de 1 de diciembre de 2005), lo cierto es que, como dice la Sentencia de la Sala antes citada, «se hace preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar»*.

Por ello es necesario, tal y como manifiesta la Sentencia de 26 de marzo de 1993 antes citada, que para poder hacer un pronunciamiento de responsabilidad contable *«el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar*

un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, queriendo por ese solo hecho los menoscabos ocasionados –estamos ante el dolo– o, al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –la culpa o negligencia–, entendiendo que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento, pero sin que en ningún caso se vislumbre una voluntad dirigida a producirlo o a quererlo, pues entraríamos en la zona del dolo».”

Sobre las bases expuestas, lo cierto es que en el presente caso, la conducta de los miembros del Consejo de Administración, que como ellos mismos reconocen se limitó al desempeño de un cargo formal, sin desplegar en consecuencia la mínima diligencia exigible a un ordenado empresario o a un gestor de fondos públicos, no puede sino calificarse de gravemente negligente, ya que con esta omisión incumplieron sus funciones esenciales de control de la marcha de la sociedad, dando lugar a que se produjera un daño para los fondos públicos, al abonarse diversas cantidades para las que no consta existiera el necesario acuerdo ni soporte documental, quedando igualmente probada la actuación irregular que se produjo en el incumplimiento reiterado de las obligaciones que incumbían a los miembros del Consejo de Administración.

Entre las funciones de los demandados se encontraban las de regular, vigilar y dirigir la marcha de la sociedad, incluyéndose no solo la de contratar, fijar remuneraciones, cobrar y pagar, sino también la de comprobar los pagos realizados por la empresa. Además, tenían capacidad para actuar en bancos y en toda clase de operaciones. Por ello se afirma que no sólo tuvieron que tener conocimiento sino que, además, debieron vigilar y supervisar los pagos que se realizaban, sin que conste en autos acreditado en último término que ninguno de ellos pusiera objeción alguna a la gestión desarrollada, ni que hicieran lo conveniente para evitar el daño.

En el mismo sentido, también la conducta del Gerente de la sociedad debe calificarse como gravemente negligente, no sólo por dicha falta de diligencia en el control de la sociedad, cuya gestión claramente ejercía, como puede apreciarse en los innumerables contratos que suscribió a que nos hemos referido en los anteriores Fundamentos de Derecho, en las actuaciones en que participó y en su conocimiento de la marcha de la sociedad, que puso de manifiesto en su declaración, sino además porque participó directamente en los hechos enjuiciados percibiendo diversas cantidades en concepto de alojamiento, traslados, manutención y gratificaciones no justificadas, en el caso de las irregularidades segunda, tercera, cuarta y undécima, así como firmando los contratos en los que se fijaron las retribuciones a percibir por diversos profesionales, abonándoseles en cambio cantidades superiores a las estipuladas e incluso en algunos casos sin soporte adecuado, como en los casos de las irregularidades quinta, octava, novena y décima.

Habiendo quedado probadas las funciones que tenían conferidas y su intervención en los hechos, es obvio concluir que la misma se ha desarrollado sin desplegar la mínima diligencia exigible a un ordenado empresario o a un gestor de fondos públicos.

Asimismo, concurre el necesario nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y el daño producido, ya que el incumplimiento de sus obligaciones hizo posible que se llevaran a cabo diversos abonos sin que existiera una justificación adecuada para ellos, no constando la intervención de otras personas en dicha gestión.

Habiendo quedado acreditado, como se ha visto, que los demandados tenían la condición de gestores de los fondos públicos a su cargo, que incumplieron la normativa reguladora de la función que tenían atribuida, que su actuación no se ajustó al canon de diligencia que le era exigible, y que su conducta dio lugar a un daño real y efectivo en el patrimonio público, debe considerárseles responsables contables del alcance producido que asciende a 301.897,47 euros de principal. La responsabilidad que les resulta imputable es, además, la directa, de acuerdo con los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, ya que como ha quedado expuesto en la presente resolución su intervención en los hechos, por acción y omisión, ha supuesto, a veces, ejecución de los mismos, y otras, cooperación en su comisión.

SENTENCIA 6/2012, DE 27 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Alega también la recurrente la falta de relación de causalidad entre su actuación y el daño causado a los fondos municipales. Según su argumentación existen una serie de motivos acreditados y ciertos que son la causa de ese daño y concluye que, de la documental admitida, se deriva, sin duda alguna, que las causas del daño producido fueron la existencia de deficiencias de control y fiscalización del propio Ayuntamiento, así como la actuación, de otros funcionarios municipales, que fueron quienes sustrajeron los fondos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 26 de septiembre de 1998) establece que «la concurrencia de una relación causal difícilmente puede definirse apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones». La Sentencia de 19 de febrero de 1985, de dicho alto Tribunal señala que «por lo que se refiere al elemento causal, ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado, aquella que aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última».

- Sobre los requisitos del nexo causal se ha pronunciado esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, desde la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 estableciendo que «es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar». Toda esta doctrina se recoge en las Sentencias de esta Sala de 1 de diciembre de 2005 y de 11 de noviembre de 2009, enfatizando en la existencia del daño y del nexo causal, «la evolución jurisprudencial ha ido desplazando cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que la existencia de la culpa se subsume en la causa del daño».

Así, también ha señalado el Tribunal Supremo (entre otras, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998 ya citada) que: *«cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final»*. Por ello, es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar».

Aplicando esta doctrina a los hechos que son objeto de valoración en este momento se puede afirmar que, aunque la recurrente trata de centrar la causa del daño en la actividad de otras personas, la valoración de la prueba en primera instancia pone de manifiesto que ella accedió a su cargo con posterioridad a la existencia de los primeros desajustes contables, que era conocedora de los problemas existentes en aquel momento en la gestión de la tesorería y que, sin embargo, esas irregularidades siguieron teniendo lugar durante el desarrollo de sus funciones. Es decir, la recurrente ejerció su cargo de manera que el daño que se produjo era de esperar, en la esfera normal de los acontecimientos, y sin adoptar las necesarias precauciones para evitarlo, ni tomar medidas adecuadas para paliar los efectos de la deficiente organización municipal; su omisión, en consecuencia, fue una de las causas de la producción del daño que sirve de fundamento al deber de indemnizar, que fue declarado en primera instancia.

En definitiva, la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo, y la relación de causalidad entre el comportamiento de la recurrente y el daño causado, fueron cuestiones valoradas al apreciar la prueba en primera instancia, sin que la prueba practicada en esta apelación permita alterar las conclusiones de la sentencia recurrida. Ni la posible ausencia de responsabilidad penal, que ahora se trata de hacer valer, ni la existencia de graves deficiencias en el funcionamiento del Ayuntamiento que, de nuevo, se ponen de manifiesto, ni el comportamiento de otras personas que sustrajeron fondos municipales y, también, fueron causa del daño producido, contradicen las valoraciones contenidas en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Sobre el fondo del asunto, DON JOSÉ MARÍA L. P. insiste en el escrito de recurso en la inexistencia de negligencia en su actuación, argumentando que DOÑA CARMEN B. S. confesó una sustracción de dinero realizada mediante falsificación de documentos, lo que imposibilitaba constatar las discrepancias existentes entre los saldos bancarios y contables que manejaba; también recuerda que la anterior codemandada fue sustituida, en sus funciones, por DOÑA NURIA P. R., a la que señala como una funcionaria de confianza que llevaba trabajando en el Consistorio desde el año 1973. Por todo ello viene a concluir que la sentencia no acredita la existencia de negligencia o de demora en el cumplimiento de las obligaciones del recurrente, y considera que se le atribuye una responsabilidad objetiva, por el mero hecho de ser el interventor municipal.

Sobre esta cuestión hay que señalar que la sentencia de instancia argumenta, adecuadamente, en el fundamento de derecho decimoséptimo, que el recurrente era el superior jerárquico de las dos personas que han sido declaradas responsables contables directas y que, pese a conocer la existencia de descuadres y de irregularidades, omitió la adopción de las medidas que, en el ámbito de sus funciones, se dirigieran a la evitación de los mismos. La valoración de la prueba realizada por la juzgadora de instancia atribuye una responsabilidad subsidiaria al recurrente derivada de la dejación en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión de la gestión económico-administrativa a que estaba obligado en el cumplimiento legal de sus obligaciones como jefe del área de Hacienda e Interventor en los períodos en que las demandadas SRAS. B. S. y P. R. fueron tesoreras del Ayuntamiento del M. Pues bien, la prueba practicada en esta segunda instancia no permite alterar las conclusiones que, sobre este particular, se contienen en la sentencia recurrida. Las alegaciones del recurrente sobre su imposibilidad de constatar las irregularidades que dieron lugar al perjuicio, así como sobre la atribución de una responsabilidad objetiva por razón de su cargo, deben considerarse, de acuerdo con la doctrina ya citada en esta resolución, meras alegaciones de parte que no pueden oponerse sin más, ni mucho menos prevalecer, al juicio valorativo que con base en la valoración de la prueba se contiene en la resolución impugnada.

Sin embargo, en el fundamento de derecho decimoctavo de la sentencia de instancia se señala que el hecho de que los argumentos esgrimidos por la representación procesal del SR. L. P. no sean suficientes para eximirle de responsabilidad contable subsidiaria no quiere decir que no puedan tener relevancia jurídica suficiente para motivar la moderación equitativa de la misma. La sentencia recurrida establece que la detección de los hechos por el SR. L. P. hubiera exigido un esfuerzo muy especial en el ejercicio de su cargo, pues sólo un examen exhaustivo de los documentos contables hubiera permitido descubrir la serie de actos ilícitos que se estaban cometiendo y que, aunque de forma insuficiente respecto al canon de diligencia que le era exigible, presentó algún elemento favorable para la integridad de los fondos públicos afectados, emitiendo instrucciones de gestión para prevenir nuevas irregularidades e informando a sus superiores jerárquicos de las anomalías detectadas. Por todo lo anterior, de acuerdo con los criterios para moderar la responsabilidad subsidiaria señalados en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, la sentencia recurrida consideró que la responsabilidad exigible al recurrente resultaría de minorar del alcance la cuantía que la SRA. B. S. confesó que se había apropiado, que en aquel momento ascendía a 51.086,03 euros, al no ser la actuación del SR. L. P. la causa directa de dicho menoscabo y considerarse especialmente intensa la dedicación profesional que hubiera sido necesaria para evitarlo.

Pues bien, en el escrito de conclusiones sobre la prueba practicada en esta segunda instancia, presentado en fecha 11 de octubre de 2011 por el recurrente, se argumenta que el Auto de apertura de Juicio Oral, de 12 de mayo de 2011 del Juzgado de Instrucción nº 4 de M., demuestra que Doña M. C. B. S. se apropió de más de 270.000 euros para su enriquecimiento personal, mediante falsedad documental. Esta circunstancia contradice, según el recurrente, lo concluido en el Fundamento de Derecho Decimoctavo de la sentencia apelada; por ello argumenta que, a la vista de la nueva prueba practicada, se debe revisar la moderación de su responsabilidad contable subsidiaria.

- De acuerdo con la más reciente doctrina de esta Sala, manifestada entre otras en las sentencias de 7 de octubre de 2010, 15 de diciembre de 2009 y 17 y 31 de marzo de 2009, lo que determina que una concreta conducta sea constitutiva de responsabilidad contable directa o subsidiaria no es el carácter grave o leve de la negligencia apreciada en la misma, sino su relevancia para la provocación del resultado lesivo para los fondos públicos. El grado de culpa que concurra no resulta decisivo a efectos de declarar el grado de responsabilidad, pues la existencia de negligencia grave puede dar lugar tanto a la responsabilidad directa como a la subsidiaria, ya que lo relevante es la participación que hayan tenido los presuntos responsables en los hechos generadores del alcance. Así, el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala que *“serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”*. El artículo 43 de este mismo texto legal señala que *“son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas”*.

La decisión sobre el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad depende de que la conducta imputable al responsable se estime subsumible en la descripción de uno u otro de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que se acaban de mencionar. Así, la ya referida sentencia de 7 de octubre de 2010 señala que *“el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que se ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el Patrimonio Público”*. La condición de Interventor del recurrente no supone *“a priori”* que la responsabilidad exigible deba ser subsidiaria por razón del propio cargo. Será en cada caso concreto donde se pueda decidir, a la vista de la concreta relación de cada conducta con cada alcance producido, quiénes son responsables directos y quiénes subsidiarios, sin perjuicio del cargo que ostentan y de la intervención que otras personas hayan podido tener en los mismos hechos.

Partiendo de las precisiones anteriores, como adecuadamente señala la sentencia de instancia la conducta del recurrente implica un cierto grado de omisión de los deberes de control y supervisión inherentes a su cargo, lo que influyó en que se produjera el menoscabo en los fondos del Ayuntamiento, no se puede concluir que haya *“ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”*, como exige el artículo 42. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas para considerarles responsables directos y, por eso, su responsabilidad debe ser calificada como subsidiaria. La sentencia recurrida también consideró que, de acuerdo con los criterios para moderar la responsabilidad subsidiaria señalados en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, la responsabilidad exigible al recurrente resultaría de minorar del total del alcance (333.064,30 euros), la cuantía que la SRA. B. S. había confesado

hasta ese momento que se había apropiado (que en aquel momento ascendía a 51.086,03 euros), al no ser la actuación del SR. L. P. la causa directa de dicho menoscabo y considerarse especialmente intensa la dedicación profesional que hubiera sido necesaria para evitarlo.

- La responsabilidad subsidiaria puede moderarse, conforme a lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, cuando se estime que los perjuicios ocasionados superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observado, lo que implica una valoración acorde con la prudencia y la equidad de las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto. El mencionado artículo dispone que *“respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa”*. Como señala la doctrina de esta Sala (por todas la sentencia de 15 de diciembre de 2009) esta moderación de la responsabilidad es una facultad discrecional del Consejero de instancia. Pues bien, en el presente caso, la Consejera de Cuentas de primera instancia entendió que procedía la moderación de esa responsabilidad contable, argumentando, como ya se ha señalado, que procedía minorar del total del alcance la cuantía que la SRA. B. S. había confesado hasta ese momento que se había apropiado, al no ser la actuación del SR. L. P. la causa directa de dicho menoscabo y considerarse especialmente intensa la dedicación profesional que hubiera sido necesaria para evitarlo. Este criterio, aunque no es propiamente el establecido en el artículo 38.4 ya señalado, se puede, sin embargo, entender incluido en la facultad discrecional para la moderación de la responsabilidad que corresponde al Consejero de Instancia y a la que se ha hecho referencia. Esta moderación de la responsabilidad del recurrente responde a una valoración hecha por la Consejera de instancia, acorde con la prudencia y la equidad de las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto, como exige la doctrina de esta Sala y, por lo tanto, se puede considerar un criterio perfectamente válido para su aplicación.

No obstante, en este caso sí que la prueba practicada en segunda instancia permite, aplicando los mismos razonamientos contenidos en la sentencia recurrida y de acuerdo con los criterios y valoraciones efectuados por la juzgadora de instancia, modificar la cuantía de la moderación de la responsabilidad contable subsidiaria del recurrente. El Auto de apertura de Juicio Oral, de 12 de mayo de 2011 del Juzgado de Instrucción nº 4 de M., ya no hace referencia a los 51.086,03 euros que la SRA. B. S. había confesado que se había apropiado, sino que señala la existencia de indicios de que Doña M. C. B. S. se apropió de más de 270.000,00 euros para su enriquecimiento personal, mediante falsedad documental. La admisión de esta prueba en segunda instancia, aunque se trate de un Auto penal de apertura de Juicio Oral, que únicamente recoge una valoración indiciaria, efectuada por el Juez Instructor de los hechos investigados con la finalidad de determinar los que pudieran ser objeto, posteriormente, de un enjuiciamiento penal, donde ya podría realizarse una prueba plena de los mismos, con contradicción, que solo limitadamente se ha producido hasta el momento, permite a esta Sala recalculer la moderación de la responsabilidad contable subsidiaria del recurrente. A la vista de la nueva prueba admitida, y aplicando el criterio de moderación de la responsabilidad contable subsidiaria utilizado por la Consejera de Instancia, procedería minorar del total del alcance, la cantidad que indiciariamente

señala el Auto aportado como prueba en esta segunda instancia como apropiada por Doña M. C. B. S. para su enriquecimiento personal y mediante falsedad documental (270.000 euros). En consecuencia, y de acuerdo con todo lo razonado hasta aquí, procede limitar la cuantía de la responsabilidad contable subsidiaria de DON JOSÉ MARÍA L. P. a la cantidad de 63.064,30 euros.

4. Fraude de ley

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Tal y como se afirma en la Sentencia de esta Sala de Justicia de 26 septiembre 2007: *“El fraude de Ley es una cuestión de mero hecho que corresponde dilucidar en cada caso a los Tribunales (Sentencias de 19 de octubre de 1987 y 30 de marzo de 1988) y equivale al empleo de medios, artimañas o ardidés que tienen como finalidad causar un daño a otro y también obtener un beneficio, pero que se realiza sin una oposición frontal al Derecho. Mediante el uso de subterfugios aparentemente acomodados a la legalidad, y simulando respetar la letra de la Ley, se busca una cobertura indirecta, y se pretende conseguir un fin contrario al verdadero espíritu de la norma, a su auténtico sentido, a su contenido ético y social. Implica, por tanto, una infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas; es un acto «contra legem», de forma que el «fraus alterius» o «fraus hominis» supone, también, con carácter general, un «fraus legis». Por lo demás, merece la pena recordar que dicho fenómeno, no por darse con mayor frecuencia en materia de Derecho privado, deja de encontrarse, asimismo, en otros campos jurídicos de carácter público –así, por ejemplo, lo señalaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1946 y 22 de enero de 1947–; y, en este sentido, esta Sala ha aplicado la doctrina del fraude de Ley (Auto de 22 de mayo de 1993 y Sentencias de 10 de mayo y 18 de diciembre de 2002, entre otras)”*.

En cuanto a los requisitos que, según numerosa jurisprudencia (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1994, 28 de septiembre de 2000 o 26 de febrero de 1999, entre otras), han de concurrir para poder apreciar fraude de Ley, son los siguientes: a) la presencia de la llamada norma de cobertura, que es a la que se acoge el que intenta el fraude y que, en el presente supuesto, sería la normativa en materia de contratación de personal para las empresas mercantiles; b) la norma «eludida», es decir, la que a través del fraude se intenta eludir en forma engañosa, que en la presente litis la formaba la normativa reguladora de la contratación de personal para las Corporaciones Locales; y c) una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, intentando obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, considerado éste como un todo, y que ahora se centra en la utilización de una figura ficticia, carente de actividad, y que en este caso son los contratos laborales prorrogados por seis meses celebrados por distintas empresas mercantiles del Ayuntamiento de M.

Ha quedado probado, por tanto, que sí existe un contrato laboral, pero que ese contrato se hizo en fraude de ley eludiendo el procedimiento legalmente establecido, no habiendo quedado acreditado que haya existido acuerdo alguno justificativo de la Corporación Local para realizar esta contratación. Así lo demuestra claramente el hecho de que tal y como informó la Directora del Área de Sociedades Municipales no existe acuerdo alguno por el que se acordara nombrar a D. J. V. G. M. coordinador de la Tenencia de Alcaldía de..., siendo, por tanto, el contrato celebrado una mera voluntad de D. M. P. C.-C., en nombre de E., S.L. con el Sr. G. M. Ese contrato, por tanto, supone el reconocimiento de unas obligaciones económicas para la empresa E., S.L. a cambio de unas supuestas prestaciones laborales al margen de su objeto social, y cuyo beneficiario último sería el propio Ayuntamiento, sin que éste en ningún momento hubiese acordado la necesidad de esa contratación. Se trata, por ello, de un gasto carente de justificación al no haber quedado acreditada la necesidad, utilidad o pertinencia del mismo, eludiendo la voluntad de la Corporación Local y sustituyéndola por la voluntad unilateral de quien contrata. Entiende, por ello, esta Sala de Justicia, que se han causado unos daños a los fondos públicos de esta sociedad mercantil al contratarse unos servicios fuera de su objeto social cuando esa contratación era competencia del Ayuntamiento, eludiendo el procedimiento legalmente establecido y sin que haya quedado acreditada la existencia de un acuerdo o título justificativo de esa contratación.

Procede, por tanto, desestimar este motivo de impugnación confirmando la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de partida de alcance por este concepto, en base a la argumentación contenida en este Fundamento de Derecho.

Capítulo tercero

Sujetos responsables ¹⁰

1. Legitimación pasiva ^{11 12}

¹⁰ Como advierte M. Sola (Mariano Sola Fernández, La jurisdicción del Tribunal de Cuentas, ponencias organizadas por la Audiencia de Cuentas de Canarias, Madrid, junio 2003, págs. 32 y 33) La legitimación es la cualidad jurídica realmente poseída, o tan solo invocada, que en necesaria conexión con el objeto del proceso habilita para poder llegar a ser parte en el mismo.

La legitimación puede ser activa o pasiva, siendo esto una posición relativa que puede verse modificada a lo largo del proceso, según la situación procesal ante la que nos encontremos. Por ejemplo, el demandante que, en principio es el legitimado activo del proceso, pasa a ser legitimado pasivo en el posible recurso interpuesto contra la sentencia estimatoria de la demanda. En términos generales la legitimación activa se puede conectar con la idea de originar el proceso o de asumir la iniciativa procesal, en tanto que la legitimación pasiva se conecta con la posición procesal de ser destinatario de las pretensiones formuladas por la parte activamente legitimada. Concretándonos al proceso contable el art. 47.1 de la LOTCU dice: **"Estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso"**.

En desarrollo de lo anterior el art. 55 de la LFTCU instituye como legitimados activos a la Administración o entidad pública perjudicada, y al Ministerio Fiscal, y como legitimados pasivos a los presuntos responsables y a sus causahabientes. Seguramente el mayor problema práctico que plantea el tema de la legitimación, desde el punto de vista de la legitimación activa, es la determinación de cuál es el ente público perjudicado, y quien es, por tanto, el legitimado activo. Esto es, encontrándonos como nos encontramos en un proceso judicial, las partes han de tener como es lógico la capacidad procesal, y, por tanto, capacidad jurídica, y, consiguientemente, personalidad jurídica. A veces la identificación del ente público perjudicado plantea por un lado un problema de casuística administrativa que convierte en complicada la tarea de identificar quien tiene la titularidad jurídica de los fondos públicos presumiblemente menoscabados, y, por otro lado, una tarea constante de conocimiento de las reformas de la legislación que afecten a la composición de las Administraciones Públicas. En definitiva, la determinación del ente público perjudicado, sin perjuicio de la trascendencia que tiene para resolver los problemas de postulación procesal a los que más adelante aludiremos, es fundamental de cara a determinar la titularidad jurídica de los fondos públicos afectados. En la práctica, y en relación con ello, es indispensable que bien en la pieza separada o en las actuaciones previas del Delegado Instructor quede perfectamente identificado el ente del sector público activamente legitimado por ser titular de los fondos, así como en las demandas correspondientes se exponga en el encabezamiento en interés de que ente actúa el firmante del escrito de demanda, en la relación de hechos y fundamentos jurídicos se deje claro quién es el ente público perjudicado, y en el suplico de la demanda queden indubitadamente determinados estos aspectos, y, finalmente, las sentencias deben ser inequívocas acerca de quien posee la titularidad de los fondos y, por consiguiente, se convierte en el acreedor a la indemnización de daños y perjuicios en su caso reconocida por la sentencia. La claridad de lo anterior permitirá que en ejecución de sentencia se proceda adecuadamente a la contracción de la partida de la responsabilidad contable, y se conozca inequívocamente en donde habrá de ser ingresado el producto de la ejecución.

¹¹ Mientras que C. Aragón (C. Aragón Sánchez, Las responsabilidades contables en la Ley General Presupuestaria y en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, "Actualidad Administrativa", num.33, 1987, pág. 1918), entiende que solo las personas que podemos calificar de cuentadantes, utilizando la terminología de la LGP, podrán incurrir en responsabilidad contable, P. Sala (P. Sala Sánchez, op. cit., 1983, págs. 527 y 528), aboga por un concepto amplio de responsabilidad contable, que –además de a funcionarios, cargos electos y a particulares tal como contempla la LGP–, puede extenderse a los perceptores de subvenciones y ayudas públicas, que también quedan sometidos a la jurisdicción contable.

SENTENCIA 14/2009, DE 8 DE JULIO

EN LA SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Resueltas, ya, las excepciones procesales planteadas por el conjunto de las partes demandadas, procede, ahora, efectuar un pronunciamiento expreso sobre la excepción procesal de falta de legitimación pasiva planteada por uno de los demandados, DON M.T. B. Es procedente recordar, en primer lugar, que mediante Auto del 7 de octubre de 2004, este Órgano jurisdiccional aceptó la excepción procesal de falta de legitimación pasiva de DON M. T. B., que había opuesto en su escrito de contestación de demanda, y, en consecuencia, quedó apartado del proceso. Las razones que llevaron a este Órgano juzgador a estimar tal excepción procesal se encuentran recogidas en la mencionada resolución (folios 605 a 615 de la pieza principal). Contra el citado Auto, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado interpusieron Recurso de Apelación ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, adhiriéndose al mismo el representante procesal de LA FUNDACIÓN. El 25 de enero de 2006, la Sala de Justicia de este Tribunal dictó Auto (folios 1806 a 1825 de la pieza principal), revocando la estimación de la falta de legitimación pasiva de DON M. T. B. Los razonamientos de la Sala de Justicia se circunscribieron a considerar que había existido una «inadecuación del momento procesal en que se produjo la apreciación de falta de legitimación pasiva por parte del órgano de instancia». Es decir, la Sala de Justicia no discutió el carácter de legitimado pasivo del SR. T., sino que se limitó a manifestar que el momento procesal en que se dictó la resolución de éste órgano de instancia (tras la contestación a la demanda y la celebración de la audiencia previa al juicio) fue prematuro. En concreto, la Sala entendió que no nos encontrábamos ante uno de esos supuestos excepcionales que aconsejara la conveniencia de estimar la falta de legitimación pasiva en el momento de la audiencia previa, sino que procedía abordar y decidir las cuestiones planteadas por la invocación de esta excepción procesal en la resolución que pusiera fin al procedimiento y tras la oportuna valoración de la prueba.

Tras la reincorporación del SR. T. al procedimiento, el Ministerio Fiscal ha insistido en que este demandado había incurrido en un supuesto de malversación de caudales públicos, en calidad de

¹² Respecto a la posibilidad de exigencia de responsabilidades contables a las personas jurídicas, debe diferenciarse entre personas jurídicas públicas y privadas.

En relación a las públicas, P. Sala (P. Sala Sánchez, op. Cit. 1983, págs. 529 y 530) descarta la posibilidad de exigencia de responsabilidad, ya que en tales casos no se dilucidarían pretensiones de responsabilidad contable, sino de auténticas pretensiones de responsabilidad civil de unas administraciones respecto a otras. En el mismo sentido, J. García (J. García Torres, Un caso de suplencia jurisdiccional de la inactividad legislativa: la sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas 4/1986, de 18 de abril, "REDA", num.48, 1985, pág. 610), señala que no puede declararse responsable directo a una entidad pública, pues ello conduciría a que directa o indirectamente el propio Estado (o administración de que se trate) debería soportar los perjuicios, amén de hacer ineficaces las declaraciones de responsabilidad subsidiaria por la solvencia del responsable directo.

En relación con las personas jurídicas sujetas al derecho privado, es pacífica la doctrina que las considera legitimadas pasivamente ante el Tribunal de Cuentas, y hace recaer la responsabilidad –en su caso– a los gestores o representantes de las que tienen limitada su responsabilidad, tal como se señala en las Sentencias que figuran en éste apartado.

cooperador necesario, por lo que ostentaba la condición de legitimado pasivo y, en consecuencia, procedía que el mismo fuera condenado en el presente procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que señala como responsables directos los que hubieran cooperado en la comisión de los hechos. Por su parte, el SR. T., en el escrito de conclusiones sobre la prueba practicada, incorporado al acta del juicio celebrado el 18 de enero de 2007, alegó que de la documental aportada (certificaciones de LA FUNDACIÓN) se deduce que ni ocupó cargo directivo, ni recibió subvención alguna, ni dispuso de bienes públicos, ni tuvo facultades para intervenir en el proceso ordinario de aprobación y ordenación del gasto y del pago.

Pues bien, este Órgano jurisdiccional entiende que la prueba practicada ha ratificado que DON M. T. B., no ostentó, en ningún momento, el carácter de legitimado pasivo ante esta jurisdicción contable. Antes de entrar a analizar, con detalle, las relaciones jurídicas que se establecieron entre el codemandado y LA FUNDACIÓN, procede recordar cuales son las coordenadas legales y jurisprudenciales que perfilan la posición de legitimado pasivo en la jurisdicción contable. En primer lugar hay que recordar que el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece que son responsables contables directos aquellos «que hubiesen cooperado en la comisión de los hechos»; ahora bien, tal «cooperación» debe ser entendida dentro del proceso de rendición de cuentas, o si se quiere, y en términos más amplios, dentro del procedimiento de gestión económica de los fondos públicos; pero ello no ocurre en la presente litis, ya que el SR. T., Gerente de una Mercantil, que prestó servicios de asesoramiento jurídico a LA FUNDACIÓN fue el contratista de la prestación y, por tanto, acreedor de los honorarios, hasta que fueron satisfechos. De ello se deduce, sin perjuicio de otras consideraciones sobre su posible incompatibilidad funcional –que ha sido objeto de conocimiento en otras instancias–, que el SR. T. mantuvo relaciones jurídicas con LA FUNDACIÓN pero no participó –ni podía hacerlo– en el proceso de rendición de cuentas de dicha persona jurídica. Su relación con ella se centró en su asesoramiento jurídico y, así, las posibles discrepancias o conflictos que pudieran derivarse de dicha relación, son dirimibles ante la jurisdicción civil; pero, no ante la contable, cuyo contenido se centra en el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que pudieran desprenderse de la rendición de cuentas de fondos públicos.

Como ha manifestado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (ver, por todas, la Sentencia de 14 de julio de 2004), el art. 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas clarifica el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable en relación con los arts. 2.b) y 38.1 de la misma Ley, cuando establece que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. Es decir, dos son las notas que caracterizan la responsabilidad subjetiva del ilícito contable: a) la rendición de cuentas; y b) la relación especial de facto en que se hallan todos aquéllos que se vinculan a la gestión de los fondos públicos. En el mismo sentido, el art. 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas concreta que la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que se desprenda de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

La jurisdicción de este Tribunal se extiende, desde el punto de vista subjetivo, respecto de todo aquél que, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tenga la obligación de rendir cuentas de los mismos. Por ello, para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener condición, sea o no funcionario, de cuentadante de fondos públicos, pues, no en vano, la jurisdicción de este Tribunal, como dice el art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, «...se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos». Pero, además, serán necesarios los restantes requisitos de la responsabilidad contable, esto es: menoscabo, actitud subjetiva de dolo, culpa o negligencia graves, y violación de norma presupuestaria o contable.

Así, y como se ha indicado anteriormente, considerando que corresponde al Tribunal de Cuentas, según el art. 2.b) de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1.982, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable de aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, y que, según el art. 49 de la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1.988, las pretensiones de responsabilidad contable son predicables de cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, resulta fácil deducir que sólo pueden ser sujetos de responsabilidad contable aquellos que tengan la condición de cuentadantes de fondos públicos. Como ha puesto de manifiesto la Sala de Apelación, de manera reiterada (Sentencias de 18 de abril de 1986, de 10 de julio y 9 de septiembre de 1987, de 29 de julio de 1992, de 28 de febrero de 2001 y la de 14 de septiembre de 2004), la extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con una interpretación sistemática de los arts. 38.1, 15.1 y 2.b) de la aludida Ley Orgánica del Tribunal, no a cualquier persona, sino, solamente, a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos», ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros Órganos jurisdiccionales.

Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por los arts. 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida (art. 39.1), al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas (art. 39.2), a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionarios (art. 40). A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley 7/1988, atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición pero siempre que administren, recauden o custodien fondos o valores públicos, teniendo, precisamente por tales motivos, la obligación de rendir cuentas de dichos fondos o valores.

Finalmente, y por lo que se refiere a la regulación legal del concepto de legitimado pasivo hay que recordar que es el art. 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, el que lo define. Dicho artículo dice textualmente que: «*se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso*». Quiere ello decir que la definición legal de legitimado pasivo es, de nuevo, anudada

por la Ley al concepto de ostentar las condiciones subjetivas precisas para poder ser declarado responsable contable directo o subsidiario y, refiriéndonos de nuevo al art. 49 de la referida Ley, es necesario recordar que la reiterada jurisprudencia de esta Sala (ver, por todos, el Auto de 12 de diciembre de 1996) estableció, de raíz, que la jurisdicción que ejerce este Tribunal, como las responsabilidades de que conoce, vienen legalmente adjetivadas «de contables». De manera forzosa, pues, esta subespecie de la responsabilidad civil en que la contable consiste, ha de lucir o derivarse de las cuentas que deban rendir quienes manejan caudales o efectos públicos, y las infracciones legales que la determinan han de merecer, asimismo, el carácter de contables. También es contundente el Auto de la Sala de Apelación de este Tribunal de 13 de marzo de 1987, cuando estableció que no toda acción u omisión contraria a la Ley que origine menoscabo a los caudales o efectos públicos, inclusive aunque proceda de quien tenga a su cargo, en sentido amplio, el manejo de fondos públicos, origina responsabilidad contable. Si así fuera, continuaba diciendo la precitada resolución *«el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, no habría definido la responsabilidad contable, sino algo mucho más amplio, como es la responsabilidad civil de quienes manejan dichos caudales o efectos frente a las entidades del sector público a las que sirven»*.

Y la misma doctrina mantenida por la Sala de Apelación de este Tribunal ha sido expuesta reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, en su muy reciente Sentencia de 8 de noviembre de 2006, vino a reiterar que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable no puede alcanzar a cualquier persona que pertenezca al esquema organizativo de una Administración Pública pues, de admitir esa extensión, se produciría una invasión en la esfera de competencia de otros órdenes jurisdiccionales al encontrarnos ante la sustanciación de la responsabilidad civil de terceros frente a esa Administración Pública.

Expuesto todo lo anterior procede recordar, una vez más, cuáles fueron las relaciones jurídicas que se trabaron entre LA FUNDACIÓN y el SR. T. B. en los acontecimientos que han dado lugar al desencadenamiento de la presente litis, y en los que basa el Ministerio Fiscal su defensa de la tesis del carácter de legitimado pasivo del SR. T. ante esta jurisdicción. Como ha quedado acreditado en autos, por un lado, LA FUNDACIÓN celebró con la Mercantil O., S.L. un contrato de arrendamiento de servicios de asesoramiento jurídico general. Dicho contrato, firmado el 21 de julio de 1994, por Don J. A. A. y Don J. R. G. M., en nombre de LA FUNDACIÓN, y por DON M. T. B. en nombre de la Mercantil O, S.L. (Anexo 4 del Expediente Administrativo de Actuaciones Previas), experimentó después diversas modificaciones, como se ha indicado en los Hechos Probados Quinto y Séptimo de la presente resolución, pero sin que se modificara la posición de las partes en el mismo. Es decir, siempre nos hemos encontrado ante un contrato privado entre entidades privadas, en las que la figura del SR. T. fue, simplemente, la de apoderado de una Sociedad Mercantil de responsabilidad limitada. En consecuencia, todos los efectos jurídicos y económicos que se desprendieron de la existencia del contrato inicial, de las modificaciones del mismo, y de la cláusula indemnizatoria por rescisión de dicho contrato, se produjeron en beneficio de la citada mercantil.

Así las cosas, la inexistencia de la condición de cuentadante ante este Tribunal del codemandado SR. T. B., ha quedado acreditada en la fase probatoria, sin perjuicio de lo que más adelante se diga en cuanto a la valoración, como posibles supuestos de responsabilidad contable, de los

pretendidos por las partes actoras. No es ya solo que el SR. T. B. no interviniera, recaudara o administrara fondos de carácter público, sino que ni siquiera recaudó, intervino o administró los fondos de la entidad privada que contrató, según las normas del Derecho Civil, no sus servicios jurídicos, sino los de una mercantil en la que ostentaba el cargo de gerente. En definitiva, la pretensión de la parte actora de entender que el SR. T. ostentó el carácter de legitimado pasivo ante esta jurisdicción por el hecho de «asesorar a la Presidencia y órganos de Gobierno, evacuar consultas e informes orales y supervisar y orientar el contenido de la Dirección de la Asesoría Jurídica de F.», que plasma en el Hecho Sexto de su demanda, queda totalmente desvirtuada, tras la práctica de la prueba, al adquirirse la certeza de que las cantidades percibidas por O., S.L. –ni siquiera por el SR. T. de manera directa– lo fueron en cumplimiento de un contrato de asesoramiento jurídico en las que el codemandado ni tuvo ni pudo tener poder de disposición alguno sobre los fondos de LA FUNDACIÓN que, a mayor abundamiento, no sobra recordar que tampoco es, siquiera, una entidad pública.

Además, el Ministerio Fiscal ha defendido el carácter de legitimado pasivo del SR. T. B. ante esta jurisdicción contable por la segunda de las relaciones jurídicas que se entablaron –esta sí, de manera directa, sin la intervención de la mercantil O., S.L.– y que concretó en el Hecho Quinto de su demanda. Dicha relación, de la que luego se tratará, a otros efectos, en otro Fundamento de Derecho de la presente resolución, es la que vinculó a LA FUNDACIÓN con el codemandado cuando se le nombró Secretario de los Órganos de Gobierno de la misma. Dicho contrato tuvo su antecedente en una reunión urgente de la Junta de Gobierno de LA FUNDACIÓN celebrada el 5 de abril de 1995 en la que se acordó cesar a los entonces Gerentes de LA FUNDACIÓN, Sres. A. y G. M., y dar nueva redacción al artículo 16 de los Estatutos, con el nombramiento de un Secretario y un Vicesecretario. Así, durante el período transcurrido entre el 5 de abril de 1995 y el 30 de enero de 1998, el codemandado SR. T. B., que en ningún caso ostentó tampoco el carácter de trabajador asalariado de LA FUNDACIÓN, percibió de la misma una cantidad de 50.000 pts. por el levantamiento de las Actas de las reuniones de los Órganos de Gobierno. Ha quedado acreditado en autos, y concretamente en la documentación anexa al escrito de contestación a la demanda del SR. T., no discutidos por las partes, que, tampoco en este caso, el codemandado tuvo poder de disposición alguno sobre los fondos de LA FUNDACIÓN, limitándose a percibir honorarios derivados de un contrato válido firmado por la Presidenta del Patronato de LA FUNDACIÓN en el momento de la firma del contrato, que se produjo, como ya se ha indicado, el 23 de abril de 1995. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que más adelante se diga sobre la legalidad de estos pagos a los efectos de la posible detección en ellos de supuestos de responsabilidad contable, lo que importa ahora, en la cuestión que se debate, es que el SR. T. tampoco recaudó, intervino, ni administró, ni pudo recaudar, intervenir ni administrar fondos públicos de ningún tipo y, consiguientemente, no tuvo obligación de rendir cuenta alguna de los mismos.

Finalmente, y ya en las manifestaciones jurídicas finales efectuadas por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, el propio demandante puso de relieve las serias dudas que existían sobre el carácter de legitimado pasivo del demandado SR. T. Pero intentó combatir tal excepción procesal sobre la base de haber deducido su demanda por un posible ilícito contable de malversación. A este respecto, sin embargo hay que recordar que la condición de gestor de fondos públicos es

presupuesto necesario de la jurisdicción contable, independientemente de que el supuesto fáctico invocado por el demandante sea el de malversación contable, el de alcance o de cualquier supuesto de responsabilidad contable diferente del mismo. Lo que ahora se dilucida es, solamente, si puede ser traído a nuestra jurisdicción el SR. T. y, en consecuencia, si la relación jurídico–procesal está o no bien constituida. Y, en este sentido, los que son «extraños» a esta jurisdicción lo son con independencia de la calificación jurídica pretendida por la parte demandante de los hechos sobre los que descansa su demanda.

Todo ello lleva a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado DON M. T. B. que, en consecuencia, y con independencia de lo que se diga a continuación para los restantes demandados, cuando se analice el fondo de las pretensiones de las partes demandantes, no puede ser condenado ante esta jurisdicción por ninguno de los hechos reseñados en la demanda de la parte actora.

EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SALA

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

También aduce el Ministerio Público que, en contra de lo decidido por la Sentencia de instancia, debe apreciarse en D. M. T. B. la condición de legitimado pasivo en el presente proceso.

En primer lugar, porque entiende el Fiscal que, con carácter general, y a la vista de la interpretación armónica de los artículos 38, 39, 40 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y 72 y 49 de la Ley de Funcionamiento del mismo, la legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable puede concurrir en quienes no ostentan la condición de cuentadantes. En segundo término, porque considera el Ministerio Público que en el presente caso concreto la Sentencia de instancia ha incurrido en un error en la valoración de la prueba pues el Sr. T. B. participó en la adopción de las decisiones colegiadas supuestamente ilegales de los órganos de gobierno de F., por lo que tiene la condición de legitimado pasivo en el presente proceso.

De acuerdo con el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

La cuestión se centra, por tanto, en dilucidar si concurre en D. M. T. B., el requisito de la condición de gestor de caudales o efectos públicos.

Esta Sala de Justicia (Sentencias, entre otras, de 28 de febrero de 2001 y 13 de septiembre de 2004) ha venido sosteniendo *“que la existencia subjetiva de la responsabilidad contable comprende, de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2, b) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, no a cualquier persona, sino solamente a los que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.”*.

La obligación de rendir cuentas no es sino la consecuencia del manejo de caudales públicos y esta Sala ha mantenido de forma uniforme un concepto amplio de cuentadante, *“de tal manera que no sólo debe ser considerado tal aquella persona obligada a formular formalmente una cuenta a ser rendida dentro de cierto plazo, en determinada forma y ante determinada*

autoridad, sino que ha de ser considerado cuentadante a efectos de su posible enjuiciamiento contable cualquiera que realice respecto de los fondos públicos alguna de las operaciones enunciadas en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas” (Sentencia, por todas, 14/05 de 6 de octubre).

Esta Sala, por tanto, defiende un concepto amplio de gestor de fondos públicos y de cuentadante, conectado al ejercicio de las funciones previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo: gestionar, administrar, manejar, intervenir, recaudar, tener la custodia... de caudales o efectos públicos.

Este concepto amplio, tanto de gestor de bienes y derechos de titularidad pública, como de cuentadante, ¿es lo suficientemente extenso como para abarcar las funciones desarrolladas para F. por el Sr. T. B.? Sólo en caso de ser así podría reconocerse la legitimación pasiva del mismo en el presente proceso.

La cláusula segunda del contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre F. y O., S.L., de fecha 21 de julio de 1994, establecía las prestaciones a que se comprometía la entidad arrendadora frente a la arrendataria. Tales prestaciones se concretaban, fundamentalmente, en el asesoramiento jurídico a diversos órganos de F., la asistencia a reuniones y deliberaciones de alguno de esos órganos, la evacuación de consultas e informes y la supervisión del funcionamiento de la Asesoría Jurídica.

Sin perjuicio de que el protagonismo en la ejecución de las citadas prestaciones lo hubiera ostentado más el Sr. T. B. que la Sociedad contratada, como sostiene el Ministerio Fiscal, lo cierto es que las mismas se circunscriben al ámbito consultivo de asesoramiento, y no trascienden al de la gestión.

En cuanto al contrato de 5 de abril de 1995, por el que F. se hizo con los servicios del Sr. T. B. como secretario, tampoco atribuía al profesional contratado tareas de gestión económico-financiera, sino de redacción de actas, expedición de certificaciones y, como sostiene el Ministerio Fiscal en su recurso, también de asesoramiento jurídico.

A la vista de los citados contratos, la posición jurídica de D. M. T. B. respecto a los hechos aquí enjuiciados es la de una persona contratada por la Fundación, no para intervenir en la adopción y ejecución de acuerdos, sino para organizar los servicios jurídicos de F. y asesorar en Derecho a sus órganos.

La gestión que puede dar lugar a responsabilidad contable consiste en la adopción y omisión de decisiones y en la ejecución de las mismas no se extiende al asesoramiento que en su caso se haya tenido antes de actuar.

Esta Sala ha reiterado sobre este particular en diversas resoluciones como la Sentencia 15/98, de 25 de septiembre, que la condición de gestor de fondos públicos sólo puede concurrir en quien tiene capacidad de disposición sobre ellos, lo que no se da en quien desarrolla una actividad limitada al asesoramiento.

A la vista de lo hasta aquí razonado, puede afirmarse que las funciones encargadas a D. M. T. B. y ejercidas por el mismo para F. no reúnen las condiciones para poder ser encuadradas en el

concepto técnico-jurídico de gestión de fondos públicos, por lo que no cabría apreciar su legitimación pasiva en el presente proceso.

A mayor abundamiento, deben resaltarse sobre esta cuestión dos Sentencias de esta Sala de Justicia.

En primer lugar, la Sentencia 19/04, de 14 de septiembre, que argumenta que *“si no puede probarse que una persona física o jurídica ha gestionado directamente los fondos menoscabados, aun cuando de alguna forma haya sido titular de relaciones jurídicas con el beneficiario de una subvención que hubieran podido contribuir o favorecer la producción del descubierto, no puede ser responsable contable pues no es cuentadante de la subvención percibida”*.

En segundo término la Sentencia 11/2000, de 3 de julio, según la cual, un tercero que recibe indebidamente, de una entidad subvencionada, fondos procedentes de una subvención no tiene legitimación pasiva ante el Tribunal de Cuentas. Quien la tiene es la entidad subvencionada, que es la obligada a justificar la correcta aplicación de los fondos.

Visto que la legitimación pasiva del Sr. T. B. no puede conseguirse por la vía de la condición de gestor de caudales o efectos públicos y de cuentadante respecto a los mismos, queda por resolver si dicha legitimación pasiva podría atribuírsele en concepto de cooperador necesario.

Esta Sala ha tenido ocasión de manifestar, en Sentencias como la 12/04, de 5 de julio, 7/02, de 17 de septiembre y 9/06, de 7 de abril, entre otras, que el “extraneus” no puede ser responsable contable porque no concurre en el mismo la condición de gestor de fondos públicos y de cuentadante respecto a los mismos, aunque su participación en los hechos hubiera constituido una colaboración necesaria en la producción del daño.

El propio Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 17 de abril de 2008, que sigue la Doctrina de la anterior Sentencia del Alto Tribunal de 8 de noviembre de 2006, tiene dicho que: *“sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones y otras ayudas del Sector Público”*.

Se trata de una doctrina del Tribunal Supremo que excluye expresamente al cooperador necesario del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable.

A la vista de los argumentos expuestos, no cabe estimar la pretensión del Ministerio Fiscal de atribuir a D. M. T. B. legitimación pasiva en el presente proceso, ni por la vía de una condición de gestor de fondos públicos que no ha ostentado, ni por la de la figura del cooperador necesario, que no cabe en materia de responsabilidad contable.

SENTENCIA 29/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Para valorar si se han dado los referidos elementos, debe partirse de la condición o calidad jurídica de los tres apelantes a los efectos de la declaración de su responsabilidad contable, y como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución, en

relación al Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia impugnada, DON J. F. M. P. (Presidente de la Sociedad "T. L., S.L."), DON M. P. C.-C. (Secretario), DON E. G. L. (Vocal) y el condenado, pero no apelante DON J. F. G. (Vocal-Gerente) formaban parte del Consejo de Administración cuando tuvieron lugar los hechos, y, por ello, ostentaban la condición de gestores de fondos públicos. Así ha resultado debidamente acreditado que los cuatro tenían atribuido un amplio elenco de facultades de administración, disposición y gestión de la sociedad, y, precisamente por ello, se ha rechazado en el referido razonamiento jurídico la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por los recurrentes sobre la base de la normativa reguladora y doctrina aplicables al caso.

Señala una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, RJ 2005/3157, que estas sociedades públicas "actúan casi como un órgano del ente público, (a modo de gestión directa del propio ente –como mero instrumento jurídico del mismo–), pero, una vez creadas, gozan de personalidad jurídica propia y distinta de la administración territorial (y por consiguiente con patrimonio propio) y actúan en el tráfico jurídico equiparadas al resto de sujetos privados y regidas por el Derecho privado Civil y Mercantil. Asimismo, indica una Sentencia de esta Sala, concretamente la nº 17/07, de 26 de septiembre, en su Fundamento de derecho décimo, que una vez constituidas dichas sociedades, son sus órganos de gobierno los que asumen la responsabilidad sobre su gestión ordinaria, responsabilidad que comprende, en su caso, la contable derivada de daños que pudieran irrogarse por perjuicios a su patrimonio.

Abundando en lo que ya apunta la Sentencia apelada en su Fundamento de Derecho Decimocuarto, la Ley de Sociedades anónimas vigente al tiempo de producirse los hechos litigiosos establece, en su artículo 133.2, que responden solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de suerte, que sólo aparecen exculpados los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél, y así lo señala la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 27/2000, de 18 de enero donde se avala que el precepto invierte la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre los administradores que deben, en consecuencia, alegar y probar las causas de exculpación. Resulta evidente que esta circunstancia no se ha dado, conforme a lo razonado, en la presente litis, y, precisamente, como expresa otra Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo número 138/2002, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho Tercero, el reconocimiento de dicha inversión en este ámbito (se está refiriendo al ámbito mercantil) se ha ceñido a aspectos muy concretos en los que la Ley establece una presunción en contra de los administradores, cual sucede en el art. 133.2 LSA. Por último, resulta esclarecedora, a estos efectos, otra sentencia también de la misma Sala del Tribunal Supremo número 348/1999, de 29 de abril, cuyo Fundamento de Derecho Segundo señala: *"Actualmente los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, regulan con mayor amplitud la exigencia de responsabilidad de los administradores con respecto a la anterior legislación, por cuanto que hoy, el art. 133 de la LSA vigente, de 22 de diciembre de 1989, contiene un tríptico de causas determinantes de responsabilidad que requiere a su vez: 1) conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del*

«facere») en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; 2) la producción del daño y naturalmente; 3) el nexo causal.”.

La regulación en el ordenamiento mercantil de la responsabilidad exigible a los administradores societarios así como a los gerentes de las sociedades mercantiles, interpretada por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, debe, sin embargo, ser observada, y aplicada, por esta jurisdicción contable, asimismo, a tenor del ordenamiento jurídico regulador de la responsabilidad de naturaleza contable e, igualmente, de la jurisprudencia recaída acerca de la misma, pues debe tenerse presente que esta responsabilidad contable se enjuicia por el hecho de tratarse de una sociedad pública cuyos administradores y gestores han manejado fondos de naturaleza pública, ha sido calificada como una subespecie de la responsabilidad civil, y, en este orden, hay que impetrarla a la luz de las Leyes Orgánicas 2/1982 y de Funcionamiento 7/1988, del Tribunal de Cuentas, las cuales fijan un procedimiento jurisdiccional específico de reintegro por alcance así como delimitan la misma como una responsabilidad de carácter subjetivo que exige dolo o culpa o negligencia graves en el gestor o en quien o quienes manejen caudales o efectos públicos, regulando, además, como posibles tipos de responsabilidad contable, la directa (arts. 38.3 y 42 de la citada Ley Orgánica 2/1982), y la subsidiaria regulada en los arts. 38.4, 40 y 43 de la señalada Ley.

En el caso de autos ha resultado probado que los cuatro condenados como responsables contables, y tres de ellos apelantes, incumplieron sus deberes inherentes a sus cargos y atribuciones, ya que los SRES. M. P., P. C.-C., G. L. y F. G., como miembros del Consejo de Administración de la sociedad municipal “T. L., S.L.”, omitieron de forma inexcusable el ejercicio de las funciones de vigilancia y control, propiciando la denominada “culpa in vigilando”, respecto a las salidas de fondos no justificadas de las arcas de la empresa de capital público local. Por ello, deben responder de los daños o perjuicios irrogados a los fondos públicos de la sociedad, de la titularidad exclusiva del Ayuntamiento de M, de forma directa y solidaria.

Pero para llegar a una declaración de responsabilidad contable, deben concurrir, además, otros elementos conforme a las ya citadas exigencias legales y jurisprudenciales; así cabe apreciar que se da el necesario nexo causal entre la aludida conducta omisiva y activa de los apelantes, a tenor de sus facultades gestoras y dispositivas sobre los fondos societarios, y el daño ocasionado en dichos fondos, y es el caso que ninguno de los tres apelantes ha podido probar, de contrario, en el curso de esta litis, algún motivo de exoneración, exculpación o atenuación de su responsabilidad en los hechos, y tampoco este Tribunal ha podido apreciar, en orden a lo que prescribe el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indisponibilidad o dificultad probatoria de alguna naturaleza en el ámbito de los apelantes. Por el contrario, se ha tenido presente la especial condición de los recurrentes, SRES. M. P., P. C.-C. y G. L., en tanto miembros del Consejo de Administración de la Sociedad “T. L., S.L.”, quienes, a tenor de la documental incorporada al proceso y de lo razonado en la sentencia recurrida y en esta misma tuvieron, necesariamente, conocimiento de la fiscalización y posterior procedimiento, pudiendo haber aportado al proceso en su momento oportuno las pruebas correspondientes que, en su caso, les pudieran exonerar de responsabilidad.

Para valorar la diligencia exigible a los apelantes, a tenor de la normativa aplicable al caso pormenorizadamente transcrita en la sentencia impugnada, debe analizarse si los apelantes

SRES. M. P., P. C.-C. y G. L. han podido, o no, demostrar que no intervinieron en la adopción o ejecución de los acuerdos por los que se dio lugar a las salidas de fondos injustificados, o bien que desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron en su momento, todo lo conveniente para evitar el daño, o que, cuando menos, se opusieron expresamente al señalado acuerdo; salvando su voto o bien que delegaron sus poderes, y del acervo probatorio incorporado a la litis, debidamente ponderado por el Juez a quo, y ratificada dicha valoración por esta Sala, no cabe deducir que ninguno de estos tres recurrentes haya probado fehacientemente alguno o varios de los referidos extremos motivadores de una posible exoneración de responsabilidad en los hechos, por lo que ello lleva a esta Sala a calificar su conducta, al menos, como de gravemente negligente en el desempeño de sus cargos de Presidente, Secretario y Vocal del Consejo de Administración Societario, tanto si se observa desde su condición de “ordenados comerciantes” como desde la de “representantes legales” en los términos contemplados, tanto en el ordenamiento jurídico mercantil vigente al tiempo de ocurrir los hechos (artículo 127 de la entonces Ley de Sociedades Anónimas, antes de la modificación operada en virtud de Ley 23/2003, de 17 de julio), como en los propios Estatutos Sociales de la empresa “T. L., S.L.”.

Una vez determinada la condición de gestores de fondos públicos de los apelantes, conforme a la normativa específica del Tribunal de Cuentas, así como la plena aplicabilidad del ordenamiento jurídico mercantil al caso, por remisión expresa del ordenamiento jurídico local regulador de esta modalidad de gestión de los servicios públicos económicos locales, solo cabe corroborar los criterios de imputación ya recogidos en la Sentencia impugnada, basados en la falta de diligencia exigible a los recurrentes, SRES. M. P., P. C.-C. y G. L. En efecto, el ordenamiento jurídico regulador del régimen jurídico que rige esta modalidad de prestación de servicios públicos de la competencia de las Entidades Locales, permite a éstas acudir a la constitución de estas empresas para alcanzar una más eficaz prestación; si bien gozan de personalidad jurídica y se rigen por el Derecho Privado (Civil y Mercantil), no por ello queda su actividad exenta de los controles previstos para el resto de los entes del sector público; así, las mismas forman parte del sector público empresarial desde el punto de vista de su régimen económico-financiero, y se encuentran sometidas a determinadas disposiciones de la Ley General Presupuestaria, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la fiscalización del Tribunal de Cuentas; teniendo presente el peculiar régimen jurídico de este tipo de sociedades constituidas con fondos públicos, para valorar debidamente la responsabilidad contable de quienes manejan sus recursos, debe partirse del reconocimiento a las mismas de personalidad jurídica propia independiente de la Entidad Local, lo cual determina que, una vez constituidas, como bien señala la antes citada Sentencia de esta Sala 17/2007, de 26 de septiembre, serán sus órganos de gobierno los que asuman la responsabilidad sobre su gestión ordinaria (que comprende la contable por daños que puedan irrogarse a su patrimonio), y así la responsabilidad de la gestión del patrimonio empresarial sólo será predicable y exigible de aquél o aquéllos que la tienen legalmente atribuida, por lo que, a la vista de los Estatutos Sociales de la empresa “T. L., S.L.” y de sus acuerdos corporativos, en este caso, de los miembros del Consejo de Administración contra quienes se ha ejercitado la pretensión de responsabilidad contable.

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

En el recurso de los impugnantes, SRES. P. C.-C. y G. L. se apunta a que, en todo caso, nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad subsidiaria. Una vez constatada la omisión en sus deberes sociales por parte de los apelantes, esta Sala no puede sino corroborar los razonamientos y calificación efectuados por la Consejera de instancia, habida cuenta que, a tenor del artículo 42.1, de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se considera responsables directos a quienes ejecuten, fuercen, induzcan a ejecutar o cooperen en la comisión de los hechos o participen con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. En efecto el artículo 38.1 de la Ley citada configura un tipo de responsabilidad derivada del daño al patrimonio público que puede deberse a una conducta activa u omisiva contraria a la Ley; así, en este caso, el grado de participación en los hechos de los apelantes es el característico de la autoría o si se quiere, al tratarse de los Consejeros, ejecución por omisión y, en su caso, cooperación en la realización de los mismos, por lo que lejos de estar ante un abono o salida de numerario falto de justificación en el que los recurrentes no hubieran participado, por estar atribuida dicha función a algún apoderado, la existencia de un saldo deudor injustificado por el importe repetidamente señalado, no hace sino advenir la carencia de toda vigilancia y control imputable directamente a la omisión del cumplimiento de sus deberes propios por tales administradores societarios. Por esta razón, no cabe atribuir menor relevancia jurídica a la negligencia en que incurrieron, que hubiera llevado a apreciar tales conductas omisivas de modo distinto, así como a otra calificación de la responsabilidad contable. Así, una sentencia de esta Sala nº 15/1998, de 25 de septiembre, recoge, sobre esta cuestión, una reiterada doctrina de la misma con el siguiente cuerpo de razonamientos: a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados; b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aún cuando no se sea titular de facultades que incluyan *“la intervención directa en el manejo de numerario”*; c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad directa por acción, sino también por omisión, es decir, *“por no desarrollar la actividad que, estando, incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos...”*; d) La responsabilidad contable puede recaer *“en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos”* y e) *“El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo”*. Concurren por tanto, frente a lo alegado por los apelantes, los elementos precisos para apreciar que ninguno de ellos, apuró los controles y vigilancia necesarios para haber evitado el daño ocasionado por las salidas injustificadas de numerario de las arcas de la sociedad, lo que se conoce jurisprudencialmente como *“agotamiento de la diligencia debida”*.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Vistas, por tanto, la normativa reguladora de la responsabilidad contable por alcance, así como la doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas recaída acerca de la misma, teniendo presente asimismo el ordenamiento jurídico mercantil regulador del régimen de

responsabilidad de los administradores societarios y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída acerca del mismo, no cabe sino concluir que los apelantes, SRES. M. P., P. C.-C. y G. L., en la medida en que no han acreditado, ni documentalmente, ni por cualquier otro medio probatorio, su ausencia de culpa en la producción del daño, no pueden quedar por ello exonerados de responsabilidad contable por los hechos acaecidos. Por el contrario, la conducta de los apelantes merece ser reprobada en esta jurisdicción contable, teniendo en cuenta su especial condición de gestores de fondos públicos a quienes debe exigirse un especial cuidado y diligencia en su gestión y justificación, pues la misma adoleció del rigor y profesionalidad debidos a sus cargos y responsabilidades.

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Las representaciones de D. J. F. M. P. y de D. M. P. C.-C. y D. E. G. L. alegan la excepción de falta de legitimación pasiva. La representación de D. J. F. M. P. señala que su representado pese a desempeñar el cargo de Presidente del Consejo de Administración tenía atribuidas facultades de naturaleza propiamente institucional y formal pero no de gestionar, manejar, administrar o utilizar fondos públicos, por lo que no se le puede considerar “cuentadante”. Por su parte, la representación de D. M. P. C.-C. y D. E. G. L. entiende que la falta de legitimación pasiva está íntimamente ligada a la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido llamados a juicio quienes realmente gestionaban la sociedad, ya que sus representados sólo podían pagar y autorizar aquello que les permitía el Ayuntamiento y no lo que ellos mismos decidían en ese momento. Por su parte, el Ministerio Fiscal entiende que no puede apreciarse esta excepción de falta de legitimación pasiva de los miembros del Consejo de Administración señalando para ello las amplias facultades que tenían reconocidas en los Estatutos Sociales de E., S.L.

Como bien razona la juzgadora de instancia los arts. 38.2 y 43 de la Ley Orgánica 2/1982 y, en especial, el art. 55.2 de la Ley de Funcionamiento 7/1988, establecen que se consideraran legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideraran perjudicadas por el proceso. Señala también que la acción ejercitada contra los miembros del Consejo de Administración se fundamenta en los artículos 42.1, de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en relación con los artículos 133 y 135 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a los que remite el artículo 69 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo. El artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en el momento de producirse los hechos, establece la responsabilidad de los administradores *«frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar el cargo»*.

Los apelantes afirman que su gestión en la sociedad municipal fue meramente formal, ya que no tuvieron a su cargo el manejo o gestión de los fondos públicos. Ahora bien, frente a esta alegación cabe señalar que la aceptación del cargo de administrador social, que es un acto voluntario, conlleva consigo que el administrador no sólo se vea investido de una serie de

facultades de administración y representación de la sociedad, sino también de una serie de obligaciones entre las que se encuentra la de desempeñar el cargo «*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*» (arts. 61.1 LSRL y 17 de los estatutos sociales) lo que conlleva, conforme al artículo 133 LSA antes citado, que sea responsable de los daños que pudieran derivarse de la gestión social.

Pero es que, además, como se indica en la propia sentencia apelada en los Estatutos Sociales de la sociedad E. , S.L. se enumeran las facultades del Consejo de Administración señalando que «*el Consejo de Administración está investido de los poderes más amplios para dirigir, administrar, disponer de los bienes y representar a la Sociedad, pudiendo celebrar toda suerte de actos y contratos aunque entrañen enajenación o gravamen de inmuebles, afianzamiento de negocios ajenos o transacción, sin limitación alguna, salvo los actos que por Ley o estos Estatutos se reserven expresamente a la Junta General*» disponiendo expresamente que deberá «*atender en todo aquello que afecte a la marcha de la empresa, cuya administración se le encomienda*». Por lo tanto, los Estatutos Sociales atribuyen al Consejo de Administración amplios poderes para realizar cualquier acto de gestión y disposición y le hace responsable de la marcha de la empresa.

Tal y como se señaló en la Sentencia de esta Sala de Justicia de 18 de julio de 2007 y que se da aquí por reproducido “*De lo expuesto resulta que el alegar la ausencia de poder decisorio de los miembros del Consejo o el desconocimiento del desenvolvimiento de la gestión social, amén de no resultar verosímil a la vista de la documentación obrante en autos, supone, por parte de los apelantes, reconocer una grave negligencia en el desempeño de su cometido social*”.

Por todo ello cabe concluir que los miembros del Consejo de Administración tienen la legitimación pasiva necesaria para ser parte en el presente procedimiento sin perjuicio de que cuando se analicen las cuestiones de fondo planteadas por las partes se valore si los hechos pueden ser imputados a los condenados en la instancia en los mismos términos. Procede, por ello, desestimar esta excepción de falta de legitimación pasiva, confirmando la sentencia apelada en este pronunciamiento.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

La representación de los señores P. C.-C. y G. L., como ya ha quedado expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que en el presente caso deberían haber sido demandados los miembros del Ayuntamiento de M. encargados de la gestión de los fondos municipales, ya que si éstos no hubiesen autorizado las transferencias del Ayuntamiento a las sociedades mercantiles de éste dependientes y si se hubiesen efectuado los controles necesarios, el daño no se habría causado.

Esta excepción procesal no fue planteada en debida forma en el procedimiento de reintegro por alcance, por lo que sería suficiente para desestimar este motivo de impugnación. No obstante, al haberse planteado esta excepción unida a la alegación de falta de legitimación pasiva ad causam de los apelantes, procede dar por reproducido lo que esta Sala de Justicia ha señalado en otros recursos de apelación relativos a otras sociedades del Ayuntamiento de M. en los que se planteó

esta misma alegación, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 26 de septiembre de 2007 que afirma que:

“La modalidad de gestión directa mediante una sociedad mercantil, cuyo capital pertenece íntegramente a la Entidad Local, como medio técnico de prestación de un servicio público, tiene una honda raigambre en el Derecho Español, como se deduce de los artículos 41, 67 y 89 a 94 del Reglamento de Servicios aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; artículo 85.3.c) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, vigente en el momento en que se cometieron los hechos, y hoy parcialmente modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local; art. 103.1 del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y 147, 148.1 y 149.3 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales, texto legal vigente en el momento de la comisión de los hechos y hoy parcialmente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en relación con el Anexo II, Capítulo 4, Transferencias Corrientes a Empresas de la Entidad Local, Concepto 424 y 440 de la Orden Ministerial de 20 de septiembre de 1989, reguladora de la estructura de los Presupuestos de las Entidades Locales). Su finalidad es la de gestionar, con más eficacia, las actividades industriales, comerciales y de servicios que venía realizando la administración, bien directamente, o mediante determinados organismos autónomos. Cierto es que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 (RJ 2005\3157) dichas sociedades públicas «actúan casi como un órgano del ente público (a modo de gestión directa del propio ente –como mero instrumento jurídico del mismo–), sea éste el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales; y es que desde el punto de vista de su régimen económico-financiero, forman parte del Sector Público y se hallan sometidas a determinadas disposiciones de la Ley General Presupuestaria y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 y a la fiscalización del Tribunal de Cuentas», pero igualmente cierto y especialmente relevante es que, una vez creada, la sociedad pública goza de personalidad jurídica propia y distinta de la administración territorial (y por consiguiente de patrimonio propio) y actúa en el tráfico jurídico equiparada al resto de sujetos privados y regida por el Derecho privado (civil y mercantil).”.

El hecho de gozar de personalidad y patrimonio propio, distinto del de la entidad local, siendo su propietario, no obstante, la propia entidad local, implica que no resulte jurídicamente admisible entender que el órgano de gobierno de la entidad local o sus funcionarios puedan ser considerados como responsables contables de los daños producidos en el patrimonio propio de la sociedad. La atribución de personalidad jurídica, en nuestro derecho, no es algo baladí, sino que está sujeto a rigurosos requisitos y formalidades y produce relevantes efectos en el mundo jurídico. En el ámbito público, la constitución de sociedades mercantiles, a las que se confía la gestión de un determinado servicio público, así como los medios patrimoniales para tal fin, ha de hacerse conforme a la legislación administrativa aplicable, debiendo igualmente constituirse con arreglo a los requisitos previstos en la legislación mercantil. Una vez constituidas, son sus órganos de gobierno los que asumen la responsabilidad sobre su gestión ordinaria (responsabilidad que comprende, en su caso, la contable derivada de daños que pudieran irrogarse por perjuicios a su patrimonio), distinta, en todo caso, de la responsabilidad política. Precisamente, y dado que en este procedimiento no se juzga la responsabilidad política del Pleno

de la Corporación, sino la responsabilidad contable derivada de perjuicios a los fondos públicos de la sociedad, cuyo único titular es la Corporación, sólo puede aparecer como presunto responsable contable aquel que tenía a su cargo la gestión y administración del patrimonio social, cualidad únicamente predicable del Consejo de Administración de E., S.L. De lo expuesto resulta la inviabilidad de intentar traspasar dicha responsabilidad fuera de la Sociedad, sea al Pleno o a cualquiera de los órganos o funcionarios del Ayuntamiento. La responsabilidad de la gestión patrimonial es únicamente predicable y exigible de aquel que la tiene legalmente atribuida (esto es, y a la vista de los Estatutos, el Consejo de Administración y de cada uno de los administradores de forma solidaria), produciendo efectos frente a terceros por su inscripción en el Registro Mercantil; si dicha gestión era –como mantienen los apelantes– puramente formal, pues dichos administradores carecían de poder decisorio alguno, ello, amén de resultar irrelevante frente a terceros (visto la protección que a los mismos otorgan los artículos 7 a 9 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 julio) nos encontraremos, como ya se ha dicho, ante un acto de grave negligencia de los administradores, quienes aceptaron y desempeñaron un cargo (con las facultades y responsabilidades inherentes al mismo) de forma fraudulenta a modo de testaferros.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Así, en primer lugar y respecto de la falta de legitimación pasiva de los declarados responsables contables, los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de DON J. M. P., DON M. P. C-C. y DON E. G. L. coinciden en señalar que sus representados carecían de legitimación pasiva ante esta jurisdicción pues eran administradores de dicha sociedad a título meramente formal e institucional, careciendo de un verdadero poder decisorio en la gestión de la Sociedad municipal, pues se limitaban a ejecutar las instrucciones que recibían del Ayuntamiento de M.

Sin embargo, difieren en el alcance de dicha alegación. Así la defensa de los SRES. P. C-C. y G. L. anudan, a la falta de legitimación pasiva denunciada, la falta de constitución, en instancia, del debido litisconsorcio pasivo necesario. Dicha cuestión fue alegada en el escrito de contestación a la demanda ligada a la excepción de falta de legitimación pasiva, si bien en el acto de la audiencia previa no se le dio el tratamiento previsto en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Argumentan los recurrentes que el hecho de haberse abierto procedimientos separados, respecto de cada una de las sociedades municipales, con el fin de depurar la responsabilidad contable en cada una, desvinculándolas de la Corporación municipal y, consecuentemente, de los responsables municipales supone, a su juicio, crear una ficción jurídica de actuación independiente de los miembros del Consejo de Administración de cada una de las sociedades respecto del Ayuntamiento. Señala, además que los pagos por parte de las Sociedades municipales requerían de transferencias previas de fondos por parte del Ayuntamiento. Y que estas transferencias se realizaban una vez que se justificaba por las Sociedades en qué iban a ser utilizados. Añaden que desde el año 1996 no se aprobaron las Cuentas Generales del

Ayuntamiento de M. Por todo ello entienden que debían haber sido llamados al proceso todas aquellas personas que autorizaron las transferencias de fondos a la Sociedad Municipal, así como de las que ejercieron el control y fiscalización interna sobre dichas transferencias y sobre la propia Sociedad, pues como señala el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, ni se ejerció la función de control financiero, ni se exigió la justificación del empleo dado a las transferencias desde la Tesorería Municipal.

El Ministerio Fiscal se opuso a esta pretensión recordando que los demandados, como miembros del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal, son gestores de fondos públicos y, por tanto, cuentadantes. Señala expresamente que los demandados incumplieron las obligaciones inherentes a su cargo consagradas por la legislación societaria y, concretamente, la obligación de rendición de cuentas y de presentación del balance a la Junta General de Accionistas.

Expuestas ya las alegaciones de las partes debe recordarse que la administración y representación de la Sociedad Municipal «C. de S. L., S.L.» fue confiada –conforme a los artículos 57.1 y 62.2.d) de la Ley 2/1995, reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL)–, a un Consejo de Administración del que formaban parte los SRES. P. C-C., G. L. y M. P. Precisamente por ello, y en su condición de miembros del Consejo de Administración de dicha Sociedad tienen, como bien argumentó la Sentencia apelada, recogiendo la doctrina elaborada por esta Sala de Justicia (Sentencias 18/2004, de 13 de septiembre; 21/2005, de 14 de noviembre; 16/2006, de 24 de julio; 10/2007, de 18 de julio; y 4/2008, de 1 de abril, entre otras), la consideración de cuentadantes ante este Tribunal de Cuentas.

En efecto, los puestos de Presidente, Secretario y Vocal del Consejo de Administración son cargos que implican gestión de caudales o efectos públicos, pues así se establece en la legislación vigente sobre la materia (arts. 57, 61 y 62 de la LSRL), pudiendo incurrir en responsabilidad cuando causen daños por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o sin prestar la diligencia debida y exigible, siendo esto así, no resulta admisible la alegación de que las funciones de los mismos, como miembros de dicho Consejo de Administración, eran puramente formales. En este sentido debe recordarse, en primer término, lo ya señalado en la Sentencia apelada, esto es, que no se ha aportado al procedimiento escritura pública o documento en el que conste la delegación de funciones por el Consejo de Administración en relación con los hechos concretos que han dado origen al presente procedimiento.

En todo caso, y enlazando la falta de legitimación pasiva alegada con la de incorrecta constitución de la relación jurídico–procesal por falta del debido litisconsorcio pasivo necesario alegada por los recurrentes, se hace necesario precisar lo siguiente:

- A. Ninguno de los demandados ha alegado, ni mucho menos probado, desconocimiento de la situación y praxis societaria respecto de los pagos en los que se aprecia responsabilidad contable.
- B. El Consejo de Administración es el órgano que ostenta plena capacidad en lo concerniente a la representación, gestión y decisión de los asuntos societarios, de acuerdo con lo pactado en los estatutos. Por ende, asume la responsabilidad que le es propia. En este mismo sentido, los miembros del Consejo de Administración también tendrían la obligación de responder de los actos que causen perjuicio al patrimonio

societario; y si alguno de dichos miembros entendiere que el Consejo de Administración, como órgano colegiado, no actúa de forma diligente, dicho miembro pudo hacer constar dicha circunstancia en las actas de las juntas del Consejo, lo que tampoco se ha probado en las presentes actuaciones.

- C. En todo caso, ha de recordarse que la falta del debido litisconsorcio pasivo necesario en la constitución de la presente controversia fue alegada por DON M. P. C-C. y DON E. G. L. en relación con la falta de legitimación pasiva de los mismos. A este respecto ha de recordarse que la primera de dichas excepciones —aplicable sin duda en la jurisdicción contable como recuerda esta Sala desde su Sentencia de 18 de diciembre de 2002— no fue alegada como excepción procesal, obviando formular con claridad y precisión la misma, conforme a lo indicado en el artículo 405.3 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y recoge expresamente la Sentencia de esta Sala de Justicia 10/2008, de 28 de mayo. Y todavía es más relevante que, en la audiencia previa, no se planteó, por la representación de los apelantes, dicha cuestión procesal, cuando, ante la oscuridad de la petición del escrito de contestación a la demanda, se encontraba en el momento procesal oportuno para sanear el proceso (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984, 4 de octubre de 1989 y 23 de febrero de 1998, entre otras muchas, y de la Sala de Justicia de este Tribunal de 14 de noviembre de 2003).
- D. La alegación de que los Consejeros de la Sociedad Municipal eran cargos meramente instrumentales, siendo los responsables municipales los verdaderos responsables o gestores de hecho de dicha Sociedad, no resulta acreditada. En efecto, no existe prueba alguna de que los responsables municipales decidieran, al margen o en concurrencia con los responsables de la Sociedad Municipal, abonar los pagos de los que resulta el presunto alcance. Cierto es que el SR. M. P. ejerció responsabilidades en el Ayuntamiento de M., como Concejal y Teniente de Alcalde, desde el 15 de junio de 2001, pero no existe constancia de que los pagos se hubieran realizado siguiendo instrucciones expresas suyas actuando en calidad de miembro de la Corporación, o siguiendo instrucciones de otros órganos municipales.

Sin entrar a valorar, en toda su extensión, tanto desde una óptica de legalidad administrativa como de eficacia y eficiencia económica, el hecho de que el Ayuntamiento de M. acordara la constitución de una serie de Sociedades para la prestación de gran parte de los servicios propios municipales, lo cierto es que dichas Sociedades tenían personalidad jurídica independiente respecto de la propia Corporación o ente matriz. Por ello, al aceptar el cargo de administradores de dicha Sociedad, los SRES. M. P., P. C-C. y G. L. asumieron, junto al derecho a la correspondiente remuneración, una serie de obligaciones —y consiguientes responsabilidades— derivadas de su gestión al frente de dicha Sociedad. En concreto, la de actuar con la diligencia debida en la gestión de los fondos públicos de la Sociedad Municipal. Cualquier contravención de la normativa legal o estatutaria vigente y aplicable, que causara quebranto a los fondos públicos, debía haber sido advertida por los mismos —máxime si esas contravenciones hubieran sido causadas por alguien extraño a la Sociedad, como ahora señalan—, circunstancia ésta de la que no existe constancia alguna.

Tampoco existe constancia –tal y como se sostiene en el recurso de apelación interpuesto por DON M. P. C-C. y DON E. G. L.–, de que los pagos respecto de los cuales resulta el alcance fueran satisfechos mediante transferencias finalistas de la Corporación Municipal y que ésta, por ello, conociera la irregularidad de los referidos pagos. En efecto, no existe prueba documental alguna de que las transferencias, en relación con cada uno de dichos pagos, se hubieran realizado al surgir la obligación de pago y no antes; tampoco existe constancia de la información y documentación que sobre dichos pagos remitieron los administradores de la Sociedad a la Corporación municipal. Por otra parte, y al no tratarse los gastos de las Sociedades de uno previsto en el Presupuesto correspondiente del Ayuntamiento de M., no existía, en dicho Presupuesto de Gasto, ningún crédito destinado a tales finalidades, ni, por ello, debía sujetarse la ejecución de los créditos al procedimiento previsto en los artículos 164 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, de Haciendas Locales, vigente en la época a la que se refieren los hechos, especialmente en las disposiciones relativas a la intervención previa del gasto y el pago.

Por todo ello, no se aprecia la falta del debido litisconsorcio pasivo necesario en la constitución de la litis por no haber sido demandados quienes, desde la Corporación municipal, autorizaron las transferencias a la Sociedad «C. de S. L., S.L.».

- E. Igualmente alegan DON M. P. C-C. y DON E. G. L. la falta del debido litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido llamados a juicio quienes ejercían, de manera efectiva, el control de la Sociedad (el recaudador, depositario, cajero) o de todos aquellos cuya función, en general, estaba relacionada con la administración, manejo o utilización de bienes o caudales públicos.

A este respecto ha de precisarse que la función de control interno prevista en el artículo 194 LRHL tiene una triple acepción, en virtud de la naturaleza de la entidad sobre la que se ejerce, pues puede entenderse como el ejercicio de la función interventora previa, de la función de control financiero, o de la función de control de eficacia. En concreto, respecto de las Sociedades Mercantiles Municipales dicho control se efectúa solamente a posteriori, mediante el control financiero y el de eficacia, excluyéndose el control previo o función interventora.

Y, siendo a posteriori el control, es claro que el Interventor no pudo advertir las presuntas irregularidades en los pagos realizados, (pues no estaban sujetos a intervención previa alguna). Sí estaban sujetas a dicho control previo las transferencias realizadas a dichas Sociedades. Pero el mismo no alcanzaba, a priori, a la legalidad de cada pago asumido por la Sociedad. Dichos pagos habrían de ser objeto, una vez efectuados, del control financiero y de eficacia. Y por si todo ello fuera poco, dicho control contó con las siguientes limitaciones puestas de manifiesto en el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus Sociedades participadas:

1. Las Sociedades Municipales, (incluida «C. de S. L. S.L.»), no elaboraron los Programas de Actuación Inversiones y Financiación previstos en los artículos 149 de la LRHL y 114 del Real Decreto 500/1990, lo que permite una gran discrecionalidad en las actuaciones a acometer por dichas Sociedades y evita el control de la Corporación sobre las mismas.

2. Las cuentas anuales de la Sociedad de los ejercicios 1997 a 2001 se aprobaron en 2003, excediendo ampliamente del plazo legalmente previsto para ello.
3. Hubo graves deficiencias en la llevanza de la contabilidad pues, además de lo expuesto, no se produjo la oportuna legalización de libros; la gestión contable se llevó de forma desorganizada. Por otra parte la Sociedad no respetó, sistemáticamente, los principios de contabilidad aplicables, destacando especialmente que, a fin de ejercicio, y con el fin de presentar una cuenta de pérdidas y ganancias con resultado cero, reflejaba una transferencia pendiente de recibir del Ayuntamiento que coincidía exactamente con el importe de las pérdidas.
4. El Interventor del Ayuntamiento de M. fue suspendido temporalmente de empleo y sueldo, por el Alcalde, el 11 de diciembre de 2000, motivando dicha sanción en presunta deslealtad y uso de documentación, al haber facilitado el funcionario diversa información a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.
5. La mercantil «C. de S. L., S.L.» tuvo que contratar la realización de auditorías de cuentas a profesionales inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. Señala el Informe de Fiscalización aprobado que el objeto de dichas auditorías «fue comprobar si las cuentas anuales ofrecían la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de las sociedades en términos puramente mercantiles que no pueden considerarse sustitutivos del anteriormente referido control financiero».

En definitiva, la pretensión de trasladar al Interventor municipal la responsabilidad contable que pueda derivar de los hechos en los que se aprecie perjuicio a los fondos públicos de la Sociedad no puede ser compartida por esta Sala. En fin, por todo lo ya manifestado, no procede apreciar falta de legitimación pasiva en los apelantes. Ni tampoco puede esta Sala intentando anudar, como hacen los recurrentes, dicha excepción a la de falta de constitución del debido litisconsorcio pasivo necesario, aceptar esta segunda posible excepción. Ni con el Interventor, ni, por cierto, con otra serie de cargos del Ayuntamiento de M., que son citados, con un voluntarismo que debe ser rechazado, por los recurrentes sin aportar elemento o consideración jurídica alguna que posea un mínimo grado de solidez. Máxime cuando, como esta Sala señaló en la citada Sentencia de 18 de diciembre de 2002, si bien es cierto que el litisconsorcio pasivo necesario es instituto jurídico aplicable en esta jurisdicción contable, debe de efectuarse con suma cautela, cuando la relación jurídico–procesal esté indiscutiblemente mal constituida, y, todas estas cautelas deben reforzarse más aún en la segunda instancia, de la que ahora entendemos.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

ANTECEDENTE DE HECHO CUARTO

En la sentencia apelada

.Los representantes legales de Don E. G. L., Don M. P. C-C., Don J. F. M. P. y Don J.A. R. N. interponen la excepción de falta de legitimación pasiva, realizando las alegaciones

anteriormente expuestas, oponiéndose a la misma tanto la parte actora como el Ministerio Fiscal.

En relación con esta cuestión debe seguirse el criterio mantenido en resoluciones anteriores pronunciadas por esta misma juzgadora, entre otras en las sentencias 10/07, 13/07, 16/07 y 19/07, debiendo remitirnos en concreto a los argumentos expuestos en la sentencia 10/07 de 15 de octubre de 2008, que a continuación se reproducen:

“La legitimación pasiva en los procedimientos de responsabilidad contable se regula en el artículo 55.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que considera legitimados pasivos a los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso. En este sentido, conforme consta en las Sentencias de la Sala de Justicia de este Tribunal 14/07, de 23 de julio y 21/05, de 14 de noviembre, “la legitimación ad causam pasiva existe cuando resulta de la demanda la afirmación, respecto de la persona a la que se llama al proceso como demandada, de una cualidad objetiva consistente en una posición o condición en relación con el objeto del mismo, que genera aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto que supone una coherencia o armonía entre dicha cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas; lo que es independiente, por tratarse de un tema preliminar, de si la afirmación es o no fundada, lo que constituye la cuestión de fondo del asunto”.

La jurisdicción de este Tribunal se extiende, desde el punto de vista subjetivo, respecto de todo aquél que, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tenga la obligación de rendir cuentas de los mismos, disponiendo el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, que *“El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejercerá respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”, estableciendo el artículo 38.1 de la misma Ley Orgánica que “El que por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.*

El artículo 49 de la Ley de 7/88, de 5 de abril, en su párrafo primero, señala que *“La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deban rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, por dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”.*

Asimismo, con carácter general, y conforme se argumenta en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia de la Sala de Justicia 10/07, de 18 de julio, del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con el artículo 38.1 de la misma y con el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, se deduce que el concepto de cuentadante debe entenderse en un sentido amplio a los efectos de la responsabilidad contable, de forma que *“todos aquéllos que por su función de ordenador del gasto y pago, interventor, administrador, recaudador,*

depositario, cajero, o que su función esté relacionada con la administración o el manejo o utilización de bienes o caudales públicos pueden ser demandados ante la jurisdicción contable”.

En el caso concreto de las sociedades municipales que adoptan la forma de sociedades de responsabilidad limitada, como la presente, los puestos de Presidente, Secretario y Vocal del Consejo de Administración son cargos que implican gestión de caudales o efectos públicos por dos razones:

- 1) Con carácter general, por la propia Ley 2/1995 de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada. La citada Ley, en su redacción cuando se produjeron los hechos, dispone en su artículo 57, apartado primero, que *“La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración.”*. Respecto de los administradores, el artículo 61 de dicha Ley dispone que *“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”*, y cuando exista un Consejo de Administración, los estatutos establecerán su régimen de organización y funcionamiento (artículo 57), correspondiéndole la representación de la sociedad (artículo 62), si bien los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto, disponiendo el artículo 63 que *“La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.”*.

Finalmente, es el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 2/1995, el que establece la responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, señalando que *“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.*

Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.”.

- 2) Con carácter particular, por las facultades que les son conferidas por los estatutos sociales que rigen las respectivas sociedades, y en su caso, por los poderes otorgados por la sociedad para actividades de gestión económico-financiera (Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de la Sala de Justicia 4/2008, de 1 de abril), no afectando, en principio, la existencia de apoderamientos a favor de otros gestores a la legitimación pasiva de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad, que

pueden haber ostentado a pesar de ello funciones de gestión económico-financiera. (Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia de la Sala de Justicia 10/07, de 18 de julio).

Finalmente, tampoco puede olvidarse en este sentido que la propia Sala de Justicia de este Tribunal, entre otras en Sentencias de 13 de septiembre de 2004, de 14 de noviembre de 2005 y de 24 de julio de 2006, concluye que los administradores de estas Sociedades que manejan fondos públicos pueden incurrir en responsabilidad contable, y que cuando las funciones atribuidas tengan alcance económico-financiero no cabrá eludir la legitimación pasiva alegando que los cargos se ocupaban de una forma puramente formal, sin ejercicio efectivo de actividades de gestión (Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia de la Sala de Justicia 14/07, de 23 de julio).

En el presente caso, la acción ejercitada contra el Gerente y los miembros del Consejo de Administración de la sociedad "P., S.L." se fundamenta en los artículos 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, 61 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo y 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas antes citados.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en la Ley de Sociedades Anónimas y en la de Responsabilidad Limitada, la sociedad municipal "P., S.L." optó como forma de gobierno por la de un Consejo de Administración, siendo designados como miembros del mismo Don J. F. M. P., como Presidente, Don M. P. C-C., como Secretario, y Don E. G. L., como Vocal, quienes aceptaron sus cargos, desempeñando los mismos hasta el 17 de enero de 2002, fecha en que se nombró un nuevo Consejo de Administración, al que incluso siguieron perteneciendo Don M. P. C-C. y Don E. G. L., que cesaron, respectivamente, con fecha 22 de abril de 2002 y 15 de septiembre de 2003.

Afirman los demandados en su condición de miembros del Consejo de Administración de la sociedad municipal que sus cargos eran meramente formales, ya que no tuvieron intervención alguna en la administración de la sociedad, siendo otras las personas que realizaron esta función. Consta efectivamente en autos el nombramiento como Gerente el 14 de febrero de 1992 de Don J. A. R. N., la atribución al mismo de diversas competencias, así como su intervención directa en las actuaciones enjuiciadas, lo que no significa evidentemente que los miembros del Consejo de Administración no debieran desarrollar las que legalmente les correspondían y les fueron atribuidas por los estatutos de la sociedad, sin que conste además acreditado en autos que dichas competencias atribuidas al Gerente fueran una delegación de las del propio Consejo.

Por otra parte, como ya se ha dicho, tanto la normativa aplicable como los estatutos de la empresa dejan clara la trascendencia económico-financiera de las funciones asociadas a los cargos ejercitados por los demandados en la sociedad.

Si a ello le unimos el hecho de que el demandado como Gerente fue nombrado en febrero de 1992, y los miembros del Consejo de Administración en septiembre de 1993, que las irregularidades a que se refiere este proceso se produjeron entre los años 1997-2001, y que ninguno de ellos cesó antes de la finalización de este último ejercicio, conforme consta incluso en sus escritos de contestación a la demanda, cabe concluir que no ha quedado probado por los demandados que fuesen otras personas y no ellos quienes ejercieron la gestión y administración de la empresa.

No cabe duda, de conformidad con lo anteriormente expuesto, de la condición de gestores de fondos públicos de los demandados como miembros del Consejo de Administración y como Gerente de la sociedad municipal P, S. L.

Finalmente, a efectos puramente dialécticos, los administradores de estas Sociedades que manejan fondos públicos pueden incurrir en responsabilidad contable, y que cuando las funciones atribuidas tengan alcance económico-financiero no cabrá eludir la legitimación pasiva alegando que los cargos se ocupaban de una forma puramente formal, sin ejercicio efectivo de actividades de gestión.

Por todo lo anteriormente expuesto, los demandados, en cuanto miembros del Consejo de Administración y Gerente de la sociedad municipal sociedad “P, S. L.” , tienen la condición de cuentadantes y la obligación de responder, cuando concurren los demás requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal, de los daños causados a la sociedad y al Ayuntamiento, al ser una sociedad municipal cuyos fondos tienen el carácter de públicos, procediendo, en consecuencia, desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada.

EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SALA

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOQUINTO

Resta argumentar la atribución a los demandados del menoscabo de los fondos públicos en su condición de miembros del Consejo de Administración y de Gerente recurridos de la Sociedad Municipal “P.S.L.”. Los razonamientos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución resultan aplicables “in totum” a este pago controvertido objeto de impugnación por la Corporación municipal; en efecto, la aceptación de un cargo lleva consigo aparejadas todas las consecuencias y responsabilidad inherentes al mismo y el hecho de pertenecer a un Consejo de Administración supone, para quien acepta este cargo, la asunción de una serie de obligaciones, para cuyo desempeño se le atribuyen facultades suficientes. El artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo, se remite en cuanto a la responsabilidad de los administradores a la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en aquel momento, que en su artículo 133 dispone que los administradores responderán del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Por su parte, el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995 remite, respecto de la delegación de facultades, a lo establecido para las sociedades anónimas, disponiendo el artículo 141 de la Ley de 22 de diciembre de 1989 que en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella, lo que significa que los miembros del Consejo de Administración no deben limitarse a una firma de las cuentas sino que deben proceder a su examen y control de cara a su rendición ante la Junta General. La diligencia que se impone a los administradores es la culpa profesional y específica que obviamente incluye un deber de vigilancia y control que garantice el adecuado funcionamiento de la empresa y la salvaguarda de los derechos de los socios, teniendo en cuenta, a la hora de analizar su conducta, que el artículo

133 de la Ley de Sociedades Anónimas invirtió la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, de tal suerte que, conforme consta en el apartado segundo de dicho artículo, sólo podrán ser exculpados los miembros del Consejo de Administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél.

En el presente caso, la sentencia de instancia consideró acreditados los elementos siguientes:

- a) Consta acreditado en autos que la Sociedad municipal optó como forma de gobierno por la de un Consejo de Administración, siendo designados con fecha 16 de septiembre de 1993, Don J. F. M. P., como Presidente, Don M. P. C-C., como Secretario, y Don E. G. L., como Vocal, quienes aceptaron el cargo.
- b) Los citados miembros del Consejo de Administración son los demandados en el presente proceso, habiendo estado encargados no sólo de la gestión formal de la Sociedad, sino también de la real y efectiva, sin que éstos hayan acreditado la existencia de una delegación de sus funciones en otras personas o que éstas hubieren intervenido en los hechos objeto del presente proceso.
- c) El Consejo de Administración de la Sociedad Municipal “P., S. L.” mantuvo su composición hasta el 17 de enero de 2002, lo que implica que en el período en que se produjeron los hechos, los demandados mantuvieron su condición de Administradores de la Sociedad.

Así, entre las funciones de los demandados, en cuanto miembros del Consejo de Administración, se encontraban las de regular, vigilar y dirigir la marcha de la Sociedad, entre las que cabe incluir las de comprobar los pagos realizados por la Sociedad. Además, tenían capacidad para actuar en bancos y en toda clase de operaciones. Por ello se afirma que no sólo tuvieron que tener intervención y conocimiento del hecho, sino que además debieron vigilar y supervisar los pagos que se realizaban; respecto al SR. M. P., ha podido constatarse, además, que figura como autorizante del pago de la minuta número 92/00, de fecha 8 de mayo de 2000, facturada por el bufete “Del... Abogados” a la Sociedad “C., S. L.”, en la que, a la sazón, ostentaba el cargo de Presidente de su Consejo de Administración; en consecuencia, concurren en la conducta de D. J. F. M. P., D. M. P. C-C. Y D. E. G. L., en su calidad de miembros del Consejo de Administración de dicha Sociedad cuando tuvieron lugar los hechos, todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable por dicho pago, según resulta de una interpretación conjunta que reiteradamente ha venido realizándose en múltiples resoluciones de esta Sala de Justicia, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, la ya referida sentencia de 30 de septiembre de 2009).

Por los mismos argumentos expresados en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución en relación al hecho probado tercero y al fundamento de derecho vigésimo tercero de la sentencia impugnada, el que fuera Gerente de la empresa pública municipal “P., S.L.” está obligado a responder contablemente de estas dos salidas injustificadas de fondos públicos societarios, que han constituido el objeto de los recursos formulados por el Ayuntamiento de M.

y por el Ministerio Fiscal, y ello, una vez ha resultado probada su participación directa en los hechos junto a los señalados miembros del Consejo de Administración.

SENTENCIA 3/2012, DE 28 DE FEBRERO

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

El recurso de apelación formulado por el Letrado de la Comunidad de M. alega, en primer término, que en contra de lo decidido en la Sentencia de instancia, D. Gerardo O. Y. sí tiene legitimación pasiva en el presente procedimiento de reintegro por alcance y que tanto él como el Sr. F. N. son cuentadantes respecto a los fondos públicos a su cargo, por ser gestores de los mismos.

Entiende el apelante que, de acuerdo con los artículos 38.1 y 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y según lo manifestado por el Informe Especial de la Intervención General de la Comunidad de M. obrante en autos, los gestores cuya condición de tales se niega en la Sentencia de instancia eran Director de Estudios de Seguridad y Director de Asuntos Generales y Contratación y, en el ejercicio de sus cargos, manejaron caudales públicos, siendo por tanto cuentadantes respecto de los mismos, y realizaron gastos.

Expone el recurrente que el Sr. O. Y. firmó en concepto de “responsable del departamento” varios desgloses de los gastos por los que se exige responsabilidad, como se desprende de la información incorporada al Tomo II, anexos I, II, IV y XI, del Informe de la Intervención General de la Comunidad de M. También se afirma en el recurso que el Sr. F. N. firmó, igualmente, en concepto de “responsable del departamento” diversos documentos obrantes en los anexos VI, VII y XI del Informe de Control Interno antes aludido.

Según el criterio del apelante, los Sres. O. Y. y F. N. realizaron el cargo de los fondos a través de su firma, pero no pudieron ofrecer la justificación de su correcta gestión y, además, participaron en la autorización de gastos de los que debían rendir cuentas.

La Sentencia apelada considera, en cambio, que ni el Sr. O. Y. ni el Sr. F. N. eran gestores de los fondos públicos perjudicados ni cuentadantes respecto de los mismos, razón por la que ambos debían quedar exentos de responsabilidad contable, si bien a través de dos vías distintas de acuerdo con las circunstancias concretas del proceso, el primero por falta de legitimación pasiva y el segundo por ausencia en su conducta de uno de los requisitos configuradores de la responsabilidad contable.

El tratamiento jurídico de la presente pretensión impugnatoria exige tener en cuenta los siguientes aspectos:

- La regulación jurídica de la legitimación pasiva en los procesos de responsabilidad contable, que se recoge en el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en los siguientes términos: *“Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”*.

- Los criterios que la Doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha ido aportando en su interpretación y aplicación del citado precepto de la Ley 7/1988, de 5 de abril, así como de los requisitos de la responsabilidad contable previstos en el artículo 49.1 de la mencionada Ley:
 - La legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable concurre en quienes “al menos” hayan participado de forma relevante en la gestión económico-financiera de la entidad que dispuso de los fondos públicos a su cargo (Sentencia 7/2006, de 29 de marzo).
 - La condición de gestor de caudales y efectos públicos sólo concurre en quienes los recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen (Sentencia 18/04, de 13 de septiembre).
 - *“La responsabilidad contable resulta exigible en su caso de las personas que tengan a su cargo el manejo o gestión de los caudales públicos, esto es, que resulta básico y esencial que la persona de la que se pretende responsabilidad contable se encuentre a cargo de los fondos públicos menoscabados, lo que supone que ha de acreditarse que dichos fondos le fueron entregados, la falta de constancia suficiente de que determinados caudales o valores fueron encargados a la gestión de alguien o fueron puestos bajo su custodia hace decaer la prosperabilidad de la pretensión de responsabilidad contable”* (Sentencia 1/05, de 3 de febrero).
 - La condición de cuentadante concurre en quien formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores, y también concurre en la persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de fondos públicos, esto es, que de alguna manera se sitúa como un eslabón más en la cadena del ingreso o del gasto público, tomando decisiones en relación con la actividad económico-financiera del Sector Público y debiendo rendir cuenta de su labor (Sentencia 4/2006, de 29 de marzo).
 - Para ser gestor de fondos públicos, aunque no es necesario tener el manejo directo de los mismos, sí lo es, al menos, tener capacidad de decisión sobre su uso (Sentencia 15/1998, de 25 de septiembre).

Pues bien, la aplicación de los criterios jurídicos tanto normativos como de doctrina de esta Sala que se acaban de exponer exige, en relación con el concreto caso enjuiciado, tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) La función de ordenación de gastos y pagos de la Academia de Policía Local de la Comunidad de M. estaba legalmente atribuida al cargo de Director Gerente de la misma (artículo 10.2, e) de la Ley 15/2000, de 21 de diciembre).
- 2) Los Sres. O. Y. y F. N., en su condición de Director de Contratación de Asuntos Generales y de Director de Estudios de Seguridad, respectivamente, cumplimentaron impresos

oficiales de comunicación de gastos mediante los que solicitaron que se les reintegraran determinados gastos que alegaban haber adelantado con sus propios fondos.

- 3) No ha quedado acreditado que los citados directivos hubieran adoptado decisión alguna dentro de los procedimientos de gestión de gastos y pagos relativos a los fondos públicos, sin perjuicio de los abonos que hubieran podido realizar con sus propios fondos particulares.

A la vista de los anteriores extremos, que aparecen en los fundamentos de derecho tercero, cuarto y duodécimo de la Sentencia apelada, y que no han quedado desvirtuados por las alegaciones del recurrente, esta Sala considera que D. Gerardo O. Y. y D. Juan Carlos F. N., en relación con los fondos públicos afectados por el presente proceso, no los manejaban en ninguno de los sentidos previstos en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

Dichos directivos públicos, además, como se ha visto, ni ejercieron funciones de gestión económico-financiera en relación con los gastos y pagos objeto de la controversia procesal, ni estaban a cargo de los fondos menoscabados, ni tenían capacidad efectiva de decisión sobre su uso.

Por lo tanto, al no ser gestores de los caudales públicos perjudicados, tampoco eran cuentadantes respecto de los mismos, por lo que deben considerarse exentos de responsabilidad contable de acuerdo con los requisitos de la legitimación pasiva previstos en el artículo 55.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y con los requisitos de la responsabilidad contable incorporados al artículo 49.1 de dicha Ley, en relación con el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

Frente a esta conclusión no puede prosperar lo alegado por el recurrente respecto a que aparece la firma de los interesados en los documentos de comunicación de los gastos que suscribieron como responsables de sus respectivos departamentos. Aunque es cierto que tales firmas aparecen y que lo hacen asociadas a la identificación del firmante como responsable de su departamento, lo cierto es que los documentos en los que se hallan (que constan en los diversos anexos del Informe Especial de la Intervención General de la Comunidad de M.), no son resoluciones integradas en los procedimientos de gasto y pago propios de la actividad económico-financiera de la entidad, sino que son meras solicitudes de reintegro de cantidades por gastos supuestamente adelantados con fondos privados.

Se trata fundamentalmente de unos formularios oficiales que, bajo la denominación “modelo de comunicación de gastos”, describen ciertos gastos en orden a conseguir su reintegro, pero no implican capacidad de decisión sobre la procedencia o no de dicho reintegro, atribución que quedaba reservada a quien ostentaba las funciones de ordenación de gastos y pagos en la entidad.

De acuerdo con lo expuesto y razonado en el presente fundamento de derecho, no puede prosperar este motivo de apelación esgrimido por el Letrado de la Comunidad de M., debiendo mantenerse la solución aportada por la Sentencia de instancia en cuanto a la exoneración de responsabilidad contable de los Sres. O. Y. y F. N.

SENTENCIA 8/2012, DE 8 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Alega también el recurrente que no concurren los elementos subjetivos para que proceda una declaración de responsabilidad contable basándose en la falta de legitimación pasiva del SR. A.

- La doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de septiembre de 2004, 7 de abril y 24 de julio de 2006) apoyada en jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 6 de octubre de 2004 y 8 de noviembre de 2006) viene señalando que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable comprende, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, no a cualquier persona sino, solamente, a *“quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes contables o efectos públicos”*, ya que, de lo contrario la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Además, dicha tesis aparece corroborada por los artículos 39 y siguientes de la propia Ley Orgánica 2/1982, en cuanto recogen como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así las alusiones a la obediencia debida –artículo 39.1–, al retraso en la rendición de cuentas y a la solvencia de los reparos –artículo 39.2–, y a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionarios –artículo 40–. A mayor abundamiento, el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra *“... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...”*. Pero, siendo todo eso cierto, no lo es menos que el concepto de cuentadante que ha sido defendido, de manera reiterada por esta Sala (ver, por todas, Sentencia 14/05, de 6 de octubre) no queda restringido solo a quien tiene que elevar un documento contable, que sea definido por una norma jurídica con el estricto nombre de *“cuenta”*. Ese formalismo, que ligaría el concepto de cuentadante al de elaborador necesario de una cuenta general o parcial de una entidad pública, vaciaría de gran parte de contenido a nuestra jurisdicción. De lo que se trata, en cada caso, es de analizar si el demandado ante la jurisdicción contable administró, custodió, intervino o recaudó fondos, efectos o caudales públicos. Y tan cuentadante es, ante nuestra jurisdicción, el Presidente de una mercantil pública, o el Alcalde-Presidente de una Corporación municipal, que elevan, ante este Tribunal, un documento contable denominado *“Cuenta”*, a los efectos del ejercicio de la función fiscalizadora, como el Auxiliar de clasificación y reparto de la mercantil pública *“Correos y Telégrafos, S.A.”* que no justifica, debidamente el numerario ligado a un giro postal, como el particular que recibió una subvención y no la justificó en forma debida ante el Órgano concedente; y ninguno de estos últimos colectivos deben, por imperativo legal, elaborar ante el Tribunal de Cuentas un documento contable denominado *“cuenta”*.

Aplicado todo ello al supuesto que nos ocupa, hay que recordar que DON MIGUEL ÁNGEL A. G. era jefe de servicio del Laboratorio público de H. M.-P. y, a la vez, gestionaba, administraba y representaba a otro laboratorio privado a través de una mercantil privada. También ha quedado acreditado el uso de medios materiales y personales del Laboratorio público para la realización de análisis de muestras procedentes del Laboratorio privado, y que hubo reactivos y materiales del Laboratorio público que se trasladaron al privado. Es decir, el recurrente tenía a su cargo una serie de medios públicos, materiales y personales, que le fueron entregados para una finalidad también pública; tenía la disposición de los mismos, era responsable de ellos y debía dar cuenta de los mismos y, sin embargo, los utilizó para otras finalidades distintas de carácter particular. Se puede afirmar que el recurrente tenía la administración, custodia, manejo y utilización de los bienes, caudales o efectos públicos de los que debía dar cuenta y cuya correcta utilización era responsabilidad suya; y, sin embargo, esos recursos públicos fueron destinados a otras finalidades particulares, por lo que concurren en su persona los elementos subjetivos exigidos por la Ley para que proceda una declaración de responsabilidad contable. Y es que esta jurisdicción no queda restringida, ni a juzgar sólo a quien deba rendir “formalmente” una cuenta, ni a quien administra o custodia dinero efectivo. Y entiende, y debe entender, como ha manifestado reiteradamente, de las acciones y omisiones de todos aquellos que tienen a su cargo la administración, manejo o custodia de fondos, efectos o caudales públicos. Es decir, de toda clase de fondos, caudales o efectos públicos. Por tanto, también de material sanitario comprado con dinero público.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Alega también la recurrente la ausencia de los requisitos configuradores de la responsabilidad contable. Niega que concurren, en los hechos objeto de enjuiciamiento, ni una sola de las exigencias configuradoras de la responsabilidad contable. El recurso argumenta la inexistencia de todas ellas y, extensamente, sobre lo que considera una vulneración del artículo 59 de la Ley 7/1998, que exige que los daños determinantes de responsabilidad contable sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

A este respecto, la Sentencia de instancia, después de razonar la existencia de un alcance en el Fundamento de Derecho Quinto, considera, en los Fundamentos de Derecho Séptimo a Duodécimo, la concurrencia de los elementos configuradores de la responsabilidad contable. La resolución impugnada concluye que estos elementos concurren en los hechos objeto de enjuiciamiento y que el alcance, descrito y cuantificado en el Fundamento de Derecho Sexto, da lugar a la existencia de responsabilidad contable directa del recurrente.

- Frente a estos razonamientos, el recurso de apelación se limita a hacer una invocación genérica, negando que concurren en los hechos objeto de enjuiciamiento ni una sola de las exigencias configuradoras de la responsabilidad contable; ello obliga a esta Sala a hacer, siquiera brevemente, una revisión de los razonamientos y las normas jurídicas aplicadas en esta materia por la Sentencia recurrida. La doctrina de esta Sala es unánime al exigir la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contable para declarar su existencia. Las notas configuradoras de este tipo de responsabilidad resultan de una interpretación conjunta que, reiterada y

unánimemente, se ha hecho en múltiples resoluciones de esta Sala de Justicia (por todas, las Sentencias de 20 y 21 de julio de 2011), de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal: «a) *Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos; b) que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público; d) que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; e) que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido».*

Ya se ha razonado en el Fundamento de Derecho anterior que DON MIGUEL ÁNGEL A. G. reunía los elementos subjetivos exigidos por la Ley para que proceda una declaración de responsabilidad contable, ya que era Jefe de Servicio del Laboratorio público de H. M.–P. y tenía a su cargo los medios públicos, materiales y personales que, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada en primera instancia, utilizó para otras finalidades distintas, de carácter particular; por lo tanto, se puede afirmar que los hechos enjuiciados constituyen acciones u omisiones atribuibles a una persona que tenía a su cargo el manejo de los bienes públicos que resultaron perjudicados.

- Por otro lado, se exige que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. La doctrina de esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia de 26 de julio de 2004) ha venido señalando que si la gestión de intereses ajenos demanda del gestor una especial diligencia en las decisiones adoptadas, y un deber de rendir cuentas de lo actuado justificando, en su caso, los desembolsos que ha sido necesario hacer y las aplicaciones realizadas, cuando dicha gestión de lo ajeno se refiere al campo de lo público la diligencia exigible a quién la realiza adquiere connotaciones especiales en la medida en que el interés público y su satisfacción se involucran en la actividad del gestor. En este caso, la actuación de éste último se debe someter, no sólo a las reglas de la buena fe y de la prudencia y diligencia debidas, sino también al principio de legalidad que supone el sometimiento de las actuaciones gestoras a las leyes y reglamentos que las ordenan, estando limitado al ámbito discrecional del que lo realiza por los elementos reglados que circundan las decisiones de gestión. En el indicado contexto de legalidad, los que manejan bienes, caudales y efectos públicos tienen la obligación de proceder a la rendición de cuentas, lo que no es más que la actividad explicativa de la aplicación dada a los caudales públicos manejados. Por eso no pueden aceptarse las argumentaciones del recurrente señalando que él no tenía responsabilidad porque no tenía la capacidad de compra del material y porque no se conservan los albaranes, facturas y otros documentos o cuentas de donde se

desprenda su responsabilidad. Las personas encargadas de la compra del material y de explicar la aplicación de los fondos utilizados para ello cumplieron sus funciones adquiriendo los medios públicos que se pusieron a disposición del SR. A., y fue la utilización realizada por el recurrente de esos medios públicos que manejaba la que dio lugar a un perjuicio de manera que, de acuerdo con los hechos considerados probados en primera instancia, no pudo rendir cuentas adecuadamente de ellos en ese sentido amplio al que nos hemos referido, es decir, realizar la actividad explicativa de la aplicación dada a los bienes públicos que manejaba.

También coincidimos con la Sentencia apelada en que el uso de medios materiales y personales del Laboratorio público para la realización de análisis de muestras procedentes del privado, y ya más en concreto, la utilización de reactivos y materiales del Laboratorio público que se trasladaron al privado, suponen una vulneración de la normativa, que deriva de una actuación dolosa del recurrente. Así, únicamente resta por analizar la argumentación del que considera que se produjo una vulneración del artículo 59 de la Ley 7/1998, que exige que los daños determinantes de responsabilidad contable sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos. Sobre este particular hay que decir, en primer lugar, que el daño que deriva de los hechos que se enjuician en este procedimiento, se puede calificar como efectivo, evaluable económicamente e individualizado, ya que los recursos públicos desviados tienen, claramente, un valor económico concreto. Por eso, no se puede discutir el carácter del daño, que cumple todos los requisitos del artículo 59 de la Ley 7/1998 sino, si acaso, su cuantificación. Y este tema nos remite a una cuestión ya tratada en esta apelación, la valoración de la prueba realizada en primera instancia, por lo que es necesario reiterar que ésta es, en principio, una competencia de la Sentencia de instancia, cuyo juicio valorativo concluyó que la prueba practicada aportaba unos criterios objetivos y concretos que permitían una cuantificación del alcance y que, aunque no era posible identificar los reactivos y demás materiales concretos del Hospital Público que fueron indebidamente aportados al laboratorio privado, podía cuantificarse el daño causado comparando los gastos realizados en dichos suministros en el período en el que ocupaba su puesto el SR. A. G. con los satisfechos en el posterior período en el que dicho facultativo ya había dejado de prestar servicios en el citado laboratorio público y obtuvo, con base en la prueba que consideró adecuada, la cuantía del alcance.

2. Diligencia exigible ¹³

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEGUNDO

Es doctrina reiterada de esta Sala de Justicia, por todas, sentencia de 16 de enero de 2007 que *“En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas que incumbe a todo gestor de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprochable”*. La culpa o negligencia consiste, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil *“en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*, y tal y como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de marzo de 1994 existe una conducta culposa *“a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”*.

Ya ha quedado expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución que no cabe estimar la alegación de los apelantes de que el cargo que desempeñaban era meramente formal. La responsabilidad que se les imputa deriva precisamente de su participación en los hechos, siendo esta participación directa en algunos casos, como por ejemplo la de D. J. F. M. P. que según la declaración de los testigos D. C. y D.F. fueron contratados y recibían órdenes directas de él, o la de D. M. P. C.-C. cuya firma como Gerente aparece en la mayoría de los pagos por los que

¹³ Por estar directamente relacionado con la diligencia exigible, debe apuntarse aquí una referencia a la clasificación entre responsabilidades directas y subsidiarias; al respecto, C. Rosiñol (*C. Rosiñol Vidal, La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos, Ed. Civitas, 1994, págs. 99,100*), señala que la interpretación que se impone para poder explicar de forma coherente la clasificación establecida en los arts. 42 y 43 de la LOTCu., es partir de las clasificaciones propias de la responsabilidad aquiliana o responsabilidad civil extracontractual que realizan los profesores Díez-Picazo y Gullón (en su Sistema de Derecho Civil, Ed. Tecnos, Vol. II, 1982, pág. 604). En éste ámbito se diferencia por un lado entre responsabilidad directa e indirecta, y por otro, entre responsabilidad principal y subsidiaria. Respecto a la primera clasificación, los mencionados autores consideran que *“es directa la responsabilidad que se impone a la persona causante del daño. Es la responsabilidad del autor o autores del evento dañoso. Por consiguiente es siempre una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce siempre que el resarcimiento se impone a una persona que no es causante del daño. Es una responsabilidad por hechos ajenos”*. Respecto a la segunda clasificación (responsabilidades principales y subsidiarias) los autores citados señalan: *“Se puede distinguir una responsabilidad principal y otra subsidiaria. Esta distinción se funda en el modo como se escalonan los derechos del perjudicado y las obligaciones de los responsables. La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. La responsabilidad es subsidiaria cuando el deber impuesto al que es responsable principal, no existe o no se cumple o no se puede cumplir”*.

se ha declarado responsabilidad contable. Pero la responsabilidad que se imputa a los miembros del Consejo de Administración también es por la omisión de la diligencia debida en el desempeño de sus funciones ya que es innegable que si se hubiesen adoptado por éstos en el ejercicio de su función de control y rendición de cuentas, las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos, podría haberse evitado que se hubieran producido estos daños. Esa omisión en la diligencia exigible a los administradores de una sociedad que maneja fondos públicos dio lugar a la realización de pagos sin título justificativo alguno.

La representación de D. M. P. C.-C. y D. E. G. L. señala que los daños se causaron porque por parte del Ayuntamiento no se ejercieron los controles necesarios para la adecuada gestión de la sociedad. Lo cierto, sin embargo, es que lo que determina la responsabilidad contable de los apelantes es el concreto contenido de su actividad profesional y la relación específica de ésta con los hechos generadores del alcance, y ello con independencia de la mayor o menor corrección de las conductas ajenas. En este sentido cabe citar la doctrina de esta Sala de Justicia en Sentencias como la de 24 de julio de 2006 o la de 28 de mayo de 2008, en las que se dice que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias. Cabe concluir que las irregulares actuaciones imputadas por la representación de los Sres. P. C.-C. y G. L. a terceros, ni afectan a su condición de gestores de los fondos públicos menoscabados, ni atenúan el grado de negligencia que impregnó su conducta, ni interrumpen el nexo causal entre ésta y los daños y perjuicios producidos.

Como consecuencia de lo expuesto procede desestimar este motivo de impugnación y confirmar la sentencia apelada en cuanto a la declaración de los miembros del Consejo de Administración como responsables contables directos del alcance ocasionado a los caudales públicos de sociedad E., S.L.

SENTENCIA 31/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

En relación con la diligencia exigible a los gestores de fondos públicos, esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones, por todas la sentencia 1/2007, de 16 de enero, que en su fundamento de derecho décimo afirma: “En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas que incumbe a todo gestor de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 1994, considera que es culposa una conducta que genera un resultado socialmente dañoso y que, por ser contraria a los valores jurídicos

exteriorizados, es objeto de reprobación social. Esta Sala de Justicia, por su parte, en diversas resoluciones (por todas, Sentencia 16/04, de 29 de julio), tomando como referencia el carácter socialmente dañoso que supone el menoscabo a la integridad de los fondos públicos, ha manifestado que al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones”.

Asimismo, la Sala de Justicia afirma, entre otras, en la Sentencia 12/2006, de 24 de julio, que “La diligencia exigible al gestor de fondos públicos es al menos la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el citado artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien no puede olvidarse que el concepto de culpa ha ido evolucionando en la jurisprudencia, así entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 (RJ 1998,2388), “hacia un sistema que, sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones casi objetivas” y, es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, bien presumiendo culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable o bien, exigiendo una diligencia específica más alta que la reglada.

Es decir, para responsabilizar por una determinada conducta causante de un daño deben tenerse en cuenta no sólo las circunstancias personales de tiempo y de lugar del agente “sino también el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios” (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995; RJ 1995/9616), en cuanto, existe conducta culposa “a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”, (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994).

La actuación de los recurrentes en el desempeño de su labor no responde desde luego a esta especial diligencia exigible a los gestores de fondos públicos. La representación de los apelantes considera que es una conducta más prudente y cuidadosa la de intentar el cobro de los valores que la de darlos por prescritos, ya que la declaración de prescripción no competía a sus representados sino al Tesorero y al Interventor. Sin embargo hay que recordar que en el ámbito tributario la prescripción se aplica de oficio, de manera que la prescripción ganada extingue la deuda tributaria y no hay ya posibilidad de intentar el cobro. Precisamente fue la ausencia de actuaciones de los recaudadores dirigidas al ingreso de las cantidades lo que motivó que transcurriera el plazo de prescripción, sin que los encargados del cobro comunicaran esta circunstancia a los responsables del Ayuntamiento. Por el contrario, continuaron incluyendo los valores ya prescritos entre los que se encontraban pendientes de pago lo que impide que esta conducta consciente pueda ser calificada como un simple error.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Pero para llegar a una declaración de responsabilidad contable, deben concurrir, además, otros elementos conforme a las ya citadas exigencias legales y jurisprudenciales; así cabe apreciar que se da el necesario nexo causal entre la aludida conducta omisiva y activa de los apelantes, a tenor de sus facultades gestoras y dispositivas sobre los fondos societarios, y el daño ocasionado en dichos fondos; ninguno de los apelantes ha podido probar, de contrario, en el curso de esta litis, algún motivo de exculpación o exoneración o atenuación de su responsabilidad en los hechos; tampoco este Tribunal ha podido apreciar, en orden a lo que prescribe el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indisponibilidad o dificultad probatoria de alguna naturaleza en el ámbito de los apelantes; por el contrario, se ha tenido presente la especial condición de los recurrentes, los SRES. M. P., G. L. y P. C-C., en tanto miembros del Consejo de Administración de la Sociedad "P, S.L.", quienes, a tenor de la documental incorporada al proceso (entre otra, integrada por el expediente correspondiente al procedimiento de fiscalización del Ayuntamiento de M. y de las Sociedades Mercantiles participadas por el mismo, ejercicios 2000 a 2001) tuvieron concreto conocimiento desde su inicio de los hechos por los que se ha seguido este proceso, y en consecuencia la posibilidad de ejercer en tiempo y forma la tutela de sus derechos.

Para valorar por todo lo visto la diligencia exigible a los apelantes, a tenor de la normativa aplicable al caso pormenorizadamente transcrita en la sentencia impugnada, debe analizarse si los apelantes han podido o no demostrar que no intervinieron en la adopción o ejecución de los acuerdos por los que se dio lugar a las salidas de fondos injustificadas, o bien que desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron en su momento todo lo conveniente para evitar el daño, o que, cuando menos, se opusieron expresamente al señalado acuerdo; salvando su voto o bien que delegaron sus poderes; del acervo probatorio incorporado a la litis, debidamente ponderado por el Juez a quo, y ratificada dicha valoración por esta Sala, no cabe deducir que ninguno de estos recurrentes haya probado fehacientemente alguno o varios de los referidos extremos motivadores de una posible exoneración de responsabilidad en los hechos; ello lleva a esta Sala a calificar su conducta, al menos, como de gravemente negligente en el desempeño de sus cargos, el SR. M. P. como Presidente, el SR. G. L. como Vocal y el SR. P. C-C. en su condición de Vocal-Secretario del Consejo de Administración societario, tanto si se observa desde su condición de "ordenados comerciantes" como desde la de "representantes leales" en los términos contemplados tanto en el ordenamiento jurídico mercantil, vigente al tiempo de ocurrir los hechos (artículo 61 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y artículo 127 de la entonces Ley de Sociedades Anónimas, antes de la modificación operada en virtud de Ley 23/2003, de 17 de julio), como en los propios Estatutos sociales de la empresa "P. 2000, S. L."

En efecto, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia recurrida señala el ordenamiento jurídico aplicable, en materia de responsabilidad contable, a los miembros de los Consejos de Administración de este tipo de sociedades de capital público, que debe quedar circunscrita a aquellas acciones u omisiones causantes del daño, si bien también puede originarse por una falta de diligencia exigible a un ordenado empresario o comerciante, y/o, a un representante leal; el

concepto de “comerciante ordenado” sustituye, por otra parte, en el ámbito mercantil, al del “buen padre de familia”, que es el prototipo de la diligencia en materia civil (art. 1.104 del Código Civil); y el de “representante leal”, alude a un deber de fidelidad que impone al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que representa.

Abundando un poco más en los razonamientos jurídicos de la Sentencia apelada en méritos a juzgar la conducta de los apelantes, debe significarse que el ordenamiento jurídico local regulador de este tipo de sociedades municipales (art. 85.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; art. 103 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado en virtud de Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto de 17 de junio de 1955 (arts. 89 a 94 y 103), en nada altera el referido régimen jurídico regulador de la responsabilidad societaria; así, preceptúan que las compañías mercantiles locales se regirán con arreglo al ordenamiento mercantil en cuanto a su constitución y actuación, siendo ésta una modalidad más de desarrollo por las Corporaciones Locales de los servicios económicos de su competencia (conocida como “municipalización de servicios”); esta gestión directa de servicios en régimen de empresa privada, sólo presenta como límite el de la aplicación de la reglamentación local en materia de organización y funcionamiento al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos de la Junta General de la empresa, y ello por cuanto la señalada normativa local atribuye a la Corporación Local interesada, en este caso, al Ayuntamiento, la asunción de las funciones propias de dicho órgano societario. En efecto, a tenor del Reglamento citado, la Corporación será propietaria exclusiva del capital de la empresa, cuya dirección y administración estará a cargo de los siguientes órganos: 1º La propia Corporación interesada, que asumirá las funciones de Junta General, 2º El Consejo de Administración y 3º La Gerencia. Los Estatutos de la empresa son los que determinan la competencia de cada uno de dichos órganos así como la forma de designación y el funcionamiento del Consejo de Administración y la Gerencia. El artículo 94 del Reglamento establece precisamente que el Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta General y al Gerente.

Una vez determinada la condición de gestores de fondos públicos de los apelantes, conforme a la normativa específica del Tribunal de Cuentas, así como la plena aplicabilidad del ordenamiento jurídico mercantil al caso, por remisión expresa del ordenamiento jurídico local regulador de esta modalidad de gestión de los servicios públicos económicos locales, sólo cabe corroborar los criterios de imputación ya recogidos en la Sentencia impugnada, basados en la falta de diligencia exigible a los recurrentes, que es la propia de un ordenado empresario y representante leal. En efecto, el ordenamiento jurídico regulador del régimen jurídico que rige esta modalidad de prestación de servicios públicos de la competencia de las Entidades Locales, permite a éstas acudir a la constitución de estas empresas para alcanzar una más eficaz prestación; si bien gozan de personalidad jurídica y se rigen por el Derecho Privado (Civil y Mercantil), no por ello queda su actividad exenta de los controles previstos para el resto de los entes del sector público; así, las mismas forman parte del sector público empresarial desde el punto de vista de su régimen

económico-financiero, y se encuentran sometidas a determinadas disposiciones de la Ley General Presupuestaria, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la fiscalización del Tribunal de Cuentas; teniendo presente el peculiar régimen jurídico de este tipo de sociedades constituidas con fondos públicos, para valorar debidamente la responsabilidad contable de quienes manejan sus recursos, debe partirse del reconocimiento a las mismas de personalidad jurídica propia independiente de la Entidad Local, lo cual determina que, una vez constituidas, como bien señala la antes citada Sentencia de esta Sala 17/2007, de 26 de septiembre, sean sus órganos de gobierno los que asuman la responsabilidad sobre su gestión ordinaria (que comprende la contable por daños que puedan irrogarse a su patrimonio); así, la responsabilidad de la gestión del patrimonio empresarial sólo será predicable y exigible de aquél o aquéllos que la tienen legalmente atribuida; (a la vista de los estatutos sociales de la empresa “P, S.L.” y de sus acuerdos corporativos, en este caso, de los miembros del Consejo de Administración contra quienes se ha ejercitado la pretensión de responsabilidad contable).

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Los impugnantes, SR. M. P., y, por adhesión, los SRES. G. L. y P. C-C. combaten, tanto la declaración de su responsabilidad contable en los hechos como la calificación de la misma como responsabilidad directa y solidaria, verificada por el órgano “a quo”; para llegar a dicha declaración, según razonan en el Fundamento de Derecho Sexto y vigésimo tercero de la Sentencia apelada, se parte de la condición de los apelantes como gestores de fondos públicos, analizando el elenco de facultades atribuidas a los mismos estatutariamente que comportaban un apoderamiento para dirigir y vigilar la actividad de la sociedad; asimismo, se fundamenta su ausencia de control en la gestión económica societaria en cuanto los mismos no han podido justificar, en modo alguno, determinados pagos realizados; por ello, esta Sala no puede sino corroborar los razonamientos y calificación efectuados por la Consejera de Instancia, habida cuenta que, a tenor del artículo 42.1, de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se considera responsables directos a quienes ejecuten, fuercen, induzcan a ejecutar o cooperen en la comisión de los hechos o participen con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. En efecto el artículo 38.1, de la Ley acabada de citar configura un tipo de responsabilidad derivada del daño al patrimonio público que puede deberse a una conducta activa u omisiva contraria a la Ley; así, en este caso, el grado de participación en los hechos de los apelantes es el característico de la autoría o si se quiere, ejecución por omisión y, en su caso, cooperación en la realización; en efecto, la carencia de toda vigilancia y control imputable directamente a la omisión del cumplimiento de sus deberes propios por tales administradores societarios confiere relevancia jurídica a la negligencia en que incurrieron; en este sentido, una sentencia de esta Sala nº 15/1998, de 25 de septiembre, recoge, sobre esta cuestión, una reiterada doctrina de la misma con el siguiente cuerpo de razonamientos: a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados; b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aún cuando no se sea titular de facultades que incluyan “la intervención directa en el manejo de numerario”; c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad directa por acción, sino también por omisión, es decir, “por no desarrollar la actividad que, estando, incluida dentro de las funciones

de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos...”; d) La responsabilidad contable puede recaer “en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos” y e) “El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo”. Concurren por tanto, frente a lo alegado por los apelantes SRES. M. P., G. L. y P. C-C., los elementos precisos para apreciar que ninguno de ellos, apuró los controles y vigilancia necesarios para haber evitado el daño ocasionado por los pagos injustificados de numerario con cargo a las arcas de la sociedad lo que se conoce jurisprudencialmente como “agotamiento de la diligencia debida”. Se ha producido, por último, una contravención del ordenamiento jurídico regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que es de aplicación a este tipo de sociedades de capital exclusivamente de titularidad municipal.

En cuanto al SR. R. N., no puede prosperar tampoco su pretensión de exoneración de responsabilidad contable directa en los hechos, habida cuenta que el mismo tuvo directa intervención en los pagos irregulares injustificados y en la propia gestión societaria, formalizando los contratos, administrando los fondos y percibiendo por diversos conceptos cantidades indebidamente satisfechas; así se deduce de la prueba ponderada acerca de su actuación en los hechos recogida en el ordinal tercero de la sentencia recurrida en relación al fundamento de derecho vigésimo tercero, el cual debe incardinarse, sin ambages, en la calificación de su participación como responsable contable directo en concepto de autor a tenor del artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo.

SENTENCIA 6/2012, DE 27 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

- Hay que comenzar afirmando que, como ha señalado reiteradamente la doctrina de esta Sala de Justicia (por todas Sentencia de 19 de diciembre de 2011), la regla general es que la valoración de la prueba, llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional, sea competencia del juzgador de instancia; y por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no puede oponérsele sin más, ni mucho menos prevalecer, lo que son meras alegaciones de parte. La sentencia recurrida razona, muy detalladamente, como valoró la prueba practicada para concluir que, a la vista de la misma, la demandada no actuó con la diligencia que le era exigible como gestora de los fondos públicos; y tampoco adoptó las medidas de control correspondientes a la función que venía desarrollando. En su Fundamento de Derecho Decimotercero, la sentencia apelada va concretando los actos negligentes que considera probados. Y se atribuye a la recurrente negligencia grave en el ejercicio de sus funciones pues, como se señala en la sentencia recurrida, no sólo no efectuó un recuento diario del dinero metálico que existía en la oficina –extremo necesario para poder llevar la contabilidad al día– sino que en realidad no sabía el dinero que había en la caja fuerte de la oficina de cuya guarda y custodia ella era la única responsable. De acuerdo con la valoración de la prueba contenida en la sentencia de instancia, la recurrente se dio cuenta de que faltaba dinero

porque el montón de billetes que apilaba en la caja era más pequeño y, además, habiendo sido advertida de que no hubiera en la caja fuerte más de 200 euros, y de que todo el dinero que se recaudara en el día se ingresara en las entidades bancarias, el día 23 de agosto de 2005, cuando se le entregó un sobre que contenía 2.188 euros, aunque estaba de vacaciones, se hizo cargo del dinero que se le entregaba, y, en lugar de actuar según se le había ordenado, lo dejó en una carpeta en un cajón cerrado, cajón del que había dos llaves, una en poder de la funcionaria administrativa que, según ella misma había reconocido, no le inspiraba confianza. Es decir, con apoyo en criterios de crítica racional, la sentencia de instancia concluye que la recurrente no sólo no custodió debidamente los fondos de los cuales era responsable, incumpliendo las instrucciones que se le habían dado, sino que tampoco aplicó la diligencia debida para evitar que los fondos públicos no fueran sustraídos.

Esta valoración de la prueba contenida en la sentencia de instancia no se puede alterar como consecuencia de la documental admitida en la apelación. En esta segunda instancia se admitieron como prueba documental dos Autos de sendos Juzgados de Instrucción de Mataró, y el contenido de seis declaraciones prestadas por distintos testigos ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Mataró. Por lo que se refiere al Auto de 4 de abril de 2011, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Mataró, que es el que afecta a la recurrente y por el que se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales contra DOÑA NURIA P. R. y contra DON JOSÉ MARÍA L. P., esta circunstancia resulta irrelevante a los efectos de este recurso, ya que a la recurrente en ningún momento le ha sido imputado el apoderamiento de cantidad alguna, sino una actuación gravemente negligente en el desempeño de sus funciones, cuestión esta sobre la que el Auto que se invoca no contiene pronunciamiento alguno y, por lo tanto, en absoluto contradice las valoraciones sobre la prueba realizadas por el juzgador de instancia. Y las seis declaraciones prestadas por distintos testigos ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Mataró tampoco permiten alterar –sino que más bien refuerzan– las conclusiones a las que llegó la juzgadora de instancia. En efecto, en estas declaraciones se pone de manifiesto la existencia de importantes deficiencias en los procedimientos de manejo y control de los fondos públicos municipales, sin que haya referencia alguna a posibles medidas adoptadas por la ahora recurrente, que permitieran apreciar que aplicó la diligencia debida para evitar esa situación de descontrol en la que los fondos públicos fueron sustraídos, ni ningún otro dato que contradiga la valoración de la prueba realizada en primera instancia.

Todo lo anterior se completa con la consideración, también realizada por la juzgadora de instancia, de que esta Sala de Justicia ha ido consolidando la doctrina (por todas sentencia de 2 de marzo de 2010) de que es exigible al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable; incluso, se debe exigir un “plus” de diligencia en aquellos casos en que se dan deficiencias organizativas o falta de medios, en evitación de lesiones dañosas o perjudiciales al erario público, lo que tradicionalmente se conoce en la jurisprudencia como “agotamiento de la diligencia debida”. En esta situación se deben extremar especialmente las precauciones y, en consecuencia, reforzar la diligencia aplicable a la gestión concreta de que

se trate, comunicar a los órganos competentes las deficiencias organizativas detectadas y desplegar medidas para paliar los daños derivados de la deficiente organización, cuestiones estas que no se apreciaron al valorar la prueba practicada en primera instancia y tampoco se pueden apreciar, por la prueba practicada en segunda instancia, en la manera de proceder de la recurrente.

SENTENCIA 15/2012, DE 20 DE JUNIO

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Como razonó la sentencia impugnada en su fundamento de derecho tercero, las entonces demandadas (SRAS. L. R. y M. P.) no discutieron sobre la existencia del descubierto (alcance), como tampoco lo hace ahora la apelante, SRA. L- R.; así, la controversia queda constreñida, igual que aconteció en la primera instancia, a la verificación de la concurrencia o no del elemento subjetivo (culpa o negligencia grave), una vez descartado el dolo intencional, en la actuación de la impugnante, así como a la pedida moderación de su responsabilidad contable, en caso de apreciarse la presencia de aquel elemento culpabilístico.

La convicción sobre la negligente actuación de la impugnante la obtuvo el Consejero de instancia tras apreciar el material probatorio practicado en la litis, entre el que se cuenta como documental, además del expediente gubernativo instruido por la Sociedad Estatal, el expediente de actuaciones previas 36/10 así como las Diligencias Preliminares B-211/09 y procedimiento de reintegro y, además, los resultados, obtenidos de los interrogatorios de las partes demandadas formulados en sesión de juicio verbal el día 3 de marzo de 2011. Esta Sala no puede sino aceptar, “in totum” el discurso argumental contenido en el razonamiento jurídico cuarto de la Sentencia apelada, donde, partiendo de la producción de un descubierto por falta de numerario en la Oficina de L. del P. por un importe de 5.000 euros, se tuvo por demostrado que su señalamiento temporal coincidió con el cambio, relevo o traspaso de la titularidad o dirección de la señalada Oficina entre la Directora titular apelante y la sustituta comisionada al efecto por la Sociedad. Asimismo, que en el curso de la mentada operación de sustitución no fueron adoptadas las medidas, garantías o prevenciones necesarias que hubieran evitado los riesgos inherentes a la custodia del numerario, y, en consecuencia, evitado su desaparición o sustracción como finalmente tuvo lugar. Particularmente relevante en la ponderación de los hechos acaecidos entre los días 25 y 27 de julio del año 2009, en que se verificó el relevo, ha sido la constatación de la vulneración, por parte de ambas personas, (Directora titular y sustituta) de los mandados y pautas contenidos en las Instrucciones de Correos en la práctica de entrega de la Oficina (acta duplicada y firmada por ambas, según el Manual operativo que las vinculaba); en efecto, tanto la ausencia de la sustituta (SRA. M. P.), desobedeciendo las órdenes recibidas, según ella misma ha reconocido en el juicio verbal, como también la aceptación implícita de esta situación por parte de la apelante, sin que procedieran, en ningún momento, como estaban obligadas reglamentariamente, a realizar el recuento de efectivo, constituyeron actos de clara conculcación de las obligaciones que los incumbía cumplir en su calidad de responsables de la guarda de los caudales de la Oficina.

También debemos destacar, en relación a la concurrencia del elemento subjetivo, y al hilo de los razonamientos sobre la concatenación de circunstancias provocadoras del daño final, que, efectivamente, debe situarse en la esfera del dominio de la apelante, la producción de una serie de hechos, que, de no haberse dado, habrían impedido el resultado lesivo (la desaparición del efectivo); así, subrayamos otra vez más, faltaron las garantías mínimas en el traspaso (entrega de llaves de la Oficina), que se materializó mediante la colocación por la impugnante de la llave del armario en el que se custodiaba la caja de caudales y en la que, a su vez, se guardaba el efectivo, en el bolsillo de una chaqueta, sin otra protección.

De acuerdo con lo que ya razonó la sentencia impugnada, en su Fundamento jurídico cuarto, debe decirse que la inexistencia de adecuadas medidas de seguridad en la Oficina de la que era titular la apelante no le era ajena a la misma por lo que, lejos de servir de justificación a su actuación en el relevo (que, como hemos visto, consistió en verificar el cambio conforme a una mecánica que pretendidamente estaba implantada como uso o costumbre en el ámbito de la sociedad en casos similares), debió, por el contrario, haberla alertado sobre la necesidad de haber extremado las precauciones y vigilancia en el meritado traspaso, máxime, como también razonó la resolución impugnada, cuando se trataba de un importe de efectivo que hubiera exigido, por coincidir la sustitución en un período temporal de fin de semana, una intervención activa razonable y prudente por su parte, mediante la adopción de cualquier otro sistema de aseguramiento del numerario (depósito en entidad bancaria u otros que pudo establecer en ejercicio de sus atribuciones), y que, previsiblemente, hubieran evitado la distracción de los caudales.

Sobre la diligencia exigible a los gestores de fondos públicos ha ido acuñando esta Sala de Justicia una doctrina jurisprudencial, de la que pueden citarse como exponentes las Sentencias nº 1/2007, de 16 de enero y 12/2006, de 24 de julio, cuando señalan: “En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas que incumbe a todo gestor de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 1994, considera que es culposa una conducta que genera un resultado socialmente dañoso y que, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados, es objeto de reprobación social. Esta Sala de Justicia, por su parte, en diversas resoluciones (por todas, Sentencia 16/04, de 29 de julio), tomando como referencia el carácter socialmente dañoso que supone el menoscabo a la integridad de los fondos públicos, ha manifestado que al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.”.

En cuanto a la previsibilidad como elemento esencial para graduar la culpa o negligencia, también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala; así en su Sentencia de 31 de marzo de 2008 razonó: “son numerosas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de la Sala de Justicia, que analizan y gradúan el concepto de culpa y negligencia. En este sentido, el Tribunal

Supremo parte de identificar el concepto de culpa, al menos en su concepción clásica, con el de negligencia, concepto que se opone al de diligencia; todo ello está basado en un criterio subjetivo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 739/2003, de 10 de julio, nos define de forma descriptiva la culpa como “la desviación de un modelo ideal de conducta”; modelo representado, unas veces por la “fides” o “bona fides”, y otra por la “diligentia” de una “pater familias” cuidadoso”. En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de “previsibilidad”, o sea, la posibilidad de prever; y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el resultado, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (Sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1140 del Código Civil, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”.

Así, en el ámbito contable, esta Sala de Justicia ha venido exigiendo al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable, debiendo ponderarse la diligencia exigible al gestor de fondos públicos en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo.

En el mismo, cabe destacar la Sentencia de 26 de marzo de 1993, entre otras, en la que se dice que para poder hacer un pronunciamiento de responsabilidad contable es necesario que “*el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, queriendo por ese solo hecho los menoscabos ocasionados –estamos ante el dolo– o, al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –la culpa o negligencia– entendiendo que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento, pero sin que en ningún caso se vislumbre una voluntad dirigida a producirlo o a quererlo, pues entraríamos en la zona del dolo.”.*

Sobre la definición de culpa o negligencia contenida en el artículo 1.104 del Código Civil, la jurisprudencia ha insistido en el rigor con el que debe aplicarse, de forma que no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como “agotamiento de la diligencia”.

De la inicial diligencia exigible al gestor de fondos públicos, (art. 1.104, aptdo. segundo), la jurisprudencia ha ido evolucionando (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998) (RJ1998/2388) hacia un sistema que, sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones casi objetivas, por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, bien presumiendo

culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable o bien, exigiendo una diligencia específica más alta de la reglada.

En consecuencia, para responsabilizar por una determinada conducta causante de un daño, deben tenerse en cuenta no sólo las circunstancias personales, de tiempo y lugar del agente, *“sino también el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio”* (Sentencia del Tribunal Supremo 1140/1995, de 30 de diciembre; RJ 1995/9616); en esta resolución, el Alto Tribunal a *“se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, optando decididamente por soluciones y criterios que le permiten valorar en cada caso si el acto antecedente, (causa), tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efecto, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal...”*.

En este caso, la observación de la actuación de la apelante permite concluir que su conducta se caracterizó por la omisión de la adopción, como titular de la Oficina, de las decisiones oportunas para preservar la custodia del efectivo (habida cuenta el “modus operandi” empleado por ella en la colocación de las distintas llaves de las que dependía dicha seguridad), tal modo de proceder, bien puede decirse, fue causa eficiente para la producción del resultado dañoso, y ello, aun cuando concurrió con otras causas como son las que se originaron por los incumplimientos de las obligaciones y órdenes que incumbían a la otra condenada en primera instancia (SRA. M. P.) quien la sustituyó; no cabe apreciar, en este sentido, ruptura del nexo causal entre la culpa atribuible a la SRA. L. R. y el daño, por lo que ella debe responder contablemente, de forma directa y solidaria, junto a la SRA. M. P., del reintegro del importe distraído, más los intereses y costas en los términos declarados en la sentencia impugnada que debe ser íntegramente confirmada.

3. Transmisión de la responsabilidad *Mortis-Causa*¹⁴

SENTENCIA 28/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Ante dichas circunstancias, hay que traer a colación el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1993, en el que se señalaba, en relación con la responsabilidad contable, que constituye el objeto y contenido de esta jurisdicción, que *“el contenido privativo de esta variante de responsabilidad, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consiste, estrictamente, en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados; por consiguiente, siendo constitucionalmente irreprochable la previsión legal de que una responsabilidad de esta naturaleza, no penal sino civil, se transmita a los causahabientes de los responsables en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, previa aceptación, que es libre, de la misma, ningún reproche ha de merecer tampoco el que, producida ope legis aquella transmisión a consecuencia de la aceptación voluntaria mencionada, la declaración de responsabilidad tenga lugar, en su caso, con posterioridad a la muerte del causante”*.

Análogo planteamiento, debe realizarse, igualmente, como ha señalado la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, en una reciente Sentencia de 24 de julio de 2007, *“cuando la herencia no sea aceptada, si existe una herencia yacente que puede ser representada por un administrador o albacea, pues no existirán límites para la defensa de los derechos de la herencia en el procedimiento incoado, sin que se impida la declaración de responsabilidad contable, con posterioridad a la muerte del causante, en los términos expresados por el Tribunal*

¹⁴ Aunque esta cuestión no es pacífica en la doctrina, se comparte el criterio mantenido por U.L. Villanueva (Ulpiano L. Villanueva Rodríguez, *Notas sobre la responsabilidad contable*, Auditoría Pública nº 55, 2011, págs. 22 y 23) en el sentido de que el problema se plantea cuando la responsabilidad contable no se declara en vida del causante, es decir, cuando el procedimiento de responsabilidad contable se inicia contra los herederos como resultado de las actuaciones llevadas a cabo por el fallecido. El Tribunal de Cuentas centra el problema en determinar si las deudas por responsabilidad contable se integran o no en el caudal hereditario, diferenciando entre los conceptos de responsabilidad contable y deuda derivada de la misma. La primera no sería transmisible, mientras que la segunda, en cuanto líquida y exigible sí lo sería, de forma que es necesaria la declaración de responsabilidad antes del fallecimiento del responsable. **En sentido contrario**, Vacas García-Alós (Luis Vacas García-Alós, *Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1992, núms. 1262-1263, pág. 273) afirma que *“siendo constitucionalmente irreprochable la previsión legal de que una responsabilidad de esta naturaleza se transmita a los causahabientes de los responsables en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, previa aceptación, que es libre, de la misma, ningún reproche ha de merecer tampoco el que, producida ope legis aquella transmisión a consecuencia de la aceptación voluntaria mencionada, la declaración de responsabilidad tenga lugar, en su caso, con posterioridad a la muerte del causante.”* En este caso, ante el alegato de indefensión planteado por los causahabientes por el pretendido desconocimiento de los hechos que dieron lugar al expediente de reintegro, el Tribunal sostiene que ante la aceptación de la herencia, libremente resuelta y con conocimiento tanto del expediente incoado con anterioridad como del montante del alcance provisionalmente fijado, el causahabiente se encuentra en condiciones de intervenir en el procedimiento con toda plenitud de derechos para la defensa de sus intereses.

Constitucional”, criterio éste que debe orientar la doctrina actual de la Sala de Justicia sobre transmisión “mortis causa” de la responsabilidad contable, y, sobre todo, a tenor de la nueva regulación contenida en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, respecto a la capacidad jurídica, procesal y legitimación de las partes en relación con lo dispuesto en el art. 55 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Como se ha puesto de manifiesto en la precitada Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, nada impide considerar en el proceso contable a la herencia yacente como parte demandada, cuando la aceptación de la herencia aún no haya tenido lugar, porque en este caso resultará de aplicación la legislación general civil sobre la materia que no contradice una redacción enunciativa del artículo 55 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Como indica la doctrina, el caudal hereditario en que consiste la herencia yacente aunque está transitoriamente sin titular, su destino es sólo el que pueda ser aceptado por algún heredero, aunque éste sea el Estado.

Conforme a lo indicado en la Sentencia de 12 de marzo de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *“no es distinguible y separable la herencia yacente de los herederos destinatarios”*, ya que la herencia yacente *“no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y ahora recurrir”*.

Por tanto, si existen bienes a perseguir nada impide continuar el proceso contable aunque no conste la aceptación de la herencia por parte de los herederos del fallecido, presunto responsable, por cuanto los administradores de los bienes sin titular podrán defender la causa del fallecido y ocupar su posición procesal.

4. Compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal, contencioso-administrativa o la responsabilidad disciplinaria ^{15 16 17 18}

¹⁵ L. Vacas (Luis Vacas García-Alós, *Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos*, Boletín núms. 1262-1263, pág. 273) enfatiza que la jurisdicción contable tiene prevalencia sobre la penal en la determinación de la responsabilidad contable emanada de algunos hechos que sean constitutivos de ilícito penal. De aquí que la jurisdicción penal tenga que abstenerse de conocer sobre el particular reseñado, y ello no sólo por la imperativa observancia de los repetidos artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU, sino también en estricto cumplimiento del artículo 9º.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor «los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso —añade el citado precepto—, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente».

¹⁶ En este sentido, señala R. P. Cortell (Robert P. Cortell Giner, *Propuestas de reforma de la jurisdicción contable*, Auditoría Pública nº58 (2012), págs.81 y 82)... en cuanto a las relaciones entre la jurisdicción contable y la penal, cabe destacar que de la doctrina emanada de la SJTCU se desprende una decidida defensa de la autonomía de la jurisdicción contable con respecto a la penal, por considerar que en la mayoría de los casos cada una tiene que resolver cuestiones distintas. Sin embargo, la realidad nos dice que la labor instructora llevada a cabo por la jurisdicción penal es mucho más profunda que la desarrollada por la jurisdicción contable, donde se regulan unas actuaciones previas que deben ser sumarias, tal como las regula la LFTCU e interpreta la SJTCU. Esta diferente enjundia instructora hace que normalmente se vaya más allá en la investigación en la vía penal que en la contable, lo que obliga a la existencia de una buena coordinación entre ambas jurisdicciones para que los avances que se produzcan en la investigación penal se incorporen al proceso contable, lo que no siempre se consigue, dado que cada proceso lleva su propia dinámica y desarrollo temporal. Por lo demás, la necesaria coordinación, viene dificultada por la tendencia que se observa en ambas jurisdicciones a evitar mutuas interferencias.

¹⁷ En la misma línea, se pronuncia Rafael Corona (Rafael M. Corona Martín, *La responsabilidad contable de los gestores de fondos públicos*, Cuenta con IGAE, nº 20, 2008, pág. 53) cuando afirma que : “ Esta caracterización legal de la pretensión contable y, consiguientemente, de la responsabilidad contable, de carácter patrimonial y reparatorio, y por lo tanto encaminada a la reparación de los daños y perjuicios causados, determina, ante el enjuiciamiento de un mismo hecho por los órdenes jurisdiccionales penal y contable, la no vulneración del principio constitucional *non bis in idem*, pues se contempla el mismo hecho desde diferentes perspectivas, al no existir una identidad de ámbito competencial entre la jurisdicción penal y la contable. Por lo tanto unos mismos hechos pueden ser enjuiciados por ambas jurisdicciones, pudiendo no ser constitutivos de infracción penal y sí de un supuesto de responsabilidad contable, y viceversa, pero cuando 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. Si ésta declara que los hechos existen pero que no son constitutivos de delito, el enjuiciamiento de la posible responsabilidad contable corresponderá en exclusiva a la jurisdicción de este Tribunal. Si declara la existencia de los hechos y éstos merecen la doble conceptualización de infracción penal y supuesto de responsabilidad contable, esta última será determinada por este Tribunal conforme se desprende del artículo 18.2 de la Ley Orgánica. Pero si, atribuida a los tan repetidos hechos la doble condición de ser constitutivos de responsabilidad penal y contable, la jurisdicción penal declarase la inexistencia de los hechos, o no ser el autor el originariamente imputado o iniciado en responsabilidad, evidentemente esta declaración vincularía, por los argumentos anteriormente expuestos, a la jurisdicción contable”.

¹⁸ Sin embargo, como ponen de manifiesto P. Martín y M. C. Álvarez (*Las jurisdicciones contable y penal: su compatibilidad*, Crónica 1992-1993, Tribunal de Cuentas 1994, pág. 230)... nos restaría por contemplar el supuesto de una sentencia contable firme previa o recaída durante la tramitación del proceso penal. Fácilmente puede colegirse que, sobre la base del principio de independencia de cada orden jurisdiccional y el carácter exclusivo e improrrogable

(Sigue)

SENTENCIA 14/2009, DE 8 DE JULIO

EN LA SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Continuando con las cuestiones procesales, procede ahora analizar la excepción de cosa juzgada invocada, tanto por DON M. T. B., como por la representación procesal de LA FUNDACIÓN, cuando fue traída al proceso como consecuencia de la admisión de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los restantes demandados. Sin necesidad de que en la presente resolución, se analicen ahora los supuestos teóricos que dan lugar a la excepción de cosa juzgada, procede poner de manifiesto que los demandados han anudado esta pretendida excepción a la existencia de una Sentencia de un Tribunal Contencioso-Administrativo. En consecuencia, lo que procede es efectuar la incidencia de dicha resolución y su posible vinculación con la presente litis, y con la pretensión de las partes demandadas. Pues bien, tal como se ha recogido en el Hecho Probado Décimo de la presente resolución, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Nº de M. dictó Sentencia, anulando la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de diciembre de 2002, que condenaba a LA FUNDACIÓN a reintegrar al INEM la cantidad de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTAS CINCUENTA Y DOS PESETAS (456.196.852 ptas.), en la actualidad DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (2.741.798,30 €) «en concepto de subvención indebidamente percibida, más los intereses de demora devengados desde la fecha de pago de la subvención que se determinarán en resolución posterior». Como también se recoge en el Hecho Probado citado, contra dicha Sentencia la Abogacía del Estado interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, el 30 de junio de 2004, una Sentencia en la que inadmitió el recurso por haberse presentado fuera de plazo.

La jurisdicción contencioso-administrativa entendió, en consecuencia, que las cantidades que el INEM venía transfiriendo a LA FUNDACIÓN para el ejercicio de sus funciones no tenían naturaleza subvencional, por lo que no era procedente acudir al procedimiento de reintegro por incumplimiento de la finalidad de las subvenciones. Todo ello sin perjuicio de que se pudieran reclamar las responsabilidades contables correspondientes en el seno del expediente abierto en el Tribunal de Cuentas. Con fundamento en dicha Sentencia, y como se ha indicado anteriormente, tanto DON M.T. B. como el representante procesal de LA FUNDACIÓN, han alegado la improcedencia de la revisión por la jurisdicción contable de la misma pretensión de reintegro que había sido desestimada por la vía contencioso-administrativa. En concreto, el representante procesal de LA FUNDACIÓN alegó, entre otros extremos, la total identidad entre

(Continuación)

de ambas jurisdicciones, hemos de llegar a la misma conclusión. La existencia de una sentencia contable firme, en ningún caso empuja al juez penal para dictar su propio pronunciamiento, en el cual deberá tener en cuenta, eso sí, la sentencia contable valorándola con la eficacia prevista en derecho, y remitiéndose en lo que a la responsabilidad civil se refiere, a la fijación hecha por el Tribunal de Cuentas.

los hechos que motivaron el reintegro administrativo exigido y los que constituyen la pretensión deducida en el presente procedimiento de reintegro. De esta forma, según la demandada, la Sentencia de 29 de enero de 2004 debe desplegar todos sus efectos en el presente procedimiento como elemento condicionante o prejudicial de la sentencia que en su día recaiga pues, en otro caso, existiría un riesgo claro de pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios sobre unos mismos hechos y con una misma finalidad, cuál era el reintegro al INEM de las cantidades objeto de demanda. La Abogacía del Estado, por su parte, se opuso a dicha excepción, con base en la inexistencia de identidad invocada por la demandada; recordó también que la Sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa declaró expresamente la competencia del Tribunal de Cuentas para el conocimiento de la responsabilidad contable que pudiera existir.

Pues bien, como apuntó la Abogacía del Estado, en la Sentencia dictada por la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que ahora se trae a colación, hay un pleno respeto a la competencia del Tribunal de Cuentas para conocer la posible responsabilidad contable que pueda deducirse de los hechos analizados. Pero es que, además, y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (ver, por todas, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2005) para el caso de reintegro de subvenciones indebidas, además de los procedimientos jurisdiccionales contables, los presuntos responsables o beneficiarios de una subvención pueden ser, también, objeto de un expediente administrativo, por la comisión de alguna de las infracciones previstas en el entonces vigente apartado 1º del art. 82 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo de 23 de septiembre de 1988; y el enjuiciamiento de la legalidad administrativa de dicho expediente corresponde, exclusivamente, al orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. Es, por tanto, perfectamente compatible la dualidad del procedimiento administrativo sancionador y la de un procedimiento de reintegro por alcance en la jurisdicción contable, del mismo modo que lo es la potestad disciplinaria y la jurisdicción contable, o la actuación de esta última en paralelo con la jurisdicción penal (ver, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002). Y es que se trata de categorías jurídicas distintas y de bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza. Así, el procedimiento de reintegro de subvenciones, cuya legalidad examina el orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, sólo exige el incumplimiento por el beneficiario de la obligación de justificación del destino de la subvención. Por ello, la resolución que acordó la procedencia de la devolución de los fondos entregados se adoptó por el órgano que concedió la subvención, en este caso el INEM, con la expresión motivada de las causas objetivas que la originaron. Nos encontramos, en este caso, ante un acto administrativo cuya anulación, en su caso, incumbía exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, el proceso de responsabilidad contable tiene como requisito ineludible que el menoscabo de caudales se produzca por dolo, culpa o negligencia grave del sujeto o entidad receptora de la subvención. Por tanto, la sentencia condenatoria respecto al alcance de fondos o, en su caso, otra resolución que suponga la terminación del proceso, como el auto de sobreseimiento, se dicta por el Tribunal de Cuentas como jurisdicción responsable del enjuiciamiento contable, con el razonamiento motivado acerca de la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave. Es decir, requiere la concurrencia de una causa absolutamente subjetiva

como es la realización de una conducta con conciencia y voluntad o una omisión grave. El fin último es la eliminación del perjuicio económico causado al otorgante de la subvención transfiriendo la responsabilidad al causante sin incidencia alguna sobre el acto administrativo del que pueda traer causa fiscalizable ante este orden jurisdiccional». De esta forma, son plenamente compatibles la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa, al tener naturaleza diferenciada y, por tanto, lo resuelto por un orden jurisdiccional, si bien respetando el material probatorio y su valoración, podría ser diferente de lo que decida el otro orden jurisdiccional. Por todo ello, no procede otra cosa que desestimar la excepción procesal planteada.

EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SALA

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Antes de entrar a conocer sobre el fondo del recurso, esta Sala de Justicia debe resolver las cuestiones procesales planteadas por las partes.

La representación procesal de la Fundación alega la concurrencia de cosa juzgada por existir una Sentencia de 29 de enero de 2004, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Nº, que por los mismos hechos declaró la improcedencia de exigir a la Fundación el reintegro de las mismas cantidades que se le reclaman en el presente procedimiento de reintegro por alcance.

Según consta en la relación de hechos probados de la Sentencia apelada, que se reproduce en el Antecedente de hecho segundo de la presente Sentencia de apelación, la Directora General del INEM dictó una Resolución, con fecha 18 de diciembre de 2..., declarando la obligación de F. de reintegrar, con base en el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, una serie de cantidades en concepto de “subvención indebidamente percibida”. La Fundación interpuso recurso de alzada, contra dicha Resolución, pero fue desestimado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con fecha 26 de septiembre de 2....

Contra la resolución desestimatoria de la alzada, F. interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado por el Juzgado Central Nº... de los de M. a través de Sentencia de 29 de enero de 2004, que fue recurrida por el Abogado del Estado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que inadmitió la impugnación por considerarla presentada fuera de plazo.

La Sentencia del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, objeto de la presente apelación, desestimó la excepción de cosa juzgada por los motivos que se reproducen en el antecedente de hecho tercero de esta Sentencia de apelación, y que pueden sintetizarse en los siguientes apartados:

- a) La Sentencia contencioso-administrativa de la que se alega el efecto de cosa juzgada, estimó el recurso por entender que las transferencias del INEM a F. no eran subvenciones, por lo que no procedía acudir al procedimiento de reintegro previsto por la Ley para este tipo concreto de ayudas públicas.
- b) La citada Sentencia reconoce la posibilidad de reclamar por las mismas cantidades ante el Tribunal de Cuentas.

- c) Los cauces formales administrativos previstos por la ley para el reintegro de subvenciones, y los procesos de que conoce el Tribunal de Cuentas no tienen idéntico objeto, siendo distintos los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso.

La representación procesal de F., por su parte, defiende la concurrencia de cosa juzgada con base en los siguientes argumentos:

- Los hechos enjuiciados en vía contencioso–administrativa y los que son objeto del presente procedimiento de reintegro por alcance son idénticos.
- El objeto del proceso contencioso–administrativo y del proceso contable también coinciden, pues la cantidad reclamada en uno y otro es la misma y por los mismos conceptos.
- Las personas y sujetos intervinientes en el recurso contencioso–administrativo y en el juicio de responsabilidad contable coinciden igualmente.
- Cuando la Sentencia dictada en vía Contencioso–administrativa reconoce la viabilidad jurídica de reclamar las cantidades ante el Tribunal de Cuentas, lo hace sólo en lo que se refiere a los demás codemandados, pero no respecto a la Fundación.

Esta Sala de Justicia, en Sentencia 10/03, de 23 de julio (por todas) ha venido sosteniendo que “la cosa juzgada no es sino la fuerza que el Derecho atribuye a los resultados procesales, que se traduce en el respeto y subordinación a los hechos probados en un determinado proceso, haciéndose así estos inatacables e inalterables. Se institucionaliza así, desde el punto de vista jurídico–procesal, la firmeza y autoridad de la cosa juzgada que (...) de antiguo, el Tribunal Supremo, (...) ha reconocido como aplicable a todos los Tribunales, de cualquier orden, declarando que en virtud del principio de cosa juzgada los órganos jurisdiccionales están vinculados por los hechos probados declarados por otro Tribunal en Sentencia firme. La cosa juzgada, pues, en cuanto afecta al inmediato fin del proceso, así como al principio constitucional de Seguridad Jurídica –artículo 9.1 de nuestra Constitución– con el que guarda íntima conexión – Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980– y en cuanto afecta también al prestigio de unos órganos del Estado, como son los jurisdiccionales, a fin de evitar Sentencias contradictorias, pertenece a la esfera del Derecho Público, debiendo en consecuencia, y según se ha dicho antes, ser apreciada ex officio por los Tribunales (...)

En el ámbito de la Jurisdicción Contable no ofrece duda, a juicio de la Sala, la aplicación del expresado principio de cosa juzgada, si bien interpretado en sus correctos términos”.

Dicha Sentencia recuerda, además, que la aplicación de este principio en sede jurisdiccional contable debe hacerse en consonancia con la posible compatibilidad entre la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas y otros órdenes jurisdiccionales, respecto a unos mismos hechos.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en este sentido, afirma en su Sentencia 32/04, de 29 de diciembre que “*el contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y de los contencioso–administrativos no ha de ser necesariamente coincidente, más bien no lo será a priori en tanto en cuanto sus objetos procesales no son iguales. En efecto, en el ámbito contable, lo es la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que*

ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados más los intereses correspondientes.

En el ámbito contencioso-administrativo, sin embargo, se enjuician pretensiones relativas a la conformidad a Derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo, disposiciones de rango inferior a la Ley y Decretos Legislativos cuando exceden de los límites de la delegación y, por su parte, la Jurisdicción Contable conoce de pretensiones en exigencia de responsabilidad contable, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso-administrativo conocen de los hechos desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva.”.

Esta Doctrina, incorporada a otras resoluciones de la Sala de Justicia Contable como la Sentencia 16/03, de 23 de diciembre, se aplica también por el citado Órgano de la Jurisdicción Contable al ámbito de las ayudas públicas.

Así, en la ya citada Sentencia 32/04, de 29 de diciembre y en otras como la 9/04, de 4 de marzo, y la 16/03, de 23 de diciembre, se recogen una serie de criterios que se pueden sintetizar en dos grandes principios: a) La obtención indebida de ayudas públicas, su falta de justificación o su aplicación irregular pueden constituir supuestos de responsabilidad contable cuando reúnen los requisitos de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril; b) La jurisdicción competente para conocer y resolver en tales supuestos de responsabilidad contable es la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas pues, en dichos casos, el juez contable es el juez ordinario predeterminado por la Ley.

En consecuencia, la Jurisdicción Contable, y no la Contencioso-Administrativa, es quién tiene la competencia objetiva para decidir en el presente caso si las arcas públicas deben ser indemnizadas por un daño, real y efectivo, provocado a las mismas por alguna acción u omisión contraria a Derecho, y dolosa o gravemente negligente.

De hecho, la Sentencia 8/2004, de 29 de enero, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Nº 10, no afecta a dicha competencia objetiva de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, pues de sus fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto se deducen dos conclusiones claras:

- a) Lo que el juez ha resuelto en la vía contencioso-administrativa es que la ayuda recibida por la Fundación fue una transferencia para financiar el ejercicio de sus funciones y no una subvención, por lo que no cabía apreciar derecho alguno de la Administración concedente a obtener el reintegro de la ayuda otorgada con base en unos posibles incumplimientos jurídicos irrelevantes a esos efectos.
- b) El propio órgano Jurisdiccional Contencioso-administrativo reconoce que los citados posibles incumplimientos jurídicos pueden dar lugar a responsabilidades exigibles en otras vías, y alude de forma expresa a la competencia de la Jurisdicción Contable para conocer de unos hechos que, como los presentes, aparecen expresados en un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

No cabe apreciar, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada alegada por la representación procesal de la Fundación.

SENTENCIA 26/2009, DE 11 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEGUNDO

Esta Sala de Justicia mantiene sistemática y constantemente la compatibilidad de la jurisdicción contable con la jurisdicción contenciosa, y así en la sentencia de 5 de mayo de 2009 afirma que:

“(...) el contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y contencioso-administrativos no es coincidente. Así, en el ámbito contable la tutela que se garantiza no es sino la declaración de exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnización de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados, más los intereses correspondientes. Sin embargo, en el ámbito contencioso-administrativo se enjuician pretensiones relativas a la conformidad a derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo, disposiciones de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso-administrativo conocen de los hechos desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva. De ahí que la actuación de la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa sea compatible respecto de unos mismos hechos, pudiendo, incluso, llegar a pronunciamientos distintos, siendo necesario, en su caso, abordar la ejecución de las sentencias que se hubieran dictado en ambos procesos de forma coordinada por los correspondientes órganos jurisdiccionales para evitar resultados contrarios a la equidad y al derecho”.

En el presente caso, entiende el apelante que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de A. si tiene trascendencia a efectos de la declaración de responsabilidad contable. Sin embargo, es necesario señalar que esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A. declara la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta al apelante por haberse vulnerado el artículo 30.1 del R.D. 33/1986, de 10 de enero, del Reglamento de Régimen Disciplinario de funcionarios al servicio de la Administración Civil del Estado, que obliga a que el instructor de un expediente disciplinario de un funcionario municipal sin habilitación nacional sea un funcionario perteneciente a un Cuerpo o Escala de igual o superior grupo, excluyendo la posibilidad de que se extienda a un miembro de la Corporación, como ocurre con los funcionarios con habilitación nacional. Por tanto, esta sentencia en ningún momento se funda en la falsedad o ineficacia probatoria de los documentos aportados al expediente disciplinario, ni mucho menos en su nulidad.

Pero es que además, la sentencia apelada para declarar la responsabilidad contable del alcance producido en los fondos del Ayuntamiento de P. se funda esencialmente en el examen de los

documentos remitidos por el propio Ayuntamiento de P. en la fase de prueba, sin que en la misma se haya hecho alusión al expediente disciplinario.

En consecuencia, este motivo de apelación también ha de ser desestimado confirmando en este punto lo acordado por la sentencia apelada.

SENTENCIA 10/2010, DE 24 DE MAYO

ANTECEDENTE DE HECHO QUINTO

Una vez enunciadas las pretensiones de las partes y teniendo en cuenta que la sentencia penal firme nº 29/09, de 7 de julio de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de..., Sección Segunda, correspondiente al procedimiento abreviado nº 23/08, ya se ha pronunciado sobre los hechos que son objeto del presente procedimiento, cabe realizar una serie de consideraciones previas sobre la compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable.

El artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, dispone que *“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.”*, disponiendo su apartado segundo que *“Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.”*.

El artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, dispone que *“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.”*.

Tanto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984), como la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (sentencias de 26 de febrero de 1993 y 21 de mayo de 1994), coinciden en señalar que, en razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la responsabilidad contable, es legalmente posible, y lógicamente aceptable, el enjuiciamiento de unos mismos hechos por ambas jurisdicciones, con plena autonomía jurisdiccional, relativa tanto a la apreciación y valoración de unos determinados hechos probados, como a la concreción de las consecuencias jurídicas que pueden desprenderse de los mismos, pues en una y otra jurisdicción son distintos los criterios de enjuiciamiento y, además, las normas aplicables en sede penal y en sede contable son de estructura finalista distinta y de diferente eficacia jurídica. No obstante, esa compatibilidad jurisdiccional requiere un absoluto respeto a la fijación y declaración de los hechos probados y a la autoría de los mismos realizada por un órgano jurisdiccional, pues una supuesta contradicción entre dos pronunciamientos jurisdiccionales acerca de este último particular, no sólo vulneraría los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, sino que, además, y como ha reconocido la apuntada Jurisprudencia Constitucional, iría en contra de la más elemental lógica jurídica.

La Sala de Justicia en sentencias, entre otras, de 3 de noviembre de 1997, 23 de julio de 2003 y 6 de junio de 2007, ha venido sosteniendo que las resoluciones que se dictan en la jurisdicción

penal no producen efecto de cosa juzgada en los restantes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo que se refiere a los hechos probados o a la inexistencia de los mismos. De acuerdo con esta doctrina de la Sala, el principio de cosa juzgada debe interpretarse, en el ámbito de la jurisdicción contable, en consonancia con la compatibilidad de esta función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas con la actuación del orden jurisdiccional penal, cuyos fundamentos legales se encuentran en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y en el artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

En lo que a la responsabilidad civil derivada de los delitos se refiere, la Sala de Justicia ha venido manteniendo la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas para conocer de ella cuando reúne los requisitos de la responsabilidad contable. Así, en la sentencia de la Sala de Apelación de 6 de junio de 2007, que se basa en la fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 y 11 de octubre de 1991, se dispone que la jurisdicción contable prevalece sobre la penal en cuanto a la fijación de la responsabilidad civil derivada del delito, en la medida en que ésta sea coincidente con la contable, no correspondiendo a la jurisdicción penal entrar en la cuestión de las consecuencias civiles derivadas del delito, que son competencia del Tribunal de Cuentas. Este mismo criterio se sigue en otras resoluciones de la Sala, como en la sentencia de 30 de junio de 1994, en la que se dispone que la jurisdicción contable es la única competente para decidir sobre la responsabilidad contable derivada de los delitos y que, si el órgano jurisdiccional penal fija una cuantía y el órgano de la jurisdicción contable otra, debe prevalecer esta última.

Es cierto que un grado de coincidencia tan intenso como el que se puede dar entre la responsabilidad civil derivada de determinados delitos y la responsabilidad contable, en lo que se refiere a los sujetos (gestores de fondos públicos), fundamento de su responsabilidad (producción de un menoscabo en los caudales a su cargo), y consecuencia jurídica de la misma (indemnización de los daños y perjuicios causados), no se produce en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento Jurídico, y es una singularidad propia de la compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable. Sin embargo, dicha circunstancia en nada afecta a la cuestión jurídica de que sea la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, en estos casos, y no la jurisdicción penal, la que deba conocer y decidir. En este mismo sentido, la sentencia de la Sala de Justicia de 6 de octubre de 2005, con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996, afirma que *“sobre la responsabilidad contable el juez penal no puede pronunciarse. Es una competencia reservada ex lege al Tribunal de Cuentas y por ello la Ley impone al juez penal la obligación de abstención y traslado de los antecedentes”*. Todo ello sin perjuicio, como ya se ha dicho, de la necesidad de atenerse a la declaración de hechos probados fijados en la sentencia penal firme.

De acuerdo con el auto de la Sala de 14 de junio de 1996, en el ilícito penal de la malversación de caudales públicos, no corresponde a la jurisdicción penal entrar en la cuestión de las consecuencias civiles del delito, sino que son competencia del Tribunal de Cuentas.

En esta misma línea, el auto de la Sala de Justicia de 19 de diciembre de 1996 afirma que *“mientras que para la jurisdicción contable el conocer de la responsabilidad civil derivada de determinados delitos es fruto de su competencia básica y originaria, para la penal ese mismo conocimiento es accesorio y distinto de aquél que sustancialmente le corresponde depurar y exigir que no es otro que el de la responsabilidad criminal (...) los pronunciamientos sobre*

responsabilidades civiles contenidos en Sentencias Penales, no impiden que el Tribunal de Cuentas pueda efectuar en su caso la correspondiente declaración de responsabilidad contable, sin perjuicio de que en fase de ejecución se tenga en cuenta, en su caso, lo abonado anteriormente, para evitar duplicidades en el reintegro al Erario Público”.

La compatibilidad de ambas jurisdicciones entraña, no obstante, en la práctica el riesgo de que dos órganos jurisdiccionales distintos puedan afirmar la existencia de hechos diferentes o contradictorios, así como imputarlos a personas diferentes, lo cual supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica protegido, como ha quedado expuesto, por el artículo 9.3 de la Constitución Española, en cuanto el mismo, así como el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE, vedan que los Jueces y Tribunales puedan revisar, fuera de los casos previstos por la Ley, el juicio efectuado en otro proceso concreto de forma contraria a la realidad de los hechos declarados probados.

Precisamente para evitarlo, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por atribuir carácter vinculante a la declaración de hechos probados y de autoría de las sentencias penales firmes, ya que como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de mayo de 1984 *“a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor o no lo fue (...) unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen no sólo los principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3”.*

No obstante, como se recoge en la sentencia de la Sala de Apelación de 29 de diciembre de 2006, la vinculación a la declaración de hechos probados y autoría de los mismos no supone para los órganos de la jurisdicción contable vinculación alguna respecto de la valoración que de los mismos se haya llevado a cabo por la jurisdicción penal. Es competencia exclusiva de la jurisdicción contable, y no de la penal, determinar si concurren en esos hechos los elementos configuradores de la responsabilidad contable, establecidos en el artículo 49 de la Ley 7/88, tal como ha señalado la Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas la sentencia nº 8/99, de 6 de abril, según la cual *“las consecuencias jurídicas que de unos mismos hechos se deduzcan en vía jurisdiccional penal y contable no tengan necesariamente que coincidir pues, cada uno de estos Ordenes, examina tales hechos desde la perspectiva de un ámbito competencial diferente. Así se expone en diversas resoluciones de esta Sala de Justicia (por todas, Auto de 14 de junio de 1996)”.* En parecidos términos la sentencia de la Sala 10/04, de 5 de abril, dispone que *“el ordenamiento jurídico admite sobre unos mismos hechos la posibilidad de una doble respuesta de contenido diverso por parte de los dos órdenes jurisdiccionales, en cuanto es distinta la finalidad perseguida por ambas jurisdicciones”.*

Así pues, tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, se decantan reiteradamente a favor del criterio proclive a la prevalencia de la jurisdicción contable sobre la penal en la fijación de la responsabilidad civil derivada de determinados delitos, cuando ésta se ajusta a los perfiles de la responsabilidad contable. Por lo tanto, en aquellos casos como el presente, en que se lleven a cabo pronunciamientos sobre responsabilidades civiles en sentencias penales, ello no impide que el Tribunal de Cuentas pueda

efectuar, en su caso, la correspondiente declaración de responsabilidad contable, debiendo, no obstante, adoptarse las medidas pertinentes para evitar duplicidades en el reintegro al Erario Público.

De acuerdo con la argumentación jurídica expuesta, pueden extraerse las siguientes conclusiones: a) La jurisdicción contable es competente, en el presente caso, para declarar la posible existencia de responsabilidad contable, en relación con los hechos a que se refiere el presente procedimiento de reintegro, lo que no supone una vulneración de los principios “non bis in idem” ni de seguridad jurídica; b) Que no obstante lo anterior, la jurisdicción contable debe respetar la declaración de hechos probados fijada en la referida sentencia penal; c) Ambas jurisdicciones deben coordinarse en fase de ejecución de sentencia, para evitar duplicidad en el resarcimiento al Ayuntamiento de N.

Procede, por tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y con absoluto respeto a los hechos declarados probados en la sentencia firme 29/09, de 18 de mayo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de..., Sección Segunda, y recogidos en el Hecho Probado séptimo de la presente resolución, declarar la existencia o no de responsabilidad contable en relación con los hechos objeto del presente procedimiento de reintegro por alcance.

SENTENCIA 11/2012, DE 25 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Sostiene la representación legal de Don Germán L. M. que existen discrepancias entre lo imputado en el ámbito penal y la realidad de los hechos, especialmente respecto de los importes de 300.000 pesetas y 200.000 pesetas que figuran en la Sentencia recurrida, cantidades a las que no se le debería haber condenado y que consistían en gratificaciones extraordinarias por trabajos extraordinarios realizados. En este sentido, hay reflejo en las actuaciones de la Resolución de alcaldía nº 6/98 de 21 de septiembre de 1999, en la que se acordó otorgar 200.000 pesetas al Sr. L. M. en concepto de gratificación a cuenta por trabajos extraordinarios realizados, que se haría efectiva junto con la nómina del mes de octubre (folio 1251 de la pieza principal); y del Acta de la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de C. de L., celebrado el 6 de junio de 2000, en la que se le dio cuenta de la resolución de alcaldía nº 9/2000, de 4 de abril de 2000.

El Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de C. de L. se muestran contrarios a dicha pretensión.

En relación con dichos importes debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de A. de 16 de noviembre de 2007 recoge en sus hechos probados que “sin perjuicio de la cantidad definitiva que se fije por el Tribunal de Cuentas, ha quedado acreditado de la documentación aportada que el acusado (...) ha ingresado en su cuenta en numerosos meses cantidades notoriamente superiores a las que debía cobrar, circunstancia esta que era desconocida por el Alcalde y el resto de los responsables municipales.

Concretamente el acusado ingresó de forma indebida (...) 200.000 pesetas, en la nómina correspondiente a octubre de 1999 (...).

En el año 2000, el acusado siguió realizando la misma conducta y se incluía cantidades fuera de nómina, que no habían sido autorizadas por ninguna resolución municipal. En concreto, cobró indebidamente las siguientes cantidades. (...); en el mes de abril, cobró 300.000 pesetas, como cantidad fuera de nómina y, además, cobró, mediante transferencia el día 5 de mayo, otra nómina, por importe de 344.879 pesetas, sin que conste ninguna justificación para este pago”.

De esta manera, la Sentencia firme de la Audiencia Provincial de A. consideró, en los hechos probados, que el Sr. L. M. había cometido un delito de malversación de caudales públicos por, al menos, 27.000 euros, por lo que le condenó, al concurrir una serie de circunstancias atenuantes, a dos años de prisión explicitando en el fallo que el quantum de la responsabilidad contable debería ser determinado con exactitud por la jurisdicción contable. De ahí que en el Fallo de la referida Sentencia constase que *“En vía de responsabilidad civil el acusado indemnizará a los Ayuntamientos de P. y C. de L. en las cantidades que se fijen por el Tribunal de Cuentas, de conformidad con el artículo 18.2 de la LO 2/1982, de 12 de mayo y el artículo 43.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, órgano al que se le dará traslado de la resolución que se dicte a efectos de que por el mismo se concrete el montante de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos de ambos Ayuntamientos”*. Este mismo párrafo se reproduce en el fundamento de derecho único de la citada Sentencia de 16 de noviembre de 2007.

La Sentencia de instancia hizo suyos estos argumentos y se remitió a los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de A. antes citada, incluyendo ambos importes en la cuantificación del alcance.

En el examen de la pretensión deducida por el recurrente, se plantea la cuestión de la vinculación del juez contable a los hechos probados de una Sentencia penal firme (en este caso de la Audiencia Provincial de A.). Esta cuestión debe ser resuelta a la luz de lo establecido en los artículos 222 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil referentes a la cosa juzgada material, uno de cuyos efectos positivos –el otro es la ejecutoriedad– está recogido en el número 4 del precitado artículo cuando establece que *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la Sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”*. No debe olvidarse, por otra parte que si bien la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito puede conocerse bien dentro del mismo proceso penal, o bien ante la jurisdicción civil, en el caso de los delitos contra los caudales públicos –caso concreto de la malversación– su determinación, por imperativo de lo establecido en el artículo 18.2 de la LO 2/1982, de 12 de mayo y el artículo 43.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, corresponde a la jurisdicción contable.

En la presente litis concurren todos los supuestos establecidos en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que proceda aplicación de la cosa juzgada material a los ingresos del acusado de forma indebida de 200.000 y 300.000 pesetas, tal como recoge los hechos probados de la Sentencia penal; en concreto tales hechos probados constituyen el antecedente lógico para que la jurisdicción contable entienda de la responsabilidad civil derivada de la condena al delito de malversación.

En relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 652/2010 de 19 octubre sostiene que “las Sentencias penales obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo”; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5ª, nº 84/2003, de 21 febrero, recoge que “la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-1987, que establece la doctrina general en cuanto a los efectos de la Sentencia penal condenatoria, es reiteración de la de 13-5-1985 que señala que la vinculación del juez civil a la Sentencia penal condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho compuesto por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, y tales resoluciones penales sólo obligan a los Tribunales civiles en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que define y castiga.”

El problema que se suscita, en consecuencia, es, si como pretende el recurrente, puede este Tribunal de Cuentas, ahora, disminuir el importe de la malversación declarada por la Sentencia firme penal. Esta Sala entiende que, por aplicación de la doctrina emanada del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello no es posible. Podría, eso sí, aumentarla, dado el tenor literal de la Sentencia penal, que expresamente realiza la cuantificación del importe de lo malversado con la cláusula “al menos 27.000 euros”, bastante habitual, por cierto, en las Sentencias penales que entienden de este tipo de delitos. Pero su disminución es cuestión diferente. La Sentencia penal entendió, y así lo expresó en sus hechos probados, que el condenado había cometido el delito tipificado en los arts. 432 y ss. del Código Penal. Y si se aceptara ahora la disminución de dicha cuantía por éste órgano jurisdiccional, ello redundaría en una modificación, en su caso, de las consecuencias penales del delito juzgado (calificación y penalidad aplicable). Si hubiera existido una valoración palmariamente errónea del juez de lo penal o se hubieran aportado ahora, a este proceso contable, documentos nuevos que no conoció aquel juez, ante lo que nos encontraríamos es ante una posible causa de revisión prevista en el ordenamiento jurídico penal, sin que este Tribunal de Cuentas tuviera competencia para ello.

Por todo lo anterior, esta Sala confirma la decisión del juzgador de primera instancia, y desestima la pretensión ejercitada por la representación legal de Don Germán L. M., ya que, en el presente caso, la Sentencia penal consideró que la malversación por importe de al menos 27.000 euros, no sólo fue probada, sino incluso fue aceptada por la parte condenada, quedando sólo por dirimir, como también ha ocurrido en sede contable, la forma en que se iría produciendo el reintegro de las cantidades malversadas.

Capítulo cuarto

Motivos de exigencia de la responsabilidad

1. Perjuicio fondos públicos ¹⁹

SENTENCIA 14/2009, DE 8 DE JULIO

EN LA SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Analizadas ya las excepciones procesales, y antes de entrar, en sentido estricto, en el fondo del asunto que ha dado lugar al desencadenamiento de la presente litis, es pertinente efectuar un análisis sobre la naturaleza pública de los fondos objeto de debate. Es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa entendió que las cantidades que el INEM transfería a LA FUNDACIÓN para el ejercicio de sus funciones no tenían naturaleza subvencional, por lo que no era procedente acudir al procedimiento de reintegro por incumplimiento de la finalidad de las subvenciones, ello sin perjuicio de que se reclamen las responsabilidades contables correspondientes en el seno del expediente abierto en el Tribunal de Cuentas.

Sin embargo, la exclusión de la naturaleza subvencional de los fondos asignados a LA FUNDACIÓN para costear los gastos de funcionamiento no significa que no tengan el carácter de bien, caudal o efecto público, que recoge la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, tanto en su art. 15 (ejercicio del enjuiciamiento contable respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen dichos bienes), como en su art. 38 (obligación de indemnización por los daños y perjuicios si se originase su menoscabo por acción u omisión contraria a la Ley).

Una aproximación al concepto de fondos o caudales de naturaleza pública, desde el punto de vista del enjuiciamiento contable, se puede inferir de los artículos 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y artículos 2 y 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General

¹⁹ A éste respecto, señala R. Gámir (Roberto Gámir Meade, *El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública*, Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público, 2007, pág. 531)... La infracción de la normativa contable y presupuestaria es uno de los requisitos, junto a los otros vistos, para que el juzgador pueda decretar una responsabilidad contable por alcance. Así, el Tribunal de Cuentas, en numerosa jurisprudencia (*vid.* por todas, la sentencia 12/2006, de 24 de julio) ha señalado que es preciso que la obligación que se incumpla por los gestores públicos sea “de carácter contable o presupuestario” (en esta línea también se manifiesta el Tribunal Supremo en sus sentencias de 16 de noviembre de 1998 y de 26 de abril de 2004).

Ahora bien, dicho lo anterior también hay que aclarar que la íntima conexión existente entre los procedimientos de contratación, de gasto y contables, hace que, cuando en un contrato se vulneran los preceptos contenidos en la legislación contractual, por esa conexión citada puede darse también un ilícito de presunto alcance.

Presupuestaria, así como de los preceptos equivalentes del Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988, vigente en el momento en el que se cometieron los hechos. De esta forma, el concepto de fondo público va unido al de Tesoro Público en el desempeño de sus funciones, entre otras, el pago de obligaciones y la recaudación de derechos. Analizando estas normas, y el desarrollo jurisprudencial que se fue haciendo de este concepto, resulta que fondos o caudales públicos no son solamente aquellos que sean titularidad del Estado o de las demás Administraciones Públicas y los de cualquier otra de las entidades públicas previstas en los artículos mencionados. La jurisprudencia atribuye, en cada caso, el carácter público a los fondos o caudales, analizando la procedencia de los bienes con los que se nutren esos fondos, la incorporación de esos bienes a las actividades encuadradas en el sector público y la adscripción de los mismos a una finalidad general que deban cumplir (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1994, 14 de marzo de 1995 y 8 de noviembre de 1996 y Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 29 de septiembre de 1999, 2 de octubre de 2000 y de 30 de noviembre de 2000).

De acuerdo con este concepto legal y jurisprudencial, los fondos provenientes de los Presupuestos Generales del Estado y demás entidades públicas, conservan su naturaleza pública y no pierden este carácter por el hecho de que su gestión se encomiende a otras personas siempre que se mantengan afectos a un interés público (Sentencia de la Sala de Justicia de 30 de noviembre de 2000). Esta misma Sentencia razona adecuadamente como «tampoco pierden su naturaleza pública los fondos obtenidos por los particulares en forma de subvenciones», por proceder de una entidad pública y estar también afectos al cumplimiento de un fin de interés general, es decir, son fondos públicos porque deben ser aplicados a la finalidad para la que se concedieron y por su procedencia, aunque estén gestionados por los beneficiarios de la subvención, y la competencia del Tribunal de Cuentas se extiende, tanto al control de estos fondos, como al enjuiciamiento de las posibles responsabilidades contables de quienes los manejan. Son múltiples las sentencias que ligan el ámbito de la potestad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas con el ámbito del enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; de modo que los fondos o caudales que son objeto de fiscalización y control público, por su origen y por la finalidad general que cumplen, son también objeto de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. En esta materia, considerando la normativa propia del Tribunal, su potestad fiscalizadora alcanza directamente a los perceptores de subvenciones o ayudas públicas; así, el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/82, reiterado por el artículo 31.1.b. de la Ley 7/88, dispone que al Tribunal de Cuentas corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público. Los artículos 4.2 de la LOTCu. y 31.b) de la LFTCu. atribuyen expresamente a este Tribunal la fiscalización de las subvenciones del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas, y el artículo 15.1 de la LOTCu. le atribuye expresamente el enjuiciamiento contable respecto de las cuentas que deban rendir quienes administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. El artículo 49 de la Ley 7/88 establece los requisitos de la responsabilidad contable exigible en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas: daño o menoscabo de los caudales públicos producido por persona encargada de su manejo causado con dolo, culpa o negligencia graves y con infracción de normas presupuestarias o contables. El mismo artículo 49 se ocupa de aclarar que tales normas pueden ser aplicables al

sector público, a los particulares que sean perceptores de las subvenciones o ayudas públicas o, como en este caso, que administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos, quedando sometidos al enjuiciamiento contable que ejerce el Tribunal de Cuentas y obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados por el menoscabo de esos caudales y efectos públicos, obligación también sancionada en el artículo 38.1 de la LOTCu., y exigible de las personas o entidades, públicas y privadas, que hayan producido el citado menoscabo. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2005, reprodujo la doctrina ya establecida en Sentencias de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas (de 29 de septiembre de 1999, 2 de octubre de 2000 y de 30 de noviembre de 2000), recogiendo toda la argumentación contenida hasta aquí; estas Sentencias establecieron literalmente la consideración como fondos públicos de *«no sólo los del Estado y los de las Administraciones Públicas, sino también, los de los entes públicos y los de cualquier entidad pública, cuyo patrimonio o funcionamiento viene fiscalizado públicamente por la finalidad general que cumple, por la procedencia de los bienes de que se nutre y por su incorporación a las actividades encuadradas en el sector público»*.

Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa y, como se ha recogido en los Hechos Probados 2º y 3º de la presente resolución, la dotación para sufragar los gastos de funcionamiento de LA FUNDACIÓN, entre los que se encuentran los de la presente reclamación, tienen un origen presupuestario, aunque con distinto tratamiento entre el año 1996 (I ANFC) y los de 1997 y 1998 (II ANFC); así, en el año 1996 la transferencia procedente del INEM abarcaba tanto la dotación a LA FUNDACIÓN para sus propios gastos, como los que, en su calidad de entidad colaboradora, debía transferir a los beneficiarios para desarrollar las acciones formativas; sin embargo, en los años 1997 y 1998, durante el desarrollo del segundo ANFC, LA FUNDACIÓN recibió una dotación global para gastos de funcionamiento, que seguían teniendo su condición de fondos públicos, aunque se apartaran, a los efectos de su tramitación administrativa, del procedimiento de gestión subvencional establecido en el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre.

A mayor abundamiento, en los Informes Especiales aprobados por el Tribunal de Cuentas «Sobre LA FUNDACIÓN ...» (BOE de 25 de junio de 1999) y «De Liquidación del I Acuerdo Nacional de F. C., ejercicios 1993 a 1996» (BOE de 20 de diciembre de 2001), se consideró que LA FUNDACIÓN no hizo uso de la posibilidad, prevista en el Acuerdo Tripartito, de dedicar hasta un 10% de los fondos destinados a financiar la formación continua a gastos de gestión y evaluación, (esto es, los gastos de funcionamiento, entre los que se incluían los discutidos de asesoramiento jurídico), sino que cubrió dichos gastos con rendimientos financieros derivados de la colocación de fondos destinados a formación continua. Estos fondos también tienen naturaleza pública y así han sido considerados en los cálculos efectuados por este Tribunal para verificar la Liquidación del I ANFC (BOE 20 de Diciembre 2001, pág. 48686).

EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SALA

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOCUARTO

El Ministerio Fiscal considera en su recurso indebidamente aplicados los fondos públicos recibidos por F. y destinados por la Fundación al pago de cinco Dictámenes encargados por la misma a O., S.L., como consecuencia del contrato de 21 de julio de 1994:

- a) Informe relativo a diversos aspectos jurídicos relacionados con el control financiero efectuado a la Fundación por la I.G.A.E., cuyo precio fue de 8.366,09 euros (factura 5/96, de 22 de febrero).
- b) Informe sobre las consecuencias para la Fundación de las recomendaciones vertidas en el informe de la I.G.A.E., de 27 de junio de 1995, cuyo precio fue de 592.597,93 euros (facturas 12/96 y 27/96, de 6 de junio).
- c) Informe sobre la conveniencia de la impugnación, en vía administrativa, de la Resolución de la Dirección General del I.N.E.M. de 25 de abril de 1996, cuyo precio fue de 765.807,62 euros (factura 1/97, de 7 de noviembre de 1996).
- d) Informe sobre la conformidad a Derecho de los argumentos expuestos en el recurso ordinario interpuesto el 20 de marzo de 1996, contra la Resolución de 25 de abril de 1996 del Director General del I.N.E.M., cuyo precio fue de 765.807,62 euros (factura 26/96, de 17 de enero de 1997).
- e) Informe sobre una reclamación contenciosa formulada contra la Fundación por la F. A. de C. de T. A., cuyo precio fue de 21.751,83 euros (factura 5/97, pagada por talón de 26 de junio de 1997).

Para delimitar con claridad la pretensión del Ministerio Público en relación con los citados encargos, deben tenerse en cuenta dos consideraciones previas:

- Lo que se enjuicia en el presente proceso no es si se deriva responsabilidad contable de una contratación irregular de servicios de asesoramiento realizada por una Administración Pública o por un ente público, pues F. era una Fundación Privada cuando sucedieron los hechos y su actividad contractual no constituye el núcleo de este proceso sino una cuestión relacionada con lo que sí lo es: la supuesta aplicación indebida de ayudas públicas.
- Lo que se enjuicia en este proceso es si una entidad privada perceptora de financiación pública aplicó indebidamente las ayudas recibidas y ello como consecuencia de operaciones contractuales irregulares con terceros.

El Ministerio Público considera en primer término que estos Dictámenes fueron innecesarios pues su objeto se refiere a unos asesoramientos jurídicos que F. no precisaba en el momento en que se encargaron.

En algunos casos (Dictamen de 8 de enero de 1996 y Dictamen de 4 de octubre de 1996) considera el Fiscal que no se había producido la situación jurídica que, de haber concurrido, podría haber justificado el encargo.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal afirma que todos los Dictámenes se referían a una misma cuestión: los reproches jurídicos y reclamaciones procedentes de la I.G.A.E. y del I.N.E.M.

En relación con esta posible falta de necesidad de los Dictámenes objeto de la controversia, y al margen de los argumentos en contra que esgrimen los demandados en sus apelaciones –según se recoge en los correspondientes fundamentos de Derecho de esta misma Sentencia– lo cierto es que de la prueba practicada se extraen tres conclusiones:

- a) Aunque es cierto, como afirma el Ministerio Público, que cuando se encargó el Dictamen de 8 de enero de 1996 el INEM aún no había actuado contra la Fundación, también lo es que ya se había producido el control financiero realizado por la IGAE al que se refiere el citado Dictamen.
- b) Tanto la Resolución de 25 de abril de 1996, del Director General del INEM –que posteriormente quedó sin efecto–, como la posterior Resolución del mismo órgano que, con idéntico contenido, sustituyó a la anterior, fueron realmente dictadas, por lo que la situación jurídica a la que se refiere el Dictamen de 4 de octubre de 1996 no constituye ninguna ficción sino que realmente se produjo.
- c) Aunque cuatro de los cinco dictámenes impugnados se refieren a las mismas cuestiones: efectos sobre la Fundación del Control financiero practicado por la IGAE y consecuencias para la misma de la Resolución de 25 de abril de 1996 de la Dirección general del INEM, lo cierto es que los encargos presentan un enfoque distinto en cada caso (el primer Dictamen se pide para obtener asesoramiento sobre aspectos jurídicos del control practicado por la IGAE, el segundo para obtener dicho asesoramiento sobre las consecuencias para la Fundación de las recomendaciones incorporadas al Informe elaborado por dicho órgano de control interno, el tercero para obtener respuesta fundada en derecho sobre la procedencia de recurrir una resolución concreta del INEM, y el cuarto para obtener una valoración jurídica sobre la mejor o peor adecuación a derecho de los argumentos incorporados al recurso planteado contra la antes citada Resolución del INEM).

El quinto dictamen, como ya se dijo en líneas precedentes, se refiere a una reclamación contenciosa formulada contra FORCEM por la F.

Al margen de las alegaciones de parte de los diversos recurrentes sobre la proporcionalidad o no entre el asesoramiento pedido y las trascendencia de las situaciones jurídicas que lo motivaron, lo cierto es que tales situaciones jurídicas sí se produjeron por lo que la valoración sobre la necesidad de los dictámenes no constituye en este caso una cuestión de legalidad, sino de oportunidad, que no puede ser examinada por esta Sala por ser ajena al ámbito de su competencia objetiva.

En segundo término, alega el Ministerio Público que el pago de estos informes implica una aplicación indebida de los fondos públicos recibidos por la Fundación porque los citados Dictámenes podían haberse realizado, bien por los servicios jurídicos internos de la Fundación, bien por la empresa contratada pero dentro de las prestaciones generales de asesoramiento jurídico que le incumbían, y no minutando tales trabajos por separado, como ocurrió.

Según el párrafo final de la cláusula segunda del contrato de 21 de julio de 1994, las partes aceptaban que pudiera haber dictámenes o informes que, por su extensión o complejidad, pudieran ser objeto de facturación independiente.

No debe olvidarse que el citado contrato es un contrato civil de arrendamiento de servicios y que la aludida cláusula fue consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, sin que se aprecie en la misma algún planteamiento irregular.

La estipulación contractual a la que nos venimos refiriendo da cobertura jurídica al hecho de que los controvertidos informes se facturaran por separado.

La cuestión de si en vez de esta facturación independiente los citados informes debieron haberse considerado incluidos en el precio del contrato, o de si pudieron haberse hecho por los propios servicios internos de la Fundación, queda desplazada del ámbito de la legalidad al de la oportunidad y nuevamente excede el ámbito competencial de esta Sala.

Critica en tercer lugar el Ministerio Público el contenido de los informes por entender que en algún caso no resolvían la cuestión para la que se les había encargado (Dictamen de 8 de enero de 1996), y que en otros (Dictámenes de 9 de mayo de 1996 y de 7 de enero de 1997) se trataba de meras reproducciones de informes anteriores.

La cuestión de la calidad y utilidad de los contenidos de estos Dictámenes, tal y como está planteada en esta segunda instancia, rebasa la competencia de esta Sala que se concreta en decidir si el encargo de los dictámenes supuso una aplicación indebida de los fondos públicos recibidos por FORCEM. Es verdad que tanto el Ministerio Fiscal como los demás apelantes aportan variedad de criterios enfrentados sobre la adecuación de los informes a las necesidades de la Fundación que los contrató. Pero desde la perspectiva de la responsabilidad contable, lo relevante es que dichos informes realmente se elaboraron y entregaron como contraprestación de un precio, al margen de la mayor o menor calidad de los mismos, cuestión opinable pero ajena al ámbito de la legalidad.

También denuncia el Ministerio Fiscal, como se ha dicho, lo que considera un exceso de coincidencias entre los contenidos de diversos informes, circunstancia que en su opinión permite deducir que se ha pagado más de una vez por un asesoramiento idéntico, o que se ha cobrado tal asesoramiento a un precio excesivo a la vista de la facilidad con que se tuvieron que elaborar algunos dictámenes al ser reproducciones casi literales de otros anteriores.

Los demandados se oponen a esta argumentación del Ministerio Público resaltando las diferencias de contenido entre los informes objeto de la controversia, y las razones que según su criterio sustentan las coincidencias entre ellos.

La realidad es que, aunque los dictámenes de contenido análogo denunciados por el Fiscal se pidieran desde distintos enfoques por FORCEM, lo cierto es que derivaban de una misma causa: o la actuación de la IGAE o la actuación del INEM. Al ser la misma la causa que provocó los encargos, no resulta sencillo decidir con contundencia qué parte de las analogías está justificada y cuál no lo está.

Por otro lado, consta en autos dictamen de la Comisión de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en el que, en relación con las minutas relativas a los servicios de

asesoramiento jurídico prestados por el Sr. T. B. a través de O., S.L., se dice que tales minutas “no se muestran excesivas o desproporcionadas, puestas en relación con la actuación profesional a la que las mismas se refieren, según lo manifestado por el letrado y a la vista de la documentación aportada”.

Es verdad que esta Sala de Justicia (Sentencia 10/2006, de 9 de mayo) contempla la posibilidad de que el desequilibrio entre el precio y las contraprestaciones de los contratos pueda generar un daño relevante a los efectos de la responsabilidad contable. Sin embargo, no se considera probado, en el presente caso, que tal desequilibrio se haya producido y haya dado lugar a una aplicación indebida de las ayudas públicas recibidas.

En cuanto a la alegación vertida por el Ministerio Público de que el dictamen de 4 de octubre de 1996 fue encargado por persona sin capacidad jurídica para recabarlo, tampoco resulta relevante a los efectos de la presente apelación pues, elaborado y entregado el mencionado informe, queda acreditado que los fondos públicos que fueron asignados a pagarlo tuvieron un destino conocido relacionado con el normal funcionamiento de la Fundación.

En conclusión de la documental practicada en la instancia se deduce que:

- Existió el contrato de arrendamiento de servicios que da cobertura jurídica al encargo de los cinco dictámenes objeto de la controversia.
- Dicho contrato contenía una cláusula que permitía la facturación por separado, fuera del precio del contrato, de informes de especial extensión o complejidad.
- Los informes encargados y pagados fueron elaborados y entregados a la Fundación.
- Obran en autos las facturas relativas a cada uno de estos informes.
- Obra en autos dictamen de la Comisión de Honorarios del Colegio de Abogados de Madrid que no considera excesivas las minutas presentadas por las actuaciones de asesoramiento prestadas a FORCEM por O., S.L.

No puede considerarse, por tanto, que el pago de tales informes haya supuesto una aplicación indebida de los fondos públicos recibidos por FORCEM, generadora de un alcance del artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Todo ello sin perjuicio de la mayor o menor oportunidad, tanto del sistema de asesoramiento jurídico organizado por FORCEM, como de la decisión de financiar con fondos públicos a una entidad que los gestionaba en la forma que se ha descrito, cuestiones ajenas a la pretensión de responsabilidad contable que se conoce en esta segunda instancia.

SENTENCIA 15/2010, (ÚNICA INSTANCIA)

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Una vez resueltas las excepciones procesales formuladas por las partes, procede analizar cada uno de los motivos de fondo alegados para fundamentar el recurso, empezando, de acuerdo con el orden elegido por el propio recurrente, por los que se refieren a una posible ausencia de menoscabo a los fondos públicos.

El primero de los motivos en los que el Señor I. B. basa sus pretensiones es la inexistencia de perjuicio patrimonial alguno para la Universidad puesto que, una vez que la Universidad percibió de la empresa el 10% del presupuesto del contrato en concepto de gastos generales, el porcentaje restante le correspondía gestionarlo al investigador para la realización del proyecto sin que la UCLM debiera percibir ninguna otra cantidad. Añadió que los fondos de los que dispuso para la ejecución de los contratos no provenían de los fondos públicos de la U. sino que eran fondos aportados por la empresa privada que había contratado con la Universidad.

La representación de la Universidad manifestó, por el contrario, que los fondos puestos a disposición del Sr. I. B. tenían carácter público y éste debía ser conocedor de esta circunstancia puesto que decidía los gastos a realizar y ordenaba los pagos, firmando los documentos contables ADO. Asimismo negó que, una vez que la Universidad recibe el 10% de la cuantía del contrato, no pueda sufrir perjuicio ya que el responsable de la ejecución no puede disponer a su antojo de la cuantía resultante sino que debe sujetarse a la normativa reguladora de dichos contratos.

La alegación planteada por el recurrente hace necesario resolver dos cuestiones diferenciadas, en primer lugar si los fondos utilizados para la ejecución de los contratos son fondos públicos y, en segundo lugar, si puede existir perjuicio patrimonial a la Universidad una vez recibido el 10 % de la cuantía del contrato.

Respecto a la primera cuestión, el carácter público de los fondos empleados para la ejecución de los contratos ha sido negado por el recurrente, que afirmó, como se ha reiterado, que esos fondos procedían de la empresa privada “F. de M. y C., S.L.”. Los aludidos contratos de colaboración fueron firmados por la citada empresa y la U., comprometiéndose respectivamente a pagar las cantidades acordadas y a ejecutar las actividades previstas. Para la ejecución de estos contratos, la Universidad designó al Sr. I. B. como Investigador principal y centro gestor temporal de gasto. De esta manera, se estructuraba un sistema de colaboración en el que la empresa contratada a la Universidad y ésta a su vez encargaba la ejecución al recurrente. Por ello, las cantidades que recibía el Sr. I. B. no eran satisfechas por la empresa directamente, sino por la Universidad, de quien dependía y a quien debía rendir cuentas. El hecho de que los fondos provinieran en principio de una empresa privada no impide que una vez recibidos por la Universidad adquirieran el carácter de fondos públicos. Respecto a esta cuestión, cabe recordar que, como recogen entre otras las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 y de 30 mayo de 1994, existen criterios de carácter general para saber cuándo un caudal tiene carácter de público, es decir *“dos conceptos jurídicos para resolver la cuestión: 1) El destino o afectación de la cosa o suma, siendo suficiente su destino en entrega, sin que sea preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos; y 2) El carácter de funcionario, que como persona individual actúa en nombre y por cuenta de la Administración. Ésta ha de actuar a través de las personas físicas que tienen como misión hacerlo en su nombre. Si dicha persona o funcionario recibe cosa o cantidad destinada al ente en cuyo nombre ejerce su función, no es él quien la posee, sino que es la Administración la que la recibe a través de su funcionario, que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquélla.”*

La doctrina jurisprudencial pues ha dado en definir los caudales públicos como todos aquellos que hayan llegado a poder del funcionario en razón de las funciones que normalmente

desempeña, pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero o los efectos a la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado *«sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario Público»*, existiendo numerosas sentencias del Tribunal Supremo en tal sentido, entre otras las de 17 enero 1966, 23 diciembre 1967, 20 octubre 1970, 29 febrero 1988, 22 mayo 1990, 14 mayo 1992 y 27 mayo 1993, todas ellas de la Sala Segunda.

El requisito de que el funcionario tenga a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos públicos, ha sido interpretado de modo flexible por la Jurisprudencia, conforme se recoge, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2001, por imponerle así una mejor protección del bien jurídico mediante la punición de esta conducta, que no sólo abarca la indemnidad del patrimonio público, sino sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios. De acuerdo con esta interpretación, y conforme se recoge en la referida sentencia de 19 de septiembre de 2001, *“no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público. Así en la expresión –que tenga a su cargo– se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y significa no solo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario, entre otras STS de 1 de diciembre de 2000”*.

En el mismo sentido, aunque en términos algo diferentes se pronuncia también la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, en la que se establece que *“ninguna duda cabe de que constituyen caudales públicos los bienes o derechos de que sea titular la entidad pública de que se trate; pero también lo son aquellos que, perteneciendo a particulares, quedan adscritos a la Administración, o a alguno de los servicios públicos que presta a los ciudadanos, de modo tal que el funcionario correspondiente adquiere unos deberes de vigilancia y custodia que, si son infringidos, originan la correspondiente responsabilidad de la Administración.”*.

Como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1979, *“para que un objeto de un particular pase a formar parte de los caudales de la Administración es necesario que concurren tres requisitos: 1.º Incorporación a las actividades que la Administración desempeña; 2.º Vinculación a un funcionario o unos funcionarios públicos que adquieren unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto; 3.º Que la infracción de tales deberes origine la responsabilidad de la entidad pública.”*.

De acuerdo con esta doctrina que, si bien ha sido construida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación al delito de malversación de caudales públicos, es plenamente aplicable en el ámbito de la jurisdicción contable y ha sido citada reiteradamente en las sentencias de esta

Sala de Justicia dada la identidad de muchos de los elementos configuradores de la malversación penal y de la contable, sin perjuicio del carácter no sancionatorio sino indemnizatorio de la responsabilidad contable; no cabe duda de que los fondos manejados por el Sr. I. B. tenían carácter público puesto que se trataba de caudales incorporados al patrimonio de la U. y puestos a disposición del recurrente, como funcionario de la Universidad, a través del procedimiento ordinario de gestión de gastos y para una finalidad específica, de cuyo efectivo cumplimiento debía rendir cuentas. A efectos de su consideración como caudales públicos es irrelevante el momento en que se elaboraron los documentos contables porque lo decisivo es que los fondos llegaron a poder del funcionario con ocasión de unas funciones específicas encargadas por la Universidad, que previamente los había recibido.

La segunda cuestión que se plantea es si pudo existir perjuicio patrimonial a la U., al entender el recurrente que, una vez que ésta percibió el 10 % de la cuantía del contrato, no le correspondía ninguna otra cantidad. El hecho de que, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de Reglamento General para la realización de trabajos de I+D con financiación externa y otras actividades acogidas al artículo 11 de la L.R.U. en la U. (folios 1.817 a 1.831 del expediente administrativo), la Universidad debe percibir el 10 % en concepto de gastos generales, no ha sido puesto en duda por las restantes partes. Sin embargo, una vez fijado este hecho, el recurrente centra su alegación en que la Universidad no debe percibir nada de la cuantía restante y que, por lo tanto, no hay perjuicio patrimonial posible a la misma.

Esta alegación no puede ser admitida puesto que la Universidad ha sido la entidad que ha entregado el dinero al investigador y por tanto debe ser destinataria de la rendición de cuentas de las cantidades aportadas con independencia del origen de esos ingresos y de que con posterioridad, la Universidad deba o no devolver aquellos fondos cuya utilización no haya sido justificada. Tal y como afirman las partes recurridas, la gestión del porcentaje restante de la cuantía del contrato no puede dejarse al libre arbitrio del responsable de su ejecución. En todo caso, el investigador principal del contrato debe ajustarse al presupuesto de ejecución y gestión que acompaña a cada uno de los contratos celebrados, en el que se detalla cada uno de los conceptos como son las remuneraciones del personal y los gastos de viaje y dietas. Tratándose de dinero público, es preciso además que se rinda cuenta de su utilización y si no se han agotado los fondos en la ejecución del contrato, será la Universidad la que deba decidir el destino de los mismos, bien empleándolo en otros proyectos o en el mismo aunque no podrá utilizarlos para cubrir los gastos generales de acuerdo con la limitación establecida por la normativa ya citada. En el supuesto de que efectivamente exista una falta de justificación del destino de los fondos aportados por la Universidad, sí podrá afirmarse que se ha producido un perjuicio patrimonial a la U. porque, aunque la empresa con la que se ha contratado se declare satisfecha de la ejecución y no reclame la devolución de ninguna cantidad, los fondos empleados ya se habían incorporado al patrimonio de la Universidad en el momento de ser entregados al Sr. I. B. y su utilización debe justificarse adecuadamente.

El segundo de los motivos que fundamentan el recurso enlaza con el anterior puesto que el recurrente alega que los contratos fueron ejecutados correctamente con la plena conformidad de la empresa “F. de M. y C., S.L.”, sin que conste queja o reclamación alguna de dicha empresa ni de las personas o entidades que intervinieron en dicha ejecución., ni tampoco se hayan dejado

da abonar ninguno de los importes acordados ni se haya exigido el reintegro de las cantidades satisfechas por la empresa. Del mismo modo, durante la gestión de los contratos, el investigador principal nunca recibió reparos por parte de la U., en particular, las Unidades de Gestión Económica realizaron anualmente la tramitación, liquidación y cierre de los gastos sin notificar ninguna deficiencia, reparo o incidencia.

Tal y como ha puesto de manifiesto la representación de la U., el hecho de que durante la ejecución de los contratos no se formulara ninguna queja no presupone que los contratos se ejecutaran correctamente, todo ello al margen de la crítica que pudiera merecer, si fuera el caso, esa alegada pasividad en el ejercicio de los controles e inspecciones que pudieran o debieran haberse practicado. Por otra parte, en relación con esta cuestión hay que diferenciar entre el correcto cumplimiento de las prestaciones del contrato y la justificación de los gastos. Corresponde a la empresa valorar si efectivamente las prestaciones previstas en el contrato han sido cumplidas y si por lo tanto debe satisfacer la contraprestación dineraria, con independencia de la posible coincidencia de intereses que pudiera existir entre el representante de la empresa y el investigador principal, que será objeto de análisis posterior. Sin embargo es la U. quien debe determinar si los gastos de ejecución del contrato se han justificado adecuadamente según la normativa aplicable. Si bien en un primer momento, la Universidad no puso objeción a los gastos, ello no impide que la posterior revisión de los mismos pueda poner de relieve determinadas irregularidades.

Todo lo argumentado en el presente fundamento de derecho debe entenderse sin perjuicio de que, en caso de producirse algún reintegro derivado de los daños causados por los hechos examinados en el presente recurso, se proceda a compensar las correspondientes cantidades con quien corresponda, ya que la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas persigue la reparación de los daños y perjuicios ilegítimamente causados al erario público y cualquier resarcimiento superior al menoscabo causado supondría un enriquecimiento injusto por parte del Sector Público que lo recibe.

2. Requisitos justificación de gastos ²⁰

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Es doctrina de esta Sala de Justicia, entre otras las sentencias de fecha 29 de julio de 2004 y 11 de mayo de 2009, que: "la justificación, en ningún caso, puede quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos, *sino que ha de acomodarse a lo legal y reglamentariamente dispuesto, de suerte que los documentos que sirvan de soporte a los pagos realizados reúnan una serie de requisitos formales pero además, es imprescindible, que quede acreditado que el destino dado a los fondos públicos es el legalmente adecuado y, únicamente en tal caso puede entenderse debidamente cumplida la obligación personalísima de rendir cuentas que incumbe a todo el que tiene a su cargo la gestión de caudales o fondos públicos*".

De la prueba practicada cabe concluir que no han quedado acreditados en debida forma los pagos efectuados al Sr. C. R. ya que no hay constancia de título alguno justificativo de que esas prestaciones laborales hubiesen sido contratadas, desconociéndose por ello el contenido propio de la actividad a desarrollar y la forma de calcular la correspondiente remuneración. La última prórroga del contrato inicialmente celebrado se extinguió el 16 de enero de 1995, existiendo en autos copia de otros contratos de actividades laborales en este período de 2000 y 2001 con otras dos empresas municipales pero no con E., S.L. Tampoco existe constancia alguna de la actividad por él desarrollada ni menos aun del incremento retributivo que se produjo en este período en el concepto de "gratificaciones absorbibles" que, tal y como recoge la sentencia apelada, pasaron de la cantidad mensual de 654,56 € en enero, febrero y marzo de 2000, a 1.390,79 € en abril y mayo de 2000, a 1.706,79 € en junio a diciembre de 2000 y a 2.356,92 € en el año 2001. Sin embargo, la propia Directora de Área de las Sociedades Municipales informó que no existía en

²⁰ Es interesante, desde esta perspectiva la matización que realiza A. Pérez Tórtola (Ana Pérez Tórtola, *Rendición de cuentas y responsabilidad contable*, V Jornadas Intosai-Olacefs, Lisboa, mayo 2007, págs. 16 y 17), al señalar que: "Los supuestos comunes de rendición de cuentas al margen de los requisitos formales exigidos por la Legislación aplicable (caso típico del retraso en la aplicación de Reglamentos Contables nuevos que sustituyen a otros anteriores), si no llevan aparejados indicios de daño real y efectivo, no conectan ni siquiera preliminarmente, con el concepto de responsabilidad contable. El retraso en la rendición de las cuentas, si tampoco lleva aparejados indicios adicionales de incumplimientos normativos lesivos para el Patrimonio Público, queda igualmente fuera, en principio, del ámbito de la responsabilidad contable. En general, cuando la información que la falta de rendición o la rendición defectuosa dificultan ha podido obtenerse en la fiscalización a través de conciliaciones bancarias u otros datos, o cuando dicha información puede deducirse de la contabilidad general de la Administración del Ente Público afectados –aunque las cuentas concretas que debieran recogerla no se hubieren rendido adecuadamente– no puede considerarse existencia de indicios de responsabilidad contable. Sin embargo, la reincidencia en la falta de rendición o en la rendición insuficiente de cuentas y la opacidad en la gestión que quepa deducir en esos casos, son motivo suficiente para incoar un procedimiento de responsabilidad contable. Dicho procedimiento podrá acabar con la exigencia de responsabilidad o archivándose, sobreseyéndose o con absolución de los enjuiciados, pero habrá dado lugar a un investigación de los hechos (a través de las llamadas "Diligencias Preliminares" y sobre todo a través de las Actuaciones previas - artículos 46 y 47 de la Ley de Funcionamiento-) e, incluso, según los casos, a todo un despliegue probatorio en sentido técnico-procesal si es que finalmente se abre el proceso de responsabilidad contable como tal".

este período contrato alguno ni nombramiento como coordinador económico de las sociedades al Sr. C. R..

La representación de D. M. P. C.-C. y D. E. G. L. afirma que es de aplicación lo dispuesto en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores debiendo entenderse que el Sr. C. era trabajador fijo de la empresa E., S. L., ya que conforme a este precepto los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo no superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán las condiciones de trabajadores fijos. Sin embargo, olvida esta parte que esa regulación que se recoge en el apartado 5º del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, fue introducido por el artículo 12.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, por lo que no estaba en vigor en el momento en que sucedieron los hechos objeto del presente recurso.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de impugnación y confirmar la sentencia de instancia en cuanto a la declaración como partida de alcance de las cantidades pagadas por E., S.L. a D. A. C. R. en el año 2.000 y 2.001 por un total de 109.686,49 €.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

EN LA SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Reclama en segundo lugar la parte actora la cantidad de 7.530,27 euros, por gastos realizados por el Gerente en restaurantes.

Consta en autos lo siguiente:

- a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, páginas 154 y 155, dice que los gastos en restaurantes por importe de 13.522,14 euros no están debidamente justificados y que en las alegaciones no se hace referencia a gastos por importe de 7.530,27 euros.
- b) A los folios 12758 y 12759 de la documentación soporte de las actuaciones previas figuran sendos asientos contables en concepto de “Relac. Públicas Comida Empresa”, por importes respectivos de 1.197.197 pesetas y 1.052.698 pesetas (ascendiendo el total a 13.522,14 euros), en los que se detallan facturas en distintos restaurantes abonadas hasta el 31 de diciembre de 2001.
- c) Don J.A. R. N., Gerente de la Sociedad, informa en escrito de 17 de septiembre de 2004, que los gastos en restaurantes corresponden a comidas por razón del desempeño de su cargo realizadas en los años 2000 y 2001. Menciona en el citado escrito, exclusivamente, tres facturas por importes respectivos de 1.746,24 euros, 2.066,06 euros y 2.179,57 euros (lo que hace un total de 5.991,87 euros), señalando que corresponden a comidas

de Navidad del personal de la sociedad. Constan en autos fotocopias de dichas facturas (folio 12757, 12762 y siguientes de la documentación soporte de las actuaciones previas).

- d) Don J. A.R. N. declaró en el acto del juicio que varios de los gastos realizados corresponden a comidas de navidad.

Para el adecuado examen de esta cuestión, así como de las posteriores, hay que precisar lo siguiente:

- 1) No hay duda de que en el presente caso nos hallamos ante gastos sujetos al control jurisdiccional de los actos del Sector Público, en su sentido más amplio, incluyendo a quienes representan a los entes y sociedades que forman parte del mismo, control que puede y debe practicarse por los Tribunales de Justicia cuando se discute la legalidad de tales actos y su adecuación al Ordenamiento Jurídico.
- 2) En el orden jurisdiccional "contable", dicho control se contrae a determinar si la acción u omisión que se atribuye al presunto responsable ha producido o no infracción de norma contable o presupuestaria, por ser éste uno de los requisitos de la responsabilidad contable. En este orden de cosas, se podría decir que no habiendo discusión sobre los "hechos", el control está implícito en la función jurisdiccional que se desarrolla para, como es el caso, determinar si ha habido o no responsabilidad contable, puesto que constituye el presupuesto básico de la misma.
- 3) Debe no obstante recordarse que no resulta admisible en nuestro Ordenamiento Jurídico, so pretexto por ejemplo del uso de facultades discrecionales, hacer una interpretación de las mismas que haga inviable el control jurisdiccional indicado. Ello supondría hacer dejación de las obligaciones constitucionales que competen a los Tribunales de Justicia en el control de la actividad de la Administración, desde el punto de vista de la legalidad y del examen y comprobación de que efectivamente aquella actuación ha respondido al fin que la justifica.
- 4) En el presente caso, no nos hallamos ante una partida que habilite un uso discrecional de fondos públicos, en este sentido, es sabido que discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, entre indiferentes jurídicos, cuando la decisión está basada en criterios extrajurídicos que como tales son ajenos al control judicial y en consecuencia no podrían constituir objeto procesal idóneo (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987, Sala Tercera). Los gastos de representación o en relaciones públicas, aluden a un concepto jurídico determinado, puesto que delimita la parte de la realidad a la que se refiere de forma precisa, cual es la idea de que son gastos que han de aparecer vinculados a las funciones representativas que corresponden, en el presente caso, al Gerente. Y lo cierto es que esa funcionalidad no se aprecia en aquellos pagos realizados por gastos en los que no consta acreditada su finalidad o motivo.
- 5) Asimismo, debe seguirse el criterio mantenido en resoluciones anteriores pronunciadas por esta misma juzgadora, así, la Sentencia de este Departamento dictada en el

Procedimiento de Reintegro por Alcance A10/05 señala que *“Aun cuando no existe una norma que haga una enumeración concreta de los gastos que son considerados como tales, sí existen numerosas normas de las que se desprenden dos premisas básicas: a) Salvo casos excepcionales los fondos públicos deben destinarse a fines públicos; b) Todo gasto exige control. Baste recordar en este sentido las premisas constitucionales, que se consideran básicas, y que gravitan sobre la fundamentación de la presente resolución: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la C. E.); la exigencia de que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y de que su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía, (artículo 31.2 de la C. E.); la previsión de que la Administración Pública sirva con objetividad a los intereses generales y en todo caso con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, (artículo 103 de la C. E.); la previsión de que los Tribunales de Justicia controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1. C. E.) y, en general, la subordinación de la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general (artículo 128.1 C.E.).”*

Sentadas las anteriores premisas, procede examinar a continuación la cuestión objeto de controversia. Las facturas que obran en autos son las mencionadas por el Gerente en su escrito de 17 de septiembre de 2004, que ascienden a 5.991,87 euros, importe que por otro lado no se reclama por la parte actora, ya que circunscribe su pretensión a 7.530,27 euros, diferencia entre el importe de 13.522,14 euros (gasto total en restaurantes en los años 2000 y 2001 realizado por el Gerente) y la cantidad de 5.991,87 euros antes citada. Además de esa falta de justificación formal, tampoco se ha probado que los referidos gastos se correspondan con la actividad normal de la sociedad, ni con los fines previstos en sus estatutos, ni se ha aportado ningún dato que permita su concreción.

El Informe de Fiscalización señala que los citados gastos no están justificados, conclusión que hace suya el Delegado Instructor, conforme consta en el acta de liquidación provisional, utilizando la parte actora, en su escrito de demanda, los mismos argumentos para reclamar el reintegro de dicha cantidad. No consta en cambio en autos que el Gerente haya presentado documento alguno que acredite el motivo, destino o justificación de los gastos realizados. Tampoco se ha aportado al proceso ningún elemento de prueba que acredite su finalidad ni la razón de los mismos, salvo la propia declaración del Gerente, por otro lado genérica y no detallada.

La legalidad o no de los gastos realizados viene determinada evidentemente por el puesto desempeñado por quien realiza el gasto, por el tipo de gasto de que se trate y por el destino del mismo, extremos que evidentemente deben estar acreditados, documentados y adecuadamente justificados cuando se realiza la disposición de fondos, previa o posteriormente, conforme a lo expuesto con anterioridad. En caso contrario, nos encontraríamos con una disposición de fondos públicos sin las más elementales medidas de control.

En el presente caso, el hecho de que el Gerente tenga reconocidas unas amplias facultades dentro de una empresa pública y tenga que realizar gastos de carácter protocolario y de representación, no puede entenderse como una exoneración de dichos requisitos, sino más bien

al contrario, teniendo en cuenta que los gastos a realizar en muchas ocasiones son excepcionales y de muy diversa índole, debe procederse a su adecuada justificación tanto formal como de fondo, de tal manera que pueda conocerse por el órgano de control en qué se gastaron los fondos públicos, así como su destino y finalidad, lo que no se ha hecho en el presente caso.

El Gerente de la sociedad dispuso de los caudales públicos para fines no justificados, hecho perfectamente encuadrable en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril. De acuerdo con la doctrina de la Sala de Justicia (por todas Sentencia de 26 de diciembre de 2003), la rendición de cuentas debe permitir que quede acreditada la legalidad de los fines a los que se aplicaron los fondos públicos gestionados por el cuentadante, impidiendo en el presente caso la ausencia probatoria de la parte demandada conocer, no la realización del gasto, que consta acreditado, sino su aplicación a los fines de la sociedad municipal y por lo tanto su legalidad, lo que ha ocasionado un saldo deudor injustificado.

Frente a esta vulneración del Ordenamiento Jurídico, no cabe oponer que la inexistencia de un régimen aplicable a estos gastos permita admitir una esfera de discrecionalidad tan amplia como para llegar a aceptar que los gastos realizados resulten jurídicamente irreprochables y, como mucho, constitutivos de un mero defecto formal, debiendo traer a colación en este sentido lo establecido por el Tribunal Supremo, en Sentencias de 21 de noviembre de 1983 y 8 de abril de 1998, en las que dispone que, como antes se dijo, la discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas y que lo que no es posible es que, por medio de la discrecionalidad, se alteren los fines a que obedece el ejercicio de una función pública.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, se ha ocasionado un perjuicio en los fondos públicos de la Corporación en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, cifrado en la cantidad de 7.530,27 euros.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Reclama en tercer lugar la parte actora la cantidad de 940,79 euros por gastos de alojamiento no justificados. Está acreditado en autos lo siguiente:

a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, página 155, dice que “c) *El gasto de una habitación en el Hotel... por importe de 940,79 € los días 12 de noviembre de 2000, y 5 de julio y 20 de septiembre de 2001 no ha quedado justificado, ya que la factura fue por dos habitaciones señalándose únicamente un ocupante.*”. En la nota a pie de página se aclara que “Junto con las alegaciones se ha aportado un certificado de 17 de septiembre de 2004 del entonces Gerente, explicativo de que los gastos de alojamiento se producían por diferentes asesores que le acompañaban, al objeto de negociar con diversas entidades bancarias una posible financiación de la deuda contraída por la Corporación, actividad que supera las atribuciones del Gerente y el objeto de la sociedad.”

b) El Hotel facturó a nombre de Don J. A. R. N. el uso de dos habitaciones los siguientes días: 2 de noviembre de 2000, por importe de 88.960 pesetas, 5 de julio de 2001, por la cantidad de 125.104 pesetas, y 20 de septiembre de 2001 por importe de 99.006 pesetas. Lo que hace un total de 1.881,59 euros (folios 12768, 12769 y 12770 de la documentación soporte de las actuaciones previas).

c) Don J. A. R. N., Gerente de la sociedad, informa con fecha 17 de septiembre de 2004 que la segunda habitación corresponde a gastos de alojamiento de diversos asesores que le acompañaron en sus viajes para negociar con la financiación de la deuda contraída por la Corporación (folios 12767 de la documentación soporte de las actuaciones previas). Reclama la parte actora del importe total de 1.881,59 € abonado por gastos de alojamiento en el Hotel, exclusivamente la cantidad de 940,79 €, correspondiente al cargo de una habitación en dicho hotel los días referidos, existiendo como única justificación de dichos gastos las facturas antes citadas y el escrito del Gerente de 17 de septiembre de 2004.

Como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto en el Fundamento de Derecho anterior, al que nos remitimos, la presentación de una factura no equivale a la justificación de los gastos realizados. Es necesario que exista una funcionalidad pública y no un fin privado en dicho gasto, y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera en el proceso de justificación del gasto. Es por ello que aun con el mayor grado de flexibilidad posible debe probarse, al menos, el motivo de dicha salida de fondos, así como la identidad y la función que desempeñaron quienes participaron en la realización del gasto, sobre todo si se tiene en cuenta que se ha puesto en tela de juicio dicho abono no solo en el presente proceso, sino también anteriormente en el Informe de Fiscalización, sin que la factura y la declaración del demandado puedan estimarse suficientes y adecuadas en el presente caso para tener por justificado dicho gasto.

Los hechos mencionados son encuadrables en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que deben ponerse en relación con la doctrina de la Sala de Justicia (por todas, Sentencia de 26 de diciembre de 2003), conforme ya se expuso en el anterior Fundamento de Derecho, no pudiendo admitirse en el presente caso una esfera de discrecionalidad tan amplia como para llegar a aceptar que los gastos realizados resulten jurídicamente irreprochables o sólo constitutivos de un mero defecto formal.

En consecuencia, procede estimar la pretensión de la parte actora y declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos de la Corporación Municipal por importe de 940,79 €, al haberse ocasionado un daño real y efectivo en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

FUNDAMENTO DE DERECHO DUODÉCIMO

Reclama en cuarto lugar la parte actora la cantidad de 3.099,03 euros, correspondiente a gastos por desplazamiento.

En el presente caso está acreditado lo siguiente:

- a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, página 155, señala que *“gastos por trayectos aéreos por 3.099,03 € no quedaron suficientemente justificados, ya que no constan ni los billetes ni se detallan los viajeros.”*.
- b) Viajes E facturó a P., S.L., en concepto de billetes, y billetes de avión, la cantidad de 3.099,03 euros (folios 12773 al 12776 de la documentación soporte de las actuaciones previas). Las facturas, en las que no figura el nombre de los pasajeros, corresponden a las siguientes fechas y cantidades:

- 5 de septiembre de 2001, por importe de 189.325 pesetas.
 - 18 de diciembre de 2000, por importe de 97.160 pesetas.
 - 28 de diciembre de 2000, por importe de 97.160 pesetas.
 - 25 de mayo de 2000, por importe de 131.990 pesetas.
- c) Don J. A.R. N. informa con fecha 17 de septiembre de 2004 que dicho importe corresponde a viajes que realizó por razón del cargo desempeñado, sólo o en compañía de personal del Ayuntamiento en calidad de asesores (folio 12772 de la documentación soporte de las actuaciones previas).

Al igual que sucede en los casos anteriores, a cuya fundamentación nos remitimos, no se ha probado por la parte demandada, a quien le correspondía conforme al artículo 217 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil antes citado, y teniendo en cuenta el principio de prueba que constituyen las conclusiones del informe de fiscalización, quiénes acompañaron al Gerente en los citados viajes, el motivo concreto de cada uno de los desplazamientos, ni que los mismos tuvieran relación con las funciones propias del cargo que ocupaba el demandado cuando tuvieron lugar los hechos.

Por lo tanto, a la vista de lo anteriormente expuesto, se ha ocasionado un daño real y efectivo en los fondos públicos de la Corporación Municipal, en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, procediendo estimar la pretensión de la parte actora y declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos por importe de 3.099,03 euros.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOTERCERO

Reclama en quinto lugar la parte actora la cantidad de 1.138,24 euros abonada a Don E. S. M..

En relación con esta irregularidad está acreditado en autos lo siguiente:

- a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, página 155, dice que se llevó a cabo *“el pago de 1.138,24 € en 2001, que exceden las condiciones establecidas en el contrato con un arquitecto.”*
- b) Con fecha 2 de enero de 2000, Don J. A. R. N., en representación de P., S.L., celebró un contrato de arrendamiento de servicios profesionales con Don E. S. M., para la dirección y desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana de M., por importe de 8.000.000 pesetas, más IVA (folio 12778 de la documentación soporte de las actuaciones previas).
- c) El 20 de julio y el 12 de noviembre de 2001 se emitieron sendas facturas, por importes netos respectivos de 5 y 3 millones de pesetas (es decir, por importes brutos de 5.102.041 pesetas y 3.061.224 pesetas, más IVA y menos IRPF), por Don E. S. M., en concepto de honorarios profesionales por trabajos en la redacción del Plan General de Ordenación Urbana de M. (folio 12779 y 12780 de la documentación soporte de las actuaciones previas).
- d) Don E. S. M. declaró en el acto del juicio que firmó un contrato con la sociedad municipal en el año 2000, que dirigió el equipo redactor de la revisión del Plan General, que la

primera minuta que cobró fue en julio de 2001, por importe neto de 5 millones de pesetas, y posteriormente le abonaron otra por la cantidad de 3 millones de pesetas, si bien por todos los trabajos realizados para la Corporación solo cobró 84.141 euros netos, cuando realmente debería haber cobrado 141.358 euros.

Para poder declarar la existencia de un alcance es esencial que se haya ocasionado un daño económico real y efectivo en los fondos públicos, siendo su resarcimiento lo que se pretende a través de este proceso contable. Podemos definir el daño económico, como señala la Sentencia 21/05 de la Sala de Justicia de este Tribunal, como la pérdida patrimonial causada contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la que debe responder otra, siendo doctrina reiterada que la realización de un pago con fondos públicos que carece de causa, si no queda probada la contraprestación, da lugar a la existencia de un saldo deudor injustificado. Así, se producirá un pago indebido cuando éste se lleve a cabo sin título válido, es decir, cuando se produzca una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía del derecho del acreedor, o lo que es lo mismo, cuando carece de causa y no queda probada la contraprestación.

A la vista de lo anteriormente expuesto debe declararse en el presente caso la existencia de un menoscabo en los fondos públicos de la Corporación Municipal. Aun cuando en el contrato celebrado antes citado se fijó expresamente como importe bruto a abonar 8 millones de pesetas, más IVA, la cantidad bruta facturada ascendió a 8.163.265 pesetas, más IVA. Se ha producido, en consecuencia, un pago no justificado por la cantidad de 163.265 pesetas, respecto del que no se ha dado explicación ni justificación alguna por los demandados, quienes no han probado la existencia de un nuevo acuerdo, una modificación del anterior ni tan siquiera la realización de actuaciones complementarias que justifiquen el referido exceso.

Alegan los demandados que el arquitecto no cobró el importe total facturado, pero la realidad es que el propio Don E. S. M., aun cuando declaró en el acto del juicio que todas las cantidades facturadas al Ayuntamiento no le fueron abonadas, reconoció que sí le fueron pagadas las cantidades a que nos venimos refiriendo. Así, declaró que le fueron abonados 5 y 3 millones de pesetas, cantidades que se corresponden con sus propias facturas, si bien en su importe neto, no bruto, es decir, una vez sumado al importe bruto facturado de 8.163.265 pesetas, el 15% de IVA y descontado el 18% de IRPF (es decir el Sr. S. percibió, como importe neto, la cantidad de 8 millones de pesetas, cuando en realidad ese debería haber sido el importe bruto, lo que supone un exceso no justificado de 163.265 pesetas en relación con lo fijado en su contrato).

En consecuencia, se ha ocasionado un daño real y efectivo en los fondos públicos de la Corporación Municipal, en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, procediendo estimar la pretensión de la parte actora y declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos, si bien el importe del mismo debe quedar fijado en la cantidad de 981,24 euros (163.265 pesetas).

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEXTO

Reclama a continuación la parte actora la cantidad de 36.009,04 euros, abonada a Doña L. M. A. por sus servicios profesionales de arquitecta, al estar contratada laboralmente en el mismo periodo por la Corporación.

Está acreditado en autos lo siguiente:

- a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, página 155, dice que *“g) La Sociedad convino verbalmente los servicios de una arquitecta por los que percibió 4.486,15 € en 2000. Esta profesional posteriormente fue contratada laboralmente pasando a formar parte de la plantilla de la Sociedad y, junto con sus retribuciones, se le abonaron indebidamente otros 36.009,04 € por un trabajo que se encuentra dentro del objeto de su contrato laboral.”. En la nota a pie de página se aclara que “Se trata de un segundo contrato y simultáneo con el laboral, éste de carácter mercantil (igual a de arquitecto)”.*
- b) Doña L. M. A. firmó, con fecha 13 de enero de 2000, un contrato de trabajo de duración determinada para prestar servicios de arquitecta, con Don J. A. R. N., en representación de P., S.L. El citado contrato se transformó en indefinido con fecha 25 de febrero de 2000 (folios 12786 y siguientes de la documentación soporte de las actuaciones previas).
- c) Doña L. M. A. emitió, por el concepto de *“colaboración, control y asesoramiento técnico y urbanístico a la empresa P., S. L.”*, con fecha 11 de enero y 7 de febrero de 2000, sendas facturas por importes de 462.374 pesetas y 181.102 pesetas, más IVA, así como otra factura de 18 de diciembre de 2001, en concepto de *“Redacción del Plan Parcial URL-AL-7”*, por importe de 5.165.000 pesetas, más IVA (folios 12784, 12785 y 12797 de la documentación soporte de las actuaciones previas).
- d) Don J. A. R. N. declaró en el acto del juicio que Doña L. M. A. era la adjunta de Don E. S., y que cuando esta sociedad contrataba con un particular la realización de ciertas actuaciones se le abonaban aparte, al no coincidir con sus cometidos en la Corporación, realizándose los trabajos en horario diferente.

En el presente caso, debemos remitirnos a lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, al tratarse de un caso similar. Realizado el trabajo por Doña L. M. A., hecho sobre el que no existe controversia entre las partes, y no habiendo probado la parte actora que el trabajo encomendado por el que se le abonó la cantidad reclamada estuviere dentro de las competencias que tenía atribuidas en la sociedad municipal por razón de su cargo, ni que fuere realizado en su horario laboral, y teniendo en cuenta que incluso alguna de las minutas abonadas es anterior a su contratación laboral por la sociedad y que las mismas corresponden a trabajos concretos y determinados, debe concluirse que no se ha probado que se haya ocasionado perjuicio alguno en los fondos públicos de la Corporación Municipal.

En consecuencia, como en el caso examinado en el anterior fundamento de derecho, al no haber quedado probada la duplicidad del pago por el solapamiento de las funciones retribuidas a través del mismo, procede desestimar las pretensiones de la parte actora en relación con las cantidades abonadas a Doña L. M. A., al no concurrir los requisitos establecidos en los artículos

59 y 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas para declarar la existencia de un alcance.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSÉPTIMO

Reclama en octavo lugar la parte actora la cantidad de 4.503,36 €, abonada indebidamente a la empresa privada D. y P., S. L., al no estar justificada.

En relación con esta cuestión, está acreditado lo siguiente:

- a) El Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus sociedades mercantiles, ejercicios 2000–2001, página 155, dice que *“La Sociedad abonó, en los ejercicios fiscalizados, un total de 18.361,19 € a una empresa privada, de la que un funcionario municipal es su administrador. El pago de 4.503,36 € no quedó soportado con un contrato que acreditase la prestación.”*. En nota a pie de página se aclara que según las alegaciones al citado informe, el contrato fue verbal.
- b) Don J. A. R. N., en nombre de P., S.L., contrató con fecha 7 de enero de 1997 a la sociedad D. y P., S.L., para *“realizar estudios, proyectos y trabajos de asesoramiento técnico sobre urbanismo y arquitectura, con una duración inicial de seis meses prorrogables”*, por importe de 348.000 pesetas mensuales, en concepto de iguala. Están incorporadas a los autos diversas facturas de los años 1997 y 2000 por el mencionado importe y por el concepto de *“estudios, proyectos y trabajos realizados para la sociedad P., S.L.”* (folios 12977 y siguientes de la documentación soporte de las actuaciones previas y 122 de la pieza separada de prueba de Don M P.).
- c) A los folios 12982 y siguientes de la documentación soporte de las actuaciones previas y 194 y siguientes de la pieza separada de prueba de Don M. P. constan las siguientes facturas y cheques de Diseño y Proyecciones R.D., S.L., en concepto también de *“estudios, proyectos y trabajos realizados para la sociedad P., S. L.”*:
 - 552.096 pesetas, de 30 de junio de 2000.
 - 197.200 pesetas, de 7 de noviembre de 2000.
- d) Con fecha 21 de febrero de 2001 se firmó un nuevo contrato entre ambas entidades para la *“redacción del Proyecto de Urbanización del Sector SG-C-12. Camino del Ángel”*, por importe de 1.387.715 pesetas, más IVA. Con fecha 29 de agosto de 2001 D. y P., S.L., emitió factura por importe de 1.387.715 pesetas, más IVA, que fue pagada mediante cheque (folios 12987 y siguientes de la documentación soporte de las actuaciones previas y folios 119 y siguientes de la pieza separada de prueba de Don M. P.).
- e) Don J. A. R. N. declaró que el trabajo ejecutado a que se corresponde el importe reclamado no estaba contemplado en los contratos celebrados.

Para poder declarar la existencia de responsabilidades contables es esencial, como se ha venido diciendo, entre otros requisitos, que se haya ocasionado un daño económico real y efectivo en los fondos públicos, al ser su resarcimiento lo que se pretende a través de este proceso contable. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Justicia de este Tribunal, como se

ha tenido ocasión de poner de manifiesto anteriormente. Así pues, para poder determinar si se ha producido un menoscabo en los fondos públicos en los términos que exige la Ley, la Sentencia de la Sala de Justicia de este Tribunal de fecha 9 de mayo de 2006 exige dar respuesta a dos cuestiones: La primera es la que se refiere a si hubo contraprestación, por parte de la adjudicataria, como consecuencia del precio recibido por el contrato celebrado. En segundo lugar es necesario resolver la cuestión de si el precio satisfecho por la contraprestación recibida fue correcto o, por el contrario, supuso un daño en las arcas públicas.

En el presente caso, la cantidad de 4.503,36 euros reclamada corresponde a las facturas de 552.096 pesetas y de 197.200 pesetas antes citadas. A diferencia de lo que sucede en los anteriores Fundamentos de Derecho, en el presente caso la parte actora reclama el mencionado importe al no estar acreditada la prestación y no existir contrato alguno que justifique dicho abono.

La referida irregularidad ya se puso de manifiesto en el Informe de Fiscalización y en la Liquidación Provisional practicada por el Delegado Instructor y ha sido objeto de pretensión por la parte actora, sin que la parte demandada haya probado qué actuaciones concretas dieron origen a dichas facturas, la ejecución de los trabajos ni la fecha en que se llevaron a cabo. Tampoco ha aportado ningún contrato, informe, resolución ni declaración, salvo la del propio Sr. R. N., que permita justificar el citado abono.

A la vista de las pruebas practicadas no están debidamente detallados los trabajos encomendados, las actuaciones concretas realizadas, el plazo de ejecución, ni ningún otro dato que aporte información sobre el motivo del citado abono, salvo una referencia genérica en cuanto a su concepto en las facturas abonadas. En efecto, de la declaración del Sr. R. N. tampoco se desprende ningún dato adicional, limitándose a señalar que los trabajos correspondientes no estaban incluidos en los contratos celebrados con dicha sociedad. Además, en el año 1997 se firmó un contrato entre la sociedad municipal y D. y P., S.L., en el que se acordó retribuir con 348.000 pesetas mensuales la realización de estudios, proyectos y trabajos de asesoramiento técnico sobre urbanismo y arquitectura, importe que se seguía abonando en el año 2000 a la citada sociedad, figurando en las facturas cuyo importe se reclama el mismo concepto que consta en las correspondientes a la de la iguala convenida, sin que se haya justificado en cambio que procediera su facturación separada por trabajos concretos diferentes a los acordados.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, y no habiéndose traído tampoco al proceso por los demandados ningún elemento de prueba relevante para desvirtuar las conclusiones del informe de fiscalización, procede estimar la pretensión del Ayuntamiento de M. en el presente caso, al concurrir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y declarar la existencia de un menoscabo en los fondos municipales por importe de 4.503,36 €.

SENTENCIA 17/2011, DE 19 DE DICIEMBRE

EN LA SENTENCIA APELADA

Antes de comenzar a analizar la posible justificación de los pagos realizados, es necesario destacar el carácter público de los fondos empleados en ellos; en este sentido obra en el folio 14 de las Actuaciones Previas certificación de la Secretaria Interventora Accidental del Ayuntamiento de..., en la que se hace constar que no puede certificar la naturaleza de dichos ingresos, al no tener conocimiento de los hechos hasta que se formula la demanda en el Tribunal de Cuentas. No obstante, a la vista de la documentación aportada y las alegaciones realizadas por los afectados por el expediente, ha de entenderse que eran ingresos públicos y, a su vez, la mayoría de las aportaciones a la cuenta provenían de autorizaciones para instalar kioscos o ventorrillos en las plazas públicas de titularidad municipal, durante las fiestas. Por tanto, deben encuadrarse dentro del concepto de tasa por ocupación del dominio público.

La ordenanza reguladora de la Tasa por aprovechamientos especiales en la ocupación de la vía pública y demás zonas del dominio público fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de..., de fecha 31 de diciembre de 2003, entrando en vigor el 1 de enero de 2004. Con anterioridad a esta fecha no existía ninguna ordenanza que regulara estos aspectos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en el acto del juicio para la práctica de la prueba y conclusiones, también se manifestó respecto a la naturaleza del dinero empleado en los diversos pagos, calificándolo de dinero público y más concretamente como tasa municipal.

Por último, si bien es cierto, que en la contestación a la demanda la representación de los demandados había alegado que *“la consideración de esta parte relativa a que las entregas efectuadas por particulares a través de la referida cuenta corriente, en todo caso, tendrían el carácter o naturaleza jurídica de ingresos de derecho privado, contemplado desde el punto de vista municipal, pero a pesar de ello, teniendo en cuenta su carácter finalista, en el sentido de que la razón u objetivo de los ingresos era financiar las fiestas patronales y demás fiestas locales organizadas por el Municipios, la procedencia del dinero y que en definitiva se ingresaba en una cuenta a nombre de una inexistente, jurídicamente, COMISIÓN DE FIESTAS 95, cabe negar que dichos ingresos tengan el carácter de ingresos o caudales públicos, en cuyo caso no cabría hablar, tampoco, de vulneración de la normativa presupuestaria y contable, ni existiría la relación de causalidad entre los hechos y el daño producido en los efectos públicos, especialmente a la vista de los justificantes de gastos aportados con el presente escrito, para complementarlos en su día aportados”*, en el acto del Juicio aceptó que los fondos objeto de este procedimiento tenían la naturaleza de fondos públicos, cuando hizo alusión a que algunos de los requisitos determinantes para la exigencia de responsabilidad contable sí se daban en el presente procedimiento, como era la existencia de fondos públicos. Con esta afirmación ha desaparecido la controversia planteada respecto a esta cuestión entre las partes, ya que, tanto el Ayuntamiento demandante, como la representación de los demandados y el propio Ministerio Fiscal han coincidido en considerar que el dinero empleado en los diversos pagos objeto del litigio tiene naturaleza de fondos públicos.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Por lo que se refiere a los pagos realizados en concreto desde la referida fecha de 13 de septiembre de 2002, es necesario determinar, a la luz de la prueba obrante en el procedimiento, si han de entenderse debidamente justificados o no.

En las Actuaciones Previas ya fueron consideradas válidas determinadas facturas para la justificación de los pagos correspondientes, situación que fue aceptada por la parte actora en la demanda formulada, al cuantificar como mínimo la cantidad en que se cifra el alcance en 38.319,59 €, ratificando también la misma cantidad en trámite de conclusiones, en el acto del juicio, que coincide con la consignada por la Delegada Instructora en el acta de liquidación provisional, como presunto alcance, de los cuales correspondían 27.076,66 € a principal y 11.242,93 € a intereses, pero teniendo en cuenta la disminución operada por la prescripción, según se ha razonado, debe concluirse que la exigencia de responsabilidad contable sobre los pagos efectuados con fondos públicos carentes de la preceptiva justificación queda limitada a 7.516,15 €.

Del examen de la prueba documental se desprende que los restantes pagos que fueron considerados injustificados en Actuaciones Previas no resultan respaldados en este procedimiento por justificación alguna, ya que en la contestación a la demanda y en la documentación que se adjuntó a la misma, así como en el escrito de aclaración, de fecha de entrada en este Tribunal de 22 de julio de 2009 y en la documentación que se acompañaba al mismo no se aportan nuevas facturas que pudieran acreditar los pagos efectuados con dinero público, minorando, así, el importe de lo reclamado. La documentación aportada en la contestación a la demanda obrante a los folios 138 y siguientes del procedimiento y la adjuntada posteriormente, es coincidente casi en su totalidad con la obrante en las actuaciones previas en los folios 45 y siguientes de su anexo, figurando como única novedad la existencia de determinadas declaraciones bajo responsabilidad del firmante, efectuadas todas ellas en el año 2009, y, por tanto, con posterioridad a la iniciación del presente procedimiento que obran a los folios 187 y ss., 287 y ss., 341 y ss., y 396 y ss., y mediante las cuales se pretenden justificar pagos efectuados desde la cuenta ... correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006.

Revisada la documentación aportada, se observa, con respecto al ejercicio 2003, que no se acredita la identidad de los beneficiarios de los cheques, se aportan facturas que carecen de número o son ilegibles, con las que no es posible acreditar que los gastos efectuados tuvieron por objeto sufragar una finalidad propia de la Corporación, no coincidiendo el importe de las facturas aportadas con el de los cheques emitidos. Así, se expiden dos cheques cuyo importe es idéntico, el mismo día, existiendo declaración bajo responsabilidad de una persona sobre su recepción, que, sin embargo, no acredita la representación que ostenta para percibir las cantidades. Con respecto al ejercicio 2004 se siguen sin acreditar la identidad de los beneficiarios de los cheques emitidos, ni la finalidad para la que se realizó el gasto, aportándose facturas no expedidas a favor del Ayuntamiento de ... ni de la Comisión de Fiestas, alguna de ellas sin número, e incluso sin fecha, correspondientes otras a comercios de ropa que nada acreditan el gasto en una actividad propia del Ayuntamiento y cuyo importe no coincide con los cheques emitidos. Con respecto al año 2005, continua sin considerarse justificado el cheque por importe

de 405,60 €, ya que el titular de la factura no coincide con el que consta en el concepto del recibí y la persona que firma el mismo no acredita en calidad de qué lo hace. Por lo que se refiere al año 2006, una de las facturas aportadas carece de número y no se expide a favor del Ayuntamiento ni de la Comisión de Fiestas y el importe del cheque aportado no coincide con ninguna de las otras facturas emitidas.

Por lo que se refiere a las declaraciones juradas, estas fueron impugnadas expresamente por la parte actora, tanto las presentadas junto a la contestación a la demanda como con posterioridad a ella, así como, también, las aportadas en el acto de la audiencia previa, alegando que se tratan de documentos de parte, realizados unilateralmente mediante un modelo genérico, y a posteriori de la incoación del expediente de reintegro por alcance, debiendo, por tanto, acreditar las circunstancias alegadas mediante ratificación en la pertinente prueba testifical. El artículo 326 de la L.E.C., al regular la fuerza probatoria de los documentos privados, recoge en su número 2. que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, la parte que lo ha propuesto podrá proponer el medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y, si no se hubiese propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Examinadas las declaraciones bajo responsabilidad de los firmantes, este juzgador ha de rechazar la eficacia de las mismas para explicar las cantidades que se consideran pendientes de acreditación, pues los documentos que pretenden evidenciar los pagos de los movimientos de la cuenta no revisten la consideración de facturas que sirvan para validar dichos pagos, que, aun pudiendo tener hipotética relación con la gestión y organización de los festejos celebrados en..., se hicieron al margen de la aprobación, el control y la contabilización de las áreas correspondientes del Ayuntamiento y con la finalidad, como se indica en la contestación a la demanda, de que sirviera de medio ágil de pago de los gastos que la organización de dichas fiestas ocasionaba. Sin embargo, ha de considerarse que la existencia de esta cuenta paralela no originaba más que confusión, ya que de la documentación aportada por el Ayuntamiento obrante a los folios 94 y ss. de las Actuaciones Previas se observa que determinados bienes y servicios referidos a las fiestas locales fueron abonados a través del propio Ayuntamiento, produciéndose una dualidad en el procedimiento para la gestión de los fondos referidos a las fiestas, de difícil justificación, ya que, tales bienes y servicios abonados a través del propio Ayuntamiento se encontraban sometidos al seguimiento y control preceptivo de ingresos y gastos y, por el contrario, los gestionados por medio de la cuenta abierta en la entidad Caja ... a nombre de Don J. I. M. H. y de Don F. J. R. C. escapaban de todo control, cobrando especial significación el hecho de que el Sr. M. H. tuviera el cargo de Tesorero de la Corporación y el Sr. R. C. el de Concejal de festejos, lo que determina que, precisamente por los cargos desempeñados en el Ayuntamiento, sin ninguna duda, tenían pleno conocimiento del procedimiento que debería haber sido utilizado para sufragar los gastos y pagos dimanantes de las fiestas municipales, que requerían, además de la presentación de la correspondiente factura, que el pago de la misma fuera aprobado.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

El artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, define el alcance como 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 Tribunal de Cuentas. A los mismos efectos, se considerará 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.

Desde el ámbito de los posibles responsables contables, el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/82 establece que corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Por su parte, el artículo 38 de la misma Ley dispone que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños o perjuicios causados y, en este mismo sentido, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, refiriéndose también el artículo 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales principios lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales públicos en cuanto surge de las cuentas que, en sentido amplio, deben rendir quienes disponen de ellos, siendo indiferente, a estos efectos de exigencia de responsabilidad contable, que tales funciones se desempeñen con un nombramiento formal que habilite para el desarrollo de su función o por delegación de hecho o de derecho o mediante una simple adjudicación de facto, ya que esta circunstancia no desvirtúa la condición de gestor de fondos públicos, y así lo ha manifestado en numerosas ocasiones la Sala de Justicia de este Tribunal, en sentencias, entre otras, de 3 de junio de 2000, 6 de abril de 2004, 27 de octubre de 2005 y 24 de abril de 2007. Las personas que recaudan caudales públicos tienen la obligación de proceder a la rendición de cuentas, que es la actividad mediante la que se explica la aplicación que se ha dado a tales caudales recaudados, ofreciendo justificación documental suficiente, tanto de lo ingresado, como del destino dado a los fondos que se han recibido. En el presente caso la responsabilidad de los SRES. M. H. Y R. C. deriva de la circunstancia de haber sido recaudadores de facto de fondos públicos de la Corporación, a la que han causado un perjuicio, al haber dispuesto de ellos incumpliendo las fundamentales obligaciones de someterlos al seguimiento y control establecido por las normas y de rendir cuentas de los mismos.

Para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesaria la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del resultado negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos, tal como sucede en el presente supuesto, donde no se cuestiona la hipotética sustracción de los fondos, sino que los demandados hayan sido incapaces de dar cumplida razón de la utilización de los mismos, ya que, desde julio de 1995, fecha de apertura de la cuenta paralela, hasta septiembre

de 2007, fecha de su cancelación, han transcurrido más de doce años sin que los mismos hayan podido acreditar la más mínima intención de rendir cuentas del dinero público que manejaban, y, solicitada su rendición, no han podido acreditar, en todos los casos, la correcta utilización de los fondos de la Corporación.

La existencia de un saldo deudor injustificado, como ha declarado la Sala de Justicia de este Tribunal, en reiteradas ocasiones, entre otras, en las Sentencias de 28 de enero, 25 de febrero y 30 de junio de 2000, es constitutiva de alcance de fondos públicos, en aplicación de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, ya que a efectos de delimitar el alcance como ilícito contable basta que tenga lugar la falta de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendirse.

Partiendo de estas consideraciones, este órgano jurisdiccional puede afirmar, sin lugar a dudas, que en las presentes actuaciones se ha producido este ilícito contable, calificado como infracción en el artículo 177.1. a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, al haberse generado un descubierto en los fondos del Ayuntamiento de ..., por importe de 7.516,15 €, teniendo en consideración la prescripción alegada, conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Tercero.

Ahora bien, no obstante lo anterior, para que exista responsabilidad contable es necesario que concurren todos los elementos que establecen los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y así junto con el objetivo –daño o perjuicio causado en los caudales públicos por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos– es necesario el subjetivo de infracción dolosa o con culpa o negligencia graves y relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

Para dilucidar esta cuestión, es necesario traer a colación los conceptos de dolo y negligencia grave que ha venido acuñando la Sala de Justicia de este Tribunal a través de diversas resoluciones (entre otras, Sentencias de 26 de marzo de 1993 y 28 de enero de 2000), según las cuales, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño en los caudales públicos constituya una infracción contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, resulta necesario que el gestor de los fondos haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podría provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo o manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, ya por desear directamente la producción de ese resultado dañoso –en cuyo caso nos encontraríamos en presencia de dolo–, ya, al menos, por puro descuido o falta de diligencia, no obstante dicha previsibilidad del resultado –en el cual nos hallaríamos en presencia de negligencia grave– entendiendo que aquella diligencia obliga a tomar medidas para evitar el resultado dañoso. De esta manera, se concluye que es gravemente negligente quien no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el resultado dañoso, a pesar de que éste fuera claramente previsible, aceptándolo en cierto modo, pero sin que, en ningún caso, pueda vislumbrarse una voluntad directamente dirigida a producirlo, pues con ello se entraría en el ámbito de la conducta dolosa.

Por su parte, la diferenciación entre culpa y negligencia grave ha de hacerse de acuerdo con la relevancia del deber de previsión omitido, de forma que la culpa o negligencia leve tiene lugar en

los casos en los que ni siquiera es exigible la previsibilidad del resultado dañoso, siendo importante tener en cuenta que la gravedad de la negligencia no está graduada detalladamente en la Ley, por lo que su calificación como grave o leve debe hacerse por el juzgador en cada caso concreto, al interpretar y valorar los hechos probados objeto del pleito. En el caso que nos ocupa la actitud de los demandados DON J. I. M. H. y DON F.J. R. C. ha de ser calificada, cuanto menos de gravemente negligente, como lo evidencia el hecho de que abrieran una cuenta paralela a la obrante en el propio Ayuntamiento para hacer frente al único objetivo de sufragar gastos referidos a las fiestas de la Corporación Municipal y que, una vez abierta, no llevaran una contabilidad en la que se acreditara que todos los ingresos y gastos imputados a la referida cuenta quedaban justificados. El propio representante de los demandados reconoció en el acto del juicio que sus representados no habían sido diligentes en guardar todos los justificantes de los pagos efectuados en la repetida cuenta corriente.

Esta grave negligencia supone la evidente quiebra de la obligación de custodia de los fondos públicos que de facto habían asumido, y, fue la que originó el menoscabo de dichos fondos, dándose, por tanto, la relación de causalidad necesaria para imputar la responsabilidad contable, por lo que han de quedar obligados a la indemnización de los daños y perjuicios causados, a tenor de lo que dispone el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo, así como el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de este Tribunal.

EN LA SENTENCIA DE LA SALA

▪ *LOS ANTECEDENTES DE HECHO*

NOVENO

El Ayuntamiento de M., a través de escrito de su representante procesal, DON M. M. M. A., registrado en fecha 3 de diciembre de 2009, interpuso recurso de apelación contra la señalada sentencia de 6 de noviembre de 2009; a dicho recurso de opusieron DON J. F. M. P., por medio de escrito de su representante procesal, registrado en fecha 21 de enero de 2010; así como los SRES P. C-C. y G. L., a través de escrito de su legal representante registrado el día 21 de enero de 2010; el Ministerio Fiscal, en escrito de 24 de noviembre de 2009, interpuso asimismo recurso de apelación al entender no justificado el pago de una minuta de honorarios profesionales al letrado DON J. M. N. B. por un importe de 3.485,87 €, así como el pago a DOÑA L. M. A. de un importe de 36.009,04 €, por sus servicios profesionales como Arquitecta.

DÉCIMO

Además de las pretensiones revocatorias de la sentencia deducidas en relación a los hechos que sustentaron la condena de los impugnantes, SRES. M. P., G. L., P. C-C. Y R. N., deben resolverse también las formuladas por el Ayuntamiento de M. y por el Ministerio Fiscal que persiguen la condena de los anteriormente citados miembros del Consejo de Administración y Gerente de la Sociedad municipal "P, S. L." por un importe de 3.485,87 €, correspondiente a una minuta girada por el bufete "N. Abogados" cuyo abono consideran no justificado (así

se recogen en los hechos probados duodécimo a decimotercero de la Sentencia recurrida); por estos hechos fueron absueltos los SRES. M. P., G. L., P. C-C. y R. N. con el cuerpo de razonamientos jurídicos expresados en el Fundamento de Derecho vigésimo segundo de la sentencia apelada. Asimismo, resolveremos la petición de dicho Ministerio Público en relación a un pago injustificado a la arquitecta D^a L. M. A. por un importe de 36.009,04 euros, excluido de la relación de hechos probados de la meritada sentencia y del que resultaron absueltos los demandados en primera instancia ahora apelados sobre la argumentación jurídica que se contiene en el Fundamento de Derecho decimosexto de dicha resolución.

El Ayuntamiento de M. sustenta dicha pretensión en la existencia de un alcance en el que concurren los requisitos para exigir responsabilidad contable; los formularios los rellenaron los responsables de la sociedad, existiendo desproporción entre el trabajo desarrollado y el importe de la minuta; además, no obra acuerdo, resolución o contrato sobre esta cuestión. La propia sentencia declara que la Administración tiene vedados los contratos verbales; viene a denunciar incoherencia entre la fundamentación de la sentencia y los resultados obtenidos por la Consejera de instancia que no habían sido consecuentes con aquélla; sostiene que no ha resultado probada la participación necesaria del letrado, dándose contradicciones en la testifical de Don V. C. ni tampoco cabe atribuir credibilidad a la declaración del perceptor del abono, Sr. N.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, combate el pronunciamiento absolutorio ya que no habría quedado acreditado que el letrado hubiera realizado la prestación (el contrato fue verbal, es decir, prohibido legalmente en el ámbito público; además, la naturaleza de la prestación no precisaba intervención alguna de un profesional del derecho y el cuestionario fue rellenado por el Secretario de la sociedad, SR. P. C-C.; el propio SR. DEL N. ya había sido contratado para asesorar al Ayuntamiento y a sus sociedades municipales, habiéndose contratado asimismo los servicios de un economista e intendente mercantil. Considera que el pago de la minuta no era debido por no ser necesaria la intervención del letrado, ni hallarse justificada la realización de la contraprestación, sin que tales resultados probatorios puedan resultar desvirtuados por las declaraciones del SR. N. B., ni del asesor fiscal de la Sociedad.

El SR. M. P., por medio de su representante en el proceso, formuló oposición a dichos recursos, alegando en primer término su disconformidad con el invocado error en la valoración probatoria que incumbe a la Consejera de primera instancia por el principio de inmediatez; además, ha quedado acreditada la realidad del encargo y de los trabajos y no probado que los honorarios fueran inadecuados o excesivos; la ponderación del órgano “a quo” sobre la realidad de los encargos de los trabajos, a pesar de la irregular forma en que fueron contratados los servicios ha resultado probada (así son coincidentes las declaraciones de los testigos, Sr. C., a la sazón asesor fiscal de la Sociedad sin interés en el asunto y SR. C., así como las del SR. P. C-C. y la del mismo perceptor del pago, SR. DEL N. B.); alega también que el formulario SMM1 lo cumplimentó el SR. DEL N. y lo firmó el SR. P., como este mismo ha reconocido, así como que su contenido no era de mero trámite sino que se refería a datos de naturaleza jurídica, económica o contable, lo que exigió el examen de toda la documentación societaria; por último, en cuanto a los honorarios devengados, no fueron

impugnados por excesivos por lo que debían ser abonados; cita en apoyo de su tesis, la Sentencia de la Sala de Justicia 9/09, de 15 de diciembre, que desestima idéntica pretensión revocatoria deducida por el Ayuntamiento de M., con la adhesión entonces del Ministerio Público, que razonó sobre la virtualidad del contrato, no obstante su forma irregular, habida cuenta la existencia de una minuta, así como acerca de la falta de demostración por los recurrentes de desproporción de la cuantía minutada y abonada.

La representación legal de DON M. P. C-C. se ha opuesto a los recursos formulados, pidiendo la condena en costas de los recurrentes, y ello porque no se ha aportado prueba alguna sobre la simplicidad de los trabajos realizados por el SR. DEL N. ni se ha demostrado tampoco que los honorarios fueran excesivos, al no haberse dado impugnación alguna respecto a ellos; concurrió título veraz y probado ya que la Comisión de gobierno, por delegación del Pleno municipal, verificó el encargo de la defensa de los intereses corporativos y de las Sociedades Locales, como así declaró; por otra parte, el propio SR. P. C-C.

La solución de la controversia planteada en los recursos del Ayuntamiento de M., y del Ministerio Fiscal, exige analizar, por un lado, los aspectos formales de la contratación del bufete jurídico del Sr. N. B. y, por otro, los servicios efectivamente prestados por dicho despacho a la sociedad municipal "P.S.L." para determinar si los pagos realizados al mismo se corresponden efectivamente con la contraprestación de su cargo, y, en ese caso, si existe justificación suficiente de la salida de fondos públicos por un importe de 3.485,87 €, a los efectos de enjuiciar la responsabilidad contable que pudiera derivarse de estos hechos.

En cuanto al procedimiento de contratación, ha resultado probado, como razona el Fundamento de Derecho vigésimo segundo de la sentencia apelada, que no existió acuerdo o resolución corporativa, ni tampoco contrato escrito celebrado por el Ayuntamiento de M., ni por la Sociedad municipal "P, S.L." relativo a la prestación de los servicios profesionales por el Sr. DEL N. B.; sí se ha demostrado, sin embargo, que de modo verbal, el entonces Alcalde-Presidente de la citada Corporación y su Comisión de Gobierno verificaron al citado letrado un encargo directo cuyo objeto consistía en coordinar todo el proceso de fiscalización (del Ayuntamiento de M.M. y de las Sociedades Mercantiles participadas por éste, ejercicios 2000 y 2001), supervisando todas las actuaciones y documentos relacionados con la citada fiscalización.

Sobre las pretensiones y resistencias de las partes en esta alzada, es un hecho indiscutido, por lo visto y probado, que entre el Ayuntamiento de M. y el bufete de Don José María Del N. B. sólo medió un pacto de palabra que extendía la actuación de dicho despacho profesional al asesoramiento y coordinación en el proceso fiscalizador del Tribunal de Cuentas; por no resultar contradictorio, a esta Sala no le queda sino partir de dichos hechos probados y aceptados por ambas partes; en efecto, como razonó el Fundamento de Derecho vigésimo segundo de la Sentencia impugnada, en el procedimiento contractual del meritado despacho jurídico concurrió un vicio de antijuridicidad, habida cuenta que los contratos verbales no están permitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas, salvo en caso de emergencia (que no ha sido acreditada en el presente proceso), y ello a tenor tanto del antiguo artículo 56 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1996 como del posterior artículo 55 del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y del

vigente artículo 28 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que derogó el Texto Refundido de la Ley anteriormente citada, con el siguiente tenor: “*Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1, carácter de emergencia*”. Al Ayuntamiento de M., y a sus sociedades municipales participadas, a las que se extendió la fiscalización, les resulta aplicable la normativa referida conforme a las previsiones contenidas en los artículos 2 y 3 de la señalada vigente Ley de contratos del Sector Público; precisamente, para dicha aplicación de la legislación estatal sobre contratación administrativa a las Entidades Locales el Real Decreto Legislativo nº 781/1986, de 18 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, prescribe como regla en su artículo 113, 6ª, que el contrato deberá formalizarse en escritura pública o en documento administrativo, dando fe, en este caso, el Secretario de la Corporación; es así como se asegura la adecuación del procedimiento a la legalidad administrativa en materia de contratación mediante la preceptiva intervención del Secretario municipal como fedatario público que autoriza, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad, (artículo 2, letra h) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre que aprueba el Reglamento de Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de carácter nacional).

▪ **LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO**

DÉCIMO

Según ya se ha razonado anteriormente, constituye regla general que la valoración de la prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional, es competencia del juzgador de instancia, y así lo ha declarado numerosa doctrina de esta Sala (por todas, Sentencias de 29 de septiembre de 2009 y 4/2009, de 13 de marzo) con cita de la jurisprudencia constitucional recaída sobre el particular, entre otras, las Sentencias de 30 de septiembre de 1987 y 11 de septiembre de 1995, y ello, “*salvo circunstancias fácticas concretas, debidamente valoradas o circunstancias jurídicas limitativas o vulneradoras de derechos fundamentales*”. Ello quiere decir (como también ha señalado esta Sala en Sentencias de 27 de octubre de 2005, 14 de marzo de 2007 y 22 de julio de 2009) que frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no puede oponérsele sin más, ni mucho menos prevalecer, meras alegaciones de parte, máxime si sólo se basan en simples apreciaciones subjetivas carentes de soportes documentales y probatorios racionales y fehacientes. Es decir, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia.

Habrà de verse, por ello, si a la vista del material probatorio practicado en la litis, puede advertirse que su valoración por el òrgano “a quo” ha sido la procedente a tenor de los resultados obtenidos en la contienda. Importa destacar que esta Sala ha conocido y fallado, en sus recientes sentencias núms.16/2010, 17/2010 y 18/2010, todas ellas de 8 de septiembre, y 21/2010, de 18 de noviembre dictadas respectivamente en los recursos 38/2009, 42/2009, 6/2010 y 13/2009, sobre objetos que versaban sobre idénticas

pretensiones revocatorias a las que se han formulado en esta alzada; en efecto, en las resoluciones citadas han recaído sendos fallos revocatorios de los contenidos en las sentencias de primera instancia, acogiendo las pretensiones de condena formuladas por el Ayuntamiento de M., con la adhesión del Ministerio Fiscal, contra los miembros de los respectivos Consejos de Administración de tres sociedades locales a los que se declara responsables de la ausencia de justificación de los pagos que se realizaron con cargo a fondos públicos locales para satisfacer sendas minutas giradas por idéntico importe en todos los casos (3.485,87 €), por el bufete jurídico de D. DEL N. B.

En las resoluciones señaladas, a la luz del acervo probatorio practicado en cada uno de los procesos, se razonó acerca de los aspectos formales y materiales de los procedimientos de contratación, justificación por el contratista del cumplimiento de las prestaciones pactadas y abono al mismo por los servicios realizados, llegando la Sala, en relación a todos ellos, y tras una valoración de conjunto de dichos contratos y pagos, y así se recoge como un hecho relevante, un idéntico proceder en el “modus operandi” empleado a la hora de contratar los servicios del bufete citado así como la identidad de los importes minutados por el mismo, con independencia de la sociedad municipal en relación a cuya fiscalización por el Tribunal de Cuentas se prestaba asesoramiento, incluso aún cuando aparece demostrado que dichas sociedades tenían objeto social, tráfico y actividad diversas cada una de ellas, a formarse convicción acerca de la ausencia de justificación suficiente de los referidos pagos en los que se apreció que se encontraban respaldados por la presentación formal de unas minutas giradas de modo genérico pero que no guardaban correspondencia con las prestaciones materiales realizadas por el bufete, lo que, a la luz de la jurisprudencia recaída sobre el particular, en casos similares (por todas, la sentencia de 23 de abril de 2007), no podía sino entenderse como faltas de justificación material de dichas salidas de fondos públicos constitutivas de sendos pagos indebidos (alcances) por los importes minutados.

Para apreciar debidamente el material fáctico-jurídico incorporado, es pertinente partir del hecho de que el procedimiento que ahora se sustancia, tiene su antecedente en un Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas. Estos Informes, como ha indicado esta Sala (ver, por todas, Sentencia 9/2004, de 4 de marzo) tienen especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido y ello tanto en razón de su autoría –garante de su imparcialidad–, como de su destinatario –las Cortes Generales o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas–, así como de su procedimiento de elaboración y de la razón de ciencia de los mismos. Como razona la misma Sentencia, el documento en el que se plasma la actividad de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, el Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno, participa, por su contenido material, de los caracteres de la pericia que viene regulada, en la actualidad, en los arts. 335 y ss. de la LEC. Esta característica material del Informe de Fiscalización concebido como elemento probatorio en un proceso jurisdiccional contable, no viene desvirtuada por el hecho de que formalmente pueda ser calificado como un documento que, en todo caso, no participaría de las características de fuerza probatoria plena que atribuyen los artículos 317 y ss. de la Ley ritaria a los que denomina documentos públicos.

En efecto, la fuerza probatoria del señalado informe de Fiscalización puede y debe ser ponderada a la luz de los demás elementos probatorios incorporados al proceso, conforme a las previsiones contenidas en los arts. 217 y 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; no otra cosa hizo la Consejera de instancia al proceder a aplicar al caso la regla de valoración o apreciación conjunta de la prueba, si bien resulta relevante destacar cuáles fueron los restantes elementos de prueba practicados en la litis: Interrogatorio de parte y testigos que consistió en sendas declaraciones, de dos de los demandados (DON M. P. C-C.) quien depuso en el juicio celebrado el día 9 de julio de 2008, y (DON J. A. R. N.) en la sesión celebrada el día 22 de octubre del mismo año; de dos testigos mediante exhorto (Don V. C. Z. y Don J. M. del N. B.), y de los restantes testigos comparecidos que habían sido propuestos por las partes; habida cuenta las circunstancias concurrentes en los tres declarantes, dichos elementos probatorios no deben prevalecer, con carácter general, frente a los resultados obtenidos por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora; en efecto, adquiere relevancia, dentro de la función revisora que nos corresponde, el hecho de que tanto el SR. P. C-C. como el SR. DEL N. B., cuyas declaraciones han sido ponderadas en unión de las restantes pruebas practicadas, tuvieran algún tipo de interés personal en la resolución del asunto, cada uno de ellos desde diversa perspectiva (el primero por haber sido parte demandada y ahora recurrida respecto a estos hechos y el segundo, como perceptor, del abono que ha constituido el objeto de los recursos); ello no puede pasar desapercibido a la hora de sopesar los resultados obtenidos de los medios probatorios practicados en el proceso, sobre todo, teniendo presentes las conclusiones logradas por el Tribunal de Cuentas sobre los hechos concernidos en el repetido Informe de Fiscalización y habida cuenta, debe subrayarse una vez más, la especial fuerza probatoria de éste.

En fin, la prueba no es sino la actividad que consiste en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a formar la convicción del Juez, estando exentos de la necesidad de prueba, únicamente, aquellos hechos sobre los que existe plena conformidad de las partes o gozan de notoriedad absoluta y general. A ello cabe adicionar que en el ámbito contable es de aplicación el principio civil de carga de la prueba establecido en el citado artículo 217 de la Ley procesal civil (antes 1214 del Código Civil), que regula la distribución de su carga en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma. El referido artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de junio, párrafo 2, establece que corresponde al actor “la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”, e incumbe el demandado, según el párrafo 3 del mismo artículo “la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

En el pago controvertido correspondía, por tanto, a los demandados probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, la demostración de que no existió realmente saldo deudor alguno y que ese pago respondía a unos servicios profesionales realmente prestados y que, por tanto, debían ser

pagados, o que falta algún otro de los requisitos que la Ley exige para que pueda imputarse responsabilidad contable. El principio del “onus probandi”, al que hemos hecho referencia, según ha reiterado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el “onus probandi”, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados”*. A la vista de los medios de prueba incorporados a los autos (declaraciones testificales, interrogatorio de parte y documental), corresponde a los demandados la carga de probar que no existió daño para los fondos públicos por haberse realizado las distintas contraprestaciones, por lo que es en ellos en quienes deben recaer los efectos perjudiciales de la falta de prueba, máxime si tenemos en cuenta que, a la vista del referido material probatorio, esta Sala ha podido constatar, en relación a las prescripciones legales sobre “carga de la prueba” contenidas en la citada Ley procesal, que se dan en el caso las circunstancias y elementos que se precisan para apreciar la disponibilidad y facilidad probatorias en el lado de la parte demandada a las que se refiere el artículo 217, apartado 7 de la repetida Ley 1/2000, de 7 de enero.

Y es que, en efecto, la prueba practicada en este procedimiento ofrece indicios múltiples, todos ellos unívocos y unidireccionales que pueden permitir considerar acreditados algunos hechos que se consideran relevantes en esta instancia y sobre los que no se ha pronunciado la sentencia recurrida. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha elaborado reiteradamente una doctrina sobre lo que considera prueba indirecta o indiciaria que ha sido utilizada por el Tribunal Supremo en distintos ámbitos jurisdiccionales (Sentencia de 17 de abril de 2007 de la Sala Primera en el ámbito Civil o Sentencia de 16 de octubre de 2006 de la Sala Quinta en el ámbito Militar). La llamada prueba indiciaria es, en palabras del Tribunal Constitucional (STC nº 174/85, 24/97 y 68/98), la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que se pueden inferir a partir de otros plenamente probados, de determinados indicios indubitados (STC nº 175/93), que han de ser plurales; cuanto más plurales sean los indicios más correctas serán las conclusiones que de ellos se obtenga y, como en este caso, deben ser todos ellos unívocos y unidireccionales. La conclusión obtenida de la valoración de estos indicios ha de ser fruto de una inferencia lógica y no de una mera suposición o conjetura o, lo que es lo mismo, el proceso deductivo ha de ser coherente. La anterior doctrina proyectada sobre el caso de autos permite hacer las consideraciones incluidas en el próximo Fundamento de Derecho sobre la justificación del pago controvertido teniendo en cuenta que, en el procedimiento se ha puesto de manifiesto la existencia de irregularidades en la contratación de los servicios, en su facturación, la falta de concreción de la actividad que se remunera, la falta de materialización y de resultados de esa actividad y, en definitiva, la salida de numerario de las arcas públicas únicamente sustentada en la aportación de una minuta genérica sin ningún otro soporte material ni documental.

UNDÉCIMO

El pago realizado al Sr. del N., de la minuta, por importe de 3.485,87 €, al que hace referencia el Fundamento de Derecho Vigésimo segundo de la Sentencia recurrida lo realizó la mercantil “P. 2000, S. L.” en concepto de honorarios por la cumplimentación de unos cuestionarios remitidos por el Tribunal de Cuentas para recabar la información básica de cada una de las Sociedades municipales al inicio de la fiscalización.

Debe recordarse que los cuestionarios denominados SMM1 fueron remitidos por el Tribunal de Cuentas a todas y cada una de las sociedades municipales participadas por el Ayuntamiento de M., para que fueran cumplimentados por dichas empresas. Dichos cuestionarios, por otra parte, sólo pretendían recopilar una información extremadamente simple y general de cada una de las empresas. Es decir, se solicitaban datos tales como el domicilio social, los nombres de los Administradores y el nombre del Gerente.

En la litis ha resultado probada la inexistencia de contrato escrito alguno entre el Sr. del N. y el Ayuntamiento o la mercantil “P. 2000, S. L.” que pudiera respaldar formalmente el pago de la referida minuta por lo que, y en desarrollo del criterio que ha venido manteniendo esta Sala sobre la necesidad de la existencia de una justificación no solamente formal, sino también material de los trabajos pretendidamente realizados para entender que no ha existido menoscabo alguno de fondos públicos, debemos analizar ahora, teniendo en cuenta el principio de carga de la prueba, el pago que ha sido expresamente impugnado por el Ayuntamiento de M. y por el Ministerio Público.

En la presente controversia ha quedado acreditado que la sociedad municipal “P. 2000, S. L.” abonó al Sr. del N. una factura por importe de 3.485,87 € en concepto de colaboración y asesoramiento para cumplimentación de cuestionarios SMM1.

Según se desprende de la documental incorporada al procedimiento, en particular, las actuaciones previas nº 10/2006, a su folio 12, en la minuta nº 92/00, de 8 de mayo, girada por el bufete “Del N. Abogados”, se especificó como concepto de la factura controvertida su contenido, incluyéndose *“la intervención de dicho bufete en la supervisión, examen y colaboración en la redacción de documentos que se dirán y referidos a los años que se indicarán, a remitir al Tribunal de Cuentas. También se indicaba que, a través de dicha minuta, se cubría el pago de innumerables consultas, el examen de innumerables documentos, incluidos ocho traslados a M. a tal fin para todas las Sociedades Municipales de la Corporación para la cumplimentación y elaboración del modelo SMM1 para el Tribunal de Cuentas”*; por otro lado, no ha resultado acreditada en la litis, por medio alguno, la realización de dichos viajes.

El núcleo del debate en esta alzada consiste, pues, a la vista del alegato de las partes recurrentes (Ayuntamiento de M. y Ministerio Fiscal) y de las oposiciones de los demandados, ahora recurridos, en determinar, desde el ámbito propio de nuestra jurisdicción, si el pago que la sociedad “P. 2000, S. L.” realizó al bufete “Del N. Abogados” por un importe de 3.485,87 €, se encuentra o no justificado con suficiencia en atención al material probatorio que ha sido aportado al proceso en ambas instancias.

Debe partirse de los siguientes hechos indiscutidos por las partes: el Sr. del N. B. recibió un encargo verbal del Ayuntamiento de M. para la realización de diversas labores de coordinación, supervisión y elaboración de documentos en relación con las sociedades municipales que se iban a fiscalizar, entre las que se incluía "P. 2000 S. L."; las irregularidades que derivan de esta forma de contratación fueron valoradas por el órgano "a quo", habida cuenta la inconstancia de acuerdo, resolución o contrato del ayuntamiento o de la citada sociedad que amparara, con juridicidad formal, la referida relación contractual entre ambas partes; el documento SMM1 relativo a la sociedad "P. 2000 S. L." consta firmado y enviado por D. M. P. C-C., en aquel tiempo Secretario del Consejo de Administración de dicha mercantil local, quien había sido además requerido para su elaboración.

A esta Sala le compete, a tenor de los hechos admitidos por las partes y de la prueba practicada, ponderar si la prestación servicial del despacho de abogados de la titularidad del SR. DEL N. B. puede o no ser considerada adecuada (por suficiente en términos de satisfacción de las obligaciones pactadas), para que pudiera entenderse debidamente justificada la salida de numerario de la Sociedad "P. 2000 S.L." por importe de 3.485,87 €, que iba destinado a satisfacer el cumplimiento del compromiso de pago adquirido por la empresa municipal respecto al meritado bufete.

Respecto a los argumentos defensivos del SR. P. C-C. , el hecho de que la minuta girada por el bufete no fuera impugnada en su día, en nada impide a los órganos de esta jurisdicción contable para enjuiciar y resolver sobre si los trabajos y servicios prestados por dicho despacho justifican o no el pago de su importe a la vista de las obligaciones adquiridas por las partes contractuales; otro tanto debe decirse acerca de la pretendida exoneración de responsabilidad contable de los gestores sociales demandados, ahora recurridos, por la falta de demostración del carácter excesivo de los honorarios minutados, habida cuenta que a esta Sala le corresponde resolver la impugnación deducida con los elementos de hecho y el material probatorio incorporado a la litis, entre el que no se halla la pericial contable a la que alude la referida defensa del recurrido; no cabe obviar, además, que conforme a lo ya razonado en esta misma resolución, entre la documental que obra en el proceso, se incluye el meritado Informe de Fiscalización de este Tribunal, que participa, según la doctrina de esta misma Sala, desde el punto de vista de la demostración de los hechos a que se refiere, de los caracteres de la pericia, aun tratándose "stricto sensu" de un documento desprovisto de la fuerza probatoria plena atribuida por la Ley rituarial civil a los documentos públicos.

El alegato relativo a la ausencia de objeción a las declaraciones de los testigos que han intervenido en este proceso, a la que dicha defensa trata de anular la consecuencia de la veracidad y valor probatorio de sus respectivas declaraciones en juicio sobre la realidad del encargo y de la prestación de los servicios comprometidos por el SR. DEL N., tampoco puede prosperar, habida cuenta que el interrogatorio de testigos constituye una prueba más, entre otras, de las practicadas en la litis que versa, según prescribe el art. 360 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre hechos controvertidos relacionados con el objeto del juicio de los que las personas propuestas como tales tengan noticia; en la solución de esta alzada se parte del material probatorio practicado en primera instancia, cuya competencia, como ya hemos razonado, corresponde al órgano de primera instancia; así, la

prueba testifical de los SRES. C. Z., C. R. y DEL N. B., practicada en dicha sede con todas las garantías previstas en la señalada Ley rituaria Civil, no es el objeto de disputa en esta impugnación, en cuanto prueba válida incorporada al proceso; el contenido de las declaraciones testificales, en relación a la realidad de que hubo un encargo de trabajo y de la prestación de servicios por el bufete, se ha tenido como hecho no controvertido por no ser combatido por las partes; el debate se circunscribe, pues, a la determinación de si esos servicios, irregularmente contratados, justifican, en su plenitud, el pago de la minuta que se giró, desde la perspectiva que la normativa y doctrina de este Tribunal han establecido para esta clase de salidas de fondos públicos; y es en este contexto, donde dicha argumentación defensiva pierde toda fuerza, ya que, para llegar a obtener una convicción sólida sobre si el pago estuvo o no justificado, el mecanismo adecuado consiste en acudir a la aplicación del principio o regla de “apreciación o valoración conjunta de la prueba”; en efecto, en este tipo de procesos, es doctrina consolidada de esta Sala de Justicia la de la aplicación de la referida figura jurídico-procesal, de creación jurisprudencial, por otra parte, admitida de modo reiterado por el Tribunal Supremo, y que consiste, en general, en impedir toda impugnación de la eficacia que se haya atribuido a cualquier medio de prueba, aún de los considerados como prueba plena, cuando se aprecia en unión de otros medios probatorios, por no ser lícito descomponer los diversos elementos que en tales casos integran la convicción del Juez; en efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 17 de noviembre de 2008, RJ/2008/7893, en su Fundamento de Derecho Cuarto, “el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado segundo recoge que las sentencias deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho”. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón; continúa señalando que el Tribunal Constitucional, en STC 36/2006, de 13 de febrero, (RTC 2006,136) “reputa suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su “ratio decidendi” (STC 75/2007, de 16 de abril (RTC 2007,75), F4, y con cita de otras muchas)”. Pues “la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas” (ATC 307/1985, de 8 de mayo).

- Este es por otra parte, en lo que nos importa, el criterio seguido por esta Sala de Apelación, recogido por todas, en sus sentencia nº 16/2005, de 26 de octubre, Fundamento de Derecho 7º, que atribuye al órgano jurisdiccional la apreciación judicial de las pruebas aportadas por cada parte, así como la valoración en conjunto de su resultado (entre otras, Sentencias de la Sala 1º del Tribunal Supremo, de 20 de octubre y de 31 de diciembre de 1997), además del de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio, al que anteriormente hemos hecho referencia; en efecto, como ya hemos razonado, siempre debe partirse de la premisa de que dicha valoración

probatoria, así como la mayor relevancia de una frente a otra es criterio soberano del órgano de instancia, al que compete interpretar el alcance de cada una de ellas conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, pero también ha de señalarse que al Tribunal de Apelación se reserva la función revisora de los resultados obtenidos en la primera instancia, en los casos de inadecuación de éstos a lo sustanciado ante el órgano “a quo”; en este sentido, nuestro Tribunal Supremo, valga por todas, la Sentencia de su Sala de lo Civil, Sección primera, nº 485/2009, de 25 de junio, RJ/2009/4237, Fundamento de Derecho cuarto, ha señalado que “el hecho de que se dé mayor valor a una prueba sobre otra, en absoluto incide en el principio del “onus probandi” o carga de la prueba cuya observación obliga al Tribunal a derivar correctamente los efectos negativos de un vacío probatorio sobre la parte que deba legalmente soportarlo, pero no a dar prevalencia al resultado de unos medios probatorios sobre otros.

Así, a la vista del acervo probatorio practicado en la litis, este Tribunal aprecia que, las declaraciones de los testigos deben ser tenidas en consideración y valoradas juntos a los demás elementos probatorios, entre los que prepondera, según lo razonado, la documental consistente en el repetido Informe de Fiscalización, aprobado por el Pleno de este Tribunal; por ello, la fuerza, eficacia y valor probatorios de aquellas declaraciones frente a éste, son debidamente sopesadas y disminuido su peso probatorio por este Tribunal de Apelación a la vista del conjunto del referido material valorativo aportado al proceso. Esta Sala, por exigencias del art. 218.1 de la Ley 1/2000, debe resolver, sobre el punto litigioso en que se traduce la pretensión revocatoria del Ayuntamiento de M. que no es otra sino que se condene a los recurridos, SRES. M. P., G. L., P. C-C. Y R. N., por su responsabilidad contable derivada de la falta de justificación del meritado pago por importe de 3.485,87 €; para ello, es menester entrar a valorar la correlación o armonía existente entre las pretensiones de las partes deducidas en el pleito y los resultados obtenidos en éste a partir del acervo probatorio, todo ello con plasmación en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia; y es aquí donde, dentro del terreno de la valoración probatoria, ineludible para solucionar la contienda, debemos apreciar en mayor o menor medida los repetidos valor y eficacia probatorios del Informe de Fiscalización, lo que, además, no constituye sino una manifestación del ejercicio de esta jurisdicción contable y la formulación del juicio necesario para dictar sentencia, todo ello, otra vez más, bajo el presupuesto del empleo de la sana crítica para decidir cual, de entre las pruebas practicadas, merece a este órgano mayor credibilidad.

El concepto por el que se minutó fue “*la supervisión, examen y colaboración en la redacción de documentos*”; la carga de la prueba del hecho relevante controvertido (la justificación de los servicios prestados) incumbe, en este caso, a la parte recurrida, que debe demostrar, no sólo que el meritado bufete jurídico participó materialmente en la elaboración del documento SMM1 sino que supervisó y asesoró en derecho acerca de dicha confección documental, para, de este modo, amparar el pago y cobro de la minuta girada; en efecto, y, según se ha razonado ya en esta misma resolución, amén de la ausencia de vínculo jurídico formal entre la sociedad “P. 2000 S. L.” y del carácter

extremadamente genérico de los conceptos expresados en la minuta girada por el SR. DEL N. B., resulta palmariamente esclarecedor del contenido de los servicios prestados por el bufete, el examen de los documentos o cuestionarios que se obligó a cumplimentar el referido bufete (folios 8 a 22 de la pieza separada de prueba correspondiente a DON J. F. M. P.); así, como ya se ha indicado, el Tribunal de Cuentas recabó, como hace en cualquier fiscalización de este tipo de sociedades participadas con capital público, información general sobre la sociedad “P. 2000, S. L” referida, entre otras cuestiones, a su fecha de constitución, aprobación de sus Estatutos sociales, domicilio y objeto social, órganos de administración y representación, número de empleados, origen de sus recursos, avales, bienes embargados, pleitos en curso o pendientes...; a la vez de cumplimentar este cuestionario, se requerían las escrituras sociales, Estatutos y actas desde su constitución.

Efectivamente, la configuración de esta segunda instancia, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/1996, de 15 de enero, como una “revisio prioris instantiae”, con algunas salvedades, permite a esta Sala revisar la actuación de la Consejera de instancia, tanto las cuestiones de hecho como las jurídicas aducidas en el proceso, para comprobar la adecuación de la Sentencia recurrida a las normas, tanto procesales como sustantivas aplicables al caso; (los límites son la interdicción de la “reformatio in peius” y la imposibilidad de entrar a conocer sobre extremos consentidos por no haber sido objeto de impugnación “tantum devolutum quantum appellatum” (Auto del citado Tribunal de garantías nº 315/1994).

El hecho relevante debatido en esta alzada consiste en la existencia o no de justificación suficiente y adecuada de los servicios prestados por el Bufete “Del N. Abogados”, por los que le fue abonada una minuta por importe de 3.485,87 euros, por la sociedad municipal “P. 2000, S.L.”. El órgano “a quo”, respecto a dichos hechos, razonó sobre la imposibilidad de realizar pronunciamiento condenatorio alguno con el material probatorio practicado en los autos, ya que, a pesar de las irregularidades habidas en la contratación de los servicios, no estimó acreditado daño alguno por haber sido realizada una prestación por el Sr. Del N. a favor de la citada Sociedad y haberse abonado el importe correspondiente; para llegar a tal convencimiento, valoró el hecho de que tanto los testigos como los demandados reconocieran la existencia de un encargo, y que se hubieran incorporado a los autos, tanto la minuta del bufete como el cuestionario SMM1 que había sido cumplimentado por el mismo.

A la vista del material fáctico-jurídico sobre el que versó la prueba, y una vez analizados los resultados obtenidos tras la práctica de los distintos elementos probatorios (resultancia probatoria), que consistió, como hemos visto, en testifical, interrogatorio de parte y documental, es de observar que cabe apreciar en los hechos litigiosos la existencia de determinados factores y circunstancias que afectan a su calificación jurídica por el órgano de instancia que concluyó razonando acerca de la ausencia de menoscabo o daño por no ver en ellos prueba suficiente sobre la falta de justificación del pago controvertido; en efecto, frente a tal valoración probatoria, esta Sala advierte, en dicho material, la presencia de elementos que afectan, desde la perspectiva del enjuiciamiento

contable, a la debida justificación de los trabajos y servicios prestados por el despacho y, por ende, a la justificación del pago realizado para retribuir los mismos.

A esta convicción se llega después de revisar los resultados de cada una de las pruebas practicadas, y de hacer un análisis individual y de conjunto de las mismas; se observa, en primer término, un enfrentamiento entre el contenido de las declaraciones testificales y del SR. P. C-C. (todos los cuales depusieron en el sentido de que los servicios a que se refiere la minuta nº 92/00 girada por el SR. DEL N. B., efectivamente se prestaron cumplidamente conforme al pacto que, en su día, se había establecido... no cabe olvidar que este fue de naturaleza verbal...), y las conclusiones plasmadas en el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y sus sociedades mercantiles participadas, ejercicios 2000-2001, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en fecha 22 de diciembre de 2004, (epígrafes 5.9 y 7.12), (respecto a las irregularidades observadas en la contratación del bufete y la ausencia de la debida justificación en los pagos de las minutas expedidas por el mismo para cada una de las sociedades municipales a tenor del repetido Informe, por el concepto que está siendo discutido se abonó al SR. DEL N., previa facturación, un importe total de 76.929,55 €). Así, en primer término, hemos constatado la inexistencia de instrumento jurídico válido y acorde al ordenamiento jurídico que pudiera amparar, conforme a derecho, la contratación de los servicios del bufete, ya que, según lo exhaustivamente razonado, tanto por la Consejera de instancia, como por este órgano "ad quem", los pactos verbales, salvo excepciones que no se aprecia hayan concurrido en los hechos objeto de este pleito, no están permitidos en el ámbito de la contratación pública, incluidas las Sociedades con participación en su capital de fondos municipales, como es el caso de "P. 2000, S.L.". En segundo término, no se ha podido obtener certidumbre acerca de los servicios efectivamente prestados por el bufete "DEL N. ABOGADOS"; en efecto, si se examina el contenido del objeto que debió ser materia del contrato verbal (que debería coincidir con el concepto minutado por el SR. DEL N.), las obligaciones del Letrado o Letrados se circunscribirían a supervisar, examinar y colaborar en la redacción de documentos... "que se dirán", y referidos a los años... "que se dirán", evacuando innumerables consultas y examinando innumerables documentos, incluidos 8 viajes a M., a tal fin para todas las Sociedades Municipales, para cumplimentar y elaborar el modelo SMM1 para el Tribunal de Cuentas; respecto a tal prestación servicial, se ha podido observar que la participación del mencionado bufete en la cumplimentación del cuestionario remitido por el Tribunal de Cuentas no aparece suficientemente acreditada, habida cuenta que el formulario pudo también ser rellenado por los entonces responsables de la sociedad "P. 2000, S. L.", entre los que se encontraba DON A. P. C-C., a la sazón Secretario del Consejo de Administración de la citada sociedad municipal, quien, en el curso del procedimiento fiscalizador, estampó su firma en el repetido formulario, en ejercicio de su cargo societario, para su remisión al Tribunal de Cuentas; además, tampoco ha resultado indubitada la participación del bufete en las labores de supervisión, examen y colaboración en la redacción y cumplimentación de los cuestionarios, cuestión ésta, que es nuclear para ponderar la realidad de la prestación, y que no puede despejarse, a juicio de esta Sala, a favor de los recurridos, sobre todo, teniendo a la vista, por una parte, la laxitud y vaguedad de los

conceptos a que se refiere la minuta, y, por otro, la ausencia de acreditación (documental o cualquiera otra, de los trabajos, asesoramientos, consultas evacuadas e incluso de los desplazamientos a la ciudad de M. para la consecución de aquel fin); a este respecto, no es baladí señalar que, en los antes citados procedimientos seguidos ante este Tribunal, (recursos de apelación 13/09, 38/2009, 42/2009 y 6/2010), por hechos idénticos a los aquí debatidos, en relación a otras tantas Sociedades municipales del Ayuntamiento de M., este Tribunal, ha resuelto tener por no justificados con la debida suficiencia, los pagos de sendas minutas giradas por el mismo despacho y por idénticos importes, asesoramientos y prestaciones.

Por todo lo razonado, incumbía a los demandados, ahora recurridos, la carga de la prueba de la inexistencia de daño o menoscabo a los fondos públicos locales, es decir, que la contraprestación a que se obligó el bufete se realizó efectivamente, de modo que en ellos deben recaer los efectos perjudiciales de la falta de prueba, máxime si tenemos en cuenta las referidas reglas sobre la facilidad probatoria en orden a la aportación al proceso de algún otro elemento probatorio, como la especificación de las consultas que se realizaron, sobre qué versaban, si fueron por escrito o por teléfono o medios telemáticos, los documentos que se entregaron para su examen, o el origen, al menos, de los desplazamientos a M. o el medio de transporte utilizado.

En fin, esta Sala, después de valorar conjuntamente la prueba aportada a este proceso, así como los hechos analizados en la sentencias falladas por esta misma Sala en los Recursos de Apelación 13/09, 38/09, 42/09 y 6/10, no considera suficientemente acreditada la realización de los servicios profesionales por los que minutó y cobró el Sr. Del N.

En consecuencia, procede, en este punto, revocar la sentencia de instancia y entender que es constitutivo de alcance el pago realizado por la mercantil “P. 2000, S. L.”, al Letrado Don J. M. del N. B., por importe 3.485,87 €, por la confección de los formularios denominados SMM1.

DECIMOSEGUNDO

Por todo lo anterior, esta Sala considera que debe modificar el criterio de la Juzgadora de Instancia, considerando constitutivo de alcance el pago realizado por “P. 2000, S. L.”, a Don J. M. del N. B., por importe de 3.485,87 € analizado en el Fundamento de Derecho anterior.

DECIMOTERCERO

El Ministerio Público quiere que se revoque la sentencia al entender que deben prevalecer las conclusiones del Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas que calificó como “indebido” el abono de 36.009,04 € a una arquitecta que ya estaba contratada por la sociedad, por cuanto que el trabajo que realizó estaba ya incluido en el objeto de su contrato laboral. La defensa del SR. M. P. se ha opuesto a esta pretensión al considerar que ha resultado probado por la declaración del SR. R. N. que existió un

encargo del trabajo y la realización de éste, mientras que no se ha demostrado que dicho trabajo se hallara dentro del ámbito del contrato laboral suscrito entre las partes, ni que se efectuara en horario laboral; los SRES. G. L. y P. C-C. basan su oposición en que la sentencia responde a los hechos probados sin que haya resultado desvirtuada la existencia de dos contratos, uno mercantil y otro laboral con distintos objetos, lo que excluye su consideración como pago indebido.

Nuevamente debe recordarse, como se razona en el fundamento de derecho undécimo, la función revisora que corresponde a este Tribunal de Apelación que debe circunscribirse exclusivamente a corregir la inadecuación que pueda darse entre lo sustanciado en el proceso y los resultados obtenidos por el órgano "a quo"; así, en los hechos debatidos contamos como acervo probatorio con la documental integrada en lo que atañe en esencia al pago controvertido, por el informe de Fiscalización de este Tribunal repetidamente citado en esta resolución y las declaraciones de las partes, particularmente la del Sr. R. N. y la de los testigos que depusieron en juicio.

En este pago, a tenor de las posiciones de las partes, el hecho relevante que es objeto de debate se constriñe a determinar si la prestación servicial de la arquitecta, SRA. M. A. a la sociedad "P. 2000, S. L." consistente en la redacción del Plan Parcial URP-AL-7 (según factura de 18-12-2001), y derivada del contrato de arrendamiento de servicios formalizado entre las partes el día 1 de octubre de 2001, y por la que le fue abonado un importe de 36.009,04 euros mediante talón de la Caixa de 5.061.700 pesetas, estaba o no contemplada dentro del objeto contractual que ligaba laboralmente a dicha profesional con la señalada sociedad (en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo de fecha 25-02-2000, que traía causa de otro anterior de naturaleza temporal de duración determinada por seis meses por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, de fecha 13 de enero de 2000).

En el fundamento de derecho decimosexto, la Consejera dejó constancia de la celebración de los mencionados contratos así como de los elementos de prueba, de los que se sirvió para llegar a la convicción de que no hubo daño o perjuicio público por alcance al no resultar probado el solapamiento de las funciones de la arquitecta que percibió los honorarios discutidos; tales medios son el Informe de Fiscalización de constante cita, cuyas conclusiones ya se han expuesto y la declaración en juicio del SR. R. N. (parte recurrida en estos hechos), quien depuso sobre la falta de coincidencia de los trabajos pagados con los cometidos atribuidos en la Corporación.

En razonamientos precedentes ya se ha hecho referencia a la especial fuerza probatoria atribuida a los Informes de esta naturaleza, que, si bien no son vinculantes para el Tribunal, que debe valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica de consuno con los demás elementos de prueba, no dejan de tratarse de documentos con relevancia especial en la valoración final. Sobre los hechos, aparte de las conclusiones del Informe, sólo ha podido ponderarse la declaración de parte emitida por DON J. A. R. N. con el contenido ya expuesto; tiene razón el Ministerio Fiscal cuando señala que este último (demandado en primera instancia y recurrido ahora en apelación) está interesado de modo directo en estos hechos, buscando quedar exonerado de responsabilidad

contable; en efecto, a falta de otra demostración acerca de este hecho, habrá de verse si las afirmaciones que contiene el Informe de Fiscalización se corresponden lógicamente con la documentación que sirvió de base para su elaboración, ya que de la sola declaración del recurrido no puede, por lo razonado, a criterio de esta Sala, obtenerse convicción plena sobre la justificación del abono. De dicha documentación se extrae que la Sra. M. A. facturó como arquitecta en concepto de colaboración, control y asesoramiento técnico y urbanístico a la empresa “P. 2000, S. L.” en fecha 1 de enero de 2000 por un importe de 443.880 pesetas y en fecha 7 de febrero de 2000 por importe de 177.480 pesetas por el mismo concepto; asimismo, que, la misma fue contratada por la sociedad municipal el día 13 de enero de 2000; se trató, como hemos expuesto, de un contrato laboral de duración determinada (de seis meses) y con una jornada de 40 horas para atender circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos (eventual por circunstancias de producción), de las contempladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores; fue contratada como arquitecto y se fijó como objeto contractual, al amparo del RD Legislativo 2594/1994, que se concertó para *“atender las necesidades derivadas de la acumulación de tareas y trabajos extraordinarios motivado por los proyectos a realizar en M.; con posterioridad, las mismas partes formalizaron otro contrato, en fecha 25 de febrero de 2000, en cuya virtud el contrato temporal anteriormente citado pasó a convertirse en un contrato laboral indefinido a tiempo completo, es decir, con idéntica jornada de 40 horas, manteniéndose su objeto. Además de dichos vínculos obligacionales, la documentación soporte de la auditoría acredita que el día 1 de octubre de 2000 “P. 2000, S. L.”, representada por su apoderado, J. A. R. N. celebró con la Sra. M. A. otro contrato, bajo la modalidad de arrendamiento civil de servicios, cuyo objeto era el desarrollo del Plan Parcial URP-AL-7 de M. con una duración coincidente con dicha redacción y pactándose una retribución de 165.000 pesetas más IVA; también obran copia de factura de D^a L. M. A. en concepto de honorarios profesionales por dicha redacción por importe de 5.061.3000 pesetas, girada a la empresa, cuya firma no consta en la misma, en fecha 18 de diciembre de 2001, así como copia de talón bancario nominativo a favor de la Sra. M. A. expedido por la empresa “P. 2000, S. L.” el día 11 de diciembre de 2001 (es decir, anterior a las facturas anteriormente señaladas) y por un importe de 5.061.700 pesetas.*

El órgano “a quo”, al sopesar en conjunto las pruebas practicadas, valoró especialmente que la Sra. M. A. hubiera realizado efectivamente el trabajo, del mismo modo que lo habían realizado algunos funcionarios municipales en la redacción de otro Plan urbanístico distinto a que se refería el fundamento decimoquinto de la propia sentencia; también consideró la falta de prueba por la actora del hecho relevante consistente en la incardinación de dicho trabajo (la redacción del Plan Parcial), dentro de las competencias que ya le correspondían por su vinculación anterior con la Sociedad; ni tampoco que realizara esta tarea en su horario laboral; y también que ya había minutado con anterioridad a su contratación laboral para realizar trabajos concretos y determinados; con escrupuloso respeto a dichas valoraciones, esta Sala debe centrar el debate procesal en el objeto del recurso deducido, descartando, por un lado, que otros hechos como los relativos a los pagos realizados por la Sociedad a determinados funcionarios, que no son

objeto de esta impugnación, puedan tener relevancia, ni siquiera por remisión, para enjuiciar el pago discutido; otro tanto cabe decir respecto a la minuta que presentó la arquitecta el día 11 de enero de 2000. que no puede servir para desvirtuar o advenir los hechos que se debaten en esta alzada, ya que tampoco constituye el objeto de la misma; lo que aprecia este Tribunal al observar el material fáctico-jurídico que integra el proceso y las conclusiones logradas por el órgano “a quo” es que en la valoración probatoria de éste están presentes elementos o circunstancias que afectan, desde la perspectiva del enjuiciamiento contable, que es la que nos incumbe, a la debida justificación de los trabajos y servicios realizados por la SRA. M. A. y, como consecuencia, a la correcta justificación del pago realizado por la Sociedad; en efecto, no parece que deban prevalecer, a tales efectos justificativos, las declaraciones vertidas por el SR. R. N. frente a las conclusiones plasmadas en el Informe de Fiscalización, una vez comprobado, como hemos visto, que las mismas tienen perfecta apoyatura jurídica en los documentos que sirvieron de soporte para realizar la fiscalización; así, por el contrario, lo que puede tenerse por demostrado es que la arquitecta perceptora del abono ya estaba contratada por la Sociedad “P. 2000, S. L.” precisamente para atender a necesidades concretas como eran la acumulación de tareas y trabajos extraordinarios cuyo origen estaba en los proyectos que tenían que realizarse en M.; ello, además, vino corroborado por la circunstancia de que el contrato inicial con una duración de seis meses se convirtiera en contrato indefinido con el mismo objeto, y la misma jornada laboral, lo que recogió las voluntades de la Sociedad municipal y de la arquitecta de establecer un vínculo estable para la realización de aquella tarea; llegado a este punto, debemos recordar que en esta jurisdicción contable donde se dirimen pretensiones de responsabilidad patrimonial, no sancionadora, resultan de aplicación, por una parte, el principio civil de carga de la prueba regulado en el artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (antes art. 1.214 del Código Civil), a cuyo desarrollo interpretativo por la jurisprudencia ya hemos hecho mención en fundamentos anteriores; por otra, también se aplica, según doctrina consolidada de esta misma Sala, la figura jurídico-procesal denominada “valoración o apreciación conjunta de la prueba”, de creación jurisprudencial, admitida reiteradamente por el Tribunal Supremo, que consiste, en general, en impedir toda impugnación de la eficacia que se haya atribuido a cualquier medio de prueba, aún de los considerados como prueba plena, cuando se aprecia en unión de otros medios probatorios, por no ser lícito descomponer los diversos elementos que en tales casos integran la convicción del Juez.

En realidad, lo que el Ministerio Público denuncia respecto al pago controvertido es un posible error en la valoración del material probatorio, al haber apoyado su convicción la Consejera en la declaración del SR. R. N. frente a los resultados del Informe de Fiscalización, de los que no se desprende que el abono se encuentre injustificado por hallarse ya contratada la arquitecta para la prestación del servicio (redacción del Plan Parcial) por el que se hizo efectivo; a la vista del material probatorio, efectivamente no debe darse prevalencia, a los efectos que se pretenden, a la declaración de D. J. A. R. N., quien, como hemos subrayado, tiene interés subjetivo en que el pago se tenga por justificado, sobre las conclusiones contrastadas del Informe de Fiscalización; aprecia esta

Sala que, del conjunto de la prueba, lo que se observa es la determinación por parte de la Sociedad municipal de establecer vínculos contractuales de naturaleza diversa (contratos civiles de arrendamiento de servicios y contratos laborales, primero de duración determinada y posteriormente de carácter indefinido) con la referida arquitecta, D^a L. M. A., todos ellos con el mismo objeto consistente en subvenir a las necesidades surgidas por los trabajos extraordinarios que había que realizar para hacer viables los proyectos urbanísticos de la ciudad de M.; en este contexto, como bien razona el Ministerio Público, el último de los contratos civiles celebrado por el que se pagó el importe discutido, y cuyo objeto se refería al desarrollo del Plan Parcial URP-AL-7 de M., carecía de justificación objetiva, habida cuenta que tales servicios profesionales ya estaban incluidos en el objeto del contrato de trabajo por el que la SRA. M. A. percibía periódicamente sus retribuciones de la Sociedad, una vez convertido el mismo en contrato de duración indefinida; debemos discrepar aquí de los razonamientos que han llevado a un pronunciamiento absolutorio, basado en hacer recaer la prueba de los hechos en la que fuera parte actora (Ayuntamiento de M.), habida cuenta que sobre éste, en virtud del vínculo contractual, no debe recaer la prueba de los hechos impositivos o extintivos, es decir, que esos trabajos extras se realizaron fuera de la jornada de cuarenta horas a cuyo cumplimiento estaba obligada la trabajadora por haberlo pactado libremente; deberían haber sido los recurridos, por el contrario, los que demostraran que los trabajos de redacción del meritado Plan Parcial se realizaron fuera de dicha jornada (hechos impositivos o extintivos); tampoco deja de merecer la atención de este Tribunal el hecho de que se expidiera el cheque para el pago de los repetidos servicios el día 11 de diciembre de 2001, es decir, antes de la fecha en que fuera girada la factura por la arquitecta, la cual, por otro lado, sólo aparece firmada por ella misma y no por la sociedad.

Todo lo razonado comporta que, respecto a estos hechos, incumbía a los recurridos, SRES. M. P., G. L., P. C-C. Y R. N., demandados por el Ayuntamiento de M. en primera instancia, la carga de la prueba de la inexistencia de daño o menoscabo a los fondos públicos locales, o dicho de otro modo, la demostración de que la contraprestación realizada por la arquitecta, SRA. M. A., consistente en la redacción del mentado Plan Parcial se efectuó al margen del objeto contractual que vinculaba laboralmente de modo indefinido a la misma con la Sociedad "P. 2000, S. L." y fuera de su jornada de trabajo; a tal conclusión se llega tras observar los resultados obtenidos del material probatorio aportado, donde, desde la regla rectora ya expuesta de apreciación o valoración conjunta de la prueba, no aprecia este Tribunal que puedan preponderar las declaraciones vertidas sobre los hechos por una de las partes demandadas, recurrida en esta alzada, frente a las conclusiones documentadas y contrastadas en los términos también señalados del Informe de Fiscalización de este Tribunal, máxime teniendo en cuenta la especial "vis" probatoria de éste en el ámbito de esta jurisdicción contable.

DECIMOCUARTO

Para decidir si este alcance da lugar a la existencia de responsabilidad contable hay que partir, también respecto a este pago, del concepto de esta clase de responsabilidad, cuyos elementos configuradores han sido sintetizados por una constante doctrina de esta Sala de Justicia como resultado de la interpretación conjunta que, reiteradamente, ha efectuado esta Sala, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2009) señalando que es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
- b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
- c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
- d) Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.
- e) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparadora siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo, no siendo suficiente que el gestor haya realizado un acto u omisión ilegal y negligente si el mismo no ha ocasionado un daño patrimonial cierto; la existencia de este daño se ha razonado, repetidamente, al analizar el pago controvertido.

- Reiteradamente, esta Sala de Justicia ha considerado pagos indebidos y que, como tales, dan lugar a una salida injustificada de efectivo de las arcas públicas, aquellos pagos realizados sin causa, es decir, sin contraprestación de utilidad pública. Cabe destacar a este respecto la Sentencia de esta Sala de Justicia 18/09, de 13 de septiembre según la cual: *“Según establece el artículo 1.274 del Código Civil, en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, añadiendo el artículo siguiente que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. En el presente caso, se ha efectuado un pago con fondos públicos que carece de causa, al no haber quedado probada la existencia de contraprestación alguna por el perceptor del pago. Ello determina, por tanto, la existencia de un saldo deudor injustificado, incardinable en la figura del alcance de fondos públicos, en los términos que se deducen del artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, y determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados, según también dispone el artículo 38.1 de su Ley Orgánica”*.

Ha existido, por tanto, menoscabo a los fondos públicos y una conducta, al menos, gravemente negligente por parte de los recurridos, que incumplieron sus funciones esenciales de control de la marcha de la Sociedad. Vulneraron, además, las normas presupuestarias y contables aplicables al Sector público local afectado, al realizar o consentir que se realizara un abono con cargo al presupuesto societario sin la comprobación de la debida contraprestación y relación de causalidad. Y con esa actuación u omisión causaron un perjuicio a los fondos públicos de la Corporación municipal de M. Se cumplen, pues, todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable, también por este pago. Dichos requisitos resultan de la interpretación conjunta que, reiteradamente, ha efectuado esta Sala, de los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica y 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal (por todas, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2009).

3. Infracciones normativa contable ²¹

3.1. Alcance ²²

La Sentencia de esta misma Sala, de 19 de diciembre de 2002, estableció que *«para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesario la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del resultado negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos»*.

²¹ J. Perulles (J. J. Perulles, El control de la actividad económico-financiera (ponencia) "Relaciones entre administración local y administración de justicia", Barcelona, 1990, tomo II, pág.14), considera los alcances y las malversaciones como tipificaciones del concepto de responsabilidad contable.

²² Entiendo de interés poner de manifiesto, como ha estudiado L. Ordoki (Luis Ordoki Urdaci, Responsabilidad directa por alcance de Secretarios de Ayuntamiento por el perjuicio causado a los fondos municipales por la contratación de un asesor económico externo, Auditoría Pública nº 46, 2008, págs. 82 y 83) que en las sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 4 de abril y 2 de noviembre de 2007 y de Primera Instancia de 2 de noviembre 2006, el Tribunal de Cuentas resuelve sobre la existencia de responsabilidad contable directa por alcance de varios secretarios municipales, por los perjuicios causados a los fondos públicos de la entidad, a consecuencia de la actuación de un profesional externo contratado por el ayuntamiento para prestarle servicios de asesoramiento económico-contable.

SENTENCIA 14/2009, DE 8 DE JULIO

FUNDAMENTOS DE LA SALA

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEXTO

Finalmente, plantea el Ministerio Fiscal que el aumento del precio del contrato operado en la modificación del mismo que tuvo lugar, como ya se ha dicho, el 25 de julio de 1996, constituye un alcance generador de responsabilidad contable.

El informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre contratos de asistencia, consultoría y servicios celebrados por la Fundación para la F. C., ejercicios 1996–1998, dedica a esta irregularidad su epígrafe 3.1.5. bajo la rúbrica, *“La modificación del contrato inicial : alcance material”*, y manifiesta literalmente lo siguiente:

“3.1.5.– La modificación del contrato inicial: alcance material

El 25 de julio de 1996, siendo Secretario de la Junta de Gobierno de la F., la persona física nº 11, nombrado para tal función el día 5.4.1995 (cuestión que se analiza en el apartado 3.1.2 de esta Sección IV) fue modificado el contrato inicial entre la F. Y O. S.L. de 21.7.1994), en cuatro aspectos: a) el precio a pagar por la F. por la prestación de servicios de asesoramiento por la SRL contratista, para aumentarlo; b) el criterio de revisión anual del precio del contrato, como resultado de elevar su cuantía; c) la falta de inclusión del IVA en el precio del contrato que antes sí estaba incluido, lo que también aumentó el coste del contrato para la F.; d) y para establecer en el contrato una cláusula de indemnización por resolución del contrato sin justa causa, previamente inexistente.”

La modificación de este contrato inicial se instrumentó por medio de una carta de dos folios, de fecha 25 de julio (con número 1089 de registro de salida de FORCEM, de la misma fecha), dirigida por el entonces Gerente de la F. la persona física nº 7 (nombrado el 1.10.1995) a O. S.L., a la que el socio y apoderado de la misma persona física nº 11 dio su “Recibido y Conforme” con su firma, el día siguiente, el 26.7.1996, sin que esta firma esté precedida de ninguna indicación de que tal aceptación se realizara en calidad de apoderado de O. S.L. Por lo tanto, la iniciativa para la modificación del contrato tuvo su origen en el entonces titular de la Gerencia de la F., como queda expresamente proclamado en dicha carta en cuyo primer párrafo el Gerente se complace en comunicar a O. S.L. *“... el deseo de la F. de modificar el contrato de servicios suscrito con esa sociedad el 21.7.1994”*. El contenido de la carta, y el “Recibido y Conforme” de la persona física nº 11 a la misma, ponen de relieve que se trató de una modificación del contrato inicial de 21.7.1994, basada en una propuesta unilateral formulada por el entonces Gerente de la F., a la que se adhirió, al día siguiente, 26.7.1996, la persona física nº 11.

En el citado escrito de 25.7.1996 (párrafo segundo) el entonces Gerente de la F. (persona física nº 7) propuso a la Sociedad O. S.L. las cuatro modificaciones antes señaladas del contrato inicial: a) aumento del precio; b) mejora de la cláusula de revisión anual del precio del contrato; c) exclusión del IVA del precio del contrato; d) e introducción de la indemnización rescisión del contrato sin justa causa no prevista en el contrato inicial, todo ello basado en que *“el constante*

incremento de la actividad de esta Fundación y la complejidad de las cuestiones que demandan su intervención y la necesidad de mayor aportación de sus servicios y asesoramiento, (especialmente de carácter verbal) que de Vds. se viene requiriendo, con el consiguiente aumento de la dedicación prestado por esa entidad, hacen aconsejable la modificación de algunos de los extremos pactados en su momento...”.

En este sentido, la F. no ha acreditado que exista en la Fundación ningún antecedente o documentación formalizada relativos a una negociación entre la Fundación y la SRL contratista previa a la propuesta unilateral de modificación del contrato inicial realizada el 25.7.1996 por el entonces Gerente de F., que sea reflejo de eventuales tratos preliminares a la modificación o de eventuales actuaciones preparatorias de la carta de 25.7.1996 de propuesta unilateral de modificación del contrato.

Tampoco consta en los archivos de la Fundación ningún documento o antecedente que acredite que la citada modificación unilateral del contrato inicial se hizo previa solicitud pública, ni de ofertas, ni de invitaciones a presentar ofertas a Abogados individuales en ejercicio, ni a Gabinetes o Despachos colectivos de reconocido prestigio, a los efectos de obtener para la F. mejores condiciones económicas por la prestación de este servicio de asesoramiento, compatibles con el nivel más alto de la asistencia jurídica.

Por ello el contenido del párrafo segundo de la carta de 25.7.1996 del gerente de F. a la SRL contratista, señalando las causas que hacían “... *aconsejable la modificación de algunos de los extremos pactados en su momento...*” entre F. y O. S.L., adquiere el carácter de mera justificación formal, pues no existe en F. ningún antecedente, ni ningún acta de sus órganos de gobierno en los que se fundamente la modificación del contrato inicial de 21.7.1994. Resulta destacable además, que se haga descansar el aumento del precio en el aumento de las consultas verbales, en las que por su propia forma de articulación, coinciden tres aspectos: su menor relevancia jurídica, la inmediatez entre su formulación y su evacuación, sin soporte documental de materialización y la posibilidad no utilizada de que pudiesen haber sido evacuadas por la propia Asesoría Jurídica de F. (existente a partir de enero de 1995) integrada por personal laboral a su servicio, como se ha señalado anteriormente, concretamente 10 letrados ya en 1996 y 12 en 1997.

De todo ello se deduce que la modificación del contrato inicial en los términos descrito supone un acto realizado sin la debida diligencia en el desempeño de su cargo por parte del Gerente, que causó perjuicios económicos a la Fundación. A ello hace referencia en el siguiente apartado 3.1.6.

Con independencia de lo anterior, hay que resaltar que en ninguna de las actas de la Junta de Gobierno de F. consta que el Gerente, que suscribió la carta de 25.7.1996 proponiendo unilateralmente a la SRL contratista la modificación del contrato, (propuesta que tras la aceptación por su destinatario quedó convertida en parte del contrato entre ambas entidades), cumpliera explícitamente como Gerente de F., con el mandato del artículo 1º de los Estatutos de la Fundación. Según este precepto el Gerente nombrado por el Patronato, que asistirá a sus reuniones con voz pero sin voto, deberá dar cuenta al Patronato periódicamente de cuántas gestiones lleve a cabo. Sin embargo de una gestión de especial relevancia como era la

modificación del contrato de F. con O. S.L., no dio cuenta el citado Gerente del Patronato de la Fundación, siendo así que el Patronato conocía la existencia del contrato inicial entre F. y O. S.L., como se deduce de la certificación de fecha 14.1.1999 facilitada por la Fundación a requerimiento de este Tribunal. Con ello, el Gerente impidió al Patronato el ejercicio de sus derechos de información y participación en la gestión y control de la Fundación.

El citado informe recoge, como se ve, una serie de circunstancias que apuntan a que el incremento del precio del contrato que se decidió aquel 25 de julio de 1996 ni se ajustó a Derecho, ni se practicó dentro del canon de diligencia exigible, y, además, causó un menoscabo a los fondos públicos por no estar acreditadas las contraprestaciones concretas que lo hubieran justificado.

En lo que respecta a la cuestión a la que se refiere el presente fundamento de derecho (existencia o no de daños generadores de un alcance), el problema se concreta en dilucidar si de lo alegado y probado por las partes cabe deducir que estas conclusiones del informe de fiscalización deben considerarse superadas o si, por el contrario, deben mantenerse por no haberse aportado en vía jurisdiccional elementos alegatorios o probatorios suficientes para desvirtuarlas.

No puede olvidarse, en este sentido, la Doctrina de esta Sala sobre la eficacia probatoria de este tipo de informes, según se recoge en el fundamento de derecho duodécimo de la presente sentencia, en el que con fundamento, por todas, en la sentencia de la propia Sala 9/05, de 17 de junio, se recuerda que los informes de fiscalización de este Tribunal de Cuentas constituyen un medio de prueba cualificado cuyas conclusiones sólo pueden ceder ante los resultados en contra que deriven de la actividad probatoria desplegada en el proceso.

De la documentación obrante en autos se desprenden los siguientes hechos no controvertidos, aceptados por las partes:

- a) La mencionada modificación contractual se documentó en una carta del Director Gerente de la Fundación a O., S.L., y la revisión del precio comunicada a través del citado escrito, fue aceptada por el apoderado de la entidad destinataria del mismo.
- b) El nuevo precio se fijó en 30.000.000 de pesetas con efectos de 1 de enero de 1996 y, como consecuencia del aumento de precio acordado, se pagaron entre 1996 y 1998 (año en que tuvo lugar la rescisión del contrato) 55.296.208 ptas. más de lo que hubiera correspondido satisfacer si el precio no se hubiera modificado.

El Ministerio Fiscal fundamenta su pretensión en que el aumento del precio supuso, respecto al precio inicial del contrato, un incremento del 187,63%, lo que considera desmesurado pues no estima que se hubiera producido un aumento de volumen de trabajo justificativo de semejante variación en la retribución de las prestaciones.

Los demandados, por su parte, estiman probado que se produjo un significativo aumento del volumen de trabajo para O., S.L., entre 1995 y 1996, y que dicha circunstancia no podía ser aliviada por la Asesoría jurídica interna de F. dada la escasa experiencia profesional de sus integrantes. En estas circunstancias, en opinión de los demandados, la modificación del precio al alza estaba más que justificada.

Obra en autos un informe de la Asesoría Interna de la Fundación, de 12 de febrero de 1997, en el que se defiende la concurrencia de un significativo aumento de los requerimientos de asesoramiento a los que tuvo que atender O., S.L., entre 1994 y 1996.

La Sentencia apelada se hace eco, en su fundamento de Derecho décimo, del testimonio del Sr. V. que afirmó que O., S.L., realizó, entre 1994 y 1995, 289 informes y 1.122 en 1996.

D. M. T. B. expone en su recurso que el número de expedientes gestionados por F. aumentó desde 1994 a 1996 en torno a un 228%, pasando de 2.537 expedientes tramitados en 1994 a 8.314 en 1996. Posteriormente, en el propio recurso, cifra este incremento en un 327,7%.

A la vista de las alegaciones y pruebas a las que se acaba de aludir, puede considerarse probado que la actividad de F. se incrementó significativamente entre 1994 y 1996, y que ello supuso un lógico aumento de sus necesidades de asesoramiento jurídico. Lo que no ha quedado probado, en cambio, es que el impacto de ese incremento de volumen de trabajo para las asesorías jurídicas de la Fundación haya afectado de forma tan significativa a las prestaciones a realizar por O., S.L., incluidas en el precio del contrato, como para justificar una elevación del mismo.

Concorre en el presente caso una serie de circunstancias que permiten a esta Sala considerar que, para desvirtuar las conclusiones del informe de fiscalización en este punto, no basta con haber probado el incremento de los servicios de asesoramiento requeridos por F. en las fechas afectadas, sino que resulta necesario acreditar que ese aumento de actividad asesora supuso un incremento real y efectivo del volumen de trabajo de O., S.L. (justificativo de una elevación del precio del contrato en un 187,66%), porque no fue significativamente absorbido por la Secretaría y por la Asesoría Jurídica interna de la Fundación, ni fue objeto de tarificación por separado.

Los datos obrantes en autos, que se concretan en informaciones que tienen un mismo origen siempre –personas y órganos de la Fundación demandada–, no tienen relevancia suficiente para corregir las conclusiones del informe de fiscalización en este punto, pues no permiten identificar los servicios de asesoramiento jurídico concretos en que realmente intervino O., S.L., (sin tarificación separada) en aquellas fechas, a petición de F., lo que hubiera permitido comparar el volumen de trabajo desarrollado en aquel momento, con el de períodos anteriores y, en consecuencia, deducir que dicho incremento realmente se produjo y justificó la modificación al alza del precio del contrato en la relevante cuantía en que ésta tuvo lugar.

Deben tenerse en cuenta, sobre este particular, los siguientes extremos:

- a) A partir del día 5 de abril de 1995, la Fundación contó con un Secretario, el Sr. T. B., que como todos los demandados han reconocido asumió, entre otras, funciones de asesoramiento jurídico “interno” y “continuo” respecto de la Fundación, compatible con el apoyo técnico–jurídico “externo” y “esporádico” atribuido a O., S.L., por el contrato de 21 de julio de 1994.
- b) La Fundación disponía de una Asesoría Jurídica interna. Según el informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas y la demanda del Ministerio Fiscal, dicha Asesoría estaba integrada por 10 letrados en 1996. El Sr. V., por su parte, cifró en 5 los profesionales adscritos a dicho servicio interno y F. en 4, mediante certificación de 18 de diciembre de 2006.

Sin perjuicio del número concreto de personas que realizaran tareas de asesoramiento “interno” para la Fundación desde los correspondientes Servicios de la misma y de la preparación técnica y experiencia de los citados profesionales, lo cierto es que puede considerarse suficientemente probado que F., junto al Secretario de la Junta de Gobierno del Patronato y a la empresa de Asesoramiento Jurídico externo contratada, contaba también con un servicio interno de asesoría jurídica.

- c) El párrafo final de la cláusula segunda del contrato de 21 de julio de 1994 permitía la existencia de dictámenes que, por su extensión o complejidad, pudieran ser objeto de facturación independiente, como se indicó en líneas precedentes.

Desde estos elementos de juicio cabe recalcar lo siguiente:

En primer término que, como ya se ha dicho, los propios demandados, al alegar la compatibilidad entre las funciones de asesor interno del Sr. T. B. como Secretario y las de asesoramiento externo encomendadas a O., S.L., en su contrato, admitieron que a partir del 5 de abril de 1995 la Secretaría de la Junta de Gobierno del Patronato asumía tareas de apoyo técnico jurídico “continuado” que, en consecuencia, no tenía que asumir el Asesor externo como consecuencia del contrato. No hay que olvidar que, según se expresa en los hechos probados establecidos en la sentencia de instancia, el capital de la mercantil “O. , S.L.”, había sido suscrito por D. M.T. B., su esposa y un hijo de ambos, menor de edad; así como que era Letrado en ejercicio y funcionario público. En términos aun más claros, el asesoramiento jurídico a F. lo prestaba en condición de Secretario del Patronato y a través de la mercantil, unas veces dentro del precio del contrato y otras a través de tarificación “aparte”.

Por otra parte, en segundo término, que la existencia de una Asesoría Jurídica interna en F. indica que, cualquiera que fuera la envergadura cuantitativa y cualitativa de la misma, ésta tenía encomendadas tareas de asesoramiento en Derecho que, por tanto, también deberían considerarse sustraídas del volumen de trabajo asumido por O., S.L.

Finalmente, que la citada asesoría externa tenía la posibilidad contractual de facturar por separado informes especialmente extensos o complejos, lo cual hizo en diversas ocasiones y prueba de ello son los cinco dictámenes impugnados en el presente proceso, todos ellos de 1996 y 1997, precisamente los años en los que se alega un significativo aumento de las prestaciones de asesoramiento requeridas por F. Además, como pone de relieve el informe de fiscalización, la propia Fundación hace *“descansar el aumento del precio en el aumento de las consultas verbales”* que, por su propia naturaleza, no tienen constancia escrita y suelen referirse a temas de escasa complejidad técnica. Tales consultas verbales (que no merecerían la dedicación de una respuesta razonada por escrito), al margen de que fueran atendidas por la empresa contratada, o por el secretario de la Fundación, o por la Asesoría Jurídica interna de la misma, difícilmente pueden suponer el núcleo principal del volumen de trabajo de asesoramiento jurídico encomendado a una unidad o entidad de apoyo y, por otra parte, la condición oral de tales consultas, obliga a un reforzamiento de la prueba, que no puede limitarse a informes o declaraciones siempre circunscritos al ámbito de la Fundación demandada, sin otro apoyo probatorio relevante.

Todas estas circunstancias ponen de relieve que no está probado que el aumento del volumen de la gestión de F. entre 1994 y 1996 y el eventual incremento de sus necesidades de asesoramiento jurídico, hayan provocado un aumento de la actividad asesora de O., S.L., justificativo de una elevación del precio del contrato en un 187,63%.

En el examen de las otras pretensiones formuladas por el Ministerio Público que se hace en los anteriores fundamentos de derecho, se consideró que por razones de interpretación jurídica o de valoración de los otros medios de prueba obrantes en autos, no procedía considerar que las irregularidades contempladas en el citado Informe de Fiscalización merecieran el tratamiento de alcance en los fondos públicos y generaran responsabilidad contable.

Sin embargo, en el presente caso no concurren las mencionadas razones, ni de interpretación jurídica, ni de valoración de la prueba, por lo que la irregular elevación del precio del contrato descrita en los resultados de la fiscalización constituye un alcance en los fondos públicos.

En efecto, la adecuada interpretación jurídica del hecho irregular descrito en el Informe de Fiscalización nos conduce al artículo 81.9, c) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, vigente en las fechas en que se produjeron los hechos.

Como acertadamente apuntó el Ministerio Público en su recurso, las Órdenes Ministeriales de 4 de junio de 1993 y de 7 de mayo de 1997 autorizan a F. a realizar gastos necesarios para el cumplimiento de su objeto social. Entre ellos, no pueden incluirse las salidas de fondos derivadas de una elevación del precio del contrato que no ha quedado probado ni justificado que se fundamente en un aumento cuantitativo o cualitativo de las contraprestaciones.

Aplicar los fondos a satisfacer un aumento de precio insuficientemente justificado, implica un incumplimiento de la finalidad de la ayuda percibida, lo que incurre en la vulneración jurídica prevista en el antes citado artículo 81.9, c) de la Ley General Presupuestaria vigente en aquel momento.

Al haberse incumplido en esta concreta materia la finalidad que justificó la financiación pública a la que se refiere este proceso, se produjo una salida de fondos injustificada generadora de un alcance del artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, tal y como ha tenido ocasión de sostener esta Sala de Justicia en Sentencias como la 14/04, de 14 de julio, la 19/04, de 14 de septiembre y la 21/05, de 14 de noviembre. Esta última considera pago indebido *“aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro... o en cuantía que excedía del derecho del acreedor”*.

Aplicar los fondos a usos ajenos a su finalidad se viene considerando alcance por esta Sala a través de una Doctrina uniforme y prolongada en el tiempo (por todos, Auto de 17 de junio de 2005).

Por otro lado, establecidos los hechos en un Informe de Fiscalización, la desvirtuación de los mismos incumbía a los demandados en virtud de las reglas del *onus probandi* previstas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y de acuerdo con la

interpretación que de dicho precepto ha hecho esta Sala de Justicia en Sentencias, entre otras, 7/2004, de 3 de marzo, o 10/2004, de 5 de abril.

Destacamos por último que los demandados han centrado su actividad probatoria en el aumento del volumen de trabajo de asesoramiento jurídico que se produjo entre 1994 y 1996, pero no han acreditado el impacto concreto que dicho aumento tuvo, en particular, en las prestaciones del contrato incluidas en el precio originario del mismo.

En efecto, y como ya se ha dicho, han traído al proceso datos sobre el aumento de la actividad gestora de F. en esos años, y sobre el número de informes o dictámenes que en dichos ejercicios se elaboraron.

Sin embargo, esta actividad probatoria no permite deducir qué parte del incremento de la actividad consultiva fue absorbida por el Secretario como consecuencia de su función, cuál por la Asesoría interna de FORCEM, cuál fue derivada a dictámenes de O, S.L., facturados por separado, y cuál supuso, en su caso, un aumento de trabajo real y efectivo para dicha empresa dentro de los cometidos a que estaba ordinariamente obligada por el precio del contrato.

En estas circunstancias, agravadas por el hecho de que la propia Fundación achaca el eventual aumento de las prestaciones sobre todo a consultas de naturaleza verbal, no puede considerarse suficientemente justificada una subida del 187,63%, lo que supone que la salida de fondos que haya tenido su causa en dicho incremento, constituye un alcance en los fondos públicos.

La cuantía del citado alcance tendrá como principal la cifra que se haya pagado de más, como consecuencia de la irregular subida de precio, desde la fecha de la modificación del contrato (25 de julio de 1996), hasta la fecha de rescisión del mismo (30 de abril de 1998).

Esta cantidad se eleva a la suma de 55.296.208 ptas., con el siguiente desglose por anualidades:

- 1996..... 22.180.968 ptas.
- 1997..... 24.387.156 ptas.
- 1998..... 8.728.084 ptas.

SENTENCIA 31/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

DAÑO A FONDOS PÚBLICOS

ANTECEDENTE DE HECHO CUARTO

Procede, a continuación, determinar si los hechos que han servido de base a la demanda del Ayuntamiento de R. pueden ser considerados constitutivos de alcance, por ser subsumibles en lo establecido en el artículo 72.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En primer lugar hay que partir de la existencia de un perjuicio en las arcas de la Corporación municipal demandante ocasionado por la prescripción de una serie de valores de titularidad municipal, que tiene lugar como consecuencia de la no realización por los demandados de los actos necesarios para interrumpirla; esa conducta por parte de los demandados genera la

obligación de indemnizar al Ayuntamiento perjudicado, toda vez que concurran los demás elementos necesarios para generar responsabilidad contable.

En efecto, la responsabilidad contable derivada de la administración de recursos públicos sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, nace como consecuencia del vencimiento del plazo de prescripción fiscal, es decir cuando los valores de los que era titular el Ayuntamiento, y que gestionaba el Recaudador, quedan perjudicados de tal manera que no pueden ser ya exigibles a los particulares titulares de esa deuda. Es entonces cuando ya no existe título jurídico válido para la Administración para poder exigir de un particular el pago de su obligación tributaria y, en consecuencia, cuando el causante de que dicho perjuicio se haya producido puede ser llamado ante esta jurisdicción para responder por su omisión dolosa o gravemente negligente.

De esta forma se ha de concluir que, en caso de que efectivamente haya tenido lugar la prescripción extintiva de derechos económicos de titularidad municipal, existe un perjuicio real, evaluable económicamente e individualizado en las cuentas concretas de la recaudación del Ayuntamiento de R., según lo establecido en el artículo 59.1 párrafo segundo de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas –que la parte actora ha cuantificado en su demanda en DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (290.280,55 €)–; e, igualmente, debe concluirse que tal perjuicio será generador de responsabilidad contable, en la medida en que concurran los demás elementos exigidos por la legislación vigente para generar dicha clase de responsabilidad, a los cuales se hará referencia más adelante.

Pero es que, a mayor abundamiento, tal perjuicio es perfectamente subsumible en el concepto de alcance, en la definición que de dicha figura de ilícito contable establece en el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con el cual: *“A efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales la ausencia de numerario o 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 Tribunal de Cuentas”*. El alcance de la cuenta de recaudación se produce por la diferencia no justificada entre el cargo, constituido por el montante de recibos entregados para su cobro, y la data, integrada por las diferentes partidas de descargo y sus justificantes. En este sentido, la rendición de cuentas es una obligación que, en las condiciones legales y contractualmente establecidas, corresponde al propio Recaudador, de manera que hasta que no se produce su descargo, él es el responsable de los valores confiados, y le incumbe, por tanto, dar cuenta detallada y justificada del destino dado a los valores y efectos públicos cuyo cobro le había sido encomendado.

Así pues, para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesaria la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del saldo negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja fondos públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

La existencia de un saldo deudor injustificado, como ha venido declarando la Sala de Justicia de este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre otras, las Sentencias de 28 de enero, 25 de febrero y 30 de junio de 2000, es constitutivo de alcance de fondos públicos ya que a efectos de delimitar éste como ilícito contable basta que tenga lugar la falta de justificación o de numerario en las cuentas que deben rendirse. El descubierto injustificado puede obedecer bien a la pura y simple ausencia material del numerario –en todo o en parte– a que la cuenta se refiere, bien a la falta de soportes documentales o de otro tipo que acrediten suficientemente el saldo negativo observado.

SENTENCIA 4/2010, DE 2 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

El debate en esta alzada, a la vista de las pretensiones formuladas por las partes, se circunscribe a la valoración, en relación a la actuación en los hechos y a la conducta de la SRA. B. H., de la concurrencia del elemento culpabilístico, (culpa o negligencia grave), así como a la apreciación del necesario nexo causal entre su intervención en los señalados hechos y el daño efectivamente producido en los caudales públicos; en efecto, a tenor de la relación de hechos probados, aparece indiscutido por las partes que se produjo una duplicidad de pago de un giro por un importe de 2.500,00 € al mismo destinatario, verificándose el primer abono por la recurrente en la Oficina Técnica de Correos de A (prov. de A.), y el segundo, escaso tiempo después del primero, en la Oficina Principal de A.; asimismo, no ha sido objeto de controversia que la referida doble salida de efectivo de las arcas de la sociedad estatal, Correos y Telégrafos, S.A., originó un descubierto dañoso o perjudicial en sus cuentas (en la caja única de la citada oficina de A.), por el señalado importe.

La Sentencia impugnada, en sus Fundamento de derecho octavo y décimo, razona, respectivamente, sobre la declaración de hechos probados, que la recurrente no empleó la especial diligencia exigible a quien maneja fondos públicos ya que no comprobó que el abono había quedado efectivamente registrado en el sistema, lo cual permitió el segundo pago, así como que cabía determinar la existencia de un nexo causal entre su conducta y el perjuicio causado, por cuanto el hecho de que no diera de baja el giro tras el primer pago, constituyó causa eficiente que permitió el segundo pago; razona también que, no obstante el evidente ánimo por el perceptor de cobrar la transferencia por duplicado, si no hubiera existido el error en la actuación de la SRA. B. H., hubiera sido imposible realizar el segundo pago, de modo que concurre el nexo causal jurídicamente suficiente entre su conducta y el daño producido.

Planteada y resuelta la contienda en primera instancia en los términos señalados, debe señalarse que, según abundante doctrina de esta Sala (por todas, Sentencias 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98), la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba incumben al juez de instancia, de modo que frente a la apreciación de la prueba contenida en la sentencia impugnada no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten su inexactitud y la veracidad de los alegados en contrario; y es que, como razona la sentencia de la misma Sala de Justicia nº 16/2008, de 1 de diciembre, en su Fundamento de Derecho Tercero, citando otra de 17 de junio de 2005... *"en ningún caso*

puede olvidarse que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, partes, o cualquier otro elemento probatorio, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador de primera instancia, transfiriendo la apelación al tribunal "ad quem" el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso".

Denuncia la apelante un error en la apreciación de la prueba por la Consejera de Instancia, ya que, según su criterio, sólo se ha probado la duplicidad en los pagos pero no su conexión con la conducta de la demandada, ahora recurrente; al no darse discusión acerca de los hechos probados consistentes en la producción de un descubierto por importe de 2.500 euros en los términos repetidamente señalados, este Tribunal deberá resolver exclusivamente sobre la valoración probatoria realizada por el órgano "a quo", que llevó a éste a la convicción de la intervención directa de la condenada en los hechos sin haber observado, en el procedimiento por el que se pagó el giro en la oficina de A., la diligencia legalmente exigida a un gestor de fondos públicos; o, dicho de otro modo, de que la actuación gravemente negligente de la SRA. B. H., al no cumplimentar todos y cada uno de los requisitos establecidos (no dio de baja, en la aplicación informática la transferencia realizada), conducentes a culminar una operación de abono de efectivo de un giro, provocó que éste fuera nuevamente pagado en otra oficina al mismo destinatario, quien se aprovechó de la referida omisión negligente.

La recurrente alega que la ausencia de registro del pago por ella efectuado tuvo que ser debida a un error del propio sistema informático, que no le resultaría imputable ya que se limitó a cumplir las órdenes que el programa informático le iba dando, sin que, por otra parte, la referida aplicación exigiera, cuando sucedieron los hechos, la impresión de la pantalla para el cierre de la operación; respecto a los hechos, la impugnante en primer término, no ha podido demostrar que, con anterioridad al acaecimiento de los hechos litigiosos, el sistema informático hubiera padecido errores como el que ella misma invoca en el presente proceso; en la línea de lo señalado en la sentencia recurrida en su fundamento de derecho octavo, debe señalarse que, el hecho de que la recurrente tuviera noticia o conociera posibles debilidades del sistema, debería haberla llevado a apurar los controles y precauciones en la formalización de este tipo de transferencias, mediante la práctica de las comprobaciones adecuadas que hubiesen impedido que el pago por ella realizado no quedara debidamente registrado, certificado o dado de baja en el sistema, lo que habría impedido, a su vez, "a fortiori", que se verificara el segundo pago al mismo destinatario; así lo ha venido interpretando reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias como la ya citada por el órgano de primera instancia, nº 10/04, de 5 de abril, que precisamente exigen un "plus" de diligencia a los gestores de fondos públicos o a quienes los manejan, en aquellos casos en que se dan deficiencias organizativas o falta de medios, en evitación de lesiones dañosas o perjudiciales al erario público (tradicionalmente se conocen en la jurisprudencia como «agotamiento de la diligencia debida»); en efecto, sobre la diligencia

exigible en el manejo de caudales públicos, se ha ido formando un cuerpo de doctrina común, según razona la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2008, en interpretación y aplicación del artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Así las sentencias 16/04, de 29 de julio y 9/03, de 23 de julio, en el sentido de exigir al gestor de dichos caudales una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta la relevancia de su función que afecta al patrimonio de la comunidad; asimismo, sobre la detección de deficiencias organizativas en una oficina pública en relación a la apreciación de la debida diligencia en la actuación del gestor, se han fijado las siguientes exigencias:

- a) Extremar especialmente las precauciones y, en consecuencia, reforzar la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate (sentencias 10/04, de 5 de abril, anteriormente citada y 2/03, de 26 de febrero).
- b) Comunicar a los órganos competentes las deficiencias organizativas detectadas, (sentencia 1/1999, de 12 de enero).
- c) Desplegar medidas para paliar los daños derivados de la deficiente organización (sentencia 10/02, de 18 de diciembre).

En el presente caso, además de no haber sido probados por la recurrente los denunciados errores en el sistema, con anterioridad a suceder los hechos, tampoco se ha dado por la misma cumplida prueba del error producido en el sistema en la formalización del pago del giro por el que ha sustanciado el litigio y esta alzada; por el contrario, sí ha resultado probado que la SRA. B. H. no adoptó las cautelas adecuadas para evitar la duplicidad en el pago del mismo giro; en efecto, la demostrada ausencia de comprobación del registro del abono del giro en el sistema, (no dar de baja el giro, una vez pagado el mismo), se erigió en causa eficiente, no interrumpida, que permitió el segundo pago; en la formación de la convicción de la juzgadora sobre su negligente conducta en los hechos, han pesado como elementos relevantes, de un lado, la demostración documental consistente en que la recurrente, en el desempeño de idénticas funciones a las que han dado lugar a esta causa, (operaciones de pago de transferencias de W. U.), la misma había llevado a cabo un control adecuado de la misma aplicación denominada "spider" durante un período superior a dos meses, en la Oficina de R. de M., en la que habitualmente desarrollaba su trabajo; de otra parte, la prueba testifical practicada en la persona del Director de la sucursal de A., en la que tuvo lugar el pago no registrado el día 22 de diciembre de 2007, no pudo certificar tampoco que DOÑA L. B. H. hubiera realizado todas las operaciones y obtenido la confirmación del sistema; tampoco imprimió la página de confirmación de la correcta realización de la operación, cautela ésta que usualmente se practicaba aunque no estuviera impuesta obligatoriamente.

Esta Sala, pondera como congruente la valoración probatoria de los hechos realizada por el órgano "a quo"; así, la señalada omisión imputable a la impugnante en la operación de pago, no puede ser calificada, en nuestro ámbito, a tenor de la anteriormente citada doctrina jurisprudencial, sino de conducta omisiva gravemente negligente que propició el posterior pago, que, conviene repetir una vez más, no se hubiera producido, de haberse cumplimentado por la recurrente todos los requerimientos exigidos en esas transferencias.

Es así, que, frente a lo invocado por la misma, sí concurre en este supuesto el necesario nexo causal no interrumpido por otros elementos entre su conducta por omisión y el daño finalmente producido en los fondos de la sociedad; a este respecto señala la sentencia anteriormente reseñada nº 16/2008, de 1 de diciembre, en su Fundamento de Derecho 4º, in fine, que *“lo determinante es la conducta del recurrente en el contenido concreto de su actividad profesional y la relación específica de ésta con los hechos generadores del alcance, y ello con independencia de la mayor o menor corrección de las conductas ajenas”*; en efecto, como señala la sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho Décimo, en esta litis concurre, además de la conducta de la demandada, un evidente ánimo por parte del perceptor de cobrar la transferencia por duplicado; pero también se constata que, sin la existencia del referido error en la conducta de la impugnante, dicho segundo pago hubiera sido de imposible realización, lo que integra, en consecuencia, la relación de causalidad.

Continúa la Sentencia 16/2008 señalando, con cita de otra, la nº 18/04, de 13 de septiembre, que *“es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o concrete la acción de la causa última”*.

Procede, en coherencia con todo lo razonado, desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente, confirmando los razonamientos y, en su integridad, los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre su responsabilidad contable directa en los hechos declarada por la producción de un alcance imputable a la misma por la concurrencia en su actuación de los requisitos normativamente exigidos para exigirle el reintegro del importe en que se han cifrado los perjuicios (2.500,00 €), entre ellos, los combatidos en esta apelación, a saber, su negligencia grave derivada de su conducta omisiva y la apreciación de la existencia de relación de causalidad eficiente ininterrumpida.

SENTENCIA 5/2010, DE 2 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Sobre la motivación del recurso, debe señalarse que la convicción del juzgador acerca de los hechos, efectivamente, se ha formado de modo preponderante, como razona el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución impugnada, a partir del contenido del Informe Especial sobre la gestión económico-financiera, ejercicios 2001 a 2003 de la Subdirección General de Control Financiero, dependiente de la Intervención General de la Comunidad de M., de fecha 7 de marzo de 2006; no obstante, también han servido a la valoración de los hechos las deposiciones vertidas en el juicio ordinario celebrado el 25 de mayo de 2009, por dos de los testigos propuestos por ambas partes (Doña H. O. A., que fuera directora de la Escuela Infantil cuando tuvieron lugar los hechos, y Doña F. B. C., Subdirectora General de Control Financiero, quien suscribió el mencionado Informe Especial); asimismo han sido ponderadas las declaraciones testificales de Don F. de P. S. y de Doña M. P.R. M., a la sazón inspectores de educación de la Consejería de Educación de la Comunidad de M., y de Doña M. L. M., Doña M. L. S. J. y Doña R. M. L., todas ellas empleadas públicas de dicha Administración con destino en la Escuela Infantil al tiempo de suceder los hechos.

Frente a lo alegado por los recurrentes, en el meritado Informe Especial, que corrobora el contenido de otro anterior definitivo de Control Financiero, de 22 de abril de 2005, en sus páginas 2 y 3, en relación a los hechos litigiosos, se pormenoriza el origen de cada una de las irregularidades que el órgano “a quo” ha considerado probadas en el ordinal primero de la correspondiente relación de hechos probados, con expresión de la fecha en que se contabilizaron y/o pagaron determinadas facturas, con cargo a los fondos públicos gestionados por la Escuela, con referencia al número de factura, número de apunte, proveedor e importe –(en los casos de contabilización indebida y duplicidades en la contabilización y pago por importes respectivos de 40,00 € y 4.305,34 €)–, y además de los señalados datos, en los supuestos de facturas objeto de manipulación manual que dieron lugar a una contabilización en exceso, obraba detalle de sendos importes, real y contabilizado, así como de la diferencia, en cada una de aquellas y la diferencia total injustificada; por ello, la alegación sobre la ausencia de concreción de dichas facturas, asientos u otros datos no puede prosperar. En efecto, la referida documental practicada en la litis, en unión de las declaraciones testificales, en particular, la de Doña F. B. C., a la sazón firmante del Informe de 7 de marzo de 2006, de constante cita, en la que ratificó “in totum” el contenido del mismo, han servido para acreditar la producción de las irregularidades contables y las injustificadas salidas de fondos públicos en los términos que se recogen en la Sentencia de primera instancia (hecho primero de la relación de hechos probados); además, es de observar que, respecto del mentado material probatorio, no se ha introducido por la parte recurrente elemento novedoso o distinto alguno, en el que esta Sala pueda apoyar una valoración probatoria diferente de la efectuada por el Consejero de instancia. No ha de olvidarse, por otra parte, que, conforme al artículo 117.3 de la Constitución Española, es a dicho órgano jurisdiccional contable a quien, de ordinario, como ya se ha razonado, compete la meritada valoración probatoria y la relevancia mayor o menor de una prueba frente a otra, ya que es de su incumbencia también la interpretación del alcance de cada una de ellas conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica. Además, esta función, que en virtud del artículo 117.3 de la Constitución Española, constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios, en el ámbito de la jurisdicción contable, corresponde ordinariamente a los Consejeros de Cuentas, como órganos de la jurisdicción contable, que conocen del asunto en primera instancia jurisdiccional.

Los recurrentes denuncian también la errónea aplicación en el proceso del principio de carga de la prueba (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), habida cuenta que el Ministerio Público, en tanto parte actora, debería haber probado la autoría material de los hechos, ya que no ha quedado acreditado que la Sra. F. M. fuera la Administradora de la Escuela Infantil al tiempo de suceder los hechos.

En el ámbito de la jurisdicción contable, rige y debe aplicarse el principio civil de carga de la prueba, habida cuenta que su contenido versa sobre una responsabilidad de naturaleza patrimonial y no sancionadora; dicho principio se halla regulado en el artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (anteriormente en el artículo 1.214 del Código Civil); también debe señalarse que es criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, por todas, Sentencia de su Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 485/2009, de 25 de junio, Fundamento de derecho cuarto, que el hecho de que se dé mayor valor a una prueba sobre otra (en nuestro

caso, documental frente a testifical), como razona el Fundamento de derecho cuarto de la Sentencia impugnada, en absoluto incide en el principio del “onus probandi” o carga de la prueba cuya observación, según hemos razonado, obliga al Tribunal a derivar correctamente los efectos negativos de un vacío probatorio (en la presente controversia el relativo a la invocada falta de ejercicio de las funciones propias del cargo de Administradora de la Escuela Infantil por imposibilidad material derivada de la situación de baja laboral) sobre la parte que deba legalmente soportarlo (la demandada en primera instancia y ahora recurrente en esta alzada), pero no a dar prevalencia al resultado de unos medios probatorios sobre otros.

Como señala, por todas, la sentencia de esta Sala de Justicia número 18/2008, de 3 de diciembre, en su Fundamento de derecho duodécimo, citando otras anteriores nº 10/2005, de 17 de julio y nº 19/2007, de 15 de octubre, el apartado 2 del citado precepto establece que corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*; e incumbe al demandado, a tenor del apartado 3 del citado artículo *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Además, es principio de consolidada aplicación en nuestro ámbito el del “onus probandi” establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas cabe citar su sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone según otra sentencia del Alto Tribunal de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos, o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el 'onus probandi', como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados”*, por tanto, únicamente si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio, habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de prueba fueran soportados por aquél a quien le correspondía la carga de probar”.

A la vista de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, en particular los contenidos en el ordinal segundo de dicha relación en conexión con los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la misma resolución, es de apreciar que el Consejero de instancia obtuvo certidumbre sobre la autoría material de los hechos en la persona de Doña María C. F. M.; en efecto, del conjunto de la prueba practicada (páginas 4 y 5 del Informe Especial de Control Financiero de 7.3.2006), y testifical anteriormente reseñada, se evidenció que la Sra. F. M. ejerció las funciones inherentes al cargo de Administradora de la Escuela Infantil G. en los años 2002 y 2003, en que se produjeron los hechos; respecto a la invocación relativa a que la misma no se encontraba en servicio activo en dicho período sino en situación de baja laboral que habría sido preterida en la elaboración del Informe Especial, es de señalar que, frente al constatado ejercicio de la función de administración, no han resultado probados en la litis documentalmente o por otro medio probatorio los alegados períodos de baja de la citada administradora en el

período controvertido (años 2002 y 2003); sólo existe, sin embargo, constancia acerca de su ausencia en el centro infantil debido a una baja laboral por incapacidad temporal, a partir del día 27 de enero de 2004 (así obra al folio 4 del Informe Especial repetidamente citado); esta circunstancia, por sí sola, no sirve para demostrar la falta de intervención en los hechos de la causante, tal y como pretenden sus causahabientes, ya que debe reiterarse, y así lo recoge la Sentencia impugnada en el hecho probado 2º, en los dos referidos ejercicios económicos (2002 y 2003), la misma ostentó el meritado cargo de administradora.

Conforme al antes señalado artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la jurisprudencia que ha venido interpretándolo y aplicándolo en el seno de los procedimientos jurisdiccionales contables, no aprecia esta Sala quiebra alguna en la aplicación al caso de dicha regla distributiva, habida cuenta, por un lado, que los elementos constitutivos de la pretensión deducida por el Ministerio Público han resultado, por lo visto, suficientemente probados en la primera instancia procesal, sin que en esta alzada se hayan introducido otros elementos nuevos y fundados que contradigan la certidumbre obtenida sobre los hechos; por otra parte, el pretendido vacío probatorio afectaría, en este caso, a los propios recurrentes que lo invocan, ya que a ellos incumbía y no al Ministerio Fiscal la carga de la prueba correspondiente a su alegato, a saber, que la SRA. F. M. no pudo haber participado en los hechos constitutivos de las irregularidades por encontrarse la misma en situación de baja laboral en el período litigioso; o, dicho de otro modo, les correspondía la prueba de los hechos impeditivos o extintivos de la pretensión de la actora, en la primera instancia procesal y, nuevamente ahora, en sede de recurso ante esta Sala de Apelación.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

La Sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho Décimo, concluye que los pagos realizados a D. L. R. A. por importe de 176.697,56 € lo fueron en virtud de servicios realmente prestados. Únicamente considera alcance y declara responsabilidad contable por la cantidad de 600,23 €, correspondiente a gastos de desplazamiento, que le fueron abonados por la «Sociedad C. de S. L. S. L.», al Sr. R., a pesar de hallarse dichos gastos expresamente excluidos del contrato celebrado entre ellos. Aplicando los razonamientos efectuados en el Fundamento de Derecho Séptimo a estos pagos concretos, se van a analizar los hechos probados para, valorando la prueba en su conjunto, apreciar si los pagos se pueden considerar justificados o no y, en su consecuencia, si se produjeron o no perjuicios a los fondos municipales.

En primer lugar, de acuerdo con la propia Sentencia recurrida, no existe documentación alguna acreditativa de la adopción por parte de la Sociedad Municipal de ningún acuerdo sobre la celebración del contrato que da causa a estos pagos con el Sr. R. En segundo lugar, también según la valoración de los hechos efectuada en primera instancia, estos pagos fueron satisfechos con base en recibos de cantidades en los que no se hizo constar dato alguno sobre los actos profesionales concretos que se remuneraban. Por último, y también de acuerdo con los hechos declarados en primera instancia, la prestación de los servicios o la realización de los actos profesionales que se remuneraron con estos pagos, no se ha acreditado por ningún otro medio

que no fuera el testimonio de las personas involucradas en ellos ya que, tanto quien ordenó el pago, como quien lo recibió, no presentaron resultado alguno de su actividad ni de la realidad del asesoramiento (y hay que decir que, habría sido muy sencillo, si existieran, para desactivar la pretensión de responsabilidad, que cualquiera de ellos hubiera presentado algún resultado material o gestión concreta que justificase esos pagos y cobros). Sin embargo, nada de esto se hizo, ni en la fase de fiscalización, aunque se requirió, ni ahora en el enjuiciamiento de estos hechos.

A pesar de lo anterior, la Sentencia de instancia consideró que, aunque la documental incorporada a este procedimiento se limitó al contrato de asesoramiento y las minutas correspondientes, considerando que «la esencia del contrato de asesoramiento dificulta en algunas ocasiones la prueba documental del mismo, cuando se realizan actuaciones no documentadas por escrito», y a la vista del testimonio del propio Sr. R. A. y de los demandados, concluye que si la minuta existe y se abonó, no se produce un daño real y efectivo en los fondos públicos por realizar su pago.

Sin embargo, la valoración conjunta de todos estos hechos anteriores permite añadir otras conclusiones a la extraída en primera instancia. La existencia de irregularidades en la contratación del servicio, en su facturación y en su concreción, la falta de materialización y de resultados de la actividad que se remunera y las importantes cantidades de dinero que se pagaron, ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación meramente formal de estos pagos mediante minutas genéricas sin ningún otro soporte material ni documental.

Y esta doctrina, por cierto, es la que ha mantenido esta misma Sala, en su Sentencia de 23 de Abril de 2007, cuando declaró que *«la obligación que incumbe a todo gestor de fondos públicos de rendir cuentas de su gestión no puede entenderse cumplida simplemente con la justificación formal de los pagos realizados...»* y que es necesario *«que los documentos que sirven de soporte a los pagos realizados reúnan una serie de requisitos formales, pero además, es imprescindible que quede acreditado que el destino dado a los fondos públicos sea el legalmente adecuado»*. Incluso la Sentencia impugnada, al analizar en su Fundamento de Derecho Decimocuarto otros pagos por los que declaró la existencia de responsabilidad contable señala adecuadamente que *«la citada minuta no justifica por sí sola los trabajos realizados, no habiéndose aportado a los autos ninguna otra prueba que acredite el encargo y la actuación»*; y también que *«...el único medio de prueba aportado dirigido a acreditar la realidad del encargo y del servicio profesional es la declaración del Sr. P., ante la ausencia de otra prueba más que su propia declaración, ..., no cabe otra cosa que tener por no justificado el trabajo realizado»*. En coherencia con lo anteriormente establecido, la Sentencia de esta misma Sala, de 19 de diciembre de 2002, estableció que *«para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesario la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del resultado negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos»*.

En definitiva, la simple existencia del contrato de asesoramiento y las minutas, junto con los testimonios de quienes recibieron los pagos y de los demandados, no se pueden considerar, como hizo la sentencia de instancia, acreditación suficiente, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, de que el destino dado a los fondos públicos haya sido debido (téngase en cuenta la referida Sentencia de 23 de Abril de 2007 y las citadas en ella). Por el contrario, las irregularidades en la contratación del asesoramiento, en su facturación y las importantes cantidades de dinero que se pagaron, sin que exista materialización ni resultado alguno de la actividad que se remuneró, permiten alterar las conclusiones de la Sentencia de primera instancia y declarar que son constitutivos de alcance y produjeron un menoscabo a los fondos de la Sociedad municipal, los pagos hechos a D. L. R. A. por importe de 176.697,56 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

El Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia recurrida considera justificada la cantidad de 20.915,22 € satisfecha a la Sociedad «C. & C. de A., S. L.», por «C. de S. L. S. L.» por entender acreditado que se encargó a la misma un dictamen sobre los Informes de auditoría correspondientes a 14 Sociedades municipales, y que dicho dictamen se realizó de forma efectiva.

En la valoración de la prueba contenida en la Sentencia de instancia se ponen de manifiesto los siguientes hechos: *«a) en primer lugar, tampoco existe, en este caso, documentación alguna acreditativa de la adopción por parte, ni de la Sociedad municipal, ni del Ayuntamiento de acuerdo alguno sobre la celebración del contrato que da lugar a estos pagos. Tampoco existe el contrato correspondiente. Únicamente obra en autos la carta encargo origen de la contratación de estos servicios. En segundo lugar, según la valoración de los hechos efectuada en la primera instancia, en cuanto al objeto de los servicios prestados, se han aportado exclusivamente 17 hojas del dictamen elaborado, si bien, la misma Sentencia de instancia y el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, a propósito de este dictamen, señalan que «consta de 171 páginas, dedica 150 a la reproducción de técnicas de auditoría a modo de manual, otras 9 páginas consisten en presentar cuadros resúmenes del alcance del trabajo y opinión de los auditores, y en las 5 páginas de conclusiones se diserta sobre el contenido de los informes y la naturaleza y utilidad de los éstos como prueba pericial en juicio».*

No obstante lo anterior, la Sentencia de instancia consideró que el Ayuntamiento de M. no aportó ningún documento, informe pericial –ni de índole cualquiera– ni ninguna otra prueba que permitiese valorar el contenido del dictamen, máxime cuando ni tan siquiera se había aportado a los autos copia íntegra del citado dictamen, lo que impedía a la juzgadora pronunciarse sobre el objeto de los servicios que se remuneraban, concluyendo que, acreditado el encargo, que se emitió la factura correspondiente por el referido dictamen y que la misma se abonó, no hay prueba de que se haya ocasionado daño económico alguno a la Corporación.

La valoración conjunta de todos estos hechos anteriores, sin embargo, permite introducir elementos de juicio que no se efectuaron en la primera instancia. De nuevo se pone de manifiesto la existencia de irregularidades en la contratación del servicio, en su prestación y en su contenido, existiendo solo pruebas del abono de una factura genérica y, de nuevo, sin concreción del acto profesional al que teóricamente obedece. También en este caso se pagaron

importantes cantidades de dinero por un dictamen cuyo objeto utilidad y contenido no se acredita suficientemente. Tanto el contenido como los resultados de los servicios que se remuneraron ponen de manifiesto la insuficiencia de la justificación meramente formal de estos pagos mediante una factura genérica. En definitiva, la simple existencia del encargo y de la factura no se pueden considerar, como hizo la sentencia de instancia, acreditación suficiente de que los pagos hayan sido debidos, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (por todas la referida Sentencia de 23 de Abril de 2007 a que ya se hizo referencia en el Fundamento de Derecho Séptimo). Por el contrario, las irregularidades en la contratación del asesoramiento, en su facturación y las importantes cantidades de dinero que se pagaron por un dictamen ajeno a la Sociedad, de discutible utilidad y contenido genérico, obliga a declarar que son constitutivos de alcance y produjeron un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal los pagos hechos a la Sociedad «C. & C. de A., S.L.» por importe de 20.915,22 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

El Fundamento de Derecho Duodécimo de la Sentencia recurrida considera que los pagos realizados a «T. C. & A.» por importe de 59.259,79 € no generan responsabilidad contable porque no se ha acreditado la existencia de daño en los fondos públicos, ya que, aunque no consta que ni «C. de S. L., S.L.» ni el Ayuntamiento de M. acordaran la celebración de ningún contrato que tuviera por objeto el que luego se celebró por uno de los administradores de la Sociedad municipal con el representante de «T. C. & A.», el mismo se celebró detallando cual era la prestación a realizar y el precio que debía abonarse por la misma.

Nos encontramos, de nuevo, ante un supuesto análogo a los dos anteriores. En la valoración de la prueba contenida en la Sentencia de instancia se pone de manifiesto la existencia de irregularidades en la contratación del servicio, en su prestación y en su contenido, que no permiten una justificación meramente formal del gasto. La sentencia de instancia considera acreditado que se encargó una asesoría fiscal para realizar gestiones ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria con la finalidad de conseguir la devolución de las liquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido a favor de 17 Sociedades municipales. La misma sentencia de instancia aclara que no consta en autos ningún documento que acredite que se haya adoptado acuerdo alguno sobre la celebración del referido contrato. No consta la emisión de ningún informe o documento que deje constancia de las actuaciones realizadas por estos asesores y, además, que no se ha conseguido la pretendida devolución de las liquidaciones del citado Impuesto indirecto. De nuevo se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados cuyo objeto, utilidad y contenido no se acredita suficientemente. La valoración conjunta de la prueba practicada, en la que venimos insistiendo a lo largo de esta resolución, pone de manifiesto la insuficiencia de la justificación meramente formal de estos pagos mediante una factura genérica. En definitiva, la simple existencia del encargo y de la factura no se pueden considerar, tampoco, como hizo la sentencia de instancia, acreditación suficiente de este pago, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (por todas la referida Sentencia de 23 de Abril de 2007 a que ya se hizo referencia), lo que permite alterar las conclusiones de la Sentencia de primera instancia y declarar que son

constitutivos de alcance y produjeron un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal los pagos hechos a «T. C. & A.» por importe de 59.259,79 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

El Fundamento de Derecho Decimotercero de la Sentencia recurrida desestimó la petición formulada por la parte actora de existencia de responsabilidad contable por importe de 799.384,06 €, por los abonos realizados a Don J. M. N. B. y a Doña L. S. D., Letrada vinculada al bufete de aquél. El Ayuntamiento de M. reclamó los pagos por importe de 793.384,06 € por los trabajos realizados por el Letrado Don J. M. N. B. y 5.925,98 € por los de la Letrada Doña L. S. D.

Comenzando por éste último, los pagos realizados por importe de 5.925,98 € a la Letrada Doña L. S. D., la Sentencia de instancia entiende justificados estos abonos por la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre la mercantil «C. de S. L. S.L.» y dicha Letrada, así como por la aportación de determinadas minutas de la misma. En primer lugar es necesario aclarar los términos de la reclamación que se plantea, que resultan confusos en los recursos de los demandantes. De acuerdo con los hechos acreditados en la primera instancia procesal y con el contenido del Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y sus sociedades mercantiles participadas correspondiente a los ejercicios 2000–2001, «C. de S. L., S.L.» celebró, el 1 de abril de 2000, un contrato con la Letrada Doña L. S. D. para representar, dirigir, defender, gestionar y asesorar a la Sociedad en todos los asuntos que le fueren confiados, por un importe de 5.108,60 € brutos mensuales más IVA, con revisiones anuales del 5% y con duración hasta el 31 de marzo de 2005. La Sentencia de instancia y el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas también ponen de manifiesto que, con anterioridad a la formalización del contrato con la Letrada, se le habían abonado 5.925,98 €, cuya factura no detalla la prestación realizada sino únicamente un concepto genérico. Este pago es, precisamente, el que ahora se reclama como generador de responsabilidad contable. No se incluyeron en la demanda del Ayuntamiento de M., ni por lo tanto en la reclamación del Ministerio Fiscal, que se adhirió a la demanda, el resto de los pagos que se hicieron a la letrada durante la vigencia del contrato.

Establecidos así los términos del debate, se vuelve a poner de manifiesto la existencia de pagos de cantidades de dinero por servicios y asesoramientos cuyo objeto, utilidad y contenido no se aprecia claramente. Es cierto que en este caso, al menos, se acreditó la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre la sociedad Municipal y la Letrada que percibió los pagos. Pero no se discuten ahora los pagos realizados en ejecución de este contrato, por lo que no se van a hacer en este momento consideraciones sobre el contenido y el objeto de los servicios que se remuneraron (aunque luego se tendrán en cuenta al analizar otros pagos de importantes cantidades que, no obstante la existencia de este contrato, se hicieron a otros letrados y asesores). Solo importa analizar el pago de 5.925,98 € ya que se hizo con anterioridad a la formalización del contrato con la Letrada y que se justificó únicamente con una factura que no detalla la prestación realizada. Este pago no se justifica, ya ni siquiera formalmente, por la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre la sociedad municipal y la Letrada, que es de fecha posterior y, de nuevo, la visión del conjunto de los pagos realizados y del funcionamiento de la Sociedad municipal, ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación meramente formal mediante una factura genérica. En definitiva, en este caso ni se

acreditó el encargo y una simple factura no se puede considerar justificación suficiente de este pago, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, a que se viene haciendo referencia, lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la Sociedad municipal el pago hecho a la Letrada Doña L. S. D. por importe de 5.925,98 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO DUODÉCIMO

Entrando en el análisis de los distintos pagos realizados a Don J. M. N. B., el Fundamento de Derecho Decimoséptimo de la Sentencia recurrida declara que de los abonos por servicios de asistencia jurídica realizados al citado Letrado, no se deriva responsabilidad contable porque no se ha acreditado la producción de ningún perjuicio, ya que, constando (aunque en forma irregular) la designación por el Ayuntamiento, como letrado, del Sr. N., las minutas presentadas son suficientes para acreditar la prestación del servicio encargado. Así, el Fundamento de Derecho Decimooctavo considera debidamente justificada la cantidad de 278.869,00 € entregada por la Sociedad «C. de S. L. S.L.» al letrado D. J. M. N. B. por la defensa de los responsables de algunas Sociedades municipales en determinadas diligencias preliminares seguidas en la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas. Y el Fundamento de Derecho Vigésimo de la Sentencia que se recurre argumenta la desestimación de la pretensión de responsabilidad contable por el pago, también realizado al Letrado Sr. N., por la Sociedad «C. de S. L. S.L.», por importe de 46.013,48 € por la disolución y liquidación de la sociedad municipal «G. L. S.L.», considerando justificado el pago de dicha cantidad al entender acreditada la intervención del Letrado en dichas operaciones, en virtud de las propias declaraciones prestadas en el juicio por el Sr. del N., así como por los demandados y por D. V. C. Z.. Por último, la Sentencia recurrida tampoco considera pagos indebidos las dos minutas por importe de 3.485,87 € abonadas por «C. de S. L. S.L.» en concepto de honorarios por la cumplimentación de unos cuestionarios remitidos por el Tribunal de Cuentas para recabar la información básica de cada una de las Sociedades municipales al inicio de la fiscalización, cuestión a que hacen referencia los Fundamentos de Derecho Decimosexto y Decimonoveno de la Sentencia recurrida.

Comenzando nuestro análisis por el pago de 278.869 euros realizado por la Sociedad «C. de S. L. S.L.» al Letrado D. J. M. N. B., por la defensa de los responsables de algunas Sociedades Municipales en determinadas diligencias preliminares seguidas en la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, la resolución recurrida considera que está acreditado que D. J.M. N. intervino, en representación del Ayuntamiento de M., en las Diligencias preliminares 25/01 y 23/01, seguidas en la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas. Por tanto, entiende que ese hecho justifica que se procediera al abono por las actuaciones profesionales que desplegó. Abono que, añade, no se ha probado fuera excesivo. Como ya se ha indicado anteriormente, en esta segunda instancia, la valoración de la prueba en su conjunto ya se considera suficiente para pronunciarse sobre el contenido y el objeto de algunos de los servicios que se prestaron, como el que ahora se analiza, así como para realizar valoraciones sobre la cuantía de los pagos que se hicieron. Pero procede ahora recordar que las Diligencias Preliminares, en la tramitación previa a la primera instancia de los Procedimientos de Reintegro por Alcance ante este Tribunal de Cuentas constituyen una fase sumaria previa, también, a la

instrucción, en su caso, y consiguiente nombramiento de un Delegado Instructor. Su contenido se limita a escuchar al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública que pudiera resultar perjudicada por los hechos que se han puesto de manifiesto (en este caso el Ayuntamiento de M. o la Sociedad municipal) para que, de conformidad, con al artículo 46 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se pronuncien sobre la oportunidad de nombrar Delegado Instructor o de archivar las actuaciones.

Las Diligencias Preliminares concluyen, después de esta audiencia, mediante un Auto en el que el Consejero de Cuentas, o bien propone el nombramiento de Delegado Instructor o archiva las actuaciones. No nos encontramos, en consecuencia, ante el pago de honorarios de un letrado por la defensa de presuntos responsables contables. Estos presuntos responsables no tienen participación en la tramitación de estas diligencias. Además, sus gastos de defensa no podrían atribuirse a la entidad perjudicada. Se trata, como pone de manifiesto, por otra parte, la sentencia de primera instancia de actuaciones del Letrado, en representación del Ayuntamiento de M., en dos diligencias preliminares. Es decir, se trata de justificar el pago de 278.869,00 € por la realización de dos trámites, evacuando la audiencia recibida, para solicitar, en ambos casos, el archivo de las actuaciones. De nuevo estamos ante hechos que ponen de manifiesto que se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados que no se pueden justificar atendiendo al objeto, utilidad y contenido de la actividad que se remunera. La valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación de este pago, meramente formal, mediante una minuta genérica, de forma que esta minuta no se puede considerar justificación suficiente de este pago, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (por todas la Sentencia de 23 de Abril de 2007, a que se viene haciendo referencia) lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal el pago hecho al Letrado D. J. M. del N. B. por importe de 278.869,00 €.

El Fundamento de Derecho Decimoséptimo de la Sentencia recurrida declara que de los abonos por servicios de asistencia jurídica del Letrado D. J. M. del N. B., por importe total de 348.599,59 €, no se deriva tampoco responsabilidad contable porque no se ha acreditado la producción de ningún perjuicio, ya que, constando (aunque en forma irregular) la designación como Letrado del Sr. del N., las minutas presentadas serían suficientes para acreditar la prestación del servicio encargado. Respecto a este pago la valoración de la prueba contenida en la Sentencia de instancia pone de manifiesto la ausencia de acuerdo, resolución o contrato del Ayuntamiento (o de sus órganos o de los de las Sociedades Municipales) que soportaran documentalmente, y de forma suficiente, la relación laboral entre éstas Sociedades y el Letrado Sr. del N. Y es que, de hecho, solo constan acreditados acuerdos de nombramiento del letrado adoptados por los Consejos de las Sociedades municipales para los actos necesarios ante el Tribunal de Cuentas de índole genérica. Por eso, la justificación de las retribuciones percibidas por el letrado, en la sentencia de primera instancia, se basa en la existencia de una contratación verbal acreditada mediante declaraciones de testigos. Por otro lado, también se ha acreditado en primera instancia que, junto al asesoramiento que se remunera con los pagos que ahora se analizan, también se habían contratado y pagado importantes cantidades de dinero por los servicios del

Sr. R. A. para su asesoramiento en las tareas de la fiscalización. Y que se habían contratado y pagado los servicios de asesoramiento general con la Letrada Doña L.S.D.

Así, y como ya se ha indicado, la valoración de la prueba en su conjunto permite en esta segunda instancia pronunciarse sobre el contenido y el objeto de los asesoramientos que se minutaron y las circunstancias concretas que concurren en estos pagos. De nuevo los servicios que se remuneraron con los pagos que son objeto de análisis en este momento se describen de modo confuso y genérico. Y teniendo en cuenta la naturaleza y contenido de la actividad fiscalizadora, que no constituye un procedimiento administrativo con la participación de interesados, ni necesidad de defensa de las entidades fiscalizadas frente a las actuaciones del Tribunal. Las actuaciones fiscalizadoras persiguen comprobar, según preceptúa el artículo 9 de la LOTCu (y en términos casi idénticos se el artículo 27.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), el sometimiento de la actividad económico-financiera del Ayuntamiento y las sociedades municipales a los principios de legalidad, eficiencia y economía, en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 7/88 y preceptos concordantes, establecen que todas las entidades integrantes del Sector público están sometidas a la obligación de rendir las cuentas legalmente establecidas de sus operaciones, elaboradas con arreglo al régimen de contabilidad que sea de aplicación y el artículo 7 de la LOTCu., que el Tribunal de Cuentas puede exigir la colaboración de todas las Entidades públicas, que están obligadas a suministrarle cuantos datos, estados documentos, antecedentes o información requiera, relacionados con el ejercicio de la función fiscalizadora.

Los servicios que se remuneran, en consecuencia, se describen de manera genérica y sin detalle de actuaciones. Se limitan a la participación en la formulación de alegaciones al Proyecto de Fiscalización. Por eso, una minuta de honorarios, por una cantidad tan importante, de índole genérica y sin detalle de actuaciones, sin que se haya aportado ningún documento que justifique la prestación, no puede considerarse título suficiente para acreditar la realidad del servicio. Como en los casos anteriores estamos ante hechos que ponen de manifiesto que se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados de los que, de nuevo, solo se tienen descripciones confusas y genéricas y ninguna materialización ni resultado concreto y cuyo pago no se puede justificar atendiendo al objeto, utilidad y contenido de la actividad que se remunera. La valoración en conjunto de la prueba practicada pone de manifiesto la insuficiencia de una justificación de este pago meramente formal, mediante una minuta genérica, de forma que esta minuta no se puede considerar justificación suficiente, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, a que se viene haciendo referencia, lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la Sociedad municipal el pago hecho al Letrado D. J. M. del N. B. por importe de 348.599,59 €.

En fin, el Fundamento de Derecho Vigésimo de la Sentencia que se recurre argumenta la desestimación de la pretensión de responsabilidad contable por el pago, también realizado al Letrado Sr. del N., por la Sociedad «C. de S. L. S.L.», por importe de 46.013,48 €, por la disolución y liquidación de la Sociedad municipal «G. L. S.L.», considerando la Sentencia recurrida justificado el pago de dicha cantidad por entender acreditada la intervención del Letrado en

dichas operaciones, en virtud de las propias declaraciones prestadas en el juicio por el Sr. Del N., así como por los demandados y por D. V. C. Z.. Basta la descripción hecha hasta ahora para apreciar que estamos, de nuevo, ante hechos que ponen de manifiesto que se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados de los que no existe documentación ni materialización concreta y que únicamente se justifican por declaraciones de testigos. La valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación de este pago meramente formal, mediante una minuta genérica, lo que obliga a declarar con los argumentos esgrimidos en párrafos anteriores que este pago es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la Sociedad municipal por importe de 46.013,48 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOTERCERO

Debe esta Sala detenerse ahora en los pagos realizados al Sr. del N., de dos minutas, por importe de 3.485,87 € cada una, a los que hacen referencia los Fundamentos de Derecho Decimosexto y Decimonoveno de la Sentencia recurrida. Dichas minutas fueron abonadas por la mercantil «C. de S. L. S.L.» en concepto de honorarios por la cumplimentación de unos cuestionarios remitidos por el Tribunal de Cuentas para recabar la información básica de cada una de las Sociedades municipales al inicio de la fiscalización.

La relevancia del análisis de estos pagos no resulta de su cuantía, que es escasa en comparación con el resto de los pagos que se analizan en esta resolución. Su relevancia resulta de que el tratamiento que se dio a estos dos pagos en la sentencia de primera instancia es impugnado de forma especial y expresa en los recursos del Ayuntamiento de M. y del Ministerio Fiscal. Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta que ya existen resoluciones previas de esta misma Sala de Justicia (Sentencias de 15 de diciembre de 2009 y de 2 de marzo de 2010), pronunciándose sobre la no existencia de alcance de pagos análogos por la cumplimentación de otros cuestionarios similares referidos a otras Sociedades municipales. Las Sentencias mencionadas analizaron individualmente cada uno de los pagos, sin tener una visión de conjunto de todos los que realmente se hicieron.

Ello es lo que ahora permite, como se viene insistiendo a lo largo de esta resolución, poner de manifiesto circunstancias que solo resultan de una valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados. Ahora se puede apreciar que fue una práctica generalizada la de pagar importantes cantidades de dinero, por servicios irregularmente contratados, de los que solo se tienen descripciones confusas y genéricas y cuya utilidad, valor real y necesidad siempre aparecen dudosas. Y en esta visión de conjunto, que antes no se tenía, se deben incluir los pagos que ahora se analizan, que ya no se presentan como los pagos aislados y dudosos que se analizaron en su día, sino que deben incluirse en esta visión de conjunto a la que se ha hecho referencia. Las Sentencias de 15 de diciembre de 2009 y de 2 de marzo de 2010, pronunciándose sobre dos pagos análogos, por la cumplimentación de dos cuestionarios iguales referidos a otras dos Sociedades municipales (la instrucción penal ofrece indicios de hasta 26 pagos análogos, por la misma cuantía, por otros tantos cuestionarios de otras Sociedades municipales) concluían, analizando individualmente estos pagos, que si la minuta existía y se abonó, y si la misma respondía a una actividad perfectamente aplicable a un despacho de abogados, no obstante la

irregularidad de la contratación, a falta de suficiente prueba en contrario, que no consideraba producida en aquel momento, no se había acreditado la existencia de un daño real y efectivo en los fondos públicos. Sin embargo, esa falta de prueba suficiente a que hacían referencia las Sentencias de 15 de diciembre de 2009 y de marzo de 2010 no existe ya en este procedimiento.

A todo ello hay que añadir que la Sala puede, en las circunstancias de cada caso, aplicar el derecho al nuevo pleito de forma diferente al resuelto en otro anterior, precisamente porque no rige, en este punto, cosa juzgada material respecto de anteriores procedimientos contables ya fallados y el actual, (ex artículo 222 LEC), pese a la coincidencia de partes demandadas y naturaleza de los pagos objeto de pretensión de reintegro, por tratarse de pretensiones ejercidas dentro de la órbita de diferentes sociedades mercantiles, con personalidad jurídica diferenciada, pese a que el capital social de ambas pertenece al Ayuntamiento de M.

Así, la valoración en conjunto de la prueba practicada pone de manifiesto, también en estos pagos, la insuficiencia de una justificación meramente formal, mediante una minuta genérica, que no se puede considerar justificación suficiente, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (por todas la Sentencia de 23 de abril de 2007, a que se viene haciendo referencia), lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjeron un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal los dos pagos por importe de 3.485,87 € hechos al Letrado D. José María del N. B.

Y es que, para un mejor entendimiento de los hechos que ahora se analizan hay que recordar que los cuestionarios denominados SMM1 fueron remitidos por el Tribunal de Cuentas a todas y cada una de las Sociedades municipales participadas por el Ayuntamiento de M., para que fueran cumplimentados por dichas empresas. Y que dichos cuestionarios sólo pretendían recopilar una información extremadamente simple y general de cada una de las empresas. Es decir, se solicitaban datos tales como el domicilio social, los nombres de los Administradores, y el nombre del Gerente. Es ahora cuando esta Sala, en sede de función jurisdiccional, ha tenido pleno conocimiento de que, del mismo modo que las dos minutas de honorarios, por importe de 3.485,87 € cada una, fueron satisfechas por la Sociedad «C. de S. L., S.L.», también fueron abonadas, por idéntico importe, por las demás Sociedades municipales.

Es también oportuno recordar que no existe contrato escrito alguno entre el Sr. del N., ni con el Ayuntamiento, ni con la mercantil «C. de S. L., S.L.» que respalde el pago de las referidas minutas. En consecuencia, y desarrollando el criterio que mantiene esta Sala sobre la necesidad de la existencia de una justificación no solamente formal, sino también material de los trabajos pretendidamente realizados para entender que no ha existido menoscabo alguno de fondos públicos, parece oportuno analizar, teniendo en cuenta el principio de carga de la prueba, los pagos que han sido expresamente impugnados por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de M. en esta instancia.

Pues bien, en la presente controversia ha quedado acreditado que, por lo que se refiere a los pagos abonados por la mercantil «C. de S. L., S.L.» al Sr. del N., se abonaron diferentes facturas de honorarios profesionales, como se ha visto en otros apartados de la presente resolución. Y así, en lo que se refiere a la reclamación objeto de la presente litis relativa a dos facturas por

importe de 3.485,87 € cada una, participan de las mismas deficiencias justificativas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Duodécimo.

Pero en el presente caso hay todavía algo más relevante. Las partes demandadas, en sus escritos de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de M. (ver folios 109 y ss. de la pieza principal) han alegado que lo que se encargó al Sr. del N. y por lo que éste minutó y cobró no fue por la elaboración de los citados formularios SMM1 —que reconocen, como ha quedado acreditado, que fueron firmados por el Sr. P. C-C. —. Lo que alegan ahora es que el Sr. del N. minutó y cobró por la preparación de la documentación necesaria para la elaboración del mismo. Y ahí se pretenden incluir determinados viajes realizados a la ciudad de M., como se ha indicado anteriormente, que tampoco han quedado acreditados. Y además tampoco se han especificado las consultas que se evacuaron, qué tipo de consultas o qué documentos se supervisaron, y en qué medida se colaboró en la redacción de tan sencillos formularios, máxime, teniendo en cuenta que el importe de las minutas fue idéntico en relación a todas las Sociedades municipales, con independencia de sus objetos sociales y actividades.

En fin, en el caso de autos habría correspondido a los demandados la carga de probar que no existió daño para los fondos públicos por haberse realizado la contraprestación, por lo que es en ellos en quienes deben recaer los efectos perjudiciales de la falta de prueba, máxime si tenemos en cuenta las reglas sobre la facilidad probatoria en orden a la aportación al proceso de algún otro elemento probatorio, como la especificación de las consultas que se realizaron, sobre qué versaban, si fueron por escrito o por teléfono o medios telemáticos, los documentos que se entregaron para su examen, o el origen, al menos, de los desplazamientos a M. o el medio de transporte utilizado.

En fin, es ahora cuando esta Sala, después de valorar conjuntamente la prueba aportada a este proceso así como los hechos analizados en la Sentencia fallada en esta misma fecha en el Recurso de Apelación 42/09, no considera suficientemente acreditada la realización de los servicios profesionales por los que minutó y cobró el Sr. del N.

En consecuencia, procede, en este punto, revocar también la Sentencia de instancia y entender que son constitutivos de alcance los pagos realizados por la mercantil «C. de S. L., S.L.» al Letrado D. J. M. del N. B., por importe de 3.485,87 € cada uno, es decir, por un total de 6.971,74 €, por la confección de los formularios denominados SMM1.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOCUARTO

La Sentencia que se recurre, en su Fundamento de Derecho Vigésimo Primero, consideró justificado el pago a «A. B. L. A. A. S.L.» por un importe de 453.163,13 €, por la existencia de un contrato que, afirma, existió entre dicha empresa y la Sociedad municipal, que ésta rescindió y no quiso llevar a término, siendo la cantidad abonada el importe de la indemnización por dicha rescisión. A tal conclusión llega la Sentencia en virtud de las declaraciones de los demandados sobre la existencia de dicho contrato y la prueba testifical practicada.

Como en los casos anteriores estamos ante pagos de importantes cantidades de dinero sin que se haya aportado ningún documento que justifique esos pagos, que se basan en las declaraciones de los demandados y de testigos como único medio de acreditar un pretendido

derecho a una indemnización por la rescisión unilateral de un contrato que tampoco se acredita documentalmente. De nuevo se pagaron importantes cantidades de dinero por conceptos indebidamente acreditados y sin ninguna materialización ni resultado concreto. Otra vez existen graves irregularidades en la contratación, no consta documentalmente acreditado ni la existencia del contrato inicial con la empresa auditora, ni las estipulaciones sobre la determinación de una indemnización en caso de rescisión. La cantidad satisfecha por dicho concepto carece de base o justificación documental alguna, únicamente existen declaraciones testificales y de las partes relativas a contratos y estipulaciones verbales. La propia sentencia de instancia al valorar la prueba señala que existe una falta de claridad, precisión e identificación en las actuaciones desarrolladas en este punto impropia del proceder de quien gestiona fondos públicos que se materializan, entre otros aspectos, en una ausencia documental que impide conocer los baremos utilizados para cuantificar el importe de la indemnización, la extensión de los trabajos realmente ejecutados e incluso los propios motivos de la resolución. Es decir, no se acredita la existencia de contrato, no se conocen las estipulaciones del mismo y ni siquiera se tiene certeza sobre los trabajos ejecutados. La valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación meramente formal y basada en testimonios que no se puede considerar justificación suficiente, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, a que se viene haciendo referencia, lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal el pago hecho a «A. B. L. A. A. S.L.» de 453.163,13 €.

En fin, el Fundamento de Derecho Vigésimo Segundo de la Sentencia recurrida considera justificado el abono por la Sociedad «C. de S. L. S.L.» a D. Á. H. F-Z. de 60.101,21 €, en concepto de indemnización por la resolución de los contratos de auditoría de cinco Sociedades municipales.

Este supuesto es análogo al analizado en párrafos anteriores. Tampoco se acredita debidamente la existencia del contrato inicial que da lugar a la indemnización, ni las estipulaciones sobre la determinación de una indemnización en caso de rescisión, ni se tiene certeza sobre los trabajos ejecutados o la causa de la rescisión. De nuevo se pagaron importantes cantidades de dinero por conceptos indebidamente acreditados y sin ninguna materialización ni resultado concreto. La Sentencia de instancia, al valorar la prueba, señala que no existió en la actuación de los gestores de la Sociedad la diligencia exigible a quién gestiona fondos públicos y que dicha falta de diligencia dio lugar a la realización de unos pagos carentes de justificación. La valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados, ponen de nuevo de manifiesto que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal el pago hecho a D. Á. H. F-Z. de 60.101,21 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOQUINTO

El Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de M. han atacado, en sus recursos, la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho Vigésimo Cuarto de la sentencia de primera instancia, que consideró justificados los pagos que la Sociedad «C. de S. L., S.L.» realizó al Auditor D. F. G. M. por importe de 480.809,68 €.

Consta acreditado en primera instancia que el Sr. G. M. fue contratado por la Sociedad «C. de S. L., S. L.» para la realización de servicios de auditoría en 23 sociedades municipales. La auditora fue contratada mediante un concurso, las bases del concurso se publicaron en enero de 2001 y la prestación de servicios se adjudicó según la oferta presentada por el Auditor, firmándose el contrato, con fecha 1 de febrero de 2001, entre Don F. G. M. y Don M. P. C-C., que actuó en representación de la Sociedad «C. de S. L., S. L.». Hay que destacar, pues, que esta contratación, a diferencia de los casos anteriores, fue objeto de publicidad y concurrencia y fue debidamente formalizada entre las partes. Los problemas y las irregularidades, en este caso, se produjeron en la modificación del contrato, ya que las partes, el 27 de septiembre de 2001, conocido el cuantioso volumen de los papeles de trabajo de las auditorías contratadas, decidieron excluir del citado contrato de auditoría a cinco Sociedades, lo que suponía deducir 180.303,63 € de los honorarios totales, dado que el trabajo a realizar era menor. Simultáneamente, se incrementó en 480.809,68 € el precio por los restantes informes, motivado en la necesidad de emplear una mayor dedicación y un mayor número de horas en aras a poder cumplir los plazos exigidos por el Ayuntamiento de M. Estas modificaciones se formalizaron mediante la firma de un contrato, el 13 de mayo de 2002, entre Don V. R. M., en representación de «C. de S. L., S. L.», y el Auditor Don F. G. M., por medio del cual acordaron regularizar, con los criterios descritos, los honorarios profesionales derivados de esta contratación. Para el Ministerio Fiscal y Ayuntamiento de M. se produjo un incremento injustificado en la retribución pese a que eran menos las sociedades que había que auditar, de manera que la modificación quitó prestaciones y aumentó el importe del contrato, sin ningún tipo de publicidad o concurrencia.

A propósito de estos hechos se puede señalar, en línea con el defectuoso funcionamiento de la Sociedad municipal que se viene describiendo hasta ahora, la existencia de irregularidades en la modificación del contrato y de dudas y críticas sobre la cuantía de los pagos realizados, los servicios prestados, y sobre la oportunidad, eficacia y eficiencia de la contratación de estos servicios. Sin embargo, y eso es lo trascendente ahora, y al contrario de lo que sucede en los hechos analizados en Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución, en este caso se ha acreditado y formalizado una contratación pública de los servicios; y no se ha puesto en duda ni por el Informe de Fiscalización, ni lo que es de mayor trascendencia, por ninguna de las partes (ni siquiera por las actoras ahora recurrentes) que dichos trabajos se hayan realizado. Se ha probado en primera instancia que se encomendó la actividad profesional y, en este caso, a diferencia de otros anteriores, se acreditó la tramitación de un procedimiento de contratación y, aunque con irregularidades, la formalización documental de un contrato y, posteriormente, la formalización de su modificación. En cuanto al trabajo realizado, también a diferencia de casos anteriores, se acreditó la contratación de 24 personas para la ejecución de las auditorías y la realización de los informes correspondientes, sobre todas las Sociedades municipales excepto las que se habían excluido del contrato. Todo lo anterior obliga, no obstante el defectuoso funcionamiento de la Sociedad y las irregularidades puestas de manifiesto al principio de este párrafo, a considerar justificados estos pagos, tanto formalmente como en el sentido material en que se viene insistiendo a lo largo de esta resolución. Como se ha indicado anteriormente, y aunque no constan en autos los informes de auditoría realizados, el Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno de este Tribunal no hizo referencia alguna a la posible inexistencia de los mismos (en este sentido es muy relevante la conclusión del equipo fiscalizador que viene

incorporada, en el Anexo 5 del expediente administrativo de actuaciones previas, en el que, al contrario de lo que ocurre en los demás supuestos, no se hace mención alguna de la inexistencia de los mismos, limitándose a constatar la modificación contractual efectuada). Y tampoco las partes del proceso han cuestionado la posible inexistencia de los informes en la presente instancia. En consecuencia, no procede alterar la conclusión a la que se ha llegado en primera instancia. Al contrario que en otros supuestos analizados en la presente resolución el abono de estos trabajos no acredita la existencia de un daño real y efectivo, evaluado económicamente, en las arcas públicas por este concepto, tal y como se exige en el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, debiendo rechazar, en este apartado concreto, la pretensión de los recursos del Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de M.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEXTO

El Fundamento de Derecho Vigésimo Quinto de la Sentencia recurrida justifica la desestimación de reintegro de la cantidad de 383.445,72 € satisfecha por la Sociedad municipal «C. de S. L., S. L.» a la auditora «C. y Cía., S.R.C.». Consta acreditado en primera instancia que se contrató con dicha mercantil la realización de las auditorías de 1997 a 2000 de cuatro Sociedades municipales (Compras 2.000, S. L., Contratas 2.000, S. L., Jardines 2.000, S. L. y Suelo Urbano, S. L.), que se habían excluido de la contratación con el auditor Sr. G. M. en las fechas y con las circunstancias descritas en el Fundamento de Derecho anterior.

Esta contratación fue formalizada y motivada por escrito entre las partes; se documentó mediante un contrato firmado por Don M. P. C-C., en nombre de «C. de S. L., S. L.», y Don A. C. G., en nombre de la mercantil «C. y Cía., S.R.C.», que se celebró el 17 de septiembre de 2001; así consta reflejado en el Informe de Fiscalización a que repetidamente se viene haciendo referencia; además, se ha aportado documentalmente a este procedimiento (folios 2133 a 2136 de la documentación soporte de las actuaciones previas). Por medio de este contrato se encargaba a la firma auditora la revisión de los estados financieros de las referidas cuatro sociedades municipales y se fijaban unos honorarios de 383.445,72 € más IVA, lo que representa un coste unitario por cada informe de 23.965,36 €. En el citado contrato se señala que su celebración se justifica porque, con fecha 9 de enero de 2001, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de M. encomendó a la mercantil «C. de S. L., S. L. », la gestión, adjudicación y contratación de los trabajos de auditoría de cuentas de las sociedades municipales, para lo que se suscribió un contrato de auditoría de cuentas con Don F. G. M., si bien este auditor tuvo que renunciar al encargo, por imposibilidad material de efectuar dicho trabajo; por eso, se celebró este nuevo contrato, que establecía que el nuevo auditor tendría de plazo hasta el día 11 de enero de 2002 para presentar los Informes correspondientes.

En este caso se ha acreditado una contratación que, aunque con irregularidades en su adjudicación y formalización, al menos no se ha limitado, como en otros supuestos analizados anteriormente, a un mero encargo verbal de los servicios contratados. Sin embargo, y lo que es de especial relevancia para la presente controversia, no se ha acreditado debidamente un resultado de la actividad contratada. La Sentencia de primera instancia consideró acreditada la existencia de un contrato para la realización de servicios, contrato que, como ya se ha dicho, se aportó documentalmente. Además, la Sentencia de primera instancia también consideró

acreditada la realización del trabajo encomendado basándose, exclusivamente, en el testimonio del propio Sr. C., sin que se hubiera aportado prueba documental alguna de la realización efectiva de los Informes contratados e ignorando, expresamente, el contenido del Informe de Fiscalización, que señala textualmente que *“no consta que los diferentes informes emitidos hayan sido remitidos o debatidos por ningún órgano municipal”* (folio 2131 de la documentación soporte de las actuaciones previas). Es decir, los Informes contratados y pagados, ni se aportaron documentalmente durante la fiscalización, ni se aportaron a este procedimiento, ni, en consecuencia, ha quedado acreditado que tuvieran utilidad alguna para la Sociedad que los pagó. Como ya se ha señalado en otros Fundamentos de esta misma Sentencia, frente al contenido y valor probatorio del Informe de Fiscalización, y ante la ausencia de ninguna prueba documental adicional de este resultado, que tan fácil de aportar sería para los demandados, si los Informes hubieran existido, no pueden prevalecer los meros testimonios de las propias personas involucradas en los pagos que se reclaman.

Así, en este caso, se vuelve a poner de manifiesto el defectuoso funcionamiento de la Sociedad municipal que se viene describiendo hasta ahora, la existencia de irregularidades en la contratación y de dudas y críticas sobre la cuantía de los pagos realizados, los servicios prestados, y sobre la oportunidad, eficacia y eficiencia de la contratación de estos servicios. De nuevo se trata de hechos que ponen de manifiesto que se pagaron importantes cantidades de dinero por servicios irregularmente contratados, de los que no existe documentación ni materialización concreta ni utilidad alguna y cuya realidad únicamente se justifica por la declaración testifical de la misma persona que percibe los pagos. La valoración en conjunto de la prueba practicada y de los pagos realizados, ponen de manifiesto la insuficiencia de una justificación de este pago meramente formal, mediante la simple formalización de un contrato, que es la única prueba documental aportada al procedimiento. Lo descrito anteriormente obliga a declarar, con los argumentos esgrimidos en los Fundamentos Séptimo a decimocuarto anteriores que este pago es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal por importe de 383.445,72 € (TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS).

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSÉPTIMO

Resta hacer una referencia a los pagos que dieron lugar a la declaración de existencia de responsabilidad contable de los demandados en primera instancia por importe de 6.679,83 € y que fueron objeto de impugnación en sus respectivos recursos de apelación. La responsabilidad contable declarada en primera instancia resulta de tres pagos que se consideraron indebidos. Un pago de 600,23 €, correspondiente al abono de gastos y suplidos a Don L. R. A.; otro, de 3.074,54 euros, por los abonos realizados a Don M. P. C-C. en concepto de honorarios profesionales por su intervención en la constitución de la Sociedad «G. de O. y S. M., S. L.»; y, el último, de 3.005,06 €, correspondiente al exceso abonado a Don F. G. M. por sus trabajos como auditor, ya que figuraban minutas de honorarios por importe total de 471.193,50 € mientras que los cheques a cargo de «C. de S. L. S. L.», sumaban 474.198,55 €.

Estos tres pagos dieron lugar a un descubierto por ausencia de documentación adecuada que los justifique. Como ha declarado reiteradamente esta Sala de Justicia, concretado el alcance al

saldo deudor injustificado de una cuenta, los supuestos típicos de su existencia se reducen únicamente a dos: a) ausencia de numerario; o b) ausencia de justificación (Sentencias de 29 de septiembre de 2009 y 17 de marzo de 2010). Como ya se ha insistido en esta resolución, esta justificación no puede ser meramente formal (con facturas o minutas genéricas para el conjunto de los pagos). Debe ser una justificación material del destino dado a los fondos públicos. En estos tres casos que ahora se analizan no existe ni una mera justificación formal de los pagos realizados. En el único supuesto en que existe una mínima justificación formal, por los abonos realizados a Don M. P. C-C. en concepto de honorarios profesionales, de acuerdo con lo razonado hasta ahora, esta justificación es absolutamente insuficiente, teniendo además en cuenta que el único medio de prueba aportado para acreditar la realidad del encargo y del servicio profesional es la declaración del mismo Sr. P. y que fue él mismo el que libró el cheque para el abono de su propia minuta. En definitiva procede confirmar la declaración de la sentencia de primera instancia sobre la existencia de responsabilidad contable por estos tres pagos injustificados.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOCTAVO

Por todo lo anterior, esta Sala considera que, modificando el criterio del juzgador de instancia, deben considerarse constitutivos de alcance los pagos hechos por «C. de S. L. S.L.» analizados en los Fundamentos de Derecho Octavo a Decimocuarto y Decimosexto anteriores, y por las cantidades que se han ido señalando en cada uno de ellos. Esta Sala considera que la valoración en conjunto de la prueba practicada y la visión global de los pagos realizados no permiten una justificación meramente formal de los mismos, mediante facturas o minutas genéricas, sino que exige la acreditación suficiente de que los pagos hayan sido debidos, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (por todas la Sentencia de 23 de abril de 2007) que estima que la debida rendición de cuentas del gestor público no supone sólo la justificación formal de los pagos realizados, sino la debida explicación del destino o inversión dado a los fondos públicos cuya gestión tiene encomendada. Y así, en la presente controversia, los demandados, y por los supuestos por los que esta Sentencia declara partida de alcance, han intentado efectuar una justificación meramente formal de los pagos realizados, con meros testimonios personales, y sin aportar a autos los informes y trabajos que se dicen realizados y que hubieran supuesto la justificación material que podría haber sido aceptada.

SENTENCIA 23/2010, DE 18 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

El Informe de Fiscalización del Concello de A. correspondiente a los ejercicios 2002–2003, aprobado por el Pleno del Consello de Contas de G. el 12 de julio de 2006 recoge como objetivos contenidos en el programa de fiscalización:

- Analizar las causas que expliquen el incumplimiento de la obligación de rendir cuentas al Consello de Contas de G.

- Resaltar aquellas incidencias que afecten a la correcta actuación de la actividad económico-financiera, presupuestaria y contable del Ayuntamiento.
- Evaluar la razonabilidad y consistencia de las siguientes magnitudes del ejercicio 2003:
 - Resultado presupuestario y resultado ajustado.
 - Ahorro neto.
 - Saldo no financiero.
 - Remanente de tesorería.
 - Reconocimientos extrajudiciales de crédito.
 - Deuda viva.

También incluye en cuanto a los objetivos específicos desarrollados en cada área objeto de análisis los siguientes:

- Verificar si la gestión económico-financiera y presupuestaria se realiza de conformidad con la normativa de aplicación.
- Comprobar la fiabilidad de los registros contables, verificando el cumplimiento de los principios y normas de contabilidad establecidos en la ICALS.
- Analizar los procedimientos y las medidas de control interno aplicados por la entidad en orden a garantizar una adecuada gestión económico-presupuestaria.

Finalmente, en el Informe se especifica que *“el período temporal de la fiscalización se extendió a aquellos ejercicios (anteriores y posteriores) que se consideraron necesarios para la consecución de los objetivos previstos”*.

En desarrollo de estos objetivos, el Informe analiza en el apartado IV.3.2 la gestión tributaria indicando que el Ayuntamiento no efectuó recaudación en vía de apremio, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 126 y siguientes de la LGT, lo que puede originar responsabilidades de acuerdo con lo dispuesto en el art. 141 del TRLGP y 38 de la LOTC. Asimismo, en el apartado V.4 se analiza el Remanente de Tesorería afirmando dentro de los Deudores pendientes de cobro con relación a los presupuestos cerrados que: *“Los derechos tributarios en período de prescripción, plazo superior a cuatro años, representan el 15 % del total (85.216,11 euros) de los cuales, 10.335,96 € son del año 1998 y 74.880,15 euros del ejercicio 1987 y anteriores”*. Sigue afirmando, en la Dotación de saldos de dudoso cobro que *“Según lo dispuesto en la Base 9.4 de ejecución del presupuesto de 2003, y a efectos del cálculo del remanente líquido de tesorería, se consideraron recursos de difícil o imposible recaudación todos aquellos correspondientes al ejercicio 1997 y anteriores. La suma de estos derechos ascendió a 74.880,15 € (como se indicó anteriormente) y representa un porcentaje del 13 % de los pendientes de cobro de presupuestos cerrados. Se comprobó que coincide con los saldos de dudoso cobro reflejados en el estado de remanente de tesorería. Sin embargo, no se registraron en el balance de situación”*.

En las Conclusiones de este Informe se señala que: *“El Ayuntamiento no realizó los trámites de recaudación en vía de apremio, infringiendo lo dispuesto en los artículos 126 y siguientes de la LGT. Tampoco efectuó actuaciones para el cobro de los derechos en período de prescripción por*

tasas de licencia urbanística que, según lo dispuesto en el artículo 141 del TRLGP y 38 de la LOTC, podría originar responsabilidades”.

Es evidente, por tanto, a juicio de esta Sala de Justicia que en el Informe de fiscalización sí se analizaron los hechos que dieron lugar a la declaración de responsabilidad contable en la sentencia de instancia, ya que se especificaron las cantidades de derechos que habían prescrito en ese ejercicio y en anteriores, se analizó el remanente de tesorería con los derechos pendientes de cobro y se reflejó en las conclusiones que no se habían ejercitado las acciones correspondientes de reclamación de esas cantidades por la Corporación Local. Pero es que además, como ya ha quedado expuesto, el propio Informe de fiscalización señala que el período temporal de ésta se extendió a aquellos ejercicios (anteriores y posteriores) que se consideraron necesarios para la consecución de los objetivos previstos, por lo que no puede prosperar la alegación de la parte apelante de que el Informe de fiscalización sólo puede producir efectos interruptivos respecto de los hechos acaecidos en el ejercicio objeto de la fiscalización.

Siendo cierto que la fiscalización del Ayuntamiento de A. realizada por el Consello de Contas de G. interrumpió el plazo de prescripción es necesario determinar cuándo se inició esa fiscalización y, a estos efectos, esta Sala de Justicia entiende que el inicio de la fiscalización se produjo en el año 2005, ya que fue para el plan de actuaciones de ese año para el que se incluyó dicha fiscalización mediante acuerdo del Pleno del Consello de Contas de 15 de diciembre de 2004. No consta a esta Sala de Justicia la fecha exacta del inicio de la actuación fiscalizadora, que conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 es la fecha en la que se interrumpiría el plazo de prescripción, pero sí consta en el propio Informe que los trabajos de campo finalizaron en mayo de 2005 y que el 28 de octubre de ese mismo año se remitió el Proyecto de Informe al Alcalde para formular alegaciones. Por tanto, es indubitado que en 2005 se inició la fiscalización debiendo declararse prescritas las responsabilidades contables correspondientes al año 2000 y anteriores, por lo que procede declarar la prescripción de las responsabilidades contables respecto de los precios públicos del ejercicio 1996 por importe de 663,61 €, ya que la prescripción de estos derechos de cobro se produjo en el año 2000.

Como consecuencia de lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de apelación y declarar prescritas las responsabilidades contables del año 2000 por importe de 663,61 € confirmando la sentencia de instancia en cuanto al resto de la partida de alcance.

SENTENCIA 2/2011, DE 1 DE MARZO

NO ALCANCE: OPORTUNIDAD DEL GASTO

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Entrando a conocer del fondo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal cabe señalar que la cuestión controvertida se ciñe a resolver si la jurisdicción contable puede o no declarar la existencia de responsabilidad contable en base a si fue o no necesario para la Administración contratar un asesoramiento jurídico externo.

La sentencia apelada analiza si el abono por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a la empresa E. J. y P., S.L. por la realización de un dictamen técnico ha de ser considerado una infracción del ordenamiento jurídico regulador de la actividad económico-financiera del sector público. Se afirma en esta sentencia que ha quedado probado que la competencia y el procedimiento tramitado para el pago y el gasto efectuado se ajustaron a las formalidades legales y reglamentarias, fueron intervenidos por los órganos competentes y se acompañaron los documentos justificativos de los pagos y gastos, no existiendo vulneración de la normativa contable al reunirse desde el punto de vista de la tramitación, todos los requisitos legales. También señala la sentencia que no se ocasionó daño a los fondos públicos ya que las cantidades pagadas eran debidas en virtud del contrato que fue adoptado por el órgano competente dentro de los requisitos legales y en contraprestación del trabajo efectivamente realizado, por lo que se trata de un pago debido. Sin embargo, la sentencia recurrida afirma que las cuestiones acerca de la necesidad o no del contrato de consultoría y la adjudicación a un despacho externo, son cuestiones que obedecen a criterios de oportunidad, eficiencia y economía, no de legalidad, y están dentro de unas facultades de funcionamiento, gestión y decisión de la Administración respecto de las cuales la jurisdicción contable no puede pronunciarse. Concluye, por ello, que quedan fuera del ámbito de su competencia los motivos que llevaron al Ministerio de Trabajo a realizar ese contrato de consultoría y sobre si dicho contrato era necesario o no, pues ello queda fuera del ámbito de los requisitos jurídicos de la responsabilidad contable.

El Ministerio Fiscal entiende que la necesidad o no de un contrato no es una cuestión de oportunidad sino de legalidad, por lo que sí puede pronunciarse sobre ella la jurisdicción contable y, que a su juicio, en el presente caso, no ha quedado probado que en el momento en que se contrató el asesoramiento jurídico externo existiera ninguna clase de incertidumbre sobre la validez jurídica del Plan de Comunicación Global que justificara dicha contratación, por lo que incluso era innecesario que se pronunciasen al respecto sus servicios jurídicos internos.

Para el adecuado examen de estas alegaciones conviene tener presente lo siguiente:

En primer término que no hay duda de que en el presente caso nos hallamos ante un gasto sujeto al control jurisdiccional de los actos de las Administraciones Públicas, en su sentido más amplio, control que puede y debe practicarse por los Tribunales de Justicia cuando se discute la legalidad de tales actos y su adecuación al ordenamiento jurídico.

En segundo término que en este orden jurisdiccional contable, dicho control se contrae a determinar si la acción u omisión que se atribuye al presunto responsable ha producido o no infracción de norma contable o presupuestaria, por ser éste uno de los requisitos de la responsabilidad contable.

Y en tercer término, debe no obstante recordarse que no resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, so pretexto por ejemplo del uso de facultades discrecionales, hacer una interpretación de las mismas que haga inviable el control jurisdiccional indicado. Ello supondría hacer dejación de las obligaciones constitucionales que competen a los Tribunales de Justicia en el control de la actividad de la Administración, desde el punto de vista de la legalidad y del examen y comprobación de que efectivamente aquella actuación ha respondido al fin que la justifica. Ahora bien, es sabido que la discrecionalidad es una libertad de elección entre

alternativas igualmente justas o, entre indiferentes jurídicos, cuando la decisión está basada en criterios extrajurídicos que como tales son ajenos al control judicial y en consecuencia no podrían constituir objeto procesal idóneo (entre otras, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987).

Esta Sala de Justicia comparte el criterio de la Consejera de instancia de entender que, en el presente caso, los motivos que llevaron a la contratación del servicio de asistencia jurídico externo son ajenos al ámbito competencial de la jurisdicción contable porque en esta decisión la Administración actuó en el ejercicio de su potestad discrecional valorando los principios de oportunidad, eficiencia y economía. En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 2 noviembre 2005 afirma respecto a la responsabilidad contable que *“la exigencia de esta responsabilidad requiere que el acto generador del daño patrimonial al ente público sea constitutivo de ilícito contable, no pudiendo surgir, como señalaban las resoluciones recurridas, en el contexto de controversias relativas a la oportunidad de una decisión económica o financiera, a la eficiencia en la administración de los factores productivos, o, en fin a la eficacia en la consecución de los objetivos marcados”*.

Pero el ejercicio de la potestad discrecional está sujeta a unos límites que sí deben ser salvaguardados por los órganos jurisdiccionales. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencias de 21 de noviembre de 1983 y 8 de abril de 1998, dice que la discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas y que lo que no es posible es que, por medio de la discrecionalidad, se alteren los fines a que obedece el ejercicio de una función pública. Los límites de la discrecionalidad se encuentran por tanto, en la no alteración de los fines que deben regir la actuación de los órganos públicos, pudiendo declararse responsabilidad contable si queda demostrado que el uso de esa discrecionalidad obedeció a finalidades contrarias a la normativa presupuestaria y contable. Baste recordar, en este sentido, las siguientes premisas constitucionales, que se consideran básicas, y que gravitan sobre la actuación del sector público: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la C. E.); la previsión de que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y en todo caso con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, (artículo 103 de la C. E.); y la previsión de que los Tribunales de Justicia controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1. C. E.).

Pues bien, de los hechos declarados probados y de la prueba practicada en autos no ha quedado acreditado que los fines a los que debía obedecer la actuación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales hubiesen quedado alterados con la contratación de la asistencia jurídica externa, ya que no hay prueba alguna de la vulneración de norma presupuestaria o contable. Por todo ello, la valoración de los distintos motivos por los que se hizo la contratación de esa asistencia jurídica entran dentro del ámbito de la discrecionalidad de la Administración y, por tanto, fuera de la competencia de esta jurisdicción contable.

Como consecuencia de lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de tres de marzo de 2010 dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº 33/07.

SENTENCIA 3/2011, DE 1 DE MARZO

GASTOS DE REPRESENTACIÓN

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Los gastos ahora controvertidos pertenecen al concepto de *“gastos de representación o de relaciones publicidad y Presidencia”*. El desglose de estos gastos es el siguiente...

La Sentencia de Primera Instancia recoge el régimen jurídico de los mismos, sus condiciones y requerimientos de justificación, que son diferentes a la percepción por dietas. La norma específica dictada por la Autoridad Portuaria de..., entiende por *“gastos varios justificados” “los generados por el alquiler de vehículos, gasolina, taxis, parking, comidas de representación, relaciones públicas, etc.”*. Dichos gastos se abonan por el importe total de la factura, justificándose mediante presentación de factura original. Dicha normativa establecía que *“las comidas de representación que se efectúen tanto en viajes como dentro del término municipal donde radican las oficinas de la Autoridad Portuaria, deberán ser justificadas con la firma, en la misma factura de comida, de quien efectúa el gasto y la relación de personas o empresa que se invita. Además, en aquellos almuerzos o cenas de representación que superen el importe de 600 euros, se deberá aportar un escrito justificativo, firmado por el jefe de departamento con el Visto Bueno del Director, en el que se exprese el motivo de la celebración de esa comida de representación y la relación de asistentes a la misma”*.

Esta Sala, desde su Sentencia número 14/2003, de 14 de noviembre, reiterada en la 18/2006, de 16 de noviembre, estableció la doctrina acerca de cuándo procedía reproche contable en los llamados gastos de representación. Aun reconociendo que, en la disposición de los mismos, existe un margen de discrecionalidad a favor de las autoridades competentes a la hora de administrarlos, sí que exigió un documento o soporte acreditativo del gasto para acreditar el destino y la condición social, representativa o protocolaria del gasto.

Pues bien, en el presente caso, ni existe la Comisión de Servicio acreditativa de la utilidad pública del viaje a realizar, ni justificante alguno, para el caso de gastos de representación en sentido estricto, que puedan permitir a esta Sala, como no se lo permitieron al juzgador de instancia, considerar justificados dichos gastos. Con incumplimiento del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, norma jurídica de aplicación supletoria a la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de ... antes citada; esta Sala ha detectado que el demandado no ha sido capaz de facilitar factura alguna en los casos de gastos de representación o de comidas por la misma; ni ha justificado en ningún momento la firma autorizante en esas hipotéticas facturas; ni existe relación de personas o empresas invitadas ni ningún escrito justificativo, firmado por el Jefe del Departamento correspondiente, con el Vº Bº del Director, ni ningún tipo de documento en su descargo.

Contra este hecho verificado, la representación del SR. A. B. se limita en esta apelación, como hizo en instancia, a alegar que las facturas, que debieron existir, han desaparecido. Pero al no constar tampoco la preceptiva autorización del gasto, que en muchos casos a él mismo

competía, sus alegaciones sólo pueden ser consideradas como alegaciones de parte hechas en su defensa.

El juzgador de instancia, sin embargo, en su valoración conjunta de la prueba, y a petición expresa del Ministerio Fiscal, consideró, sin embargo, que podía considerarse justificado, parcialmente, un gasto de representación por importe de 300,80 € correspondiente a un viaje efectuado a la ciudad de Bruselas, ya que consta al folio 72 de la pieza principal de instancia una autorización de gasto por el importe total que se ha reseñado. De dicho importe, el juzgador de instancia, coincidiendo con el criterio del Ministerio Público, consideró que podían entenderse justificados los 210,00 € correspondientes a la dieta de manutención que le hubiera correspondido al Presidente de la Autoridad Portuaria sin necesidad de documentación adicional alguna, no encontrando esta Sala motivo para discrepar de la valoración jurídica que, de la prueba, hizo en este supuesto concreto el juzgador de instancia.

Por todo ello, resulta procedente desestimar el recurso deducido por la representación procesal de DON J. M. A. B.,

SENTENCIA 8/2011, DE 21 DE JUNIO

CONTRATOS

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Y si bien, como es de sobra conocido, la forma de adjudicación normal u ordinaria de los contratos de las Entidades Locales eran la subasta y el concurso y, más específicamente, éste, para los contratos de servicios, el artículo 120 del mismo texto legal antecitado autorizaba la contratación directa para los de reconocida urgencia –debidamente justificada en el expediente– y para los de cuantía no superior al 5% de los recursos ordinarios que figuren en el Presupuesto de la Corporación.

Pues bien, de la documentación obrante en autos se desprende, en primer lugar, la inexistencia de consignación presupuestaria para el supuesto acuerdo celebrado –y recordemos que la ausencia de consignación presupuestaria da lugar a la nulidad radical del contrato conforme al artículo 41 del Reglamento de Contratos del Estado y al artículo 154.5 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales–. Tampoco existe constancia alguna de que se hubiera tramitado un mínimo expediente de contratación, o de que se haya justificado convenientemente –ni siquiera alegado– acerca de las causas determinantes de la ausencia de tales formalidades legalmente exigibles. Tampoco se ha acreditado la causa o motivo de emergencia justificativa de la contratación verbal, conforme a lo que dispone el artículo 56 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En definitiva, resulta inadmisibles, en este caso, sostener la existencia de un contrato verbal entre el Ayuntamiento de M. y el Sr. M. G.

Aun así, esta Sala no desconoce la doctrina jurisprudencial que sostiene que las irregularidades producidas en el curso del procedimiento administrativo de contratación pueden no enervar la obligación que a la Administración incumbe de cumplir con las pertinentes contraprestaciones. Como se infiere, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1984, las

obras ejecutadas sin un contrato formalizado no exoneran del deber de su pago a la Administración en virtud de la institución del enriquecimiento injusto. O que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996, el contrato válido no es la única fuente de obligaciones en el Derecho administrativo, «ya que existe la gestión de negocios de la Administración o, al menos, la posibilidad de ejercicio de la acción “in rem verso” y, en consecuencia, la obligación de pago de determinados servicios es incuestionable, tanto si se funda en el cuasi-contrato de gestión de servicios ajenos, como en el enriquecimiento injusto que impone al ente público la compensación del beneficio económico recibido». Este criterio jurisprudencial se apoya en la conveniencia de evitar las iniquidades que podrían resultar de la mecánica aplicación del dogma que predica que de lo nulo ningún efecto ha de seguirse y, en aras de los principios de buena fe y de confianza legítima (hoy plasmados en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre), con los que se persigue satisfacer las exigencias de justicia material que en un determinado caso pueden presentarse.

Pero, en lo que aquí nos ocupa, será determinante para poder admitir como contrarios o no a Derecho los pagos realizados por la Administración –ya sea en virtud de la teoría de la gestión de negocios ajenos o de la prohibición del enriquecimiento injusto– que se haya acreditado, al menos, que el supuesto contratista realizó alguna prestación. Y nada de esto se ha acreditado. Los documentos presentados –todos ellos redactados en 1999 aun haciendo referencia a servicios supuestamente ejecutados en 1996– no responden a realidad susceptible de comprobación, al estar redactados en términos absolutamente genéricos, sin valorar ni concretar actividad alguna. Tampoco existe copia u original de los mismos en los archivos del Ayuntamiento, como normalmente debería haber sucedido.

Por todo ello, y coincidiendo con el Ministerio Fiscal, no se puede tener por realizadas las supuestas contraprestaciones que motivaron el pago al Sr. M. G., pues el Sr. M. P. no ha probado de manera alguna ni en la instancia, ni en esta apelación en la que no ha comparecido, no ya que existiera un contrato entre el Ayuntamiento de M. y el Sr. M., sino ni siquiera la relación específica de servicios realizados por éste último, y que dieron lugar a que, indebidamente, cobrase el importe de SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TRES EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS (73.203,27 €), cuantía en que ha de cifrarse el perjuicio sufrido por el Ayuntamiento de M. en sus fondos públicos al carecer de causa justificada para su abono.

Y es que, en definitiva, como señaló la Sentencia de esta Sala 18/2009, de 13 de septiembre, “toda salida de fondos públicos requiere, siempre, de una necesaria contraprestación, y si no se acredita la misma, la salida de fondos públicos carece de causa, lo que permite concluir en «la existencia de un saldo deudor injustificado, calificable de alcance en los términos que se deducen del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, lo que es determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados, según también dispone el artículo 38.1 de su Ley Orgánica”.

SENTENCIA 7/2012, DE 27 DE MARZO

EN LA SENTENCIA APELADA

El debate procesal relativo a los hechos enjuiciados se centra en decidir si los mismos son constitutivos de alcance en los caudales públicos y, en caso afirmativo, si concurren en la conducta del demandado los requisitos legales necesarios para que pueda ser declarado responsable contable directo de los daños y perjuicios causados.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, hay que resaltar que los hechos enjuiciados en el presente proceso resultan subsumibles en el concepto de alcance de caudales o efectos públicos que aparece reconocido como ilícito contable en el artículo 177.1.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y que se define en el artículo 72.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendir las personas que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

Además, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido sosteniendo, a través de diversas resoluciones (ver por todas, la Sentencia 29/2009, de 15 de diciembre) que el alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta en sentido amplio, es decir, aquella que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de justificación por falta de los necesarios soportes documentales. En el presente supuesto nos encontramos ante la ausencia de efectivo, al no formalizarse los reembolsos cobrados en la precitada Oficina el día 13 de mayo de 2009.

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Una vez admitida la existencia de alcance, procede determinar si puede considerarse al demandado como responsable contable del mismo.

Los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/88 de 5 de abril, configuran un modelo de responsabilidad contable basado en la concurrencia de una serie de requisitos que han sido sistematizados por la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia 3/2011, de 1 de marzo), en los apartados que a continuación se exponen: a) que haya una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada conducta suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del Sector Público de que se trate; d) que esté marcada por una nota de subjetividad, la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave; e) que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) que exista relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

El Abogado del Estado, en su demanda, siguiendo las conclusiones del Expediente que sirve de fundamento al presente procedimiento, ha basado la atribución de responsabilidad del perjuicio al SR. N. L., invocando que era la persona encargada de cobrar los reembolsos de ese día, y que nunca llegaron a liquidarse debidamente.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en el acto del juicio verbal, solamente ha atribuido la responsabilidad del SR. N. L. en el cobro del paquete postal PP280197040814035000231, por importe de 59,60 €, en el que, por la documental aportada, en concreto, el Expediente ya citado, (Folio 20 de las Diligencias Preliminares), su destinataria (Doña L. de la P. G.) indicó que lo abonó por la mañana, detallando incluso que se le entregó la vuelta de 60,00 €. Añadió, respecto de los restantes cobros de ese día, que no constaba de una manera indubitada, que, o bien se hicieran también por la mañana, o que fuera prueba suficiente para atribuir el descubierto al SR. N. L. por una descripción física que hicieron los usuarios de dicho Servicio cuando fueron requeridos para ello. Concluía que la obligación de resarcimiento del demandado debería limitarse a dicho importe.

La ausencia en el juicio del SR. N. L., sin que, por tanto, aparezcan alegaciones en su defensa, a excepción de una carta que remitió al Auditor-Instructor del Expediente, proclamando su inocencia, no impide a este órgano jurisdiccional considerar, como debate procesal, las distintas posiciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal respecto al “quantum” del resarcimiento del perjuicio ocasionado a los caudales de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

El primer requisito a examinar en la presente resolución es el relativo a la autoría, expresamente reconocido en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas cuando dice: *“El que por acción u omisión contraria a la Ley originara el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

Tal como se ha establecido en el Hecho Probado Cuarto de la presente Resolución, el SR. N. L. es responsable de la falta de formalización de los importes satisfechos por los usuarios de los tres paquetes postales, por un total de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (295,70 €). Consta en los folios 16, 17 y 20 de la Pieza de Diligencias Preliminares, que los pagos se hicieron en el turno de mañana; en dos de ellos, además, figura la firma del destinatario que hizo la declaración; y en un tercero, (PA060028519111000310675), por importe de 171,00 €, aunque no conste la firma, sí figura la expresa mención de “entregado mañana” y la descripción del empleado, coincidente con lo expuesto en otras declaraciones. De esta forma, debe incrementarse el “quantum” del reintegro que había postulado el Ministerio Fiscal, extendiéndose la atribución de responsabilidad predicable del SR. N. L. a los otros dos paquetes y reembolsos.

En cuanto a los restantes cobros por entrega de paquetes postales o de reembolsos, del examen de la documentación unida en el Expediente, se desprende la inexistencia de prueba plena que pueda justificar la atribución de responsabilidad al SR. N., según el siguiente pormenor:

- a) RB00012569368 (40,75 €): Al folio 15 de la Pieza de Diligencias Preliminares, en la copia del Aviso de Llegada figura la mención “pendiente de confirmar el turno y la persona”.

- b) PP310020960020569670220 (19,80 €). Al folio 18 de la Pieza de Diligencias Preliminares se comprueba que no es posible confirmar el turno (de mañana o de tarde) en el que se produjeron los hechos.
- c) PP280197040801846302521 (41,40 €). Al folio 22 de la Pieza de Diligencias Preliminares figura la contestación del destinatario, que agrupa en los dos turnos, de mañana y tarde, con la mención “recibo varios y no recuerdo”.
- d) PP080002129045230201002 (51,88 €). Al folio 19 de las Diligencias Preliminares figura la declaración de la destinataria, que indica que lo recibió en el turno de tarde.
- e) PP310020960020572145699 (15,90 €). No se contestó al requerimiento de identificación.

Expuestos los hechos, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, regulador de la carga de la prueba, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; y, por su parte, incumbe al demandado, probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquéllos. Pues bien, en el presente caso, nos encontramos, precisamente, ante una situación en la que la parte demandante no ha conseguido, en su totalidad, probar la certeza de todos los cobros no formalizados, por lo que la atribución de responsabilidad al SR. N., únicamente procede respecto de los tres cobros ya señalados. Como ya advirtió el Ministerio Fiscal en sus manifestaciones vertidas en el juicio verbal, debían considerarse insuficientes algunas declaraciones de los usuarios que no estaban debidamente contrastadas, faltando incluso su ratificación de prueba testifical en juicio.

Pero, si bien el Ministerio Público señaló como única partida atribuible al demandado, la ya referida de 59,60 €, la valoración de la prueba efectuada lleva a la conclusión de que, también, debe ampliarse a los otros dos cobros a los que hemos hecho referencia. En ellos, y por lo que anteriormente se ha expuesto, deducimos, de forma indubitada, que corresponden a la actuación del demandado. En definitiva, pues, la desestimación parcial del “quantum” del resarcimiento pretendido por la parte actora se incardina dentro de lo que cabría calificarse como “hecho dudoso”, que no se ha podido probar, por lo que tal decisión en Sentencia se dicta en aplicación de lo establecido en el número 1 del precitado artículo de la Ley ritaria.

Por lo que respecta a los restantes requisitos para exigir la responsabilidad contable al SR. N., ya desde el momento en el que se inició el Expediente, pese a una primera declaración de inocencia, no pudo responder a ninguna de las preguntas que se formulaban por el auditor; ni formalizó adecuadamente los paquetes o reembolsos cobrados; así, no ofrece dudas su actuación negligente y existe relación de causalidad entre el daño y la conducta de su autor. Es por todo ello, que procede declararle responsable directo en la cuantía señalada, al haber ejercitado materialmente, al menos en tres actuaciones, los hechos determinantes de la responsabilidad contable directa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que considera como tales a “*quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución*”.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Por todo lo razonado con anterioridad, no cabe otra cosa que estimar parcialmente la pretensión formulada por el Abogado del Estado en su demanda, e igualmente, la adhesión parcial que a la misma ha postulado el Ministerio Fiscal y condenar a DON A.N. L. a reintegrar a la Sociedad Estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., la cantidad de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (295,70 €), juntamente con sus intereses legales, calculados según los tipos establecidos para cada anualidad en la correspondiente Ley de Presupuestos y tomando como “dies a quo” el día en el que se produjo el descubierto, es decir, 13 de mayo de 2009.

SENTENCIA 9/2012, DE 8 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Como hemos indicado en fundamentos de derecho anteriores de la presente resolución, la condena se efectuó por tres conceptos diferentes, que analizaremos ahora por separado. Comenzando por el alcance declarado por la Sentencia de Instancia, por importe de 144,77 euros, derivados de la ausencia no justificada de dicho importe dentro del apartado del presupuesto de ingresos referido al pago de tasas por entrada de vehículos y vados permanentes –en su recurso el apelante omite, por error, 77 céntimos de euro en esta parte de la condena– el escrito de apelación se limita a señalar que el manejo, custodia, e ingreso en caja de dichas cantidades, no eran sólo realizadas por la Sra. T., sino, en ocasiones, por otras personas de la Corporación e, incluso, por el propio Alcalde. Pero, sin embargo, es lo cierto que del conjunto de la prueba practicada se ha comprobado que en la contabilidad de ingresos del ejercicio 2007, por la tasa indicada, figuraban una serie de recibos impagados y que, una vez efectuadas las reclamaciones oportunas a quienes aparecían como deudores, estos acreditaron haber efectuado el pago de dichas tasas; sin embargo, los correspondientes abonos no fueron formalizados en el presupuesto de ingresos del Ayuntamiento, ni reflejados en la contabilidad municipal por el importe reiteradamente señalado.

Pues bien, en ningún momento del debate procesal, ni en esta apelación, ni en la instancia, ha sido controvertido el carácter de cuentadante de fondos públicos de la Sra. T. M.; ni que, dentro de sus funciones de Secretaria–Interventora de la Corporación Municipal, estuvo a cargo de la gestión, contabilización y recaudación de las tasas municipales. El apelante se limita, en este punto, a manifestar, en su legítimo derecho de parte, que hubo otras personas que pudieron haber intervenido en la recaudación de dicha tasa. Pero se trata de eso; de una mera alegación de parte, sin añadir al proceso ningún elemento probatorio adicional. Conviene recordar, una vez más, que el respeto al principio de inmediación obliga a esta Sala de Justicia a partir de los hechos y valoraciones realizadas por el juzgador de instancia, en cuya presencia se practicaron las diversas pruebas admitidas. Esta Sala sólo podría revisar las mismas si la valoración del juzgador de instancia apareciera claramente como infundada, irracional o arbitraria (ver por todas Sentencia de esta Sala 11/2010, de 7 de junio). Y nada de eso ocurre en el presente caso. Además, el apelante intenta trasladar la responsabilidad contable de la condena en instancia a terceras personas que ni siquiera han sido parte en el proceso, sin haber utilizado, ni en esta apelación, ni en la instancia, los instrumentos jurídicos (en esencia la excepción procesal de

litisconsorcio pasivo necesario) que pudieran haberle sido útiles en defensa de las alegaciones, meramente teóricas, que ahora efectúa. En consecuencia procede desestimar, en este punto, las pretensiones del recurrente en la apelación.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Combate también el recurrente la parte de la condena que, por importe de 2.985,00 €, efectuó el juzgador de instancia como consecuencia de una salida de fondos, no justificada, que se produjo el día 14 de noviembre de 2007, de la Caja de la Corporación, bajo el epígrafe “recaudador municipal” (ver folios 80, 81 y 82 del expediente administrativo de actuaciones previas). En este punto, el apelante reconoce la existencia en autos de la fase contable “ADO”, es decir autorización de crédito, disposición del mismo y reconocimiento de la obligación, invocando que no se había aportado a autos el documento contable “P”, ordenación del pago. Como indica el Ministerio Público, en su escrito de oposición al recurso deducido, el recurrente omite la testifical practicada, tras cuya valoración el Consejero de Instancia entendió que los testimonios del Tesorero, del Concejal de Hacienda y del Alcalde de la Corporación fueron prueba de convicción suficiente para acreditar la salida física del dinero, desconociendo la utilización dada al mismo. Debe insistir esta Sala en lo expuesto en fundamentos de derecho anteriores. Sólo en el caso de que detectara que el juzgador de instancia hubiera cometido una valoración de la prueba que pudiera calificarse como de infundada, irracional o arbitraria, podría modificar, ahora, en esta segunda instancia, la valoración de la misma. Ante el acervo probatorio obrante en autos, el Juez de Instancia llegó a la conclusión de que, además de las funciones legales encomendadas al Secretario-Interventor de la Corporación –a las que luego nos referiremos con más detalle– la Sra. T. era la persona encargada del manejo de los fondos del Municipio, y que todo importe recaudado, por cualquier concepto, le era entregado en mano para su ingreso en la Caja de la Corporación, que ella gestionaba y cuya llave custodiaba, autorizando también todas las salidas de fondos de la Tesorería de la Corporación Municipal.

Dicho hecho, constatado por el juzgador de instancia, como probado, tras la oportuna valoración de toda la prueba documental y testifical practicada, no puede ser considerado por esta Sala como una conclusión infundada, irracional o arbitraria, en los términos en que concretó nuestro Tribunal Constitucional –desde su lejana Sentencia de 30 de septiembre de 1987– la posibilidad de que el Tribunal de Apelación modificara el criterio valorativo del juzgador de instancia ante el que se practicaron las pruebas con la intermediación exigida por la Constitución y por la leyes procesales. En efecto, en un Ayuntamiento como el de G., con menos de 400 habitantes, que el control efectivo de los ingresos y gastos municipales sea llevado, en todas sus fases, por el Secretario-Interventor, no puede ser valorado por esta Sala como un juicio que participe de las características de irracionalidad o arbitrariedad, por el juzgador de instancia, cuando éste valoró todos los elementos probatorios admitidos y que habían sido propuestos por las partes.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Queda por analizar, por lo que se refiere a los diferentes supuestos que, según el juzgador de instancia, dieron lugar a la declaración de alcance en el Ayuntamiento de G., una partida, por importe de 783 euros, que se refiere a menores ingresos generados por la venta de abonos para

la piscina municipal durante los meses de verano del año 2008. En este punto debe esta Sala efectuar algunas precisiones iniciales sobre la naturaleza jurídica del elemento de convicción que llevó, al juzgador de instancia, a condenar a la Sra. T. M. por este concreto supuesto.

En efecto, tanto el apelante, como el Ministerio Fiscal, entienden que el juzgador de instancia ha utilizado la denominada prueba de presunciones, a la que se refiere el art. 386 de la LEC., para condenar a la Sra. T. M. por la partida ligada a venta de abonos de piscina. Lo que ocurre es que el apelante critica la utilización de estas presunciones judiciales, y el Ministerio Fiscal las considera ajustadas a derecho. Comencemos recordando que el citado artículo de la ley procesal civil dice textualmente, en su punto 1: *“A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.”*.

La Sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

Pues bien, en las presentes actuaciones, y por lo que se refiere al perjuicio causado por la venta de abonos para la piscina municipal, entiende esta Sala que nos encontramos ante una prueba indirecta e indiciaria, plenamente válida en derecho, incluso, ya, en el ámbito penal. De la propia argumentación de la Sentencia apelada se deduce, de manera clara, que el juez de instancia, para valorar el posible perjuicio ligado a esta partida concreta, utilizó esa prueba también denominada indirecta o indiciaria.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Y es que la prueba practicada en este procedimiento ofrece indicios múltiples, que son todos ellos unívocos y unidireccionales para poder condenar, como hizo el juez de instancia, a la Sra. M. T., al reintegro de la cantidad de 783,00 €, por lo que se refiere a una diferencia no justificada entre bonos municipales de piscina expedidos y cobrados, e ingresados en la Caja de la Corporación Municipal. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha elaborado reiteradamente una doctrina sobre lo que considera prueba indirecta o indiciaria que ha sido utilizada por el Tribunal Supremo en distintos ámbitos jurisdiccionales (Sentencia de 17 de abril de 2007 de la Sala Primera en el ámbito Civil o Sentencia de 16 de octubre de 2006 de la Sala Quinta en el ámbito Militar). La llamada prueba indiciaria es, en palabras del Tribunal Constitucional (STC núms. 174/85, 24/97 y 68/98), la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que se pueden inferir a partir de otros plenamente probados, de determinados indicios indubitados (STC nº 175/93), que han de ser plurales, cuanto más plurales sean los indicios más correctas serán las conclusiones que de ellos se obtengan y, como en este caso, deben ser todos ellos unívocos y unidireccionales. La conclusión obtenida de la valoración de estos indicios ha de ser fruto de una inferencia lógica y no de una mera suposición o conjetura o, lo que es lo mismo, el proceso deductivo ha de ser coherente. La práctica de prueba indiciaria ha sido utilizada, también, por esta Sala, en su Sentencia de 8 de septiembre de 2010, que fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, desestimando ese Alto Tribunal todos los pretendidos motivos de casación planteados (recurso de casación 7338/2010) mediante Sentencia de 2 de marzo de 2012.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y como indica el Ministerio Público en su oposición a la impugnación del apelante, existen un buen número de indicios, todos en la misma dirección, que hacen que esta Sala tampoco pueda considerar irracional y arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia. En efecto, aunque no haya quedado acreditado, mediante prueba documental, ni mediante prueba caligráfica, que los bonos de piscina vendidos referenciados entre los número 88 y 141, tuvieran la firma de la apelante sí es cierto que consta en autos el listado elaborado por la apelante, hasta el número 87, así como que, de la prueba testifical quedó acreditado para el juez de instancia que dicha apelante era la única persona que controlaba la venta y cobro de bonos. También ha quedado acreditada la inexistencia de práctica alguna en el Ayuntamiento de G. que amparara el regalo, o la venta a menor precio de dichos bonos. Resulta pues rechazable, por falta de prueba en contrario alguna, la argumentación de la defensa del recurrente, según la cual se pudiera haber maquinado en la Corporación Municipal un sistema de alteración de los listados de bonos, con el único objeto de perjudicar la posición procesal de la Sra. T.

SENTENCIA 10/2012, DE 9 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Coinciden los impugnantes en señalar la inexistencia de alcance o menoscabo real y efectivo de los fondos públicos de la Diputación Provincial de A.; las conclusiones las obtuvo el Consejero de instancia a partir del material probatorio practicado, llegando a la convicción sobre la existencia de un alcance de fondos públicos, una vez apreciado aquel, individualmente y en su conjunto conforme a los principios y reglas procesales exigidas; así, como recoge el fundamento de derecho séptimo de la resolución impugnada, pudo constatar la ausencia de justificación documental (recibos, facturas u otros documentos), que acreditara la realización de algún servicio o la adquisición de algún bien para la empresa pública local A.C.L. y que, por ende, ampararan la expedición y abono de tres talones, dos de ellos nominativos a favor de Don C. M. G. Y., por importe de 3.577,40 € y 1.200,00 € y uno al portador por importe de 1.200,00 €, que fue cobrado también por el Sr. G. Y.

No sirvieron para obtener otras conclusiones los resultados logrados por medio de las restantes pruebas practicadas; así, la testifical en la persona del Sr. G. Y. sólo aclaró que el mismo no estaba vinculado, ni funcional ni laboralmente, a la Diputación Provincial de A., dejando evidencia de la referida ausencia justificativa de los pagos ya que su declaración sobre la presentación de los justificantes no estuvo acompañada por la aportación de los correspondientes documentos, facturas u otros de naturaleza contable, sin que siquiera fuera capaz el mismo de ofrecer concreción acerca de las adquisiciones o servicios realizados. Tampoco se aprecia quiebra alguna en la apreciación de los resultados probatorios a partir del interrogatorio de parte practicado en la persona del SR. G. G., habida cuenta que su declaración sobre el hecho de que el perceptor de los talones (SR. G. Y.) verificara gestiones de pago en diversos organismos, por sí sola no resulta suficiente para justificar los servicios o adquisiciones realizados, es decir, la contraprestación por la que se expidieron y abonaron los meritados

cheques, a falta de facturas u otros documentos acreditativos del cumplimiento de alguna obligación a cargo de la empresa pública local A.C.L.

No debe olvidarse, respecto a dichas alegaciones de los recurrentes, que, a tenor de abundante doctrina de esta Sala (por todas, Sentencias 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98), incumbe al juez de instancia fijar los hechos y valorar los medios de prueba, sin que frente a su apreciación probatoria puedan prevalecer meras alegaciones de parte; será necesario, por el contrario, desvirtuar tales hechos probados con medios que acrediten su inexactitud y la veracidad de los alegados en contrario; según razona otra sentencia de la Sala nº16/2008, de 1 de diciembre, F.J.3, con cita de la Sentencia de 17 de junio de 2005... *“el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, partes o cualquier otro elemento probatorio, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador de primera instancia, transfiriendo la apelación al tribunal “ad quem” el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez “a quo” de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso”*.

Correspondía a los recurrentes, en efecto, la demostración de los servicios, adquisiciones, actividades o prestaciones realizados a favor de la empresa pública local A.C.L.; así, se desprende de las reglas distributivas de la carga de la prueba, que resultan de aplicación en el seno de nuestra jurisdicción contable (por todas, Sentencia 18/2008, de 3 de diciembre, con cita de las Sentencias nº 10/2005, de 17 de julio y 19/2007, de 15 de octubre) y que parten del principio civil general regulado en el artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (anterior art. 1.214 del Código Civil), y atribuyen (aptdo. 3º) a los demandados, ahora recurrentes, la *“carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Además, es principio de consolidada aplicación en este ámbito el del *“onus probandi”* establecido en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, valga por todas la sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685) *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone según otra sentencia de dicho Alto Tribunal de 25 de marzo de 1991 (RJ 191/2443) que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos, o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi; como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados”*.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Pretende el SR. G. G. que los talones abonados no debían ser justificados hasta transcurridos 90 días desde su libramiento por lo que el mismo, al haber dejado de prestar funciones en diciembre de 2002, no debería responder de su justificación documental, además de no corresponderle ni la llevanza de la contabilidad ni la custodia de sus documentos, que incumbía al Secretario de A.C.L.; yerra en el hecho probado cuarto por cuanto, alega, el mismo no desempeñaba la función interventora en A.C.L. ni tenía atribuida dicha llevanza contable de la empresa sino su inspección; al no tener atribuida la contabilidad, tampoco se habría dado infracción de norma presupuestaria o contable, y, en todo caso, sostiene que no obró de forma negligente ya que su iniciativa ayudó a aclarar los pagos no justificados documentalmente salvo en los talones que se abonaron sin dicho respaldo.

En efecto, el hecho probado cuarto de la Sentencia impugnada constata que DON J. L. G. G. era Interventor de la Diputación Provincial de A. y que desempeñaba la función interventora en A.C.L. Es cierto que él mismo, de acuerdo con los Estatutos de la referida Sociedad local, tenía atribuidas las funciones de control financiero, eficacia, eficiencia y economía, así como la inspección de la contabilidad de la misma, sin que pueda afirmarse, por ello, en rigor, que fuera responsable de la llevanza de la contabilidad de la empresa; sin embargo, como manifiesta el propio recurrente, y ésto es lo relevante para la solución del presente recurso, al SR. G. G., además de las funciones antes señaladas, le correspondía la de firmar, junto con el Consejero Delegado de la empresa, todos los documentos de naturaleza bancaria; los hechos disputados se circunscriben a los pagos realizados injustificadamente por la expedición de tres talones, dos nominativos y uno al portador y en los que obra, entre otras, la firma del recurrente (un talón nominativo, de fecha 3 de octubre de 2002, a favor de Don M. G. Y.; por importe de 3.577,40 €; otro, expedido al portador con fecha de 10 de mayo de 2002, por importe de 1.200,00 €, que fue cobrado por el SR. G. Y. y otro nominativo, también a favor de éste, de fecha 4 de diciembre de 2002, por importe de 1.200,00 €).

No cabe acoger, tampoco, la alegación del impugnante sobre la inexistencia de obligación justificativa de estos talones, por el hecho de haber dejado el mismo de prestar funciones en A.C.L. en el mes de diciembre de 2002; en efecto, es cierta y probada la desvinculación del SR. G. G. de la referida empresa pública local en esa fecha, así como que los tres controvertidos cheques se reflejaron, según quedó constancia en la correspondiente hoja del Libro Mayor de la Cuenta 30000, "Partidas pendientes de aplicación" (hecho probado tercero, "in fine", de la Sentencia recurrida); pero, lo relevante para apreciar su participación como autor o ejecutor de los hechos, es la probada y no contradicha firma por él, de forma mancomunada con el SR. A. G., de los tres talones, los días 10 de mayo, 3 de octubre y 4 de diciembre del año 2002, es decir, su libramiento tuvo lugar, a los efectos de ponderar su responsabilidad contable en los pagos injustificados, con anterioridad al momento en que el mismo dejó de prestar funciones en la meritada empresa pública local; así se desprende también implícitamente del contenido de su declaración cuando señaló que sólo procedía a la firma de los talones previa constatación o comprobación de la documentación específica que acreditaba que los mismos debían ser satisfechos; así, según afirmó, dicha expedición debía estar precedida de las correspondientes facturas visadas y de la referida documentación, correspondiendo así los tres talones cobrados

por el SR. G. Y. seguramente a pagos realizados a la Hacienda Pública, al Registro Mercantil o de la Propiedad o a la Seguridad Social, es decir, a deudas contraídas por la Sociedad local.

Por último, alega este impugnante que no se ha dado infracción alguna de norma presupuestaria o contable así como no existió dolo ni siquiera culpa en su actuación. La primera la vincula al hecho de no ser responsable el mismo de la tesorería ni de la custodia documental y de los justificantes, ya que la contabilidad estaba atribuida a una Gestoría, teniendo él atribuida su inspección posterior; en cuanto a la obligación de conservación de los libros, correspondencia, documentos y justificantes del negocio, correspondía estatutariamente al Secretario de la empresa. En la línea de lo que ya razonaba la Sentencia impugnada en su razonamiento jurídico décimo en relación con el quinto, no ha podido acreditar el SR. G. G. el cumplimiento de las obligaciones que le incumbían estatutariamente derivadas de sus funciones de control en la sociedad; así, pudo constatarse que los talones objeto de esta controversia no aparecían debidamente respaldados con los correspondientes soportes documentales de las operaciones realizadas, ya que sólo obraban los extractos bancarios así como su contabilización en la cuenta 555 “Partidas pendientes de aplicación”; no cabe acoger, por ello, su argumentación sobre el funcionamiento y “modus operandi” en la realización de los pagos en las sociedades mercantiles, como la de autos, de la que pretende derivar su exoneración de responsabilidad contable; en efecto, la “AGENCIA DE COMUNICACIÓN LOCAL RADIO, de la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE A., S.L.” (A.C.L.), participada en su integridad en su capital social por dicha Entidad local, se encontraba sujeta, al tiempo de suceder los hechos, a las prescripciones de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que obligaban a incluir en el Presupuesto general de la Corporación las previsiones de ingresos y gastos de la empresa así como los Programas anuales de actuación, inversiones y financiación, hallándose asimismo sometida a control financiero por la Intervención (artículos 145.1, letra c), 147.1, letras b) y c) y 201 LRHL).

El pleno sometimiento al Derecho Público de la Sociedad A.C.L. no admite discusión, como bien razonó la Sentencia impugnada, en su razonamiento jurídico cuarto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido a confirmar la doctrina reiterada de esta Sala de Justicia sobre la naturaleza jurídica pública de los fondos que manejan este tipo de Sociedades y su sujeción a la normativa administrativa y presupuestaria, sin perjuicio de que su funcionamiento se acomode a la legislación mercantil; en este sentido, el SR. G. G. no puede esquivar su responsabilidad contable directa en los hechos, habida cuenta que, además de las funciones de control e inspección contable que tenía atribuidas estatutariamente en la sociedad, le incumbía firmar mancomunadamente junto con el Consejero Delegado todos los documentos de naturaleza bancaria; pero, con todo, lo relevante no es tanto la atribución funcional que ostentaba el impugnante sino que, como él mismo ha reconocido en el curso del proceso, aparece como firmante de los tres talones carentes de justificación; la ausencia demostrada de toda acreditación del título y de la causa por los que se realizaron los pagos le sitúa en la esfera de la responsabilidad subjetiva, al menos por culpa o negligencia grave, por no poder el mismo ofrecer justificación suficiente de las obras, servicios o suministros prestados a favor de la empresa local.

No puede esta Sala, tampoco, dar mayor fuerza probatoria a las declaraciones testificales que coincidieron en afirmar que los pagos se realizaron en beneficio de la entidad A.C.L.; en efecto,

ya el Consejero, en primera instancia, ponderó dichos testimonios, por imperativo legal y jurisprudencial, conforme a las reglas de la sana crítica, valorándolos individualmente y en conexión con las restantes pruebas practicadas, en particular, la documental, motivando de forma expresa su resolución con razonamientos fácticos y jurídicos en los que no se observa quiebra entre el material fáctico–probatorio incorporado al proceso y los resultados obtenidos en el mismo; así, es de destacar que el propio impugnante reconoce expresamente que en los pagos controvertidos no existe justificación documental alguna. Además, debe recordarse que, no obstante la función revisora que nos compete, según jurisprudencia constitucional y que permite un nuevo juicio con valoración de las pruebas practicadas y sin limitación de conocimiento de las cuestiones fáctico–jurídicas que pudieran suscitarse, también es doctrina ampliamente desarrollada por este Tribunal de apelación (por todas, Sentencias 7/97, 17/98, 20/00, 16/03, 3/05, 14/06 y 21/10), que el establecimiento de los hechos y la valoración de los medios de prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional, es competencia del Juzgador de instancia, por lo que frente al juicio valorativo que contenga la resolución impugnada, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud o importancia de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

El apelante viene a reproducir en esta alzada, en lo esencial, los mismos argumentos invocados en la primera instancia sobre su ausencia de responsabilidad en los hechos, haciendo hincapié en que debió producirse un extravío de los justificantes de pago que debería haber probado la parte actora pero que no supone un desvío de caudales públicos a fines ajenos a los de la entidad A.C.L.; del mismo modo reitera que el Secretario de la sociedad era la persona responsable de la custodia de la contabilidad, conforme a los Estatutos Sociales, así como que, lejos de haber obrado de forma negligente, debido a la emisión de correspondiente informe, se logró aclarar el desorden existente en cuanto a la justificación documental que quedó reducido a los talones que son objeto de controversia, circunstancia ésta que habría omitido la Sentencia impugnada. La Sentencia, en su fundamento de derecho quinto resume los hechos relativos a la gestión económica y determinación cuantitativa del alcance, arrancando de la Memoria anual correspondiente al ejercicio 2002 en la que ya se reflejó que los talones controvertidos carecían de soportes documentales; asimismo, constataba que en un Informe de la Intervención se minoraba la partida pendiente de aplicación hasta la cifra de 11.379,2 euros, correspondiente a siete talones entre los que se encontraban los cuatro objeto de la litis en primera instancia, y, en consecuencia, de entre ellos, los tres que ahora se discuten en esta apelación. Los hechos declarados probados por la resolución impugnada repetidamente mencionados, llevaron al órgano “a quo” a la convicción de que los dos libradores mancomunados de los tres talones litigiosos, SRES. A. G. y G. G., en tanto ejecutores materiales de dichos hechos (expedición de los talones con su firma, sin justificación de su destino o aplicación a obligaciones contraídas por la empresa pública local A.C.L., S.L.), debían responder directamente ante esta jurisdicción contable en concepto de autores conforme al art. 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; debe confirmar esta Sala también la presencia del elemento subjetivo de la culpa o negligencia grave necesario para la exigencia de esta responsabilidad contable en la actuación del SR. G. G., tal y como fue ponderada por el Consejero de instancia, ya que el mismo omitió las precauciones mínimas que debió haber adoptado en atención a las

funciones que tenía atribuidas por los Estatutos sociales de la Sociedad, sin que la falta de diligencia apreciada pueda resultar enervada por el hecho de que el mismo emitiera un informe que realizó, como correspondía, en cumplimiento de su cometido de control financiero en el ámbito de la Diputación Provincial de A., ni tampoco porque no tuviera atribuida la custodia documental y de la contabilidad. En efecto, sobre la diligencia exigible en el manejo de caudales públicos, se ha ido formado un cuerpo de doctrina, como razona la Sentencia de esta Sala, de 6 de febrero de 2008, en interpretación y aplicación del art. 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril. Así, las Sentencias 16/04, de 29 de julio y 9/03, de 23 de julio, en el sentido de exigir al gestor de dichos caudales (el SR. G. G. tenía esta condición en su calidad de firmante de los documentos mercantiles de naturaleza bancaria), una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta la relevancia de su función que afecta al patrimonio de la comunidad.

Tampoco puede prosperar, por lo expuesto, su pretensión formulada con carácter subsidiario a la principal de revocación, “in totum”, de la Sentencia impugnada, consistente en que se le declare responsable contable subsidiario por no haber infringido norma presupuestaria o contable alguna, ya que le correspondía la inspección de la contabilidad que habría podido ejercer respecto a una documentación justificativa de los tres talones que nunca le fue entregada por el Secretario de la Entidad que era el encargado de conservarla. Sobre ello, debe partirse de los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, que contemplan respectivamente las modalidades de responsabilidad directa: (ejecutar, forzar o inducir a ejecutar o cooperar en la comisión de los hechos o participar con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución), y subsidiaria: (si por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas legalmente, se da ocasión a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento del importe de las responsabilidades directas); habrá de verse si la actuación del SR. G. G. puede subsumirse, como pretende, en el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas o si, por el contrario, la calificación de la sentencia es la legalmente procedente; así, lo relevante, desde el punto de vista jurídico-contable, para dicha caracterización será, no tanto las funciones asociadas al cargo que desempeñaba, como se ha ocupado de repetir el recurrente con insistencia en el curso del proceso, sino la repercusión específica y concreta de su conducta o actuación en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en los fondos públicos locales; así, es de ver que esta misma Sala ha venido manteniendo, respecto a dicha distinción en sentencias como las de 17 y 31 de mayo de 2009, que la responsabilidad directa exige una intervención directa de los responsables contables en los hechos constitutivos de la misma; en la subsidiaria es necesario que la actuación sea negligente dando ocasión de forma directa o indirecta a que los caudales públicos sean menoscabados. Además, la Sala, en otra Sentencia de 11/2009, de 12 de mayo, ha señalado que “para calificar la responsabilidad como directa o subsidiaria no basta la mera infracción de la normativa presupuestaria o contable, sino que es preciso analizar los concretos actos de los que se deriva el alcance”.

Como reiteradamente hemos razonado, la Sentencia impugnada basó su calificación de responsabilidad contable directa del SR. G. G. en su intervención directa en los hechos concretada en la firma mancomunada de los tres talones carentes de justificación; esta declaración no puede sino ser confirmada en esta instancia, a tenor de la aplicación al caso de

los criterios interpretativos a que hemos hecho mención sobre los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, toda vez que el impugnante no ha podido demostrar, frente a la constatada y reconocida ausencia probatoria documental de las obligaciones que habría atendido la Sociedad A.C.L., con tales pagos, que estos pagos respondieran a servicios o prestaciones realizadas o por realizar a favor de la misma, no apareciendo discutido, por otra parte, que el mismo, como ha reconocido expresamente, fuera uno de los firmantes de los meritados talones.

SENTENCIA 16/2012, DE 17 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOCUARTO

También se impugna por los apelantes la irregularidad contable analizada en el Fundamento de Derecho Decimotavo de la sentencia de instancia en el que se declaró la existencia de alcance por importe de 59.378,31 € correspondiente al pago de las facturas presentadas por la mercantil Transportes J. J. R. F. sin que resultasen justificados los servicios remunerados.

La representación de Doña M. D. M. B. entiende que la testifical del propio transportista y las facturas son suficientes para demostrar la realidad de los servicios prestados y, por tanto, la ausencia de daño. Señala que las relaciones comerciales con dicho contratista traen causa de relaciones previas con otras entidades municipales y el propio Ayuntamiento, por lo que hay que entender que existían acuerdos para esas relaciones, que no han sido negados por la parte actora, como tampoco han sido negados los trabajos o servicios de transporte realizados. Entiende, además, que no puede enjuiciarse en este procedimiento las cuestiones de oportunidad o eficiencia de la contratación y si el importe abonado al transportista fue excesivo en relación con el trabajo desarrollado corresponde a la parte actora probar este extremo, lo que a su juicio no ha tenido lugar en este caso.

Por su parte, la representación de Don A. C. R. afirma que las facturas, aunque no detallasen el trabajo prestado cada día, justificaban los pagos realizados pues la actividad del transportista consistía en la puesta a disposición para cualquier necesidad que surgiese en la D. O. y S.. Además de las facturas, esta parte entiende que quedan probados los servicios prestados por la testifical del propio transportista y su certificado de vida Laboral.

Esta Sala de Justicia ya ha declarado en otras ocasiones que el contrato no es la única fuente de obligaciones para la administración y ha considerado pagos indebidos, que dan lugar a una salida injustificada de efectivo de las arcas públicas, aquellos pagos realizados sin causa, es decir, sin contraprestación de utilidad pública. La sentencia de esta Sala de Justicia 18/09, de 13 de septiembre dispuso que: *“Según establece el art. 1.274 del Código Civil, en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, añadiendo el art. siguiente que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. En la operación económica presente se ha efectuado un pago con fondos públicos que carece de causa, al no haber quedado probada la existencia de contraprestación alguna por la perceptora del pago. Ello determina, por tanto, la existencia de un saldo deudor injustificado, calificable de alcance en los términos que se deducen del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento*

del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, y determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados, según también dispone el artículo 38.1 de su Ley Orgánica”.

La doctrina jurisprudencial es constante en el conflicto entre la estricta legalidad de la actuación administrativa, en este caso en materia de contratación, y la seguridad jurídica, representada en este caso por el contratista que, al margen de la formalidad de la actuación administrativa hace entrega de un bien o un servicio, decantándose a favor de esta última en virtud del principio de confianza legítima del ciudadano en el actuar de la Administración, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo y 8 de junio de 1990, según las cuales en el conflicto que se suscita entre la «estricta legalidad» de la actuación administrativa y la «seguridad jurídica» derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquella, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsos económicos ya que la aludida doctrina acoge un principio que, aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo la denominación de la «bona fide», ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de «principio de protección de la confianza legítima del ciudadano» en el actuar de la Administración que se beneficia a su vez del principio de «presunción de legalidad de los actos administrativos».

El contrato administrativo –o de cualquier otra clase– válido no es la única fuente de obligaciones en el Derecho administrativo, ya que existe la gestión de negocios de la Administración o, al menos, la posibilidad de ejercicio de la acción "in rem verso" y en consecuencia la obligación de pago de determinados servicios es incuestionable tanto si se funda en el cuasi-contrato de gestión de servicios ajenos como en el enriquecimiento injusto que, con base en la amplia fórmula del artículo 1887 del Código Civil, suele incardinarse como modalidad atípica de figura cuasi-contractual. Este criterio jurisprudencial se apoya en la conveniencia de evitar los perjuicios que podrían resultar de la mecánica aplicación del dogma que predica que de lo nulo ningún efecto ha de seguirse y, en aras de los ya citados principios de buena fe y de confianza legítima, persigue satisfacer las exigencias de justicia material que en un determinado caso pueden presentarse.

En el presente caso, los apelantes no han aportado prueba alguna que sirva de justificación a las contraprestaciones realizadas en correspondencia a las facturas pagadas con cargo a fondos públicos. En este sentido, cabe señalar que obran en los autos las referidas facturas de las cuales no puede inferirse cuales fueron los trabajos remunerados dada la generalidad de las mismas y en las que la retribución se hacía por “portes varios”. No hay contrato alguno suscrito entre el transportista y alguna de las sociedades mercantiles municipales por lo que se desconoce cual era la prestación a la que se comprometía el contratista y la remuneración que se satisfacía a cambio. Y finalmente, consta la declaración del propio transportista en la que reconoce su condición de trabajador autónomo, que tenía estipulado percibir de la sociedad G. de C. y C. M., S.L. 180.000 ptas. más IVA mensualmente independientemente de los transportes que hiciera y que si bien las facturas que se le exhibieron estaban firmadas por él no sabía a qué portes correspondían.

Entiende, por ello, esta Sala de Justicia que no se ha justificado que el pago de esas facturas correspondiese a una contraprestación realmente realizada puesto que ni hay contrato que lo recoja, ni se especifica en las facturas que servicios se prestan y remuneran, ni el propio contratista es capaz de identificar los servicios por los que se recibieron esos importes al margen de la retribución mensual que ya se le hacía. Procede, por ello, confirmar la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de alcance como consecuencia del pago de estas facturas por importe de 59.378,31 €.

3.2. Malversación ^{23 24}

SENTENCIA 10/2010, DE 24 DE MAYO

ANTECEDENTE DE HECHO SEXTO

El concepto jurídico de alcance y el de malversación contable se contemplan en los apartados primero y segundo del artículo 72 de la ya citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El apartado primero dispone que *“A efectos de esta ley se entenderá 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 Tribunal de Cuentas”*. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha declarado, entre otras en la sentencia 3/1995, de 10 de marzo, *“que en general puede entenderse por alcance el saldo negativo e injustificado de la cuenta (en sentido amplio) que debe rendir quien tiene a su cargo dichos caudales o efectos. Este concepto aparece además unido al de la obligación de dar o rendir cuentas; porque no rendir cuentas debiendo hacerlo por estar encargado de la custodia o manejo de los caudales públicos, no justificar el saldo negativo que estas arrojan, no efectuar los ingresos a que se está obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o*

²³ Como señalan Pajares y Medina (J.A. Pajares Giménez y J. Medina Guijarro, Novedades de la Ley de Funcionamiento en la Función Jurisdiccional I(l) Crónica ,1990-1991, Tribunal de Cuentas, 1992, págs. 16 y ss.), *...“la definición de malversación del art. 72.2 de la LFTCu. tiene sus antecedentes en el Código Penal,...pero la coincidencia de nombre entre la contable y la penal, no nos ha de llevar a una identificación entre ambas disposiciones, pues las consecuencias jurídicas que se desprenden de la calificación penal, y las que se aparejan a la calificación contable son radicalmente distintas. La primera comporta una sanción penal de privación de libertad e inhabilitación absoluta, mientras que la calificación contable comporta únicamente el nacimiento del perjuicio causado, valorado en términos monetarios.*

²⁴ En la misma línea, J.J. González Rivas (Juan .J. González Rivas, *El recurso de casación contra resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas*, Revista Española de Control Externo Revista Española de Control Externo Año 2005, Vol.. 7, Número 21 pág. 20) establece que la idea clave es que ambas, el alcance y la malversación de caudales, como conceptos estrictamente contables, desembocan en lo que importa al procedimiento de reintegro, y es la existencia de un saldo deudor que debe ser reintegrado, en los mismos términos, cualquiera que sea la causa, sin que exista, y esto es fundamental, sanción o agravamiento del reintegro, cualquiera que sea la causa del mismo. De este modo, el Tribunal de Cuentas puede acordar perfectamente la existencia de un saldo deudor injustificado de una cuenta y declarar que se debe a la causa de «malversación de caudales», concepto este puramente contable, y nada altera este pronunciamiento el hecho de que la jurisdicción penal sentencie que no ha existido el delito de malversación, porque si no se justifica el saldo deudor de la cuenta, que es lo que importa, subsiste la obligación del reintegro con intereses, que es en lo que desemboca el «procedimiento de reintegro por alcance o por malversación de caudales».

dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo o aplicarlos a usos propios o ajenos etc., son todos ellos supuestos de alcance y como tales generadores de responsabilidad contable, si se dan todos los requisitos que la Ley establece.”.

La existencia de un saldo deudor injustificado, como ha declarado la Sala de Justicia en reiteradas ocasiones, entre otras en las Sentencias de 3 de noviembre de 1997, 28 de enero y 25 de febrero de 2000, es constitutivo de alcance de fondos públicos, en aplicación de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, en relación con el artículo 72 de este mismo texto legal, con independencia de que la conducta observada por el responsable contable pueda calificarse de malversatoria por haberse apropiado de fondos públicos.

En el presente caso, teniendo en cuenta los hechos declarados como probados, recogidos en la sentencia firme 29/09, de 7 de julio de 2009, y que constan en el Hecho Probado séptimo de la presente resolución, ha quedado acreditado que *“durante los años 2000–2006 y, desde enero de 2006 hasta julio de 2006, la acusada se apoderó de 38.337,71 €, que se habían recaudado por el servicio de recaudación del Ayuntamiento de N. por el cobro de sanciones de tráfico y otros tributos a los ciudadanos.”.*

Hay que tener en cuenta que la sentencia penal se dictó por conformidad de las partes sobre los hechos, al haber reconocido Doña M. D. M. R. la comisión de los mismos, según consta en los hechos probados de la propia sentencia penal, cuyo testimonio fue incorporado a los autos.

Los citados hechos, como ya se ha dicho, constituyen un supuesto de malversación contable, definido en el artículo 72.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas como *“sustracción (de caudales o efectos públicos), 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”*, al haberse sustraído por la funcionaria encargada del manejo y custodia de dichos fondos públicos diversas cantidades del Ayuntamiento de N.

Respecto al importe en que debe cuantificarse la malversación, debemos precisar que la sentencia penal declaró probado que la demandada se apoderó de 38.337,71 €, cantidad que coincide con el importe en que el Ayuntamiento de N. cuantificó el perjuicio causado a los fondos públicos, sin que exista en los autos ningún elemento probatorio que permita realizar una cuantificación distinta. Procede, por ello, fijar el importe de la malversación contable en 38.337,71 €.

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Habiéndose declarado la existencia de una malversación en los fondos públicos del Ayuntamiento de N., por importe de 38.337,71 €, entre enero de 2000 y julio de 2006, procede pronunciarse sobre la posible responsabilidad contable de la demandada.

Los requisitos de la responsabilidad contable, se recogen en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo, y han sido sistematizados por la Sala de Justicia en sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1986, 9 de septiembre de 1987 y 29 de julio de 1992, en virtud de las cuales, para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable debe reunir los

siguientes requisitos: a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público. d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente. f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

En relación con los dos primeros requisitos reiteradamente exigidos por la Sala de Justicia para que una conducta sea generadora de responsabilidad contable, referidos a que la acción u omisión sea atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales públicos y que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir los gestores de dichos fondos, no existe duda de que ambos requisitos concurren en la persona de la demandada.

Tal y como consta en los hechos probados de la presente sentencia, Doña M. D. M. R., como auxiliar de recaudación del Ayuntamiento de N., era la encargada de realizar los cobros en ventanilla de sanciones de tráfico y de los tributos que se recaudaban en la oficina municipal, del recuento de los ingresos diarios y del arqueo de caja, de entregar el importe de la recaudación diaria a la Policía Municipal para su ingreso en la cuenta bancaria municipal y de su contabilización. Resulta, por tanto, evidente que la demandada era gestora de fondos públicos en el momento de cometer los hechos que dieron lugar a la demanda, condición que, por otro lado, no ha sido discutida por las partes.

Respecto a la consideración de la demandada como cuentadante, es de destacar que la Sala de Justicia ha venido perfilando un concepto amplio de cuentadante para la exigencia de responsabilidades contables. Así, en Sentencias de 26 de noviembre de 1999 y 6 de abril de 2004, se defiende que no sólo debe ser considerado como cuentadante la persona jurídicamente obligada a rendir formalmente una cuenta dentro de un plazo determinado, mediante una concreta forma, y ante una determinada autoridad, sino también cualquiera que realice respecto a los fondos públicos alguna de las operaciones enunciadas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, es decir, recaudar, intervenir, administrar, custodiar, manejar o utilizar bienes y derechos de titularidad pública. En el mismo sentido cabe citar las Sentencias 12/1996, de 20 de noviembre, y la 8/2007, de 6 de junio, también de la Sala de Justicia, en las que se argumenta que *“el concepto de cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos públicos, sino también a quienes, de una u otra forma, manejen bienes, caudales o efectos de naturaleza jurídica”*.

Este concepto amplio de cuentadante es desde luego aplicable a la demandada que, como ya se ha señalado con anterioridad, manejaba caudales públicos.

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

La existencia de una infracción de la normativa presupuestaria o contable en la conducta de la demandada es también apreciable dado que la sentencia penal ha declarado probado que Doña M. D. M. R. se apoderó de determinadas cantidades de dinero procedentes de la recaudación municipal y las incorporó a su patrimonio, lo que constituye una conducta antijurídica desde la perspectiva de la normativa reguladora de la gestión de los ingresos en la Administración Local y, como ya se ha dicho, una malversación contable de acuerdo con el concepto de la misma establecido en el artículo 72.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

Como requisito subjetivo, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario, como ha venido declarando reiteradamente la Sala de Justicia, (por todas, Sentencia 2/07 de 14 de marzo), *“que el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento. Igualmente si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa.”*.

Examinados los hechos que han dado origen a las presentes actuaciones no cabe sino calificar la actuación de la demandada como de dolosa, al ser plenamente consciente de que con su comportamiento, consistente en una sustracción reiterada de parte de la recaudación municipal, producía un perjuicio a los fondos públicos. A ello hay que añadir que Doña M. D. M. R. falsificó y ocultó documentos con el propósito de que su conducta no fuera descubierta, como también consta en los hechos probados de la sentencia penal.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

La existencia de un menoscabo efectivo, individualizado y evaluable económicamente en los caudales públicos, tal y como se exige en el artículo 59.1 de la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha quedado acreditado en autos por la sentencia de conformidad dictada en el procedimiento penal así como por el informe del Tesorero Municipal en el cual se apoya la demanda del Ayuntamiento de N. Este perjuicio ha sido evaluado en 38.337,71 € (TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS), cifra que constituye el principal de la obligación reparatoria exigible, en esta vía jurisdiccional contable, a Doña M. D. M. R. en su condición de responsable contable del menoscabo ocasionado al patrimonio municipal.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

En cuanto a la existencia de un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el perjuicio causado en los fondos públicos, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencia, entre otras, de 17

de diciembre de 1998, afirma que “la conexión de causalidad (entre la conducta enjuiciada y el menoscabo producido) supone un enlace, al menos suficiente, entre ciertos actos comisivos u omisivos y un resultado determinado. Es decir, el iter temporal a ser considerado en el análisis de una relación de causalidad finaliza con la producción de un resultado o efecto a partir del cual, y con mirada retrospectiva, se inicia la búsqueda del antecedente fáctico que constituye su causa, sea la misma necesaria o simplemente suficiente en función de la finalidad a la que sirva dicho análisis. Producido el efecto se consuma la acción, por lo que los hechos posteriores podrán modificar las consecuencias del resultado atemperándolo o agravándolo, pero serán en todo caso ajenos e independientes a la relación de causalidad considerada, careciendo de todo poder de influencia sobre la misma y, por supuesto, de poder interruptivo”.

Lo relatado en los anteriores Fundamentos de Derecho permite determinar que el hecho de que Doña M. D. M. R. sustrajera parte de la recaudación municipal originó un perjuicio, ya evaluado, en los fondos públicos municipales, sin que pueda apreciarse la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, concurriendo, en consecuencia, el necesario nexo causal.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Por último, hay que estimar la pretensión de la parte actora respecto a que la conducta de la demandada se ajusta al concepto de responsabilidad contable directa previsto en el artículo 42, apartado 1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, pues la demandada ejecutó el acto constitutivo de malversación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede declarar responsable contable directa de la malversación de 38.337,71 € (TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS) a Doña M.D. M. R., debiendo ser condenada al abono de dicha cantidad así como al de los intereses legales devengados desde el día en que se produjo la malversación hasta el día de la completa ejecución de la presente sentencia.

FUNDAMENTO DE DERECHO DUODÉCIMO

De esta forma, habiéndose declarado la existencia de una malversación en los fondos públicos por el importe total de 38.337,71 € y de acuerdo lo dispuesto en el artículo 71.4.e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, procede, a los efectos exclusivamente de determinar el importe de los intereses, fijar como dies a quo la fecha en que se produjo el perjuicio a los fondos públicos. Teniendo en cuenta que las cantidades fueron sustraídas a lo largo del período 2000–2006, se deberá tomar como fecha inicial para el cómputo de los intereses la del último día de cada uno de los años en que se produjeron las sustracciones, de acuerdo con el cuadro explicativo que consta en el Hecho Probado sexto y lo declarado probado en la sentencia penal, al no poder precisarse con exactitud el día en que se produjo cada una de ellas.

En lo que respecta al dies ad quem, el mismo debe quedar fijado en la fecha de la completa ejecución de la presente resolución, debiendo tenerse en cuenta, no obstante, las cantidades reintegradas y sus fechas a los efectos del mencionado cómputo. Para el cálculo de los intereses procede aplicar los tipos legalmente vigentes el día que se consideren producidos los daños y perjuicios sobre el importe del menoscabo reclamado por los demandantes y al que ha sido

condenada la demandada, fijado en 38.337,71 €, debiendo adoptarse las oportunas medidas de coordinación con la jurisdicción penal para evitar la duplicidad en el reintegro al Ayuntamiento de N.

SENTENCIA 11/2012, DE 25 DE MAYO

ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO

Atendiendo a lo solicitado, asimismo, por el Ayuntamiento de C. de L., mediante el citado Acuerdo plenario de 27 de julio de 2004, la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha aprobó, en fecha 21 de diciembre de 2006, el “Informe definitivo de fiscalización del Ayuntamiento de C. de L. (A.), ejercicios 1999 a 2003”.

En dicho Informe de fiscalización, se manifiesta que la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha, oída su Junta de Portavoces, aprobó la expresada actuación fiscalizadora, en su Sesión celebrada el 15 de septiembre de 2004. El procedimiento fue incluido en el Programa Anual de Fiscalización correspondiente al ejercicio 2005.

Las actuaciones preparatorias se iniciaron en el segundo trimestre del 2005, llevándose a cabo los trabajos de campo durante el último semestre de dicho ejercicio, si bien la fiscalización se vio demorada por el retraso del Ayuntamiento de C. de L. para facilitar la documentación relativa a la empresa Pública Municipal, Distribuidora Eléctrica C. de L., S.A., por lo que las actuaciones se han visto dilatadas hasta el primer trimestre de 2006. El Informe Provisional fue aprobado por el Síndico de Cuentas, el 26 de octubre de 2006, notificándose a la Corporación, que formuló las oportunas alegaciones.

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

En el Informe de Fiscalización anteriormente señalado, y por lo que respecta al período aquí enjuiciado (1998 a 2002), la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha destacó la carencia de Libros de Contabilidad y documentos contables, durante los ejercicios 1999 a 2002, ambos inclusive, donde se debían registrar todos los hechos de contenido económico y reflejarse la realidad jurídico-económica de la Entidad. También denunciaba la inexistencia de registros y Estados referentes a la Contabilidad Patrimonial, careciendo, por tanto, de Balance de Situación y Cuenta de Resultados, durante el mismo período. Asimismo, en dicho lapso temporal, se constata la carencia del Estado Anual de Tesorería, así como de las Actas de Arqueo, la falta de elaboración y aprobación del Presupuesto Municipal correspondiente al ejercicio 1999, y sus anexos, y la falta de liquidación y elaboración de la Cuenta General del Presupuesto, en los ejercicios 2000, 2001 y 2002.

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

El gobierno de la Corporación del municipio de C. de L. estuvo formado por las siguientes personas, durante el período 1998 a 2002:

- Desde 1998 hasta 3 de julio de 1999:

- D.F.G.B. (Alcalde–Presidente).
- D.G.L.M. (Secretario–Interventor).
- D.F.A.A. (Tesorero).
- Desde 3 de julio de 1999 hasta el año 2002:
 - D.A.S.S. (Alcalde fallecido el 30-12-02).
 - D.G.L.M. (Secretario–Interventor).
 - D.O.R.S. (Tesorero).

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

En junio de 2003, comenzaron a incoarse por el Juzgado de Instrucción nº. 1 de A, las Diligencias Previas nº 181/2003, por un presunto delito de malversación de caudales públicos contra DON G. L. M., que fue Secretario–Interventor de los Ayuntamientos de P y de C. de L., que dieron lugar, en su día al Procedimiento Abreviado nº 3/05.

Se dictó Auto del mencionado Juzgado de Instrucción, de fecha 6 de junio de 2005, por el cual se acordó la incoación de procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, número 1/2005, recayendo, finalmente, Sentencia de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de A., de fecha 16 de noviembre de 2007 por la que se condenó al expresado D. G. L. M., como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de haber reparado el daño ocasionado, prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal, apreciada como muy cualificada con los efectos previstos en el artículo 66.1.2ª y la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal, en relación con el artículo 21.4ª del Código Penal, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años y, en vía de responsabilidad civil, la indemnización a los Ayuntamientos de P. y C. de L., en la cuantía que fije este Tribunal de Cuentas.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

En la expresada Sentencia penal, se declararon como hechos probados, en lo que respecta a los que afectan al Ayuntamiento de C. de L., los siguientes:

Quedó acreditado, de la documentación aportada en dicho procedimiento penal, que el acusado, haciendo constar en las nóminas que él mismo elaboraba, cantidades a cobrar fuera de nómina que nadie había autorizado, ha ingresado en su cuenta, en numerosos meses, cantidades notoriamente superiores a las que debía cobrar, circunstancia ésta que era desconocida por el Alcalde y el resto de los responsables municipales.

Concretamente, el acusado ingresó de forma indebida 100.000 pesetas, en la nómina de septiembre de 1999; 200.000 pesetas, en la nómina correspondiente a octubre de 1999; 250.000 pesetas, en la nómina de noviembre de 1999 y 250.000 pesetas, en la nómina de diciembre de 1999.

En el año 2000, el acusado siguió realizando la misma conducta y se incluía cantidades fuera de nómina, que no habían sido autorizadas por ninguna resolución municipal. En concreto, cobró

indebidamente las siguientes cantidades. En el mes de enero, la cantidad de 300.000 pesetas. En el mes de febrero, 300.000 pesetas, como cantidad fuera de nómina y, además, cobró doblemente la nómina por importe de 138.306 pesetas; en el mes de marzo, cobró 350.000 pesetas como cantidad fuera de nómina; en el mes de abril, cobró 300.000 pesetas, como cantidad fuera de nómina y, además, cobró, mediante transferencia el día 5 de mayo, otra nómina, por importe de 344.879 pesetas, sin que conste ninguna justificación para este pago; en el mes de mayo, cobró 350.000 pesetas, como cantidad fuera de nómina; en el mes de junio, cobró 200.000 pesetas, como cantidad fuera de nómina y, además, cobró doblemente la nómina por importe de 184.764 pesetas, mediante transferencia a su cuenta el 28 de junio de 2006 (sic); en el mes de julio, ingresó 200.000 pesetas fuera de nómina; en el mes de agosto, 300.000, en idéntico concepto; en el mes de septiembre, 350.000 pesetas, fuera de nómina; en el mes de octubre, la cantidad de 250.000 pesetas y en el mes de noviembre, la cantidad de 250.000 pesetas, como cantidad sin justificar, fuera de nómina.

Consta en las actuaciones que el acusado, al verse descubierto por los responsables municipales, entregó en metálico en el Ayuntamiento, como devolución de parte de las cantidades de las que se había apropiado, una cantidad que no ha podido ser cuantificada, pero con la cual se abonó una factura que el Ayuntamiento adeudaba a F. R. M., por importe de 2.259.000 pesetas. También se acordó ir descontando al acusado de su nómina, la cantidad de 45.833 pesetas mensuales, retención que comenzó a realizarse en enero de 2001 y hasta finales de 2002, por un importe total de 6.702,65 €.

El acusado, desde sus primeras manifestaciones, reconoció haberse adueñado de dinero de los Ayuntamientos en los que trabajaba, y la forma en que lo había hecho, habiendo incluso reintegrado a los mismos las cantidades señaladas, facilitando, de esta forma, la investigación de los hechos.

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

El día 9 de mayo de 2007 se dictó Acta de Liquidación Provisional, por parte del Delegado Instructor de la Actuaciones Previas nº 16/05, y, tras recoger los antecedentes del asunto sometido a su instrucción, hizo constar, en primer lugar, a efectos sistemáticos, una distinción concretando las irregularidades de la actuación de D. G. L. M., Secretario Interventor del Ayuntamiento de C. de L., en el período comprendido entre julio de 1999 hasta el año 2002, estimando su responsabilidad, de manera previa y provisional, y cifrando la cuantía del presunto alcance derivado de su actuación en la cantidad de 23.149,03 euros, correspondiendo 20.783,47 € al principal y 2.365,56 €, a intereses. El Delegado Instructor llega a esta conclusión tras haber deducido del presunto alcance el reintegro realizado mediante nómina.

Con referencia al resto de irregularidades detectadas en la gestión económico-administrativa del expresado Ayuntamiento, el Instructor acoge el informe técnico elaborado por la actual Secretaria del municipio de C. de L., que recoge 231 apuntes, desde el período de enero de 1998 a septiembre de 2002, y que constan reflejados en el escrito de demanda y se dan aquí por reproducidos, en aras de la brevedad, cifrándose la cuantía total del alcance, por el período denunciado, en 295.153,76 €, de los cuales corresponderían 290.394,52 € al principal, y 4.759,24 €, a los intereses.”

3.3. Otras infracciones exigibles en vía administrativa ²⁵

26 27

SENTENCIA 20/2005, DE 28 DE OCTUBRE (ÚNICA INSTANCIA)

INEXISTENCIA DE CRÉDITO

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Procede resolver, en primer lugar, las cuestiones que las partes plantearon sobre la tramitación del expediente administrativo de responsabilidad contable, y sobre la debida postulación de las partes recurrentes en el presente procedimiento. La primera de estas cuestiones ha sido ya analizada y resuelta en diferentes resoluciones de esta Sala de Justicia, y se refieren al cauce

²⁵ Tal como indica C. Rosiñol (*C. Rosiñol Vidal, op. cit. 1994, pág. 115*), el artículo 41.1 LOTCu. prevé la posibilidad de exigir responsabilidades contables en vía administrativa en ciertos casos, pero no los concreta. Esto implica que otra norma de ámbito estatal ha de concretar éstos supuestos. Ésta concreción no se ha producido en la LFTCu., sino en la LGP. Por otro lado, al tratarse de procedimientos administrativos, hay unas especificaciones acerca de los órganos que han de llevar a cabo estos expedientes, referidas a cada nivel de Administración, que ha de respetar la distribución competencial propia de nuestro Estado.

²⁶ Como señala P. Sala (P. Sala Sánchez "*Revista Galega de Economía*, vol. 16, núm. extraord. (2007)". Pág. 7) comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente –letra c) del artículo 177.1 de la LGP–, que son supuestos claros de responsabilidad contable, son actos que pueden responder a efectivos créditos contra la Hacienda estatal o contra la entidad del sector público de que se trate, aunque no tengan la necesaria cobertura presupuestaria. Entonces, la responsabilidad contable –cifrada con arreglo al artículo 176 de la LGP en el importe de los daños y perjuicios que sean consecuencia de los actos o resoluciones adoptados– no tiene por qué coincidir con el exacto importe de esos compromisos de gasto, liquidación de obligaciones u órdenes de pago, sobre todo si tenemos en cuenta que, de lo contrario, podría producirse un enriquecimiento indebido o sin causa de la Administración afectada. Por otro lado, dar lugar a pagos indebidos al liquidar obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas se ha convertido en "*dar lugar a pagos reintegrables de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta Ley*", esto es, dar lugar tanto a los propiamente pagos indebidos (que son los realizados por error material, aritmético o de hecho a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que exceda de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor y que originan en el precepto la obligación inmediata de restitución, conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos) como a los actos de los que se deriven reintegros distintos de los anteriores, cuya revisión se realizará de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables previstos en la LRJAP-PAC o de conformidad con los procedimientos específicos de reintegro establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos según la causa que determine su invalidez (artículo 77 de la LGP).

²⁷ En relación con la Administración Local, R. P. Cortell, (Robert P. Cortell, Los expedientes administrativos de responsabilidad contable, Auditoría Pública nº 19, 1999, págs. 66 y 67) pone de manifiesto que ...aunque sea por la vía de la atribución implícita de potestades, cabe llegar a la conclusión de que la Administración Local está investida de la potestad de exigir en vía administrativa las responsabilidades contables tanto de las autoridades y personal a su servicio, como de los perceptores de subvenciones públicas. El problema que nos debemos plantear a continuación es qué normas regulan los procedimientos a seguir para llevar a cabo la exigencia de esta responsabilidad. En defecto de procedimiento propio de la Administración Local, solo cabe optar entre considerar aplicable a las entidades locales el Texto Refundido LGP, o la Ordenanza Presupuestaria propia de cada Comunidad Autónoma (en el caso de que la haya establecido).

procedimental idóneo para resolver los expedientes administrativos de responsabilidad contable que se produzcan como consecuencia de presuntos menoscabos en los fondos públicos de Corporaciones Locales. Así, la Sentencia de 26 de noviembre de 1999 razonó, expresamente, con base en la misma normativa que estaba vigente cuando se produjeron estos hechos, que «*en cuanto al cauce procedimental aplicable para exigir dicha responsabilidad, el artículo 144 de la Ley General Presupuestaria dispone que en el supuesto previsto en la letra b) del artículo 141, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas, la responsabilidad será exigida en expediente administrativo instruido al interesado. Las disposiciones citadas son aplicables a las Corporaciones Locales en virtud de lo previsto en el artículo 12 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, en relación con el artículo 184 del Reglamento General de Recaudación, directamente aplicable a las mismas, según establece el artículo 6.1 del referido cuerpo legal, que remite a las normas contenidas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria y disposiciones complementarias, aplicables para la exigencia de las responsabilidades en que pudiera incurrir el personal al servicio de las citadas Corporaciones. A mayor abundamiento, el artículo 20.2 del Real Decreto 429/93 de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas establece que cuando los daños y perjuicios fueran originados por acciones u omisiones de las autoridades o funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas constitutivos de responsabilidad contable, será de aplicación lo previsto en los artículos 140 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, o las normas en la materia que resulten de aplicación al resto de las Administraciones Públicas, así como la Legislación del Tribunal de Cuentas. Por tanto, el cauce procedimental adecuado para la exigencia de responsabilidad contable distinta de alcance en que hubiera podido incurrir el personal al servicio de las Corporaciones Locales es, por remisión expresa de los preceptos citados, el expediente administrativo regulado en el Real Decreto 700/88, cuyo artículo 1 establece que los expedientes de responsabilidad contable que se incoen en vía administrativa como consecuencia de infracciones contempladas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el mismo».*

No obstante lo anterior, es lo cierto que, en contra de las manifestaciones de los demandantes, no se ha producido indefensión alguna ni merma de sus derechos por la utilización de un cauce procedimental no idóneo, como lo es, para el presente supuesto, el Real Decreto 429/1993 de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión, como señala la Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1994, con base en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver, por todas, Sentencia 196/1990) es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes pautas interpretativas: de una parte, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso; de otra, la indefensión prohibida en el art. 24.1 de la Constitución Española no nace de la simple infracción de normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado; y, finalmente, que la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en la que razonablemente se haya podido producir un perjuicio a una de las partes del procedimiento. En el presente caso, los condenados en el expediente administrativo, ahora demandantes, no vieron quebrado su derecho de defensa ni de hacer alegaciones en el expediente administrativo incoado. Es más, lo que nos encontramos en este momento procesal es un acto administrativo que declara una

responsabilidad contable de los ahora demandantes, acto administrativo que este Tribunal no puede anular; pero que sí puede y debe, ex art. 41.2 de la Ley Orgánica, es analizar y revocar o confirmar, en el ámbito de sus estrictas competencias, después de analizar si en el supuesto de autos existió un supuesto de responsabilidad contable.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, planteada por la Junta Vecinal, y relativa a la postulación necesaria en los procedimientos de responsabilidad contable, hay que recordar que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de 5 de abril de 1988, en el artículo 57.1 establece, como regla general, que las partes deben conferir su representación a un Procurador o valerse tan solo de Abogado con poder al efecto, notarial o «*apud acta*». Sin embargo, el artículo 57.3 del mismo texto legal, habilita a comparecer por si mismos ante la jurisdicción contable a los funcionarios y al personal al servicio de las entidades del sector público legitimados para actuar ante el Tribunal de Cuentas. La jurisprudencia de este Tribunal ha interpretado, con gran amplitud, el punto tercero del repetido artículo 57, que permite comparecer por si mismos a las personas que en él se enumeran, en sentido antiformalista, con el objeto de facilitar a los posibles responsables contables el acceso a la justicia y el derecho a obtener una sentencia fundada sobre el fondo de las responsabilidades contables en que hayan podido incurrir. Así, la Sentencia de 29 de octubre de 1993, al interpretar el alcance de este párrafo 3º del artículo 57 de la Ley 7/88 estableció que «*el artículo 57.3 de la citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas permite comparecer por sí mismos ante esta jurisdicción no solamente a los funcionarios públicos, sino también al personal al servicio de las entidades del sector público, legitimado para ello*». En esta misma línea, la Sentencia de 3 de febrero de 2005, consideró que «*dado que la hoy recurrente comparecía ante esta jurisdicción en virtud de hechos acaecidos cuando desempeñaba como contratada laboral servicios en la entidad pública Correos y Telégrafos, hubiera sido igualmente ajustado a Derecho estar en el procedimiento representada por dichos profesionales o estar en el mismo asumiendo ella misma su defensa y representación. Se trataba de algo de su libre elección y fuera cual fuese la misma habría de ser considerada válida*», para concluir que «*por tanto, dichas personas podrán libremente optar entre comparecer por medio de Procurador de los Tribunales y /o Abogado o comparecer por si mismas*». En el supuesto que ahora nos ocupa, los declarados responsables contables en el expediente administrativo, lo fueron por ser miembros de la Junta Vecinal de V. y tener el manejo de sus fondos públicos; así, se les puede considerar personal al servicio de una entidad del sector público legitimada para actuar ante el Tribunal de Cuentas en el momento en que ocurrieron los hechos de los que deriva su posible responsabilidad contable y, por lo tanto, se debe considerar válida su comparecencia en este procedimiento asumiendo su propia representación y defensa.

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Por lo que se refiere al fondo del asunto, el examen del contenido concreto de los motivos alegados por los recurrentes debe comenzar por el análisis de la legalidad presupuestaria, para apreciar si el presupuesto municipal inicialmente aprobado para 2003 cumplía todos los requisitos legales y si se respetó la tramitación presupuestaria al comprometer el gasto y reconocer la obligación de pago de las obras por importe de 6.550,95 € (SEIS MIL QUINIENTOS

CINCUENTA EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS), hechos estos, de los que derivó la responsabilidad contable declarada en el expediente administrativo. Mientras los recurrentes mantienen la legalidad del presupuesto aprobado y de su modificación y que existía crédito suficiente y adecuado, la resolución que declara su responsabilidad contable sostiene que no se aprobó debidamente el presupuesto ni había crédito suficiente en el capítulo 6 del presupuesto de gastos (inversiones reales) para atender al pago de las obras.

Como resulta acreditado en este procedimiento, mediante certificación del libro de actas de la Junta Vecinal de V. (folios 26 y siguientes del expediente administrativo), se celebró una reunión de dicha Junta, con fecha 28 de diciembre de 2002, en la que se aprobó inicialmente su Presupuesto General para 2003, cuyo importe equilibrado de Gastos e Ingresos ascendió a 6.900,00 € (SEIS MIL NOVECIENTOS EUROS) –en el presupuesto de gastos existía un crédito de 1.750,00 € (MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS) en el capítulo 6 para inversiones reales–. En esa reunión de la Junta Vecinal se acordó también aprobar una modificación presupuestaria, un suplemento de crédito (conforme al artículo 158 de la entonces vigente Ley 39/1988 de Haciendas Locales), se especificó que ese suplemento se financiaba con cargo a remanente líquido de tesorería (conforme al artículo 158.4.2º de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) por importe de 27.600,00 € (VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS EUROS), y se especificó, también, la partida presupuestaria que se incrementaba (de acuerdo con el artículo 158.4.1º de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) que era el capítulo 2 «*Gastos en bienes corrientes y servicios*». Con independencia de las consideraciones que luego se harán sobre la legalidad de la aprobación de este presupuesto y su modificación, y de la tramitación presupuestaria, ya en el análisis de los acuerdos certificados se observa la existencia de errores materiales en su contenido. En el expediente de suplemento de crédito se dice que se incrementa el capítulo 2, «*Gastos en bienes corrientes y servicios*», cuya consignación inicial se cifraba en 1.750,00 € (MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS); sin embargo, esta consignación era la prevista para el capítulo 6, «*Inversiones reales*», ya que en el capítulo 2 se consignó un crédito inicial de 4.900,00 € (CUATRO MIL NOVECIENTOS EUROS). Todo parece indicar que la modificación presupuestaria pretendía incrementar la partida de inversiones reales, que era la que tenía ese crédito inicial de 1.750,00 € (MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS) y se incrementaba hasta los 29.350,00 € (VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS) previstos en la modificación; además, ese mismo día se acordó también la realización de una serie de obras y, de hecho, el pago que dio lugar al expediente de responsabilidad contable fue el importe de esas obras. La aprobación inicial de este Presupuesto General para 2003 y su modificación se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia de L. (folio 29 del expediente), cumpliendo la previsión del artículo 150.1 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El acuerdo de aprobación previó, expresamente, que si no se presentaban reclamaciones a su exposición pública se considerarían definitivamente aprobados el presupuesto y su modificación, previsión contenida también en el artículo 150.1 «*in fine*» de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; por eso, transcurrido el plazo previsto sin reclamaciones, el presupuesto quedó definitivamente aprobado. Pero por otro lado, el artículo 150.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales preveía que la aprobación definitiva del presupuesto se realizase antes del 31 de diciembre del año anterior al del ejercicio en que debía aplicarse y, sin embargo, la aprobación inicial del Presupuesto para 2003, así como su modificación, se realizaron el 28 de diciembre de 2002 y se publicaron en el Boletín Oficial de la

Provincia de L. el 28 de junio de 2003. Finalmente, el artículo 150.3 de la repetida Ley Reguladora de las Haciendas Locales exigía que el presupuesto definitivamente aprobado se publicase también en dicho Boletín Oficial, resumido por capítulos, exigiendo, el artículo 150.5, esta publicación para su entrada en vigor; estas previsiones tampoco fueron cumplidas en el presente caso.

Como conclusión, se puede establecer que en la aprobación del presupuesto y en la tramitación presupuestaria del gasto se cometieron errores e irregularidades; sin embargo, los mismos no bastan, por sí solos, para generar responsabilidad contable, sino que para apreciar la existencia de la misma, se debe analizar la concurrencia de los demás elementos que la configuran y, especialmente, en este caso, la conducta concreta de los gestores públicos y la existencia o no de perjuicio para el patrimonio municipal, cuestiones estas que son el objeto principal de la controversia entre las partes.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

La resolución del expediente de responsabilidad contable señala, acertadamente, los requisitos para la existencia de este tipo de responsabilidad. Estos requisitos resultan de la interpretación conjunta de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas y 49.1 de su Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril que, reiteradamente, ha hecho esta Sala de Justicia (ver las Sentencias 3/2005, 32/04, 27/04, 14/04). En síntesis los requisitos son los siguientes: a) daño o perjuicio en los caudales públicos producido por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos; b) infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad; y c) relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño o perjuicio producido.

Como ha señalado reiteradamente esta Sala de Justicia, si no existe un daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública no puede existir responsabilidad contable, como se deduce de los artículos 49 y 72 de la Ley 7/88, de 5 de abril (ver Sentencias 21/99, 14/00 y 2/04). Esta Sala también ha declarado, que siendo esta jurisdicción esencialmente reparadora, si no se acredita un daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizado, no procede realizar pronunciamiento alguno de condena pues, tal pronunciamiento produciría para la Corporación un enriquecimiento injusto al hacer que unas obras y unos gastos realmente realizados le fueran reintegrados (Sentencias 14/04 y 6/00). El contenido de la responsabilidad contable es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, una subespecie de la responsabilidad civil (Sentencias de 28 de enero de 1993 y 15 de abril de 1994), no tiene carácter de responsabilidad sancionadora ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión; por eso, no es suficiente acreditar que se han cometido, como en el presente caso, errores o irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que se debe probar que, como consecuencia de esas irregularidades, se ha producido un menoscabo en el patrimonio municipal; de este menoscabo derivaría, por aplicación de los artículos 140 y 141 de la Ley General Presupuestaria entonces vigente, 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar a la Hacienda municipal los daños y perjuicios efectivamente causados (ver Sentencia 14/2004, de 14 de julio de esta Sala de Justicia). En el mismo sentido, se pronunció la Sentencia 6/2000, de 30 de

junio, al excluir la posible responsabilidad contable de un gestor público, como consecuencia de una extralimitación en el ejercicio de sus funciones, para evitar el enriquecimiento injusto por parte de la Administración demandante ya que la gestión había sido útil para ella.

En el caso sometido a la consideración de esta Sala, hay que señalar que la reparación del cementerio, del depósito de agua, de paredes del parque y la construcción del edificio para Bar del Pueblo, fueron obras efectivamente realizadas para el municipio, y que fueron recibidas de conformidad. Es más, la propia Junta Vecinal recurrida reconoce, en la resolución del expediente administrativo de responsabilidad contable, que dichas obras sirvieron para atender al interés público y social de los vecinos (folio 51 del expediente). Por eso, se debe aceptar la argumentación de los recurrentes, en el sentido de que si se declarara su responsabilidad contable se produciría un enriquecimiento injusto para el patrimonio público que, además de recibir las obras, obtendría el reintegro de su importe, ya que la responsabilidad contable, tal y como se exigió en el expediente administrativo, ascendió al importe de las obras realizadas, que se pagaron mediante la aceptación de la letra de cambio. Así, no se ha acreditado en los presentes autos que se haya producido daño alguno en los fondos de la Corporación Municipal. Dicho daño, conforme establece el artículo 59 de la Ley 7/88, debería haber sido efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos, lo que no ocurre con el supuesto que se deriva del importe de la letra de cambio aceptada por los recurrentes, como se ha repetido en la presente resolución. Por lo tanto, no concurren todos los elementos necesarios para que pueda imputarse responsabilidad contable por el importe de la letra de cambio aceptada, con independencia de los errores o irregularidades que pudieran señalarse en la gestión.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

De acuerdo con lo expuesto y argumentado en los Razonamientos Jurídicos anteriores, no se dan todos los elementos constitutivos de la responsabilidad contable. No se puede considerar acreditado que se produjo un daño en los fondos de la Corporación Municipal por el importe de la letra de cambio aceptada por los declarados responsables contables en la resolución del expediente administrativo; por lo que procede estimar la demanda contra los acuerdos de la Junta Vecinal de V., exonerando de responsabilidad contable a los recurrentes y dejando sin efecto el expediente incoado de responsabilidad contable.

SENTENCIA 3/2009, DE 25 DE FEBRERO

OBLIGACIONES RECONOCIDAS SIN CRÉDITO PRESUPUESTARIO; APLICACIÓN DE SUBVENCIONES A FINES DISTINTOS; OPERACIONES DE TESORERÍA SIN POSIBILIDAD DE DEVOLUCIÓN.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

El cauce procedimental administrativo que el Ordenamiento Jurídico ofrece para la exigencia de responsabilidad contable es el regulado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, que no prevé la necesidad de dictamen de órgano consultivo externo. No obstante, la doctrina de esta Sala de

Justicia (por todas, la ya citada Sentencia 20/05, de 28 de octubre) admite que, para la exigencia de responsabilidades contables en vía administrativa, puede una Administración Pública valerse de “los trámites” del procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo, pero ello sólo implica la adopción de un cauce formal y no tiene efectos tales que supongan alteración desde el punto de vista de Derecho sustantivo de forma tal que se esté convirtiendo la responsabilidad contable (que tiene su regulación autónoma), en una responsabilidad patrimonial del artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El propio artículo 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dice que la responsabilidad contable se exigirá de acuerdo a su propia normativa. No cabe, por tanto, considerar preceptivo en el expediente al que se refiere este recurso, un informe que, como ha afirmado el propio órgano competente para emitirlo, carece de cobertura legal que lo justifique.

Por otra parte, el conjunto de gestiones practicadas en el expediente con la Consejería de Desarrollo Rural de la Junta, con la Diputación Provincial de C. y con el propio Consejo Consultivo para obtener el aludido informe (para cuya emisión, por cierto, el citado organismo se declaró incompetente mediante la Resolución ya citada de 12 de enero de 2006), permiten afirmar que al recurrente se le “cauteló” materialmente con ocasión de su interés en que se aportara al Expediente el aludido Dictamen.

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Resolución impugnada condena al recurrente por tres irregularidades que estima constitutivas de responsabilidad contable:

- a) Existencia de obligaciones reconocidas, liquidadas y pagos realizados sin crédito suficiente.
- b) Aplicación de fondos de subvenciones concedidas por el INEM al Ayuntamiento a fines distintos de los jurídicamente previstos para esas ayudas, dando lugar al correspondiente reintegro con intereses de demora.
- c) Concertación de una operación de tesorería, con Caja de E., por importe de 30.000 euros, con nulas posibilidades de devolución ya que no se había adoptado plan alguno de saneamiento económico, por lo que nunca debió informarse favorablemente por la Intervención municipal. Una vez ingresado el importe, la Corporación Local procedió a pagar unas nóminas derivadas de una obra financiada por el INEM por un importe de 12.072, 95 euros, siendo este pago contrario al principio de que las operaciones de crédito no están para atender al pago de obligaciones liquidadas en ejercicios anteriores.

Estas irregularidades dieron lugar a que la Cuenta General correspondiente a los ejercicios 1995 a 2003 fuera informada desfavorablemente por la Comisión Especial de Cuentas Municipal para cada uno de esos ejercicios.

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

La primera irregularidad imputada al recurrente en la resolución impugnada (fundamento séptimo, apartado a)) se refiere a la autorización de gastos, reconocimiento, liquidación y pago de obligaciones sin crédito suficiente.

En este caso, la cuantificación ofrecida por la Entidad Local se limita a concretar la suma de los importes respecto a los que se produjo la descrita irregularidad presupuestaria, pero no acredita que, como consecuencia de la misma, se produjeran daños y perjuicios concretos por no conocerse el destino dado a los fondos o haberse aplicado éstos a fines sin respaldo jurídico.

La vulneración de la normativa contable y presupuestaria es un requisito de la responsabilidad contable ex artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y puede dar lugar también a responsabilidades jurídicas de otra índole, pero para generar responsabilidad contable tiene que ir directamente asociada a un daño, como ya se ha dicho, real y efectivo, económicamente evaluable e individualizado respecto a concretos caudales o efectos, que además deberá ser probado por quien exige la indemnización, que es a quien corresponde el *onus probandi* sobre este particular (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 28/02, de 16 de diciembre).

La resolución administrativa impugnada al determinar y cuantificar la cifra en que determina el importe de la responsabilidad por este concepto señala dos criterios básicos cuales son, de una parte, que se trata de obligaciones reconocidas, y de otra parte, que se realizaron *“sin crédito presupuestario bastante”*. Y –tal como ya se ha recogido en los antecedentes de esta sentencia– aclara: *“A) se han tenido en cuenta todas las modificaciones presupuestarias realizadas “a toro pasado” por el actual titular de la Intervención, a pesar de que no fueron aprobadas en su día, así como la vinculación jurídica a nivel de capítulo y grupo de función, establecida en la Base 10ª del Presupuesto de 1995; esta interpretación es favorable a los presupuestos responsables contables y tiene como finalidad la determinación prudencial y restrictiva del daño patrimonial ocasionado al Ayuntamiento. El desglose por ejercicios contables de la antedicha vulneración de la normativa presupuestaria, ex 169 de la Ley 39/88, gastos autorizado y obligaciones reconocidas, liquidadas y pagadas sin crédito suficiente, (actual art. 188 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales), ...B) Siguiendo con el criterio de determinación prudencial y restrictiva del daño patrimonial ocasionado al Ayuntamiento y en una interpretación benéfica para los presupuestos responsables, se ha considerado que deben incluirse aquellas modificaciones presupuestarias no realizadas por el titular actual de la Intervención, pero no pudo haber realizado por existir crédito presupuestario mediante transferencia de créditos (salvo las del capítulo VI) y disminuyendo el importe de las incorporaciones obligatorias de remanentes de crédito de un ejercicio respecto del siguiente.*

Al seguir este criterio, se considera que los gastos que no se han podido identificar hasta ahora, incluidos en el capítulo II, estarían incluidos en este capítulo o en uno de los que estaban dotados de crédito susceptibles de ser transferidos al capítulo II, por lo que no procede su reducción”.

La inteligencia de este último párrafo es capital: aclara que los *“gastos que no se han podido identificar”* no son reclamados. En la propia resolución, más adelante, cuando se refiere a la relación de causalidad, página 12, recuerda que el tesorero ha realizado pagos, firmando junto con el Alcalde y el Secretario–Interventor mediante la expedición de cheques nominativos y al portador, varios de los cuales no se habrían identificado hasta entonces ni en lo que se refiere al gasto ni en lo que se refiere al pago, y añade: *“no prejuzgando en absoluto este hecho ya que posteriormente podrían identificarse”*.

Se trataría de la documentación aportada con el expediente y a través de la diligencia final acordada por la Sala. Para la mejor comprensión de la parte transcrita de la resolución, como también se ha dicho, la Sala como diligencia final se dirigió al Ayuntamiento solicitándole información consistente en que comunicara a este Tribunal *“los criterios técnicos en los que se fundamenta el tratamiento dado en la Resolución de la Alcaldía de 2 de Febrero de 2006 a los supuestos de gasto y/o perceptor sin identificar que se mencionan en el apartado 5º, B).1 de la citada Resolución”* (folio 13 de la pieza separada de prueba). En efecto, el Ayuntamiento en coherencia con lo anterior, acompaña como documento 17 (folio 281 y siguientes de la misma pieza) lo que denomina una *“muestra”* representativa de los documentos contables que dieron origen a asientos de este tipo; del examen de esa documentación se deduce que, como se decía, se aporta una *“muestra”* en la que hay referencias a múltiples cantidades correspondientes a *“gastos pendientes de identificar”* adjuntándose asimismo documentos tales como mandamientos de pago en lo que se identifica el beneficiario, recibos emitidos al parecer por distintas personas físicas o jurídicas, talones nominativos y al portador (por ejemplo: folios 293, 295, 295 bis, 301 bis, 302...), etc.

Es por eso por lo que el Ayuntamiento no procede a su *“reducción”*, por lo que no se cuantifican ni se reclama por este concepto, a salvo de lo ya expresado.

Por tanto y a salvo de lo que se acaba de aclarar, en relación con la cuantificación por la que sí se reclama y se declara responsabilidad en la Resolución, la conclusión no es otra que la de señalar que en el presente caso, la Entidad Local, como ya se ha expuesto con anterioridad, se ha limitado a identificar y a cuantificar la transgresión, en algunas operaciones, de los principios presupuestarios de especialidad cualitativa, cuantitativa y temporal, pero no se advierte cómo ha llegado a la cuantificación que sostiene, ni ha acreditado, y mucho menos cuantificado, menoscabos reales, efectivos, económicamente evaluables e identificados respecto a fondos públicos concretos.

La misma conclusión cabe atribuir a la irregularidad imputada al recurrente como consecuencia de la incorrecta aplicación de unos fondos procedentes de una operación de tesorería con la entidad Caja de E. (la identificada en el fundamento anterior en el apartado c).

La Resolución impugnada considera que la Corporación Local tiene derecho a una indemnización de 12.072,25 euros de principal por ser ésta la cantidad indebidamente aplicada al pago de nóminas de una obra financiada por el INEM.

El Ayuntamiento entiende que por tratarse de fondos procedentes de una operación de crédito tenían que haberse destinado a atender necesidades transitorias de tesorería y no al pago de obligaciones liquidadas en ejercicios anteriores, que es lo que en el presente caso se ha producido y constituye una infracción del artículo 52 de la Ley 39/1998.

En esta irregularidad vuelve a plantearse una vulneración de principios presupuestarios (en particular los de especialidad cuantitativa y temporal), pero como ya se ha argumentado, esta infracción jurídico-presupuestaria, aunque constituye requisito de la responsabilidad contable y puede dar lugar por sí misma a otras responsabilidades jurídicas, tiene que ir acompañada de un daño en las arcas públicas que reúna los requisitos del artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril,

para que pueda generar el específico tipo de responsabilidad del que conoce el Tribunal de Cuentas a través de su propia Jurisdicción.

El destino dado a los fondos –el pago de determinadas nóminas– se conoce, y no ha acreditado la Corporación Local que éstas no se adeudaran por la misma a los interesados. Si la obligación de realizar estos pagos era jurídicamente exigible al Ayuntamiento (y éste no ha alegado ni probado lo contrario), no puede apreciarse en la operación el tipo de daño que genera responsabilidad contable, y ello sin perjuicio, como se viene reiterando, de los efectos jurídicos adversos, pero de otra índole, que pueda provocar el uso de unos fondos sin ajustarse a los requisitos jurídico–presupuestarios aplicables.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Finalmente, la Resolución impugnada entiende que se ha originado responsabilidad contable como consecuencia de la falta de aplicación parcial, de los fondos procedentes de subvenciones del INEM, a los fines para los que dichas ayudas se concedieron (apartado b), fundamento de derecho séptimo de la presente sentencia).

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, el INEM otorgó al Ayuntamiento de R. diversas subvenciones para el pago de salarios y cuotas de la Seguridad Social a trabajadores de determinadas obras, como consecuencia del correspondiente Convenio denominado P.E.R., A.E.P.S.A. y posteriormente P.F.E.A.

Ante la imposibilidad de justificar la correcta aplicación de los fondos por parte del Ayuntamiento al INEM, este último incoó al primero diversos procedimientos de reintegro de subvenciones que concluyeron con resoluciones condenatorias para la Corporación Local perceptora.

Desde el punto de vista de los posibles perjuicios generadores de responsabilidad contable, deben traerse a colación dos expedientes: el expediente Nº 1015902BC01 y el expediente Nº 1015902BC02.

El primero de ellos se refiere a la “Urbanización en T. A. C. y otras.”

Esta ayuda, por un importe de 41.000 euros, se pagó al Ayuntamiento el 31 de diciembre de 2002.

De la citada cantidad, 27.908,85 € dieron lugar a obligaciones reconocidas: 20.973,42 € para el pago de nóminas y 6.935,43 € para el pago de retenciones tributarias y para la Seguridad Social.

Los restantes 13.091,15 €, que completan la cifra total percibida, no consta que se hayan afectado al reconocimiento de obligación alguna para atender actuaciones relacionadas con el expediente de la subvención.

La Administración concedente resolvió, con fecha 5 de julio de 2005, solicitar al Ayuntamiento el reintegro del total de la ayuda más el correspondiente interés de demora, esto es, 41.000,00 € de principal y 5.144,66 € de intereses.

La Agencia Tributaria ha practicado, para el cobro del reintegro en vía ejecutiva, retenciones contra el Ayuntamiento, a cuenta del Fondo Nacional de Cooperación Interterritorial (folio 210 de la pieza).

La cifra total percibida por el Ayuntamiento como consecuencia de este expediente, y posteriormente requerida por I.N.E.M. con el correspondiente interés de demora, se compone de dos cantidades que han sido objeto de distinta gestión –según se deduce de la documentación remitida a la Sala– y requieren, en consecuencia, una respuesta jurídica diferente.

- a) Por un lado están los 27.908,85 euros que dieron lugar a obligaciones reconocidas para el pago de nóminas y para retenciones fiscales y de Seguridad Social.

La Administración concedente de la ayuda, según consta en autos, no consideró justificado que se emplearan estos fondos de la subvención en atender a dichas nóminas y retenciones (en este sentido resulta significativa la Resolución del Director Provincial del SPEE, de 5 de julio de 2005, confirmada posteriormente por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

Por lo tanto, el Ayuntamiento, al no aplicar los fondos recibidos a atender los citados gastos, tuvo que reconocer obligaciones respecto a los mismos con cargo a su propio patrimonio y, además, como consecuencia de no haber podido justificar la aplicación de los citados fondos a los fines para los que se concedieron, perdió simultáneamente el derecho a disponer de esa parte de la cifra recibida, pues se vio condenado a reintegrarla. Y la reintegró, según se deduce por ejemplo de la documentación remitida por medio de oficio del pasado 8 de octubre del Ayuntamiento al amparo de la diligencia final en su día acordada (folio 210 de la pieza de prueba).

Esta situación supone un daño para las arcas municipales que se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Es, en efecto, un menoscabo real y efectivo, identificado respecto a un concreto expediente de subvención, y económicamente evaluable en la cifra de 27.908,85 euros, correspondiente a la suma por la que se reconocieron obligaciones para atender al pago de nóminas y retenciones, cantidad, además, reclamada en el correspondiente procedimiento de reintegro por la Administración concedente.

Sin embargo, el daño ocasionado al Patrimonio Municipal como consecuencia de esta irregularidad no se limita a la citada cifra, sino que debe completarse con los intereses reclamados por la Administración que tramitó el reintegro, esto es, con la suma de 3.501,98 € sobre la cifra indicada en el párrafo anterior.

Ello no obstante, en tanto en cuanto, la Administración en la resolución impugnada no reclama a los claveros la cantidad correspondiente al pago a la Seguridad Social por importe de 6.935,43 €, por razones de congruencia esa cantidad junto con sus correspondientes intereses debe ser descontada de la cifra antedicha.

El principal, por tanto, de la obligación indemnizatoria derivada de la responsabilidad contable imputable al recurrente por este hecho, asciende a la cuantía de 20.973,42 €

(cifra total reclamada en el reintegro administrativo), sin perjuicio de que la citada cantidad deba incrementarse en los correspondientes intereses legales para que se pueda conseguir, en el presente juicio de responsabilidad contable, la “restitutio in integrum”, cantidad por el concepto de intereses que se cifran en 2.634,43 €.

- b) En cuanto a la otra suma antes mencionada, relativa también al Expediente de Subvención Nº 1015902BC01, la de 13.091,15 euros, que no consta que se hubiera afectado a obligaciones reconocidas para atender a actuaciones relacionadas con el expediente, no puede incluirse en la cuantía del daño pues no ha quedado probado en autos, como ya se ha dicho, que haya dado lugar a un reconocimiento de obligaciones con cargo al Patrimonio de la Corporación.

En consecuencia, se ha producido en las arcas públicas municipales un perjuicio de 31.410,83 € de principal, más los correspondientes intereses, como resultado de la gestión irregular, y consecuente obligación de reintegro, de la subvención percibida por el Ayuntamiento de R. en el Expediente Nº 1015902BC01, sin que proceda considerar prescrita dicha cantidad de acuerdo con lo argumentado en el Fundamento de Derecho quinto de la presente Sentencia.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Por otra parte, debe examinarse también el posible perjuicio para el Patrimonio Municipal derivado de las irregularidades denunciadas en la gestión de la subvención incorporada al expediente Nº 1015902BC02, relativo a “pavimentación C/ La Raya”.

Esta ayuda, por un importe de 5.000,00 €, se pagó al Ayuntamiento el 31 de diciembre de 2002.

Toda la suma, y otra adicional de 770,94 €, dio lugar a obligaciones reconocidas tanto para el pago de nóminas (4.337,58 €), como para el de retenciones tributarias y de Seguridad Social (1.433,36 €).

La Administración concedente resolvió, con fecha 5 de julio de 2005, solicitar al Ayuntamiento el reintegro del total de la ayuda, más el correspondiente interés de demora, esto es, 5.000,00 € de principal y 621,38 euros de intereses.

La Agencia Tributaria, para cobrar el reintegro en vía ejecutiva, ha practicado retenciones contra el Ayuntamiento, a cuenta del Fondo Nacional de Cooperación Interterritorial.

La Administración concedente de la Ayuda (según se desprende de la Resolución ya citada de 5 de julio de 2005, del Director Provincial del SPEE, confirmada por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) no consideró justificado que se emplearan los fondos de la subvención en atender a dichas nóminas y retenciones.

Por lo tanto, igual que sucedía en el supuesto examinado en el anterior fundamento de derecho, el Ayuntamiento al no aplicar los fondos recibidos a atender los citados gastos, tuvo que reconocer obligaciones por los mismos con cargo a su propio patrimonio y, además, como consecuencia de no haber podido justificar la aplicación de los citados fondos a los fines para los que se le otorgaron, perdió simultáneamente el derecho a disponer de ellos, pues se vio

condenado a reintegrarlos, reintegro que ha sido igualmente efectivo, remitiéndonos a lo señalado en este orden de cosas en el anterior fundamento.

Nuevamente, pues, nos hallamos ante un menoscabo para las arcas municipales que se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Se trata de un daño real y efectivo, identificado respecto a un concreto expediente de subvención, y económicamente evaluable en la cifra de 5000 euros, la suma afectada a las obligaciones reconocidas para atender a las nóminas y retenciones, y además reclamada en la vía administrativa como reintegro.

A la mencionada suma de 5.000,00 € debe añadirse la de 621,38 €, correspondiente a los intereses reclamados en el procedimiento de reintegro por la Administración concedente de la ayuda, una vez más sobre la cifra indicada en el párrafo anterior.

En consecuencia, el principal de la obligación indemnizatoria derivada de la responsabilidad contable imputable al recurrente por este hecho, asciende a la cuantía de 5.621,38 € (cifra total reclamada en el reintegro administrativo), sin perjuicio de que la citada cantidad deba incrementarse en los correspondientes intereses legales para que se pueda obtener, en esta vía jurisdiccional contable, la restitutio in integrum.

De nuevo, debe precisarse, en tanto en cuanto, la Administración en la resolución impugnada no reclama a los claveros la cantidad correspondiente al pago a la Seguridad Social, en este caso por importe de 1.433,36 €, por razones de congruencia esa cantidad junto con sus correspondientes intereses debe ser descontada de la cifra antedicha.

Por otra parte, tampoco puede incluirse en la cuantía del perjuicio la cifra de 770,94 €, que también quedó afectada a las obligaciones reconocidas para atender a las citadas nóminas y retenciones, porque se trata de una suma ajena al Expediente de la Subvención, que fue añadida por el Ayuntamiento como un complemento para poder reconocer las citadas obligaciones.

En conclusión, se ha producido en las arcas públicas municipales un perjuicio de 3.567,64 € de principal, más los correspondientes intereses (que se cifran en la cantidad de 444,49 €) como resultado de la gestión irregular, y consecuente obligación de reintegro, de la subvención percibida por el Ayuntamiento de R. en el Expediente Nº 1015902BC02, sin que proceda considerar prescrita dicha cantidad de acuerdo con lo argumentado en el fundamento de derecho quinto de la presente sentencia.

En relación con el resto de las cantidades que por el concepto “reintegro de expedientes INEM” reclama el Ayuntamiento en la resolución impugnada, lo cierto es que se trata de subvenciones que son reintegradas, en mayor o menor medida, ante la ausencia de cumplimiento de sus objetivos al no haberse realizado, de nuevo en mayor o menor medida, por la Corporación las actuaciones previstas en los respectivos acuerdos de colaboración INEM–Corporaciones locales “para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social” . Dicho en otros términos, no hay acreditación de perjuicio, puesto que el Ayuntamiento se limita en estos casos a cifrar “la cuantía del menoscabo” en las cantidades

que ha sido condenado a reintegrar a la Administración por las causas expresadas, sin otro elemento de juicio añadido que permita verificar la concurrencia de aquél.

Así por ejemplo, en el Expediente Nº 1015900BC01 (folio 127 y siguientes), consta que en la resolución dictada por la Dirección Provincial del INEM, en su parte expositiva, se determina la obligación de reintegro por no justificar totalmente la subvención *“al no considerarse las diferencias de convenio según el párrafo 2º del apartado 4... que desarrolla la Orden de 26 de Octubre de 1998*. En el Expediente Nº 101599BC01 (folio 95 y siguientes) la obligación de reintegro se justifica en la falta de algunos *“TC1-TC2”* y en ser *“ilegible una nómina”* (folio 108). En el Expediente Nº 101599BC02 (folio 111 y siguientes) la obligación de reintegro se contrae a la cantidad total de 3.033,99 € más intereses; se identifica la causa de la obligación de reintegro en concepto de *“sobrante AEPSA EXPTE. 10115999BC02”*. Y así sucesivamente.

Esto es, como se ha dicho, el único dato de que dispone esta Sala procede de las propias resoluciones administrativas dictadas en los correspondientes expedientes en las que se alude, simplemente, a la *“falta de justificación”*. Y ello, por consiguiente, a diferencia de lo que se ha expresado anteriormente sobre las cantidades que sí se estima que integraban sendos supuestos de responsabilidad contable al constar que al margen del reintegro de las cantidades señaladas habían implicado reconocimiento de obligaciones para la Corporación.

En síntesis, no existen elementos de juicio acreditadas que permitan a este Tribunal considerar que se reúnen los requisitos necesarios para considerar que concurre responsabilidad por alcance pues por el solo hecho, en general, de que la Administración laboral obligue al reintegro no es suficiente para apreciar la existencia de menoscabo relevante en este ámbito de responsabilidad.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Se ha acreditado, pues, la existencia de una irregularidad, en concreto una gestión irregular de subvenciones, que ha provocado daños en el Patrimonio público municipal encuadrables en el marco del artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Resta por examinar si concurren, en esta irregularidad, los demás requisitos que harían posible la exigencia de responsabilidad contable por ella a D. A. M. C.

Las funciones del Secretario–Interventor, en particular las de informar los expedientes, practicar el control interno y dirigir la gestión contable, son funciones de gestión de caudales públicos en los términos previstos en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y de acuerdo con la interpretación que sobre este requisito de la responsabilidad contable ha venido manteniendo esta Sala de Justicia en Sentencias, entre otras, 18/04, de 13 de septiembre y, 1/05, de 3 de febrero.

El Secretario–Interventor hoy recurrente tenía, por su condición de tal, competencias respecto a la gestión de las subvenciones del Ayuntamiento y, esas competencias, resultan subsumibles en el concepto de gestión económico–financiera antes mencionado.

Por otra parte, se deduce con claridad del expediente que las irregularidades enjuiciadas se *“desprenden”* de la reconstrucción de la contabilidad municipal llevada a cabo de acuerdo con

los criterios expuestos por el Secretario–Interventor en su informe de 10 de junio de 2004, y que tales irregularidades constituyen una vulneración de la normativa sobre control interno de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local y de la Ley 39/1998, reguladora de las Haciendas Locales.

Además, el incumplimiento por el recurrente de sus obligaciones de gestión contable (que motivó una reconstrucción completa de la contabilidad presupuestaria y financiera municipal correspondientes a los ejercicios 1995–2003) y la pasividad jurídicamente relevante mostrada por el mismo en el ejercicio de sus funciones han hecho posible que las cantidades percibidas no fueran correctamente aplicadas, que la justificación de las subvenciones no fuera aceptada por la Administración concedente de las mismas, y que ésta en consecuencia pidiera el reintegro de las mencionadas ayudas, lo que otorga a la conducta del recurrente un grado de negligencia que debe calificarse como grave, a la luz de los criterios fijados por esta Sala de Justicia en Sentencias, entre otras, 4/2006, de 29 de marzo y 10/04, de 5 de abril. No cabe estimar, como solicita el recurrente, que su gestión deba considerarse adecuada a la diligencia profesional que le era exigible, por haberse ajustado a modelos o cánones frecuentes o comunes en el ámbito de la Administración Local pues, como tiene dicho esta Sala en Sentencia 1/05, de 3 de febrero, la negligencia de una conducta no se debilita por el hecho de estar más o menos extendida en el ámbito profesional. El Secretario–Interventor hoy recurrente, según consta en autos, no confeccionó la contabilidad municipal durante el tiempo que ocupó su cargo; no realizó durante dicho periodo su arqueo de tesorería, ni liquidaciones presupuestarias, ni las cuentas generales e incumplió igualmente sus obligaciones respecto a la preparación de la documentación necesaria para la aprobación de los presupuestos de los correspondientes ejercicios. Esta forma de proceder constituye grave negligencia desde el punto de vista de la responsabilidad contable.

Finalmente, no le cabe duda a esta Sala, a la vista de los elementos probatorios obrantes en autos, de que entre la conducta del recurrente y los daños y perjuicios ocasionados a la Entidad Local a través de la irregularidad a la que nos venimos refiriendo, existe un nexo causal directo, pues el menoscabo no se hubiera producido si el recurrente hubiera ejecutado con la diligencia que le era exigible sus obligaciones de control y reparo sobre los actos ilegales. Este criterio se alinea con el que ha venido defendiendo esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 10/04, de 13 de septiembre).

Concurren, en consecuencia, en la actuación enjuiciada todos los requisitos de la responsabilidad contable, y en concreto, de la directa, pues la relevancia de la conducta del Sr. M. C. en el menoscabo producido resulta subsumible en la definición del artículo 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 38.1 de esa misma Ley y con el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

FUNDAMENTO DE DERECHO DUODÉCIMO

De acuerdo con lo expuesto y razonado debe estimarse parcialmente el presente recurso Nº 34/06, del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, interpuesto por la representación procesal de D. A.M. C. contra la Resolución de 2 de marzo de 2006, de la Alcaldía del Ayuntamiento de R., en el sentido de mantener la responsabilidad contable directa del recurrente sólo en los siguientes hechos y cuantías:

- a) Expediente de subvención Nº 1015902BC01: Importe del principal del perjuicio: 23.607,85 €.
- b) Expediente de subvención Nº 1015902BC02: Importe del principal del perjuicio: 4.012,13 €.

En cuanto a los intereses, serán los devengados hasta la completa ejecución de la presente Sentencia y se calcularán con arreglo a lo previsto en el artículo 71.4, e) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Todo ello, sin perjuicio de los efectos que pudieran derivarse de la presente resolución respecto de las otras dos personas que fueron declaradas responsables en la resolución impugnada, dado el carácter solidario de la responsabilidad en su día declarada en aquélla.

SENTENCIA 1/2011, DE 1 DE MARZO

DEPARTAMENTO 1º DERIVADO DEL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR ALCANCE A 93/09 DE 17 DE FEBRERO DE 2011

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

En concreto y como se ha expuesto anteriormente la cuestión consiste en determinar, si los retribuciones abonadas a los trabajadores referenciados en el párrafo anterior constituyen pagos indebidos al haber infringido una norma presupuestaria, o si por el contrario dichas variaciones retributivas responden a situaciones excepcionales y singulares y por tanto constituyen pagos debidos respecto de los que no existe ilícito contable ni perjuicio alguno.

Los pagos indebidos constituyen una infracción generadora de responsabilidad contable se contemplaba en el artículo 141.1 d) de la Ley General Presupuestaria aprobada por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y se sigue manteniendo en el artículo 77 de la vigente Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre.

La Sala de Justicia de este Tribunal en la Sentencia 21/05, de 14 de noviembre, determina claramente el concepto de pago indebido en el sentido de que *“es aquél que se realiza sin título válido, el que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quién no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía del derecho del acreedor.”*

En relación con los pagos de retribuciones al personal funcionario y laboral por encima de lo previsto en la Legislación Presupuestaria, la Sala de Justicia de este Tribunal ha venido sosteniendo que son pagos indebidos en cuanto que se abonan en virtud de obligaciones irregularmente contraídas con fundamento en títulos insuficientes o viciados de antijuridicidad y por tanto constitutivos de alcance.

En esta línea doctrinal, la Sentencia 8/02 de 13 de noviembre considera que *“el pago de cantidades por encima de los niveles previstos en la regulación reglamentaria supuso un daño patrimonial al ente público, en la medida que se realizaron pagos no sustentados en obligación*

alguna. Al carecer dichos pagos de justificación con poder legal de descargo, se produce una falta de justificación en las correspondientes cuentas, incardinable en el ilícito contable de alcance”.

En la sentencia 8/10 de 17 de marzo, el fundamento de derecho noveno, con base en la doctrina seguida anteriormente por la Sala de Justicia, es concluyente cuando establece: “*Más en concreto, para un supuesto similar al que se enjuicia en el presente proceso, la reciente Sentencia 23/2009, de 30 de septiembre, de esta Sala de Justicia expone que los pagos realizados con vulneración de la normativa presupuestaria son pagos indebidos, o pagos sin causa, en la interpretación que esta Sala, en reiteradas resoluciones (ver, por todas, Sentencia 24/2007, de 21 de diciembre), ha venido efectuando de lo dispuesto en el artículo 141.1.d) de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988, texto legal vigente en el momento en que se produjeron los hechos*”. La citada Sentencia se está refiriendo al pago de retribuciones que excedían de los límites legales a funcionarios municipales, en virtud de un Acuerdo adoptado por el Pleno de la correspondiente Corporación Local. Por lo tanto, no sólo son pagos indebidos los que se realizan sin título que los justifique, sino también los que se satisfacen con fundamento en títulos jurídicamente insuficientes o irregulares. La mera existencia material de un contrato, convenio, pacto, resolución o acuerdo no implica necesariamente la corrección jurídica de los pagos que se derivan de ellos pues, si dichos títulos adolecen de vicios jurídicos relevantes, no podrán constituirse en causa legal justificativa de las salidas de fondos que sean consecuencia de ellos.

Una cláusula contraria a Derecho, aunque esté incorporada a un Convenio colectivo aprobado por Acuerdo plenario de la Corporación, no puede constituir soporte jurídico suficiente para los pagos realizados con fundamento en la misma. Se trata de una estipulación convencional que, por su antijuricidad, constituye una mera apariencia formal de legalidad desde luego insuficiente para dar cobertura a unos pagos que, por esa razón, deben considerarse técnicamente como pagos indebidos...”

Sin embargo, en el presente caso, los hechos son distintos de los enjuiciados por la Sala en los supuestos anteriormente mencionados. En primer lugar, porque no se trata de una subida general de retribuciones a todos los empleados públicos sino de un aumento de retribuciones a funcionarios y laborales concretos. En segundo lugar, porque la elevación de las retribuciones a estos empleados públicos no es consecuencia de una decisión general de aumentar las retribuciones, sino de causas excepcionales y concretas que concurrían en dichos empleados: la necesidad de ajustar sus retribuciones a las propias del puesto que desempeñaban, ya que cobraban por debajo de la cifra adecuada a dichos puestos y percibida por otros empleados que desarrollaban puestos similares, la necesidad de retribuir más horas de trabajo que las realizadas y pagadas en el ejercicio anterior y la necesidad de adecuar la retribución del puesto de trabajo a la valoración que del mismo se realizó al proceder de un organismo que se había extinguido.

SENTENCIA 5/2011, DE 25 DE MARZO

PAGOS INDEBIDOS

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Los meritados hechos indiscutidos consisten en dos pagos satisfechos por el Ayuntamiento de ... a la que fuera Interventora interina de la Corporación en el período 4 de abril de 2005 a 3 de abril de 2006, por un importe, el primero de ellos, de 2.221,99 € a través de una cuenta bancaria de la titularidad de dicha Corporación en la entidad Caja D. y el segundo, desde esta misma cuenta, por un importe de 2.611,00 € el día 1 de diciembre de dicho año; Doña A. P. G. fue formalmente cesada el 3 de abril de 2006 en virtud de Resolución de la Alcaldía de dicha fecha procediendo la misma a la firma del acta correspondiente el día 5 de abril de 2006; la SRA. P. G., pese al referido cese, no fue dada de baja en la Seguridad Social hasta el día 31 de mayo de 2006, por lo que solicitó el abono correspondiente al mes de mayo, una vez había percibido el importe del finiquito liquidable en concepto de vacaciones y de pagas extraordinarias.

La discusión versa, en definitiva, sobre el concepto o calificación jurídica que deba darse a los repetidos abonos, habida cuenta que de dicha caracterización jurídica va a depender su adecuación o no al ordenamiento jurídico regulador de ese tipo de pagos; éste exige, por tratarse de caudales públicos, una justificación adecuada y suficiente en los aspectos formal y material que ampare la salida de dichos fondos de las arcas públicas; por tanto, habrá de verse si los dos pagos satisfechos a DOÑA A. P. G., eran o no debidos a la misma por haber sido legalmente devengados por ella en el desenvolvimiento de la relación de servicios que prestaba, en calidad de Interventora interina, en el Ayuntamiento de ...; el debate, debe subrayarse, una vez más, se centra en la valoración y conceptualización jurídica que se haga sobre tales dos discutidos pagos, como, por otra parte ha quedado despejado en el curso de la litis con la aquiescencia de todas las partes.

El primer pago, por importe de 2.221,99 €, efectuado el día 1 de junio de 2006, aparece justificado, desde la perspectiva del enjuiciamiento de la responsabilidad contable, habida cuenta que, como razona la sentencia impugnada en su fundamento jurídico séptimo, el acervo probatorio practicado sobre el mismo ha demostrado que, en realidad, el señalado abono correspondió al “finiquito” legalmente devengado por la Interventora accidental saliente y que percibió la misma por un importe de 2.320,07 € comprensivo de los conceptos de vacaciones anuales (1.002,49 €) y de pagas extraordinarias, (1.317,58 €); ni la documental que obra en autos sobre estos hechos, ni la declaración testifical de la perceptora, ni la de la Secretaria municipal, ambas coincidentes en la calificación de la naturaleza jurídica y concepto del pago controvertido, como de una “liquidación de haberes”, a diferencia del pago realizado el día 1 de diciembre de 2006 que sí se verifico en concepto de nómina del mes de mayo, han resultado desvirtuadas en sede de apelación con los elementos y razonamientos aportados respectivamente por los recurrentes y por el actor público en sus escritos de recurso y de adhesión, por lo que, se reitera, no existen motivos fundados en este punto para apartarse del criterio de la juzgadora de instancia; en efecto, ésta obtuvo convicción sobre la verdadera naturaleza jurídica del controvertido abono a la vista del conjunto de pruebas practicadas sobre los hechos sin que los

recurrentes hayan introducido en esta instancia otros argumentos distintos a los ya esgrimidos en primera instancia; así, el actor público aduce que la perceptora pudo haber solucionado el problema que surgió a partir de no ser comunicada su baja si ella misma hubiera tramitado su alta en la oficina de empleo a los efectos de percibir la correspondiente prestación; pudo también haber interpuesto una reclamación patrimonial contra el Ayuntamiento; respecto a este pago, en que la sentencia impugnada rechazó la pretensión de reintegro, sostiene que el coste para el Ayuntamiento de una nómina de la Sra., P. G. ascendía a 3007,49 € al incluir, además de lo que ella percibía como nómina, las cantidades pagadas por Seguridad Social y el ingreso correspondiente a Hacienda y estima improbadamente que el pago efectuado el día 1 de junio de 2006 por importe de 2.221,99 € correspondiera a un “finiquito”.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Esta Sala viene declarando, de modo reiterado, (por todas en sus Sentencias 4/95, 5/95, 7/97, 17/98 y 21/05), que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del Juez de instancia, en nuestra jurisdicción, del Consejero de Cuentas competente, de forma que frente al juicio de apreciación de la prueba que contenga la sentencia de instancia no puedan prevalecer meras alegaciones de parte; será necesario, por el contrario, desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados de contrario y todo ello, dentro de los límites objetivos que constituye el contenido de la apelación formulada. No obstante, como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencias 124/83, 24/85, 145/87 y 194/90, el Tribunal de Apelación (en nuestro ámbito esta Sala de Justicia), puede aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano de instancia y resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente con respeto al principio de congruencia y a las pretensiones de las partes.

Las conclusiones obtenidas por el órgano “a quo” a partir del material probatorio practicado sobre los pagos discutidos no merecen reproche alguno desde la perspectiva del enjuiciamiento de la responsabilidad contable; así se desprende tanto de la regulación normativa de la figura jurídica de los pagos indebidos como del desarrollo interpretativo que esta misma Sala ha venido realizando de la misma a través de numerosas resoluciones; en efecto, el art. 177, apdo. 1, letra d) de la Ley General Presupuestaria n1 47/2003, de 26 de noviembre, recoge, entre otros hechos que pueden generar responsabilidad contable, el de dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el art. 77; éste, por su parte, preceptúa en su apartado 1: “A los efectos de esta Ley, se entiende por pago indebido el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor; el apartado 2º prescribe que “el perceptor queda obligado a su restitución y el órgano que haya cometido el error dispondrá, de oficio, la restitución de las cantidades indebidamente pagadas”; como señalábamos, esta Sala ha acuñado a partir de dicha regulación un concepto de “pago indebido” (valgan, por todas, las Sentencias 21/2005, de 28 de octubre, fundamento de derecho Sexto y la Sentencia 9/2009, de 5 de mayo,

Fundamento de derecho Séptimo) que califica como tal aquel pago que se realiza sin la concurrencia de un título válido, es decir, el que da lugar a una salida de dinero (fondos o caudales públicos) o pérdida patrimonial no justificada por haber sido realizado el mismo a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía del derecho del acreedor; en este sentido, también es doctrina reiterada que la realización de un pago con fondos públicos carece de causa y da lugar a la existencia de un saldo deudor injustificado siempre que no haya resultado probada la contraprestación a favor de la Administración Pública pagadora, de lo que cabe inferir que el pago efectuado sólo respondiera a una mera liberalidad y no al cumplimiento de alguna obligación válidamente constituida.

En el caso de autos, ha resultado probado que en el primero de los pagos litigiosos concurren los requisitos de existencia de título válido y de contraprestación justificativa del abono, (a saber, que la SRA. P. G. era acreedora legítima del abono satisfecho por el Ayuntamiento de Arenas de San Pedro el día 1 de junio del año 2006); y ello es así por cuanto, con independencia de la denominación formal que se dio al referido pago (nómina de mayo de ese año), se ha podido constatar que el abono se realizó para dar satisfacción a los derechos económicos legalmente devengados por la perceptora por haber prestado ésta servicios a dicha Corporación en calidad de Interventora interina hasta el día 3 de abril del repetido año 2006; efectivamente, la SRA. P. G. percibió la preceptiva liquidación de haberes que comprendió la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones anuales con el detalle a que ya se hecho mención; respecto a las pagas extraordinarias, las mismas constituyen un concepto retributivo calificado entre las retribuciones básicas de los funcionarios públicos en el art. 23.2,a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, de aplicación a los hechos objeto de la litis; tales pagas dice el precepto, serán dos al año por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad del sueldo y trienios y se devengarán los meses de junio y diciembre; el devengo de tales pagas se produce el primer día hábil de los meses de junio y diciembre, con referencia a la situación del funcionario en dichas fechas. Sin embargo, cuando el tiempo de servicios prestados hasta el día del devengo no comprenda, (como acontece en el presente caso), la totalidad de los seis meses inmediatos anteriores, el importe de la paga se reducirá proporcionalmente; además, la cuantía de las referidas pagas extraordinarias, a tenor del art. 2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, que regula el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, igualmente aplicable al caso, necesariamente debió ser consignada por la Corporación de ... para el ejercicio 2006 en su presupuesto anual conforme a la fijada para el entonces grupo A previsto en el art. 25 de la citada Ley 30/1984, de 2 de agosto, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el señalado ejercicio 2006, habida cuenta que, en tanto retribución básica, su estructura y cuantía debían guardar identidad con las establecidas con carácter general para toda la función pública (art. 93.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases reguladoras del Régimen Local); por otra parte, su devengo y efectividad debían realizarse también conforme a la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración Civil del Estado (art. 2 R.D. 861/1986); en cuanto a las vacaciones, debemos estar en atención al período temporal en que ocurrieron los hechos, a lo previsto en el art. 68 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), aplicable a los funcionarios de la Administración Local conforme a la previsión

contenida en el art. 142 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril); el precepto establece el derecho de todos los funcionarios al disfrute, durante cada año completo de servicio activo, de una vacación retribuida de un mes, o los días que en proporción le correspondan si el tiempo servido fuera menor; no en vano la Constitución española, en su art. 40, apdo. 2, impone a los poderes públicos la obligación de garantizar el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas; así las cosas, la SRA. P. G., una vez cesada en su cargo de Interventora interina del Ayuntamiento de... el día 3 de abril de 2006, ostentaba el derecho a ser retribuida proporcionalmente por el tiempo de servicios prestados hasta dicha fecha, por el concepto de vacaciones periódicas retribuidas; por lo razonado, esta Sala debe confirmar el criterio de la juzgadora de instancia sobre la inexistencia de un pago indebido en la liquidación de haberes satisfecha a DOÑA A. P. G. el día 1 de junio de 2006, que no correspondió verdaderamente al abono de una nómina del mes de mayo de ese año sino que vino a saldar los derechos económicos devengados por la misma por su desempeño servicial hasta su cese; en este orden, debe señalarse también que no se aprecia daño, menoscabo o perjuicio alguno en los fondos o caudales públicos del Ayuntamiento de ... en virtud del referido pago, sino que por el contrario, habida cuenta que el mismo, respondió al cumplimiento de una obligación legalmente impuesta a dicha Corporación (abono proporcional de una retribución básica –pagas extraordinarias–, así como de los días de vacaciones que en proporción correspondían a la perceptora), evitó el eventual enriquecimiento injusto a favor de dicha Entidad Local que habría surgido por la falta de retribución de unos servicios efectivamente prestados.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Respecto al segundo pago debatido, el mismo se efectuó a la misma perceptora, SRA. P. G., el día 1 de diciembre de 2006, y por importe de 2.611,00 €; las conclusiones obtenidas en primera instancia acerca de dicho pago se sustentaron en la documental incorporada así como en las declaraciones de los testigos y partes que intervinieron en el proceso; así, se tuvo por probado que a la que fuera Interventora interina de la Corporación se le abonó de forma indebida un importe de 2.221,99 €, habida cuenta que la citada había causado baja en el mes de abril de 2006, razón por la que no había devengado la nómina correspondiente al mes de mayo de 2006; resultó también probado que se produjo un error con origen en el área de Secretaría y de los servicios administrativos encargados de tramitar las bajas de los empleados del Ayuntamiento en la Seguridad Social, que coadyuvó a la producción de dicho resultado, ya que, la interesada reclamó el meritado abono ante la ausencia de formalización de la baja, lo que propició por la falta de los debidos controles, la aprobación y ordenación final del pago el día de 1 de diciembre de 2006; en cuanto a la cuantía, ha quedado probado que el perjuicio originado por el relatado pago indebido asciende a un importe de 2.221,99 € que se corresponde con las retribuciones netas que la perceptora venía ordinariamente devengando en el Ayuntamiento de A. de San P. en concepto de nómina mensual; en efecto, el importe de 2.611,00 € que fue abonado a la SRA. P. G. el día 1 de diciembre de 2006, comprendía, además de la cantidad señalada de 2.221,99 € (por nómina de mayo), otra por concepto de atrasos del complemento de destino por los días trabajados por la perceptora durante el año 2006, que ascendió a 389,01 €, y cuyo incremento había sido aprobado por la Corporación para dicho ejercicio; en consecuencia, ese importe de

389,01 € se incluyó en la referida nómina de mayo pero correspondía a una retribución debida a la perceptora por lo que, de modo razonado, (fundamento jurídico octavo de la resolución recurrida), fue excluida del “quantum” en que se cifró el pago indebido que originó el daño en las arcas municipales.

En relación a este segundo pago, su calificación por el órgano “a quo” como pago indebido y su cuantificación, no cabe sino reiterar lo ya dicho y razonado respecto al primero de los pagos, a falta también en este caso, de otros elementos, datos o circunstancias distintos a los ya aportados al proceso en primera instancia, que, eventualmente, hubieran podido llevar a esta Sala a conclusiones distintas a las obtenidas por el órgano de instancia. Así, se observa la ausencia de los elementos de título válido y contraprestación justificativa de su abono debidamente probada que la doctrina de esta Sala, por todas, la señalada Sentencia 21/2005, de 28 de octubre, ha venido perfilando para considerar que un pago es jurídicamente debido a su perceptor; estamos, en este caso, ante un característico y típico pago indebido de los previstos en el artículo 77.1 de la Ley General Presupuestaria, habida cuenta que el Ayuntamiento de A. de San P., a través de sus órganos competentes, incurrió en algún tipo de error al aprobar, ordenar y satisfacer a la Sra. P. G. el día 1 de diciembre de 2006 un importe de 2.221,99 €, en concepto de nómina del mes de mayo de ese año, cuando la misma había cesado en el ejercicio de su cargo el día 3 de abril del citado año y, en consecuencia, no había devengado derecho alguno a la percepción de retribución alguna en ese período. El perjuicio, por otra parte, ha sido cifrado con acierto por el órgano “a quo” ya que dicho importe corresponde a la cantidad neta o líquida que la Corporación abonó a la perceptora, excluido, en primer término, el importe de 389,01 € que fue abonado junto a la meritada nómina en concepto de atrasos del complemento de destino legalmente devengado (así obra al folio 199 de las actuaciones previas 50/07 el documento acreditativo de dicha transferencia); por tanto, ese importe legalmente devengado era debido y fue correctamente satisfecho por el Ayuntamiento de ... a la que fuera su Interventora interina; en segundo lugar, sobre las cantidades que la Corporación retuvo en concepto de Impuesto sobre la renta de las personas físicas e ingresó en Hacienda y las correspondientes a la cotización a la Seguridad Social, que ascienden a un total de 785,50 € según obra al folio 125 de las mencionadas actuaciones previas (IRPF nómina 601,50 € y Seguridad Social 184,00 €), pide el actor público que, de no prosperar su pretensión principal, incrementen el “quantum” que deben reintegrar los recurrentes hasta un importe de 3007,49 € equivalente al coste total de una nómina ordinaria devengada por la perceptora, por haber resultado dañados los fondos públicos por esas salidas. Sobre esta alegación no se pronunció la sentencia impugnada, habida cuenta que, a partir del acervo probatorio, razonó y concluyó, como hemos visto en fundamentos precedentes, que los condenados resultaron responsables directos de la realización de un único pago indebido por importe de 2.221,99 € (el realizado a la Sra. P. G. el día 1 de diciembre de 2006 por el concepto de nómina del mes de mayo de ese año); el actor público, en efecto, ha venido sosteniendo a lo largo del proceso que debían ser reintegradas a las arcas locales tres cantidades: 2.706,74 €, abonados por los salarios del mes de abril de 2006, 3.007,00 € abonados el 1 de junio de ese año en concepto de nómina de mayo y 2.611,00 € pagados el día 1 de diciembre del mismo año, otra vez en el mismo concepto de nómina de mayo; ahora, en su escrito a la vez de adhesión y de oposición al recurso deducido por la legal representación de los condenados, pretende que, en cualquier caso, si se confirma la sentencia de instancia, se eleve la

cuantía indemnizatoria a la referida cantidad de 3.007,49 €, correspondiente al importe bruto de una nómina de las percibidas por la Sra. P. G.; dicha pretensión no puede prosperar por dos órdenes de razones; la primera, por cuanto la única prueba sobre los hechos invocados, además de la declaración del propio actor público, consiste en un documento que obra al folio 197 de las citadas actuaciones previas 50/07, el cual según el informe emitido por la Intervención Municipal el día 9 de marzo de 2008, también incorporado a los folios 193 y 194 de dicha fase previa, acredita que en el período a liquidar desde el 1 de marzo al 31 de marzo de 2006, el importe bruto de la nómina ascendió a 3.007,49 €, de los que 601,50 € correspondían a deducciones por IRPF, 136,19 €, a deducciones por cotizaciones sociales y 47,81 € a descuentos por concepto de accidentes de trabajo, no de mayo que era el mes objeto de la controversia, desconociéndose, por tanto, si se dieron los mismos supuestos de retención y detracción que en el mes de marzo; como ya hemos razonado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, la valoración de los medios probatorios incumbe al juez de instancia, de modo que las pruebas aportadas sobre tales hechos ya fueron oportunamente valoradas por la Consejera sin que pueda prevalecer por ello y sin la aportación de otros medios que pudieran acreditar la inexactitud de los hechos declarados probados y la veracidad de los alegados en contrario, las alegaciones que el actor público ha traído a esta alzada; (valga por todas, sobre lo dicho, la Sentencia 7/2004, de 3 de marzo, sobre la naturaleza del recurso de apelación); en segundo término, esta Sala observa, en el planteamiento de esta alegación, un leve cambio con respecto a su posición en la instancia en la construcción argumental que lleva al actor público, a pedir, en todo caso, y, eso sí, de forma subsidiaria a su pretensión principal de revocación de la Sentencia impugnada y de condena de los recurrentes por el importe total de 8.325,33 €, la condena de éstos por el daño equivalente al importe de una nómina ordinaria devengada por la entonces Interventora interina del Ayuntamiento, ya que a esa cantidad asciende a su juicio el coste o pérdida económica real y no al importe líquido o neto percibido de 2.221,99 €.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de junio de 1998), que exige discernir entre cuestiones nuevas en las que no se podría entrar en la segunda instancia, y aspectos nuevos que sí podrían ser conocidos y resueltos en fase de apelación, las primeras por cuanto cambian cualitativamente la pretensión y las segundas que sirven para acometer la crítica de la Sentencia apelada, con la aportación de una simple argumentación jurídica nueva, debe entenderse que no existe obstáculo formal alguno para admitir este nuevo enfoque jurídico en el marco de la estrategia procesal del actor público, al no resultar desvirtuada la esencia de su pretensión principal formulada en primera instancia ni la de los argumentos ofrecidos para fundamentarla ante la Consejera de primera instancia; en efecto, como razona la Sentencia de esta Sala nº 19/2010, de 5 de octubre, fundamento de derecho tercero, la regulación legal de la adhesión al recurso de apelación no contempla expresamente si la misma debe ceñirse necesariamente a las alegaciones contenidas en el escrito de apelación o si pueden contenerse alegaciones nuevas, introduciendo en el debate procesal nuevas cuestiones que no fueron planteadas por la parte apelante; serán los órganos jurisdiccionales los que tengan que interpretar la legalidad vigente valorando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto; el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia nº 110/2011, de 7 de mayo, respecto a dicha figura jurídica, señala que ... *“ha de partirse de la interpretación que, como vehículo procesal, constituye un medio apto para insertar pretensiones autónomas y*

eventualmente divergentes de la apelación principal (SSTC 91/1987, de 3 de junio, F.4; 279/1994, de 17 de octubre, F.3; 162/1997, de 3 de octubre, F.3; 56/1999, de 12 de abril, F.3, entre otras); cierto es que en los casos en que se ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial “ad quem” amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversos y aun opuestos a la apelación principal) de manera que hubiere habido posibilidad de defensa frente a las alegaciones de contrario (SSTC 56/1999, de 12 de abril, F.4; 16/2000, de 16 de enero, F.7; 79/2000, de 27 de marzo, F.3; 238/2000, de 16 de octubre, F.1)”. El Tribunal Supremo, por su parte, valga por todas, la sentencia de su Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 1343/2006, de 21 de diciembre, Fundamento de Derecho Primero, ha tratado de preservar la pureza de los procesos, rechazando aquellas adhesiones cuya finalidad sea contraria a las normas rectoras de la buena fe procesal, lo que acontece cuando se utiliza este cauce procesal para suplir la inactividad procesal de quien la formula sin haber deducido en plazo el correspondiente recurso de apelación. Así, razona, con cita de otra sentencia de la misma Sala, de 20 de abril de 1992, citada en la de 25 de noviembre de 1996 que “Entendemos acertado el concepto mayoritario de la doctrina científica, cuando califica el recurso de apelación adhesiva como una apelación accesoria, no en el sentido de que depende de la principal, en cuanto que si ésta termina por desistimiento ella deje de existir, sino más bien en que la subordinación lo es sólo en cuanto al tiempo; suponiendo una ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir también contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales”. Como reconoce la doctrina, la apelación adhesiva no trata, como pudiera dar a entender la equivocidad del término, de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, sino todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia sino en virtud de la iniciativa tomada por el contrario.

Habrà de verse, por ello, si en este caso se han satisfecho o no las exigencias formales y materiales para dar acogida al escrito de adhesión formalizado por el actor público; así, debe constatarse que el apelado (actor público), por medio de su representante en el proceso, en trámite de oposición al recurso deducido por los tres condenados en primera instancia, formuló al tiempo su adhesión al mismo con la pretensión de obtener la revocación de la sentencia por considerarla desfavorable a los pedimentos deducidos en su demanda; conforme al art. 85.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en virtud de proveído de 13 de abril de 2010, se ordenó el traslado de dicho escrito a la parte apelante que formuló su oposición a la adhesión a través de escrito de 4 de mayo del mismo año; en consecuencia, han sido cumplidos en el procedimiento los requerimientos procesales legalmente previstos para garantizar la igualdad de armas y la defensa de las alegaciones de cada parte frente a la contraria, toda vez que se ha dado sobre las pretensiones del adherente el oportuno debate contradictorio; por otra parte, como también razona la señalada sentencia de esta Sala nº 19/2010, de 5 de octubre, en el Fundamento jurídico antes citado, además de estar garantizado el principio de tutela judicial efectiva, la dicción literal del art. 85 LJCA no circunscribe el contenido de la adhesión a las alegaciones del escrito de apelación, por lo que cualquiera de las partes puede impugnar por vía de adhesión aquellos puntos en los que crea

que la resolución judicial recurrida le es perjudicial, siempre que no se planteen cuestiones nuevas respecto a las resueltas en primera instancia.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que los resultados obtenidos en el proceso por la Consejera a partir de las pruebas practicadas guardan la exigida congruencia con las pretensiones y resistencias deducidas en el proceso y reproducidas en esta alzada, en la que el actor público, sin aportar otros elementos o alegaciones distintos o nuevos respecto a los ya utilizados e invocados en primera instancia, pretende hacer prevalecer su criterio frente a los razonamientos y convicciones logrados por el órgano “a quo”; no ha de olvidarse tampoco que esta Sala de Justicia ha proscrito, valga por todas su Sentencia 4/2003, de 7 de mayo, la técnica utilizada por el actor público en su escrito de adhesión–oposición al recurso de apelación formulado, que no ha consistido sino en reproducir, en lo esencial, las alegaciones hechas en la instancia y descalificar genéricamente lo razonado en la Sentencia apelada; según jurisprudencia del Tribunal Supremo, (Sentencias de 13 de noviembre de 1991 y de 26 de junio de 1990) y de esta Sala de Justicia de 24 de febrero de 1994, tales modos de actuación no son, en general, jurídicamente aceptables por lo que la segunda instancia exige que los razonamientos en que se funde la apelación tienden a desvirtuar –en virtud de un juicio crítico racional– la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada que ya debió tener en cuenta los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición.

Por tanto, considera esta Sala de Justicia que debe ser confirmado el criterio de la Consejera de instancia, habida cuenta los razonamientos y conclusiones expuestos sobre la existencia de un único pago indebido demostrado en esta causa por un importe de 2.221,99 € que se corresponde con el importe neto o líquido abonado el día uno de diciembre de 2006 a la perceptora en concepto de nómina del mes de mayo, sin que haya resultado acreditado en el proceso algún título válido que respaldara su realización; así, dicho pago se materializó a favor de una persona, la Sra. P. G. que no ostentaba derecho alguno al cobro frente al Ayuntamiento de ...; en efecto, toda vez que la misma había sido cesada formalmente el día 3 de abril de 2006 y una vez cumplimentada el Acta correspondiente de cese, dejó de prestar servicios a la Corporación en calidad de Interventora accidental por lo que el referido Ayuntamiento, a partir de la señalada fecha de cese, dejó de percibir contraprestación servicial alguna de la perceptora del abono; la inexistencia de vínculo jurídico en vigor entre la Corporación y la recurrente, exoneraba a ésta, conforme a la construcción jurisprudencial expuesta en el razonamiento precedente acerca de la figura jurídica de los “pagos indebidos”, del pago que finalmente se satisfizo a la impugnante en concepto de nómina del mes de mayo de 2006 que no había devengado legalmente, dando lugar, conforme ha quedado probado en la litis, a una salida irregular e injustificada de fondos públicos locales por el importe neto repetidamente señalado.

El cese administrativo de la Interventora era conocido por todos los demandados quienes consintieron y autorizaron el pago, siendo notoria la extinción de la prestación de servicio público en virtud de la resolución correspondiente y sin que a ello afecte el retraso imputable a la Secretaria de comunicar la baja a efectos de la Seguridad Social unos días después, aspecto que, en ningún caso, valida o convalida el pago de salarios indebidos por el período en que no se prestaron los servicios.

Desde la perspectiva del enjuiciamiento de la responsabilidad contable derivada de los hechos litigiosos, el pago no debido y realizado con cargo a los fondos públicos locales, por el hecho de carecer de causa que lo amparara, dio lugar a un saldo deudor injustificado constitutivo de alcance ex artículo 72 LFTCu; cuestión distinta que excede el ámbito propio de nuestra jurisdicción, es la que concierne a las acciones y/o pretensiones que, como consecuencia del error administrativo que coadyuvó al abono indebido, eventualmente hubieran podido o pudieran deducirse en otros órdenes, administrativos o jurisdiccionales a fin de deslindar y fijar responsabilidades de naturaleza jurídica distinta a la contable; por otra parte, no ha resultado probado que los fondos municipales hayan sido perjudicados por los importes que pretende el actor público relativos a cotizaciones sociales, accidentes de trabajo y retenciones fiscales, máxime cuando, respecto al señalado abono satisfecho en el mes de diciembre de 2006, en la primera instancia procesal sostuvo y cifró dicha parte el perjuicio producido en la cantidad de 2.611,00 €, que, ya hemos visto, incluía los atrasos en concepto de complemento de destino, introduciendo, en su escrito de adhesión-oposición en esa fase de apelación, el planteamiento genérico que le ha llevado a reclamar subsidiariamente y, en cualquier caso, el importe total correspondiente a una nómina ordinaria de DOÑA A. P. G.

3.4. Algunos casos tratados por el tribunal

3.4.1. Subvenciones ^{28 29 30 31}

²⁸ Para R. Mendizábal (*R. de Mendizábal Allende, op. cit., 1983, págs. 1328 y 1332*), en el caso de las subvenciones nos encontramos ante un curioso supuesto de caudales o efectos considerados como públicos, sometidos a un régimen especial de control, que no están gestionados por un ente público. Hecho que parece colisionar, al menos en principio, con la idea de que la presencia de caudales públicos determina la extensión del sector público.

²⁹ Como indica P. Sala (P. Sala Sánchez, *op. cit. 2007, pág. 9*) mayor dificultad encuentra el supuesto infractor constituido por la falta de justificación de los fondos a que se refiere la Ley general de subvenciones –Ley 38/2003, de 17 de noviembre (letra e) del artículo 177.1 de la LGP–. En efecto, así como la falta de justificación de la inversión de los fondos correspondientes a anticipos de caja fija, fondos de maniobra y pagos a justificar no ha variado sustancialmente de la regulación anterior, que estaba contenida en los artículos 79 y 80 del antiguo texto refundido y que actualmente se contempla en los artículos 78 y 79 del nuevo, la remisión a la Ley general de subvenciones del año 2003 presenta una mayor complejidad; y ello por una variada serie de causas. En primer lugar, por la misma dispersión que presenta el tema de las subvenciones en el aspecto normativo. Es decir, esta materia no sólo puede examinarse desde la perspectiva que ofrece la actual Ley 38/2003 sino incluyendo la gran multiplicidad que presenta la regulación subvencional. Es cierto que la nueva LGP sólo se refiere a la Ley general de subvenciones acabada de citar, pero también lo es que los criterios que se adopten a este respecto deberán ser extensivos a las diferentes manifestaciones de esa realidad subvencional. Así, y sin ánimo exhaustivo, existe el condicionamiento del derecho comunitario europeo al otorgamiento de ayudas por los distintos Estados contenido en los actuales artículos 87, 88 y 89 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de 25 de marzo de 1957), según las modificaciones introducidas por los Tratados de Maastricht (de 7 de febrero de 1992), de Amsterdam (de 2 de octubre de 1997) y de Niza (de 26 de febrero de 2001), que en la versión original del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea constituían los artículos 92, 93 y 94. También habrán de ser tenidas en cuenta las normas sobre procedimiento administrativo contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –LRJAP-PAC–, fundamentalmente en sus artículos 35 a 119 y 127 a 138; las de la vigente LGP –Ley 47/2003–, artículos 82 a 86 y 140 a 142, y las determinaciones de la responsabilidad contable de los artículos 176 a 180 de la propia Ley y de las Leyes orgánicas 2/1982 y 7/1988 (de 21 de mayo y de 5 de abril, respectivamente) de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (artículos 38 a 43 de la primera y 45 a 87 de la segunda); y, por último, las leyes de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales –Ley 50/1985, de 27 de diciembre– con su desarrollo reglamentario plasmado en el Real decreto 1535/1987, de 11 de diciembre; de régimen electoral general –Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio– para las subvenciones electorales (artículos 121 a 153, 174, 175, 192, 193, 201, 226 y 227); la Ley orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, en cuanto a las subvenciones para la financiación de esos partidos; y los Reglamentos del Congreso de los Diputados (artículos 23 a 29 y 99), de 10 de febrero de 1982, y del Senado (artículos 27 a 34); el Texto refundido de 3 de mayo de 1994, respecto de las subvenciones de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales, aunque las tres últimas (electorales, de financiación de los partidos políticos y de los grupos parlamentarios) están excluidas del ámbito de aplicación de la vigente Ley general de subvenciones. De todas formas, esta última norma –la Ley general 38/2003, de 17 de noviembre– ha mejorado considerablemente la gestión y el seguimiento y control de las subvenciones, así como su transparencia y ha hecho posible, en definitiva, una mejor fiscalización de la materia por el Tribunal de Cuentas y también de exigencia de responsabilidades contables tanto por la Administración como por dicho Tribunal, y un mejor control jurisdiccional por el orden contencioso-administrativo.

En segundo término, por la intensa interdependencia y, a la vez, dificultad de deslinde competencial que pueden presentar –muchas veces solapándose– las competencias que ha de ejercer el Tribunal de Cuentas y las que ha de desempeñar la jurisdicción contencioso-administrativa.

³⁰ En ésta línea, señala P. Sala (P. Sala Sánchez, *op. Cit. 2007, pág. 11*) es precisamente este artículo –el actual artículo 180 de la LGP– el que formula las dificultades que afectan al deslinde competencial en materia de exigencia de

(Sigue)

SENTENCIA 7/2010, DE 15 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Entrando a conocer de los concretos motivos impugnatorios recogidos en el recurso, el apelante plantea, en primer lugar, la improcedencia de la condena a pagar al Ayuntamiento de Z. la cantidad de 328.032,40 €, cantidad que éste a su vez hubo de reintegrar al I.N.E.M. por falta de justificación de la subvención concedida por ese importe al Ayuntamiento, con fecha 2 de octubre de 2000, en el marco del A. (Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agraria), para la financiación de los costes salariales de los trabajadores que habían de ser contratados para la ejecución realización de la obra “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”.

En relación con este extremo, y antes de entrar a analizar cada una de las concretas alegaciones que respecto de él se plantean en el recurso de apelación, es necesario aclarar dos cuestiones que parecen inducir a error de forma reiterada al impugnante, la primera de ellas no es otra que la de cuál es la causa de la condena al reintegro de la cantidad 328.032,40 € que se contiene en la sentencia de instancia; la segunda, igualmente importante e íntimamente relacionada con la anterior, es la de cuál era la finalidad última para la cual fue concedida por el I.N.E.M. la subvención que hubo de ser reintegrada por el Ayuntamiento de Z.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, en efecto, el apelante da a entender en su recurso que la sentencia recurrida le está condenando al reintegro de la subvención concedida por el I.N.E.M. como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones de la Seguridad Social de determinadas mensualidades del ejercicio 2001 de varios trabajadores del A. contratados para la realización de la obra de “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”, de modo que en caso de realizarse ese reintegro al Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto para el “sistema de administraciones públicas”, toda vez que al I.N.E.M. ya le ha sido reintegrado el importe de dicha subvención y las obras para las que la subvención fue concedida fueron efectivamente realizadas, motivo por el cual no puede apreciarse daño alguno en los fondos públicos. Pues bien, la realidad es que en el presente caso, efectivamente el I.N.E.M. no ha sufrido perjuicio económico alguno por cuanto le ha sido reintegrado el importe de la subvención que había

(Continuación)

responsabilidades contables por falta de justificación de los fondos recibidos en concepto de subvención. Y es que, entre las causas de reintegro –de la subvención, se entiende– se encuentra –artículo 37.1.c) de la Ley general de subvenciones, Ley 38/2003, de 17 de noviembre– el “*incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley* [que regula un minucioso régimen de justificación para cada situación] y, en su caso, en las normas reguladoras de la subvención”, y es concretamente esa falta de justificación la que constituye una figura de responsabilidad que, aunque puede instruirse y determinarse administrativamente, ha de acabar, si se impugna, en el ámbito competencial de la jurisdicción contable con arreglo a lo establecido, conforme se ha visto, en el artículo 180 de la vigente LGP.

³¹ En opinión de R. P. Cortell (Robert P. Cortell Giner, Subvenciones y Responsabilidad contable, auditoría Pública Nº 38, 2006, pág.83) en relación con el reintegro y las infracciones y sanciones en materia de subvenciones, la responsabilidad contable se dirige tanto contra las autoridades y funcionarios que contravengan el ordenamiento jurídico en la concesión de subvenciones, por dolo o culpa grave, como contra los beneficiarios y entidades colaboradoras que incumplan la normativa reguladora de la subvención.

concedido –motivo por el cual no forma parte, evidentemente, de la relación jurídico–procesal entablada en la presente litis–. Y tampoco es menos cierto que la obra de “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles” fue efectivamente realizada, y los fondos aplicados a dicha realización estén plenamente justificados –cuestión ésta, por lo demás, incontrovertida en este procedimiento–; es decir, en ningún caso se cuestiona la posible existencia de un saldo deudor injustificado en los fondos municipales que se destinaron a sufragar la obra de “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”.

Dicho lo anterior, esta Sala debe precisar, desde ahora, las dos cuestiones señaladas, en aras de delimitar los términos del debate procesal que en esta sede impugnatoria vienen a ventilarse. Así, en primer lugar, resulta evidente que la causa determinante de la obligación de reintegro a la que condena al apelante la Sentencia recurrida es la causación por éste de un perjuicio patrimonial en las arcas del Ayuntamiento de Z. ocasionado por el reintegro de la subvención a que se vio obligado el citado Ayuntamiento como consecuencia de la conducta del apelante, y que se tradujo en una sensible reducción de los ingresos derivados de la participación de la Corporación en los tributos del Estado durante varios ejercicios, al incumplir las obligaciones inherentes a su cargo como ordenador de pagos de la Corporación municipal, en relación con las cotizaciones de la Seguridad Social de determinadas mensualidades del ejercicio 2001 de varios trabajadores del A. contratados para la realización de la obra de “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”, incumplimiento que dio lugar a la obligación de reintegrar la totalidad del importe de la subvención al concedente –el I.N.E.M. –, con grave quebranto para la Hacienda Municipal, por cuanto habiendo sido ya aplicado dicho importe a atenciones distintas del cumplimiento de las condiciones y fines de la subvención, esto es, satisfacer los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social , para poder acometer el reintegro al I.N.E.M. el Ayuntamiento de Z. tuvo que alcanzar un acuerdo con la Agencia Estatal de Administración Tributaria consistente en que por ésta se practicasen anualmente retenciones en las entregas a cuenta de la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado hasta la total satisfacción de la deuda de la Corporación con el I.N.E.M.. En resumen, la Sentencia de instancia no condena al apelante al reintegro de la subvención concedida por el I.N.E.M., sino al resarcimiento de los daños causados por aquél a la Hacienda local , que se materializaron en una sensible reducción de uno de sus elementos integrantes –la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado–, como consecuencia directa de su conducta.

En segundo lugar, la representación procesal de Don A. C. C. alega de forma reiterada que la obra de “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles” fue efectivamente realizada; esto es, física o materialmente ejecutada, ignorando u obviando, un hecho de extrema relevancia para sus pretensiones impugnatorias como es el de la finalidad última para la que la controvertida subvención fue concedida por el I.N.E.M. Y es que, si bien ninguna de las partes ha invocado en apoyo de sus pretensiones –ni en la primera instancia, ni en esta de apelación– la normativa reguladora de la subvención de referencia, esta Sala, en aplicación del principio *iura novit curia* puede y debe traer a colación dicha normativa, para fundamentar, este concreto extremo. Así, la reiterada subvención fue concedida por el I.N.E.M. al Ayuntamiento de Z. de acuerdo con lo prevenido en la Orden de 26 de octubre de 1998, del Ministerio de Trabajo y

Asuntos Sociales, “por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de colaboración con las Corporaciones Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social” –Orden Ministerial que, a su vez, fue desarrollada por Resolución de 30 de marzo de 1999, del Instituto Nacional de Empleo–. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la meritada Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de octubre de 1998, “Será objeto de la subvención regulada en la presente norma subvencionar los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales (...)” y, en íntima relación con el anterior precepto, el artículo 3 de la misma norma reglamentaria especifica en su apartado 1 que “Las subvenciones a otorgar se destinarán a la financiación de los costes salariales de los trabajadores que, (...), sean contratados para la ejecución de las obras y servicios de interés general social”, añadiendo a continuación, en su apartado 2, que “La cuantía de la subvención (...) será la necesaria para sufragar los costes salariales totales, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos (...)”. A la vista de los preceptos transcritos resulta evidente que el pago de los salarios y de las cotizaciones sociales de los trabajadores desempleados contratados en el marco del A., lejos de constituir un simple requisito más para el disfrute de la subvención, era su objetivo. En conclusión, por lo que se refiere a esta segunda cuestión, el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones sociales de varios trabajadores correspondientes a determinadas mensualidades, contravino directa e inmediatamente la normativa rectora de la subvención percibida por el Ayuntamiento de Z.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Sentado lo anterior, procede hacer referencia a las demás concretas alegaciones realizadas por la representación procesal del Sr. C. C. respecto al pronunciamiento de la Sentencia de Instancia condenando a su mandante a reintegrar al Ayuntamiento de Z. la cantidad de 328.032,40 €, en relación con las cuales debe señalarse lo siguiente:

- Arguye en primer lugar el apelante que “la devolución de una subvención, en cuanto técnica de fomento no supone nunca un perjuicio económico. Más bien estamos ante la polémica de la no existencia de beneficio”. Respecto a este aserto, baste señalar que la “devolución” de la subvención, no fue un acto voluntariamente acordado por la Corporación Municipal, porque implicara una mayor carga o sacrificio adicional al Ayuntamiento, sino la consecuencia lógica de la obligación de reintegro declarada en resolución administrativa dictada por la Administración concedente, como consecuencia del incumplimiento por el recurrente de la obligación de pago de las cotizaciones sociales a las que se viene haciendo referencia; resolución que además devino firme y, en consecuencia, inatacable en el orden Jurisdiccional Contencioso–administrativo, toda vez que no fue recurrida dentro del plazo legalmente establecido. Así lo recoge la Sentencia apelada en el ya citado Fundamento de Derecho DECIMOCTAVO donde se dice que “Tampoco consta acreditado en autos que Don A. C. C. realizara alegación alguna que tuviera por finalidad dar explicación al INEM del motivo de la falta de dicha

documentación, ni ninguna otra tendente a retrasar o paralizar el proceso de reintegro de la subvención, pese a que se otorgó al Ayuntamiento un plazo para ello y la cuantía de la misma era muy elevada teniendo en cuenta los presupuestos de la Corporación.

El citado incumplimiento dio lugar a que se acordara con fecha 22 de abril de 2002 el reintegro de la subvención mediante Resolución que le fue notificada a la Corporación con fecha 29 de abril del mismo año, en la que constaba expresamente el plazo de un mes para interponer recurso de alzada, si bien, el Sr. C. C., encargado de la representación y defensa de la Corporación, así como del ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en las materias de su competencia, interpuso el citado recurso con fecha 31 de octubre de 2002, es decir, más de seis meses después de su notificación al Ayuntamiento, lo que dio lugar a que con fecha 3 de marzo de 2003 se declarase fuera de plazo”.

Por lo que respecta a la afirmación de que el reintegro de la subvención –que la representación procesal del Sr. C. C. denomina “devolución” –, nunca puede suponer un perjuicio económico sino, y en todo caso, una “pérdida de beneficio”, esta Sala de Justicia, confirma los pronunciamientos que, al respecto, se hacen en la Sentencia de instancia. Y ello porque, lejos de lo que afirma el recurrente –y dejando a un lado el hecho de que este razonamiento del apelante encuadraría su propia conducta dentro de la previsión contenida en el artículo 1106 del Código Civil–, no nos encontramos aquí ante el supuesto de que el Ayuntamiento de Z. hubiese solicitado una subvención para la realización de un determinado fin y, posteriormente, convenientemente valorada la oportunidad de dicha solicitud o los eventuales inconvenientes de atender, a través de la vía subvencional, la satisfacción de la necesidad o al cumplimiento de la finalidad públicas para las cuales fue solicitada, el Pleno de la Corporación hubiese acordado por motivos de política económica la renuncia a dicha subvención y en consecuencia, su devolución al concedente; en ese hipotético supuesto sí podría hablarse de inexistencia de perjuicio y, en su caso, de una pérdida de beneficio. Y es que, antes bien, en el supuesto de autos, lo sucedido es que el Ayuntamiento de Z. solicitó y obtuvo una subvención con reconocimiento de derechos en el presupuesto municipal para la “financiación de los costes salariales de los trabajadores que, (...), sean contratados para la ejecución de las obras y servicios de interés general social” –en el caso de autos la obra “adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”–, con la obligación de satisfacer “los costes salariales totales, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos (...)” durante el tiempo en que prestasen sus servicios laborales, e incumplió esta última obligación. Ante el incumplimiento del Ayuntamiento perjudicado, el I.N.E.M., concedente de la subvención, acordó el reintegro total de la misma, de forma coactiva como es lógico, en caso de que el Ayuntamiento no presentase, en el plazo que a tal efecto le fue concedido, la documentación justificativa del cumplimiento de los fines y condiciones de la subvención, cosa que por los motivos expuestos la Corporación no podía hacer, habida cuenta de la falta de ordenación del pago de las cotizaciones sociales.

- Igualmente debe ser rechazada la alegación formulada por la representación procesal del Sr. C. C. consistente en que *“en cuanto derecho la subvención está sometida a la facultad de decisión del gestor público o privado, que igual que decidió en su día solicitarla, puede decidir su renuncia (expresa o tácita) y no por ello causaría perjuicio alguno, sino en todo caso, sería una opción más, que según que óptica política podría ser discutible desde el punto de vista del beneficio, pero nunca del perjuicio.”* Y ello, porque como ya se ha indicado antes, en el presente caso no nos encontramos ante un acto de “renuncia” a una subvención, como pretende el recurrente, sino ante la pérdida de la subvención por el incumplimiento culpable de una de las condiciones impuestas para su concesión, amén de que la pretendida renuncia debería haber sido acordada por el órgano competente, el Pleno de la Corporación, de forma precisa, clara y terminante (como reiteradamente viene exigiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; por todas la STS de 23 de febrero de 1974) y con observancia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (no puede olvidarse la previsión contenida en el artículo 6.2 del Código Civil de que *“La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*); por tanto, pretender equiparar la pérdida de una subvención, con las consiguientes penalidades económicas que tal pérdida lleva aparejadas, con un acto de renuncia voluntaria a la subvención es jurídicamente inaceptable de todo punto. Y continuando con la alegación del apelante de que *“concluir que el reintegro o devolución de una subvención o anticipo de ésta es un perjuicio susceptible de ser calificado como alcance, sería tanto como afirmar que no cabe optar, y que existe una obligación de todos los entes públicos de solicitar todas las subvenciones y no cabe la renuncia o devolución de ninguna de ellas”*, baste decir que se trata de un aserto no sólo insostenible desde un punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista lógico, por cuanto se trata de un sofisma tan deficientemente construido que no precisa de refutación lógica alguna por parte de esta Sala.
- Por lo que se refiere a la alegación del impugnante de que el importe de la subvención que el Ayuntamiento de Z. hubo de devolver a la administración concedente (I.N.E.M.) *“no ha salido del circuito público”*, por lo que no puede hablarse de un perjuicio económico para el sector público, de donde el apelante infiere que el cumplimiento de la obligación de reintegro a la que condena “a un particular” la sentencia recurrida produciría *“un enriquecimiento injusto del sistema de administraciones públicas, de esa unidad de administraciones públicas o, si se quiere, del Sector Público”*, el cual *“ve multiplicado por dos sus caudales en cuanto a esta subvención”*, debe ser igualmente rechazada por esta Sala de Justicia. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba, la obra *“adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles”*, fue ejecutada por el Ayuntamiento de Z. y en ningún momento el demandante ha cuestionado la efectiva ejecución de la obra; por otro lado, el I.N.E.M. se ha visto reintegrado del importe total de la subvención que en su día concedió para la ejecución de dicha obra, luego tampoco el Instituto ha sufrido menoscabo alguno en sus fondos. Pero olvida la representación procesal del Sr. C. C. el perjuicio económico que ha sufrido el Ayuntamiento de Z. como consecuencia de haber tenido que devolver en su totalidad

la subvención que, para financiar la ejecución de la reiterada obra, le concedió en su día el I.N.E.M., todo ello debido a la falta de pago de las cotizaciones sociales de determinados trabajadores, pese a ser ésta parte integrante esencial –junto con el abono de los demás costes salariales de los trabajadores desempleados contratados para la ejecución de la obra de continua referencia– de la finalidad para la que fue concedida la subvención.

- Lo anterior, unido al hecho de que el importe de la subvención ya había sido gastado por el Ayuntamiento de Z. –cabe suponer que, al menos parcialmente, en el cumplimiento de los fines de la subvención, pero también en parte para la satisfacción de necesidades distintas de aquellas para las que la ayuda fue concedida, contraviniendo de esta forma el tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, vigente cuando se produjeron los hechos, y 12.3 de la ya citada Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de octubre de 1998–, determinó la necesidad de que para poder proceder al reintegro de la subvención se tuviese que acudir a la fórmula de la compensación de la deuda con la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado a lo largo de varios ejercicios, con grave quebranto para la Hacienda municipal. Y es que no cabe desconocer que, de acuerdo con el artículo 2.1. de la meritada Ley 39/1988 *“La Hacienda de las Entidades locales estará constituida por los siguientes recursos: (...) c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas; d) Las subvenciones. (...)”*, y que, a mayor abundamiento, el antes citado artículo 40 de ese mismo cuerpo normativo, tras señalar que *“Las subvenciones de toda índole que obtengan las Entidades locales con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquellas para las que fueron otorgadas (...)”*, añade en su apartado 2 que para garantizar lo anterior *“(...) las Entidades públicas otorgantes de las subvenciones podrán verificar el destino dado a las mismas. Si (...) resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que fueron se hubieran concedido, la Entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que tuviere derecho la Entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que haya lugar”*. Además de lo acabado de exponer, debe reiterarse la falta de ejercicio de las posibles acciones legales para la defensa de los intereses municipales (artículos 21.1.k) de la Ley 7/1985 y 41.22. del Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), que privó a la Corporación Municipal de toda posibilidad de defensa frente a la reclamación de reintegro de la totalidad de la subvención acordada por el I.N.E.M., siquiera para conseguir de éste una minoración de la cuantía a devolver, en aplicación del principio de proporcionalidad, habida cuenta del importe que sí fue aplicado al cumplimiento de los fines para los que la ayuda fue concedida; esto es, ex artículo 1 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de octubre de 1998, *“subvencionar los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales (...)”*.

En definitiva, la falta de pago de las cotizaciones sociales de continua referencia produjo un perjuicio en la Hacienda municipal, perfectamente cuantificado y que se materializó en una sensible disminución de los ingresos procedentes de la participación de la Entidad Local perjudicada en los tributos del Estado, de forma continuada y a lo largo de varios ejercicios, hasta la total satisfacción de lo debido al concedente de la subvención.

Pero lo que debe sustanciar esta Sala, dentro del ámbito de competencias de la jurisdicción contable, es si el posible quebranto patrimonial producido en el Ayuntamiento de Z. es susceptible de generar la responsabilidad contable de la que entiende aquélla. Y es que, como ha tenido oportunidad de reiterar esta Sala en numerosas ocasiones, desde su Auto de 13 de marzo de 1987, no todo daño en los fondos públicos da lugar al nacimiento, necesariamente, de esta responsabilidad. Y, en la presente controversia, no entendemos que se produzcan las circunstancias que la legislación propia del Tribunal contempla para el nacimiento de un alcance.

Así, el art. 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece que debe entenderse 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 Tribunal de Cuentas”*. Pues bien, en el presente caso no se detecta la existencia de ningún tipo de saldo deudor no justificado. De hecho, lo que ocurrió fue que el Ayuntamiento de Z. obtuvo, eso sí, una sensible disminución de los ingresos procedentes de los tributos del Estado, de forma continuada y a lo largo de varios ejercicios, hasta la total satisfacción de lo debido, como consecuencia de la revocación de la subvención. Pero una cosa es que la subvención se encuentre bien revocada por la Administración concedente, y otra cosa que esa falta de ingresos, derivada de la precitada revocación, dé lugar a un supuesto de alcance.

En definitiva, la finalidad última para la que se otorgó la subvención fue cumplida, en la medida en que se pagaron los costes salariales de trabajadores desempleados que se contrataron para la ejecución de la obra *“Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles”*, la cual es indubitado que se ejecutó, sin perjuicio de que es también hecho no controvertido que se dejaron de pagar las cuotas de la seguridad social de los periodos 3/2001 y 4/2001 así como, tal como consta en la sentencia de instancia, que en julio de 2002 se celebró un convenio de aplazamiento y pago fraccionado de los débitos del Ayuntamiento, entre los que se encontraban las referidas cotizaciones impagadas. Ahora bien, tal como se desprende del requerimiento de 27 de noviembre de 2001, el INEM solicitó al Ayuntamiento una serie de documentos (certificado de pago final, informe fin de obra, nóminas individuales...) y el Ayuntamiento no presentó ninguno de ellos ni hizo alegación alguna, por lo que exigió el reintegro de la subvención.

Por tanto, nos encontramos con el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la obligación de justificar en plazo la realización de la finalidad última para la que la subvención fue concedida pero se trata de un incumplimiento meramente formal en cuanto ha quedado acreditado, tal como ha sido expuesto, que la finalidad para la que se concedió la subvención fue cumplida. En consecuencia, considera esta Sala de Justicia que no se ha ocasionado saldo deudor injustificado alguno en los fondos del Ayuntamiento por lo que procede revocar, en este punto la declaración

de alcance efectuada por la Sentencia de Instancia en su Fundamento de Derecho décimo octavo.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

A mayor abundamiento de lo expuesto en el apartado anterior, y aunque se hubiera producido un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Z., procede manifestar que, el recurrente Sr. C. C. invocó también, en su escrito de apelación, la ausencia, en cualquier caso, de dolo y negligencia grave en los hechos que se sustancian en la presente controversia, por lo que esta Sala considera pertinente efectuar unas consideraciones adicionales sobre dichas alegaciones.

En efecto no cabe desconocer que, como acertadamente señala la Sentencia impugnada, era al Alcalde–Presidente del Ayuntamiento de Z. a quien, de acuerdo con la normativa reguladora del Régimen Local correspondía la ordenación del pago de las cotizaciones sociales de continua referencia; pero, de la misma manera, tampoco resulta posible desconocer que en los presentes autos no ha resultado probado, que el recurrente, Sr. C. C., tuviese conocimiento puntual de los concretos momentos en los que habría tenido que proceder a la ordenación del pago de dichas cotizaciones, de acuerdo con el procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos de la Corporación. No consta acreditado en autos que los servicios municipales competentes pusiesen en conocimiento del apelante la procedencia de ordenar los pagos de los referidos conceptos, por lo que si bien no puede dejar de apreciarse el incumplimiento por parte del apelante de su obligación de ordenar dichos pagos, no es menos cierto que dicho incumplimiento vino claramente determinado por el inadecuado cumplimiento de sus respectivas funciones por parte de los servicios municipales competentes.

Con lo anterior quiere decirse que, y este extremo no admite discusión, al Alcalde–Presidente de la Corporación le era exigible el cumplimiento de la obligación de ordenar el pago que ex lege le venía atribuida por razón de su cargo, pero también debe concluirse que, en el concreto caso de autos, los servicios municipales competentes tendrían que haber ilustrado oportunamente al hoy recurrente, no ya acerca de su obligación de ordenar el pago de las cotizaciones sociales de referencia, así como de las consecuencias que para la Corporación municipal pudieran derivarse de su incumplimiento, sino de los concretos momentos en los que dicha obligación, por ser de tracto sucesivo, debía ser cumplida.

En el caso de autos, no ha sido probado por el actor, no ya que esa actuación de los servicios municipales competentes tuviese lugar de manera más o menos diligente, sino, simplemente, que se llegase a producir. Y es, precisamente, esa inacción por parte de los meritados servicios municipales a la hora de poner en conocimiento del ordenador de pagos –el Presidente de la Corporación Municipal, hoy recurrente–, los concretos momentos en que la obligación de pago de las cotizaciones sociales de los trabajadores empleados en la obra “Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles”, había de ser cumplida –antes, lógicamente, del vencimiento de los correspondientes plazos periódicos– la que determina la imposibilidad de imputar al Sr. C. C. una responsabilidad contable de carácter directo, ya que la exigibilidad de una conducta distinta de la observada por él quedaría excluida por la conducta de los servicios municipales competentes, necesaria para, con su actuación, haber propiciado un distinto proceder por parte del impugnante. Una prueba incontestable de lo anterior es que desatendido el pago de las

cotizaciones sociales de los trabajadores empleados en el marco del A. para la realización de la obra de continua referencia, correspondientes al mes de marzo de 2001, en ningún momento el Alcalde–Presidente del Ayuntamiento de Z. fue advertido de que había incumplido su obligación de ordenar el pago de la obligación contraída con el I.N.E.M., ni de las consecuencias que dicho incumplimiento podría llevar aparejadas para la Hacienda Municipal.

La falta de acreditación del conocimiento por el entonces Presidente de la Corporación Municipal, de las circunstancias señaladas, no hace sino excluir dicha posibilidad de imputarle en esta sede una responsabilidad contable de carácter directo. Un diligente funcionamiento de los servicios municipales, presumiblemente habría, al menos, evitado el subsiguiente incumplimiento obligacional que también se produjo en el siguiente mes (abril) del mismo año.

No consta, en resumen, acreditado en autos, que al apelante le fuese oportunamente comunicada la necesidad de ordenar los pagos de las cotizaciones sociales en las mensualidades en las que dichos pagos fueron desatendidos; si tal circunstancia le hubiese sido comunicada y él hubiese incumplido su obligación de forma voluntaria, esto es, dolosa, o bien de forma involuntaria, pero culpable o gravemente negligente habida cuenta de su conocimiento de la proximidad del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación, al recurrente le sería exigible una responsabilidad contable directa derivada de su conducta por concurrir en ella el elemento subjetivo –bien a través de la figura del dolo, bien a través de la de la culpa grave– imprescindible para generar esa clase de responsabilidad, pero no concurriendo el elemento subjetivo de la responsabilidad contable en los términos expuestos, sólo cabría apreciar en la conducta del Sr. C. C. una negligencia que necesariamente ha de ser calificada como leve, y que no sería predicable tanto al incumplimiento de la obligación de ordenar el pago de las cotizaciones sociales correspondientes a las mensualidades de referencia, como a una falta de diligencia en el cumplimiento de su deber como Alcalde–Presidente de dirigir, impulsar e inspeccionar las obras y servicios cuya ejecución o realización hubiese sido acordada, prevenido en los artículos 21 de la Ley 7/85, de Bases del Régimen Local, 24 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, y 41 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 28 de noviembre de 1986.

Por todo lo anterior, debe concluirse que la conducta observada por el recurrente, Sr. C. C., en relación con la ordenación del pago de las tan reiteradas cotizaciones sociales, no reuniría los requisitos necesarios para que le pueda ser atribuida una responsabilidad contable de carácter directo–dolo, culpa o negligencia grave.

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Alega el recurrente, en segundo lugar, y en otro orden de cosas, en lo que respecta a la pretensión impugnatoria de la declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el abono de un talón por importe de 400.000 ptas. (2.404,05 €) a D^a M^a I. P. P. por un suministro de grava y arena realizado por su hermano, Don J. A. P. P., al Ayuntamiento de Z., que la Sentencia apelada incurre en incongruencia al condenar al recurrente como responsable contable de un alcance producido por el pago de la citada cantidad a la Sra. P. P. al no constar acreditado en autos que ese pago correspondiera a la efectiva realización de un suministro de

grava y arena por su hermano, cuando lo único que arguye el actor público en su demanda –motivo por el cual solicitaba del juzgador de instancia la condena del demandado al reintegro de 5.054,45 €, importe al que ascendieron los dos mandamientos de pago librados a favor de D^a M. I.P. P., el primero de 400.000 ptas. (2.404,05 €), y el segundo de 2.650,11 €– es que los pagos realizados por el Ayuntamiento de Z. en concepto de suministro de grava y arena, lo fueron a persona distinta del suministrador y que, por ende, no tenía relación contractual alguna con la administración pagadora, pero que lo que en ningún caso ha sido cuestionado por el demandante *“es que se haya producido una duplicidad en el cobro de facturas y, mucho menos, se polemiza acerca de si los materiales fueron entregados o no”*; por tanto, al resolver la Sentencia de instancia en el sentido indicado incurre en incongruencia, generadora de indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución, al no haber tenido el recurrente oportunidad de defenderse de imputación alguna en este sentido, toda vez que la cuestión no ha sido suscitada por el actor público en la demanda ni, posteriormente, en la audiencia previa ni en el acto del juicio.

En atención lo expuesto, esta Sala de Justicia no puede sino estimar este motivo de apelación, por cuanto, la causa de la pretensión objeto de la demanda deducida por el actor público, en relación con este concreto extremo –la condena al Sr. C. C. al reintegro de 5.054,45 €, importe al que ascendieron los dos mandamientos de pago librados a favor de D^a M. I. P. P., el primero de 400.000 ptas. (2.404,05 €), y el segundo de 2.650,11 €– no es sino la falta de relación contractual existente entre la Corporación perjudicada y la Sra. P. P.; mientras que la ratio decidendi del pronunciamiento condenatorio de la Sentencia de instancia en relación con esta pretensión del demandante es que no consta acreditado en autos que ese pago respondiera a la efectiva realización de un suministro de grava y arena por su hermano, Don J. A. P. P.. De esta forma, la Sentencia impugnada se aparta manifiestamente de la causa petendi sustentadora de la pretensión del actor público, incurriendo, en efecto, en una incongruencia extra petitum –que no ex silentio, puesto que no deja sin resolver la pretensión expresamente formulada por la parte actora– proscrita por el artículo 24 de la Constitución, en contra de los principios dispositivo y de justicia rogada, que presiden esta jurisdicción contable, generando, de esta forma, una situación de indefensión a la parte demandada al haber incluido el juzgador de instancia pronunciamientos en la resolución recurrida relativos a hechos jurídicamente relevantes para el proceso sobre los que ninguna de las partes pidió que se manifestase, y sobre los cuales el demandante no ha tenido la oportunidad de defenderse (por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 172/1994, de 7 de junio, y 111/1997, de 3 de junio).

Dicho lo anterior, resulta irrelevante para esta Sala de Justicia el conocimiento o participación que el Secretario–Interventor municipal, actor público en el procedimiento de reintegro de referencia, pudiere haber tenido en los meritados pagos realizados a la Sra. P. P.

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

El tercer motivo impugnatorio esgrimido por la representación procesal de Don A. C. C. –referente al pronunciamiento condenatorio contenido en la Sentencia apelada, por la indebida percepción de un incentivo de productividad por tres trabajadores municipales– no puede sino

ser rechazado en todos sus términos esta Sala de Justicia, y ello, por los siguientes órdenes de motivos:

- Porque frente a la afirmación hecha por la representación procesal del recurrente de que dichas percepciones en concepto de incentivo de productividad vinieron a retribuir los servicios prestados por estos funcionarios para tratar de solventar la situación provocada por la suspensión provisional de funciones del entonces Secretario–Interventor titular, hoy actor público y apelado, Don J. J. T. C., como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado contra él, no consta en autos acreditado este extremo, como así se señala expresamente en la Sentencia de instancia, por lo que debe decaer este intento del recurrente de introducir este argumento por la vía del presente recurso.
- Porque la alegación del apelante de que los Decretos de Alcaldía por los que se aprobaron los incentivos fueron dictados durante el tiempo en el que el Secretario–Interventor titular se encontraba en situación de suspensión de funciones, motivo por el cual el Alcalde–Presidente no pudo contar con el asesoramiento jurídico del expedientado, presenta una incoherencia insalvable con el anterior aserto de que los controvertidos incentivos de productividad percibidos por tres funcionarios, fueron abonados precisamente por suplir en sus funciones –entre ellas el asesoramiento en derecho– al Secretario–Interventor entonces expedientado, ya que de haber sido así tendrían que haber podido asesorar al Alcalde–Presidente en relación con los meritados Decretos.
- Porque en lo atinente a la afirmación del apelante de que la mejor prueba de que los trabajos extraordinarios que los incentivos venían a retribuir –suplir la ausencia del Secretario–Interventor expedientado– fueron efectivamente realizados, es que dejaron de percibirse en cuanto se reincorporó el Sr. T. C., sólo cabe señalar que las controvertidas retribuciones extraordinarias, en efecto, dejaron de ser percibidas por los tres empleados beneficiarios de ellas, tan pronto como el actor público se reincorporó a su puesto y pudo formular, ante la improcedencia de su abono, el correspondiente reparo.
- Porque en lo que hace a la alegación de que el funcionario que desempeñó durante la suspensión del Sr. T. C. las funciones de Secretario–Interventor no formuló reparo alguno respecto al pago de estos incentivos; por un lado, sorprende a esta Sala que el apelante acuda a esta argumentación, después de haber argüido, como se acaba de indicar, que los Decretos de Alcaldía por los que se aprobaron los incentivos fueron dictados durante el tiempo en el que el Secretario–Interventor titular se encontraba en situación de suspensión de funciones, por lo que el Alcalde–Presidente no pudo contar con el asesoramiento jurídico del expedientado. Por otro lado, y sin que esta Sala de Justicia haya de entrar en mayores valoraciones al respecto, no debe perderse de vista que el funcionario que desempeñó durante la suspensión del Sr. T. C. las funciones de Secretario–Interventor y no formuló reparo alguno respecto al pago de los controvertidos incentivos, era uno de sus beneficiarios.

- Porque, en relación con la alegación del recurrente de que el reparo formulado por el Sr. T. C. no puede ser considerado tal reparo puesto que se produjo con posterioridad a los pagos controvertidos, baste señalar, pese a su obviedad, y con la única finalidad de dar aquí contestación a cada una de las cuestiones suscitadas por la representación procesal del Sr. C. C. con la finalidad de defender los derechos de su mandante, que difícilmente podría haber formulado reparo alguno el Sr. T. C. habida cuenta de que en el momento de producirse los hechos objeto de su ulterior reparo se encontraba suspendido de empleo y sueldo.
- Y, por último, respecto a los argumentos aducidos por la representación procesal del recurrente cuando, por un lado, dice que la Sentencia recurrida niega la existencia de autorización del Pleno de estos incentivos, pero *“dicha autorización existe en las Bases de Ejecución del Presupuesto General de la Entidad para 2004 y tampoco se ha discutido en el proceso que no existiera consignación presupuestaria para realizarlo”*, ignora el recurrente que las Bases de Ejecución del Presupuesto no pueden ser consideradas como tal autorización por parte del Pleno Corporativo –aunque sea a este órgano municipal a quien corresponde su aprobación–, y que el mero hecho de la existencia de crédito en una partida presupuestaria no equivale, ni mucho menos, a una autorización para gastarlo; no puede desconocerse que, de acuerdo con el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, *“Los presupuestos generales de las entidades locales constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad, y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local correspondiente.”* (en idénticos términos, el artículo 143 de la Ley 39/1988).

Por otro lado, cuando dice que de acuerdo el artículo 37.1.b) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril,) *“...la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios...”* y lo relaciona con la *“libertad de pactos”* para justificar la corrección y legalidad de las retribuciones controvertidas, teniendo en cuenta que el precepto invocado se refiere al derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos (Capítulo IV, del Título III, de la meritada Ley 7/2007), esta Sala de Justicia –amén de ilustrar al recurrente acerca del hecho de que el cuerpo normativo que invoca no había sido siquiera aprobado al tiempo de producirse los hechos aquí controvertidos– no acierta a comprender la relación que pudiese guardar el meritado precepto y la invocada *“libertad de pactos”*, con el hecho de que por parte del recurrente se ordenase el pago de unos complementos salariales contraviniendo la legalidad aplicable.

Lo anteriormente expuesto, unido a la inatacable exposición lógica y jurídica contenida en los FUNDAMENTOS JURÍDICOS DECIMOSEXTO y DECIMOCTAVO de la Sentencia impugnada, a los cuales nos remitimos en su integridad, no pueden llevar a esta Sala, como ya se ha adelantado más arriba, sino a desestimar la pretensión impugnatoria del recurrente.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Por último, en lo que se refiere a la condena al pago de los intereses por importe de 97.874,95 €, recogida en la letra C), del pronunciamiento 1º) del Fallo de la Sentencia recurrida, la representación procesal del apelante, Don A. C. C., impugna la improcedencia de tal pago por dos órdenes de razones: A.– *“En primer lugar, porque en todo caso se trata de una reclamación global de 533.442,17 € en los términos que se deducen de la demanda, y la cuantía de condena es inferior. No hay separación de contrario por concepto, sino reclamación global en su Súplica.”*, y continúa argumentando el apelante que *“No puede haber condena de intereses legales respecto de una deuda ilícita –que sólo aparece en la Sentencia– y en esos términos hay que considerar el planteamiento rector.”*, para concluir que *“En otro caso, nuevamente habría ido más allá de las pretensiones del actor concurriendo en incongruencia «ultra petita».”*; B.– En segundo lugar, *“porque la propia devolución de la subvención genera unos intereses que eventualmente habrán sido reclamados a la Corporación, pero que no constan en las actuaciones, ni han sido referidos ni probados por nadie. Esa cantidad (...) puede generar también un enriquecimiento sin causa al exigirse –y pagarse– más cantidad por intereses de la que realmente se hubiera pagado o reclamado (debe entenderse, por el I.N.E.M.) a la Corporación.”*.

Por lo que respecta estas alegaciones del recurrente (y dejando a un lado su evidente error o confusión en relación con carácter líquido o ilícito de las deudas), esta Sala de Justicia tiene que realizar, nuevamente, un pronunciamiento desestimatorio de aquéllas por dos razones evidentes. La primera es que el actor solicitó expresamente en su demanda la condena al abono de los intereses legales correspondientes a las sumas cuyo reintegro se exigía al Ayuntamiento de Z.; el hecho de que la Sentencia de instancia, aquí apelada, solo estimase algunas de las pretensiones deducidas por el actor público en su demanda, en nada impide la condena al pago de los intereses legales correspondientes a las demás cuantías a las que ascienden los perjuicios causados al Ayuntamiento de Z., reclamadas por el actor y respecto de las cuales la resolución recurrida sí fue estimatoria. La segunda razón es que el régimen jurídico de los perjuicios irrogados a los fondos públicos previene ex lege que la Entidad perjudicada *“tiene derecho al interés legal sobre el importe de los alcances malversaciones, daños y perjuicios a sus bienes y derechos desde el día que se irroguen los perjuicios”* (artículo 181.2, en relación con el 17.1, ambos de la Ley 47/2003, General Presupuestaria –en idénticos términos a los prevenidos en los artículos 145.2 y 36.1 del ya derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre–). Y es precisamente como consecuencia de ese especial régimen jurídico de los derechos de la Hacienda Pública –en este caso, municipal–, por lo que el artículo 71.4ª. de la Ley 7/1988, de Funcionamiento de este Tribunal, previene que *“La sentencia condenatoria contendrá, en su parte dispositiva, las siguientes especificaciones: e) La condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios.”*.

Por lo demás, habiendo sido estimados dos de los motivos impugnatorios esgrimidos por el recurrente, debe entenderse que, como es lógico, la condena al pago de los intereses queda

contraída exclusivamente a los correspondientes al importe del alcance (2.800,00 €) del que sí se le considera responsable contable directo.

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Como consecuencia de todo lo razonado en los precedentes Fundamentos de Derecho, no procede sino estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña V. A. S., en nombre y representación de Don A. C. C., contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2008, en lo relativo a los motivos primero –declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el perjuicio patrimonial sufrido por el Ayuntamiento de Z. como consecuencia de la devolución de la subvención– y segundo –la declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el abono de un talón por importe de 400.000 ptas. (2.404,05 €) a D^a M^a I.P. P. por un suministro de grava y arena realizado por su hermano, Don J. A. P. P., al Ayuntamiento de Z. – de dicho recurso.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia procede, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, de aplicación por lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, su no imposición a la parte apelante, al haber sido parcialmente estimado el recurso de apelación interpuesto.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, LA SALA ACUERDA el siguiente:

FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña V.A. S., en nombre y representación de Don A. C. C., contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 29/06, del Ramo de Entidades Locales, cuya parte dispositiva debe quedar redactada así:

“1º) Se estima parcialmente la demanda interpuesta contra Don Antonio C. C. por el Actor Público Don J. J. T. C. y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

A) Se cifra en 2.800,00 € el principal del alcance ocurrido en el Ayuntamiento de Z.

B) Se declara responsable contable directo del mismo a Don A. C. C.

C) Se condena al declarado responsable contable directo al pago de la suma de 2.800,00 €, así como al pago de los intereses devengados hasta la total ejecución de esta Sentencia y que se calcularan en dicha ejecución.

D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta de la contabilidad del Ayuntamiento de Z.

2º) No se hace expresa imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.”

Sin costas en la presente apelación.

SENTENCIA 12/2010, DE 1 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Para resolver las pretensiones de las partes seguiremos nuestro propio orden expositivo, comenzando por la alegación de los apelantes de que las Actuaciones Previas o las Diligencias Preliminares son nulas antes de su inicio, ya que afirman que, en éstas se les imputaba responsabilidad por la percepción por A., S.L. de unas subvenciones sin haber cumplido unas condiciones exigidas en su día, mientras que dichas condiciones pendían de la idoneidad o no de unas bajas de buques que se estaban resolviendo dentro de un proceso judicial. Señala esta parte que se ha vulnerado el principio constitucional de tutela judicial efectiva, porque no se le permitió la subsanación de las bajas aportadas, por lo que los condicionantes exigidos devinieron de imposible cumplimiento.

El art. 49 de la Ley 7/88 establece los requisitos de la responsabilidad contable exigible en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas: daño o menoscabo de los caudales públicos, producido por persona encargada de su manejo, causado con dolo, culpa o negligencia graves y con infracción de normas presupuestarias o contables. El mismo artículo 49 se ocupa de aclarar que tales normas pueden ser las aplicables al sector público o a los particulares perceptores de las subvenciones o ayudas públicas, con lo que, evidentemente, somete a estos perceptores al enjuiciamiento contable que ejerce el Tribunal de Cuentas, cuando se cumplen los requisitos generales que exige el artículo 49 de su Ley de Funcionamiento, obligando a estos perceptores a indemnizar los daños y perjuicios causados por el menoscabo de los caudales y efectos públicos, obligación sancionada en el artículo 38.1 de la LOTCu, y exigible de las entidades públicas y privadas que hayan producido el citado menoscabo.

Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de 22 de noviembre de 1996 que: *“las infracciones cometidas con motivo de la percepción de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado generan responsabilidad contable determinante de la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que se hayan causado; esta responsabilidad es imputable a los perceptores de tales subvenciones, pues la responsabilidad deriva del menoscabo de los caudales públicos que son las subvenciones percibidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, menoscabo a su vez causante de una responsabilidad contable que, en cuanto responsabilidad civil, no penal ni administrativa, conlleva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados”*. A esta misma doctrina responde la sentencia de 21 de julio de 2004 de la Sección 4ª, Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Queda claro, por tanto, que los perceptores de subvenciones pueden incurrir en responsabilidad contable cuando ocasionan un menoscabo en los caudales públicos y concurren los demás requisitos que la Ley establece, debiéndose tener en cuenta en esta materia, además de las normas contenidas en la legislación propia del Tribunal de Cuentas, a las que hemos hecho referencia, lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que remite a la legislación contable señalando, en su disposición adicional primera que *“el régimen*

de responsabilidad contable en materia de subvenciones se regulará de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”.

Por otro lado, es cierto que en el procedimiento administrativo en materia de subvenciones las partes pueden recurrir en vía contencioso administrativa las resoluciones que entiendan perjudiciales a sus derechos por ser contrarias a una norma jurídica.

Ahora bien, dicha atribución competencial nada obsta a la competencia plena y exclusiva del Tribunal de Cuentas para examinar y resolver acerca de las pretensiones en exigencia de la responsabilidad contable en que pudieran incurrir los perceptores de subvenciones en el caso de falta de justificación del destino dado a los fondos recibidos, dado que como ha señalado esta Sala de Justicia en numerosas resoluciones, por todas la Sentencia de 10 de mayo de 2002 en relación con el enjuiciamiento de subvenciones es preciso delimitar *“en tales casos la revisión del acto administrativo y el cumplimiento de éste por sus destinatarios –llevada a cabo desde el prisma del Derecho Administrativo, de la fiscalización contable y, en su caso, enjuiciamiento de responsabilidades contables derivadas de la supuesta falta de justificación de la subvención– realizado con arreglo al Ordenamiento jurídico contable–. Y en lo que a la exigencia de estas responsabilidades se refiere, como consecuencia de aquel perjuicio o menoscabo económico producido, es el Juez de lo contable, como Juez predeterminado por la Ley, el competente para proceder a su enjuiciamiento, conforme a la normativa presupuestaria y contable”.*

Y es que el contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y contencioso–administrativos no es coincidente.

En el ámbito contable la tutela judicial que se pretende no es sino la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados, más los intereses correspondientes.

En el ámbito contencioso administrativo, sin embargo, como señala, entre otras la Sentencia de la Sala de Justicia 16/2003, de 23 de diciembre, se enjuician *“pretensiones relativas a la conformidad a derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo, disposiciones de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación y, por su parte, la jurisdicción contable conoce de pretensiones en exigencia de responsabilidad contable”*, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso administrativo conocen de los hechos, desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva.

Por tanto, no cabe entender, como afirman los apelantes, que las Diligencias Preliminares y las Actuaciones Previas sean nulas por haberse tramitado estando pendiente un proceso contencioso administrativo, ya que esta jurisdicción es compatible con la contable, valorando ambas, desde su propio ámbito competencial los hechos acaecidos. Desde esta perspectiva, la jurisdicción contable no estaba condicionada en su pronunciamiento a lo resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa, ya que el contenido propio del enjuiciamiento contable

en el ámbito de las subvenciones se ciñe a si existió responsabilidad contable en la aplicación y justificación de la subvención percibida, pudiendo determinar a los solos efectos de su jurisdicción, si la justificación y aplicación de los fondos realizada cumplió o no con las condiciones a las que se sujetó su concesión.

Tampoco entiende esta Sala de Justicia que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los apelantes, ya que el inicio del proceso jurisdiccional contable no es obstáculo, en modo alguno, para que las partes interesadas puedan acreditar por cualquier medio reconocido en derecho que han dado cumplimiento a los compromisos adquiridos, no existiendo por su parte, responsabilidad alguna. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la esencia de la indefensión, es decir la limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales o, como expresó la Sentencia 12/2007, de 24 de julio, aquella situación en la que la actuación judicial impide a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción. Por lo tanto, la indefensión constitucionalmente proscrita sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción. Ello no obstante, el derecho a la defensa no implica, en ningún caso, el derecho a que el juez coincida con la valoración de las pruebas de una de las partes, ni el derecho a obtener una sentencia favorable a sus pretensiones (entre otros, Autos del Tribunal Constitucional de 25 de marzo y 18 de noviembre de 1981).

Dicho lo anterior, considera esta Sala que los recurrentes no han sido preteridos en ningún trámite esencial del proceso, en el que han formulado las alegaciones y han propuesto la práctica de las pruebas que han estimado oportuno en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda olvidarse que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que lo que sí pueden es aportar las pruebas que la normativa legal autoriza –al amparo de los principios dispositivo y de rogación– y por supuesto aducir su propia valoración de las mismas.

Procede, en consecuencia con lo expuesto, desestimar este motivo de impugnación ya que el inicio del proceso jurisdiccional contable no ha ocasionado merma alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo plenamente compatible el ejercicio de esta jurisdicción con la contencioso administrativa.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Señalan los apelantes que los actos administrativos generadores de la subvención concedida a A., S.L. se apartaron completamente del procedimiento establecido, lo que determina la nulidad de las resoluciones administrativas dictadas por la Junta de Andalucía, y que además, ésta conocía la situación cuando procedió al pago de la subvención. En concreto, la representación de D. R. G. N., Don A. M. N., Don J. S. P. y Don A. P. J. afirma que el juzgador de instancia incurrió en error en la apreciación y valoración de la prueba por lo que solicita que se modifiquen parte de los Hechos Probados de la sentencia apelada.

En definitiva, con esta argumentación, los apelantes entienden que la Administración Pública conocía la situación de los buques en el momento de pagar la subvención y que el procedimiento para el reconocimiento de esta ayuda y su posterior pago adolece de determinadas irregularidades que, en definitiva, hacen que sea responsabilidad de la Administración Pública el incumplimiento de la subvención.

Los apelantes discrepan de la valoración de la prueba contenida en la sentencia apelada, sin embargo, hay que tener en cuenta que, en todo caso, frente al juicio de apreciación de la prueba llevado a cabo por el juzgador de instancia no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es preciso desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, siendo aplicable, si los hechos quedan dudosos, el principio civil de carga de la prueba en los términos que ya han sido expuestos en el fundamento de derecho cuarto. En el presente caso, sin embargo, los recurrentes se han limitado a formular meras alegaciones sin desvirtuar los hechos declarados probados.

Para resolver esta cuestión hay que partir del concepto de la responsabilidad contable, que no es sino lo que constituye el objeto de este proceso contable, siendo reiterada la doctrina de esta Sala de Justicia según la cual la responsabilidad contable tiene naturaleza civil o reparadora de los daños y perjuicios causados en los fondos públicos por quienes los utilizan y manejan y, por ello, su declaración y exigencia está totalmente exenta de aspectos sancionadores o punitivos.

La responsabilidad contable se define, por el juego de lo dispuesto en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley 7/88, como una responsabilidad de tipo civil que, *“desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”* resulta exigible frente a 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 resulta aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades preceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”*.

Así, conforme establece el artículo 59 de la Ley 7/88 las partes legitimadas activamente pueden pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales públicos, en ambos casos, con los intereses legales correspondientes y, consecuentemente, el artículo 71 de la misma Ley establece que en la parte dispositiva de la Sentencia que ponga fin al proceso contable se especificará el importe en que se cifren los daños y perjuicios causados y se condenará a los declarados responsables al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable y al pago de los intereses correspondientes.

Por tanto, las partes legitimadas en el proceso contable únicamente pueden pretender el reintegro del importe en que se cifren los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública, sin que de ningún modo puedan exigir que se imponga a los gestores de los fondos públicos menoscabados penalidad o sanción alguna.

Así se observa que la legislación propia del Tribunal de Cuentas, en concordancia con la legislación presupuestaria, establece que la obligación de reparar los daños causados se concreta

en el deber de restituir el importe en que se cifra la responsabilidad contable (daño emergente) y la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor (lucro cesante) de forma que, partiendo de la consideración del importe en que se cifra la responsabilidad contable como derecho de la Hacienda Pública (artículo 145.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria), tanto el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, como el citado artículo 59.1 de la Ley 7/88, hacen referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como obligación principalísima del declarado responsable contable.

En el presente caso, por tanto, esta Sala de Justicia debe limitarse a determinar si se causó o no un daño a los fondos públicos, y en el caso de que así fuese, determinar la obligación de su reintegro fijando su importe y los responsables contables obligados al pago. Pues bien, en lo relativo al daño a los caudales públicos es evidente, y no ha sido discutido por las partes, que las subvenciones concedidas por la Junta de Andalucía lo fueron para la construcción de cuatro buques que fuesen dedicados a la pesca, y que esa finalidad no llegó a cumplirse, por lo que es evidente que dicha subvención no fue destinada a la finalidad para la que se concedió lo que generó un daño para los caudales públicos.

Los apelantes entienden que el incumplimiento de esa finalidad es imputable a la Administración y no a la entidad A., S.L., ya que ésta en todo momento hizo lo que le requirió la Administración. Es necesario para analizar las causas del incumplimiento de la subvención cual fue la sucesión de hechos acaecidos.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, el 19 de abril de 1999 la empresa A., S.L. solicitó cuatro subvenciones de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía para la construcción de 4 buques pesqueros, siendo necesario para la concesión de estas subvenciones que cada unidad que se fuera a construir sustituyera a uno o más buques aportados como baja. El 3 de diciembre de 1999 el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en cumplimiento de lo previsto en el artículo 16.2 del Real Decreto 789/1995, de 19 de mayo, emitió sendos informes favorables a la construcción de los 4 buques pesqueros, pero sometidos a la condición de que, en el supuesto de que las bajas aportadas no fueran válidas, A., S. L. debería aportar otras nuevas que suplieran los arqueos construidos. Esta condición fue expresamente aceptada por la empresa interesada mediante acta notarial de manifestaciones.

El 14 de diciembre de 1999 la Dirección General de Pesca de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, dictó resoluciones por las que se aprobaban los expedientes de construcción de los cuatro buques especificando que esa resolución *“se emite con la condición de que en el supuesto que la referida baja no fuera válida, la empresa propietaria de la nueva construcción a su entrada en servicio deberá aportar nueva baja que supla el arqueo construido, de conformidad con el acta notarial obrante en el expediente”*.

El 28 de diciembre de 1999 la Dirección General de Pesca de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, dictó cuatro resoluciones por las que se aprobaron la concesión de ayudas a la construcción de los pesqueros. En estas resoluciones se decía expresamente que *“cualquier cambio en la titularidad del nuevo barco, así como de la/s baja/s aportadas para la nueva construcción dejará sin efecto esta Resolución”*. También se añadía respecto al pago que *“el abono de esta subvención queda condicionado a que la ejecución de la actividad objeto de*

las ayudas, es decir la construcción del buque, se efectúe antes del 1 de diciembre de 2.000, debiendo justificarse la misma antes del 31 de diciembre de 2.000, con la documentación siguiente:

- Acreditación de haber tramitado el alta del nuevo buque en el Censo de Flota Pesquera Operativa, que las bajas aportadas se encuentren inmovilizadas, entregadas sus patentes de navegación y roles, e iniciados los expedientes de desguace o hundimiento sustitutorio con el fin de obtener su baja definitiva en la Lista Tercera...”.

Por resoluciones de 15 de noviembre de 2000 de la Dirección General de Pesca y Agricultura se acordó prorrogar el plazo de ejecución y justificación de la construcción de los pesqueros hasta el 31 de octubre de 2001.

Las subvenciones fueron pagadas por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía el 28 de diciembre de 2001. Pero el 21 de enero de 2002, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación dictó resoluciones por las que denegó a la mercantil autorización para el alta en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, debido a las anomalías respecto a las bajas aportadas. Estas resoluciones fueron recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa por la empresa A., S.L. el 24 de enero de 2002. Las mercantiles A., S.L. y A. DE H., S.A. resolvieron los contratos de construcción de estos buques y acordaron transferir su propiedad a A. DE H., S.A. como buques en construcción, siendo éstos vendidos por la empresa a diversos armadores extranjeros, no llegando nunca a ejercer la pesca en España.

Mediante sentencia de 17 de diciembre de 2003 se desestimó por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso presentado por A., S.L. contra tres de las resoluciones administrativas relativas a los buques P. P., E. C. y P. R., que denegaban la inclusión de éstos en el Censo de la Flota Pesquera Operativa. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación que fue inadmitido por sentencia de 4 de octubre de 2006. Asimismo, mediante sentencia de 23 de junio de 2004 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se desestimó el recurso presentado por A., S.L. contra la resolución administrativa del buque C., y habiéndose interpuesto igualmente recurso de casación fue inadmitido por el Tribunal Supremo por sentencia de 25 de abril de 2007.

Los hechos anteriormente expuestos evidencian, por tanto, que la autorización para la construcción de los buques se condicionó por parte de la Junta de Andalucía a que las bajas aportadas fuesen aceptadas mediante el informe jurídico favorable preceptivo y que, en caso contrario, la empresa propietaria de la construcción, aportaría nuevas bajas, a lo que se comprometió esta empresa mediante acta notarial. Estas resoluciones administrativas no sólo fueron consentidas tácitamente por la empresa A., S.L., ya que no las recurrió, sino que además otorgó acta notarial comprometiéndose a aceptar el cumplimiento de dicho condicionamiento. Se trata, por tanto, de una relación jurídica libremente consentida por ambas partes, y firme, por no haber sido recurrida en el plazo legalmente previsto para ello.

La empresa A., S.L. aceptó el compromiso de iniciar la construcción de unos buques condicionados a la aceptación de las bajas presentadas y asumiendo la obligación de si las mismas no eran aceptadas, presentar otras nuevas. En la concesión de la subvención se especificó, además, que el cambio en la titularidad del barco dejaría sin efecto la misma y que el

pago de la subvención estaba condicionado a una serie de requisitos, entre los que se encontraba, acreditar haber tramitado el alta del nuevo buque en el Censo de Flota Pesquera Operativa. La Junta de Andalucía procedió al pago de la subvención el 28 de diciembre de 2001, pero el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación denegó las altas en el Censo el 21 de enero de 2002. Aunque estas resoluciones fueron recurridas, la empresa A., S.L., el 24 de enero de 2002, tres días después de que se hubiese denegado el alta, transmitió los barcos a A. DE H., S.A., que, a su vez, los vendió a armadores extranjeros, incumpliendo de esta forma el fin para el que se concedió la subvención.

Esta Sala de Justicia entiende que el incumplimiento de la finalidad de la subvención es imputable únicamente a la empresa A., S.L., quien aceptó recibir una subvención para la construcción de unos buques destinados a la pesca que nunca llegaron a ejercer, ya que fueron vendidos a unos armadores extranjeros. La empresa beneficiaria de la subvención aceptó la condición de que los buques fuesen destinados a esa finalidad, comprometiéndose a presentar nuevas bajas si las aportadas no eran aceptadas por los informes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, lo que nunca llegó a cumplir. Y, en este sentido, en contra de lo manifestado por los apelantes, no tiene carácter exonerador de esta obligación el que la empresa A., S.L. remitiese el 18 de abril de 2000, un escrito a la Dirección General de Pesca manifestando que debía considerarse sin efecto su compromiso, ya que la percepción de la subvención, a la que nunca renunció esta parte, siempre estuvo condicionada a que los barcos se destinasen a la pesca, lo que no tuvo lugar. Pero es que, además, cuando se denegaron las altas en el Censo, y a pesar de que estas resoluciones fueron recurridas, A., S.L. vendió los buques, tan solo tres días después, a otra empresa que, a su vez, los vendió a armadores de otros países.

Como consecuencia de lo expuesto, es evidente a juicio de esta Sala de Justicia, que se produjo un daño a los caudales públicos de la Junta de Andalucía como consecuencia del pago de unas subvenciones para la construcción de unos buques destinados a la pesca que nunca llegaron a realizar esta actividad. El incumplimiento de la finalidad para la cual se concedió la subvención es imputable a la empresa beneficiaria de la misma que no destinó a la actividad pesquera prevista los buques construidos, por lo que debe confirmarse la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de partida de alcance por el importe de las subvenciones concedidas y la necesidad de que se proceda al reintegro de las mismas.

SENTENCIA 18/2011, DE 19 DE DICIEMBRE

SUBVENCIONES A GRUPOS POLÍTICOS EN UN AYUNTAMIENTO

EN SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMOTERCERO

En cuanto a las alegaciones de los demandados sobre los acuerdos de la Comisión Especial de Cuentas y del Pleno de la Corporación, deben realizarse las siguientes precisiones:

- La Ley 6/88 de 25 de Agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, artículo 28, apartado segundo, establece que "*los grupos políticos mediante acuerdo plenario que así*

lo disponga podrán contar con asignaciones económicas para atender a su funcionamiento.”.

- El Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de T., aprobado por el Pleno de la Corporación con fecha 22 de julio de 1985 (en su redacción de 24 de noviembre de 1992), dispone que el Ayuntamiento otorgará a los grupos municipales locales una asignación fija y que estos deberán llevar una contabilidad específica de dicha subvención, que estará siempre a disposición de la Corporación y se justificará ante la misma *“previa petición al Pleno por grupo municipal o a requerimiento de la Alcaldía”*.
- Con fecha 28 de agosto de 1995 el Pleno del Ayuntamiento de T. fijó la subvención anual a percibir por los grupos políticos municipales y con fecha 13 de junio de 1996 acordó que todas las subvenciones y transferencias concedidas por el Ayuntamiento debían justificarse ante el Pleno con memoria de actividades y justificación contable.
- El Pleno del Ayuntamiento de T. aprobó las cuentas correspondientes a los ejercicios presupuestario 1995–1999 y acordó, por unanimidad, con fecha 28 de septiembre de 1999, que todos los grupos municipales presentaran ante el Ayuntamiento la contabilidad específica de las subvenciones percibidas.
- El artículo 116 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, dispone que las cuentas anuales se someterán a informe de la Comisión Especial de Cuentas de la entidad local, que serán objeto de información pública antes de someterse a la aprobación del Pleno, a fin de que puedan formularse contra las mismas reclamaciones, reparos u observaciones, *“sin perjuicio de que pueda denunciarse ante el Tribunal de Cuentas la existencia de irregularidades en la gestión económica y en las cuentas aprobadas”*.
- El artículo 127 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, dispone que la Comisión Especial de Cuentas es de existencia preceptiva y le corresponde *“el examen, estudio e informe de todas las cuentas, presupuestarias y extrapresupuestarias, que deba aprobar el Pleno de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de la contabilidad de las entidades locales”* y que puede actuar *“como Comisión informativa permanente para los asuntos relativos a economía y hacienda de la entidad”*.
- Los artículos 43 y 49 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de T. antes citado disponen que la Comisión Especial de Cuentas es una Comisión Informativa Especial y que para la emisión de sus dictámenes puede *“recabar los informes o proponer la realización de las actuaciones que considere convenientes o necesarios”*.
- Finalmente el artículo 55, apartado primero, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone que la Administración o entidad pública perjudicada puede ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante este Tribunal, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos correspondientes.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, la actuación tanto de la Comisión Especial de Cuentas del Ayuntamiento como del Pleno de la Corporación, se enmarca en el régimen jurídico que se acaba de describir.

El Pleno del Ayuntamiento fijó la subvención anual a percibir por los grupos políticos municipales y acordó que debían justificarse ante el Pleno con memoria de actividades y justificación contable. Posteriormente aprobó las cuentas correspondientes a los ejercicios presupuestario 1995–1999, acordó, por unanimidad, que todos los grupos municipales presentaran en el Ayuntamiento la contabilidad específica de las subvenciones percibidas y acordó poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas. Por su parte, la Comisión Especial de Cuentas requirió la cuenta justificativa de gastos correspondiente, solicitó los informes necesarios y realizó el resto de actuaciones a que se refieren el artículo 127 del Real Decreto 2568/1986 y los artículos 43 y 49 del Reglamento Orgánico antes citados.

Aun cuando las cuentas de la Corporación fueron aprobadas en los respectivos ejercicios, ello no impide que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 7/1985 y en los artículos 20 y siguientes de la Ley 7/1985, el Pleno del Ayuntamiento pueda, si así lo estima oportuno, poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas, máxime si se tienen en cuenta las conclusiones de los informes de la Intervención y de la Comisión Especial de Cuentas, o ejercitar, en su caso, las correspondientes acciones, sin que sea precisa la declaración previa de lesividad (artículo 55 de la Ley 7/88).

No debe olvidarse, en este sentido, que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido reiterando de forma uniforme (por todas, Sentencias 16/03, de 23 de diciembre y 6/03, de 14 de mayo) que: *“la naturaleza meramente formal tanto de la cuenta propiamente dicha, como de su rendición, verificación y aprobación, no puede bajo ningún concepto enervar la posibilidad de que se exijan las responsabilidades que se desprendan de la gestión a que la cuenta se refiere ... si la cuenta refleja la realidad de la situación a la que se refiere y concuerda con los libros correspondientes de contabilidad, y los documentos que soportan a aquélla y a éstos acreditan la concordancia entre lo acontecido y lo registrado, la cuenta, como tal documento contable, es susceptible de aprobación. Cuestión distinta es que la realidad que la cuenta recoge esté constituida por hechos que, sin perjuicio de su adecuado registro contable, den lugar a la exigencia de responsabilidades... esto es, en efecto, ha de distinguirse entre la aprobación de la cuenta y la aprobación de la gestión, y entre la corrección contable de la cuenta y la adecuación a Derecho de los actos reflejados en la misma. Nada impide que una cuenta perfectamente elaborada incluya el reflejo de actuaciones contrarias a la ley o a la diligencia exigible al gestor susceptibles de fundamentar reclamaciones de responsabilidad... el hecho de que una cuenta haya sido aprobada por el órgano competente no enerva la posibilidad de que se exijan las responsabilidades que se desprendan de la gestión de los fondos públicos a que se refiere, cuando a posteriori se acredite la falsedad formal de tal o cual documento contable, o su posible falsedad material en cuanto pudiera reflejar un hecho inexistente o una realidad distorsionada”*.

En cuanto a la Comisión Especial de Cuentas, ésta es competente para el examen, estudio e informe de todas las cuentas que deba aprobar el Pleno de la Corporación, artículo 127 del Real Decreto 2568/1986, entre las que evidentemente se debe incluir la justificación de las subvenciones otorgadas a los grupos municipales, no sólo porque se acordó por el propio Pleno que éstos debían presentar la cuenta justificativa de los gastos realizados, sino también porque las cantidades abonadas a los grupos municipales por este concepto forman parte del presupuesto de la entidad.

Respecto a la posible nulidad de los acuerdos de la Comisión Especial de Cuentas y del Pleno de la Corporación a que se refieren los demandados en sus escritos, no es una cuestión sobre la que deba pronunciarse esta Consejera, como ya se expuso anteriormente al examinar el régimen aplicable en materia de cuestiones prejudiciales e incidentales en vía jurisdiccional contable, además, dicha nulidad no implicaría la de las actuaciones hasta la fecha practicadas, ni impediría la continuación del proceso, al haberse ejercitado la pretensión de responsabilidad contable no sólo por el Ayuntamiento de T., que no está vinculado como ya se expuso por dichos acuerdos para ejercer sus acciones, sino también por los actores públicos citados en los Antecedentes de Hecho, que la han dirigido contra los integrantes de todos los grupos municipales del citado Ayuntamiento de T. en el periodo 1995–1996.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOCUARTO

La jurisdicción contable es competente para conocer, por imperativo de los artículos 136.2 de la Constitución, 17 de la Ley Orgánica 2/1982 y 49.1 de la Ley 7/1988, de los perjuicios ocasionados por la falta de justificación de las subvenciones otorgadas por el sector público y, en su caso, de la posible responsabilidad contable a que hubiere lugar como consecuencia de esa ausencia de justificación.

La ausencia de justificación suficiente de las subvenciones recibidas constituye un supuesto de alcance en los fondos públicos de acuerdo con el artículo 72.1 de la citada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y con la interpretación de dicho precepto formulada por la Sala de Justicia del propio Tribunal en resoluciones como la Sentencia 4/03, de 7 de mayo.

Por otra parte, para que exista responsabilidad contable han de concurrir todos y cada uno de los elementos que establece el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con el artículo 49.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas referidos preceptos y que, en síntesis, son los siguientes: a) Daño o perjuicio en los caudales públicos producido por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos; b) Infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad; y c) Relación de causa–efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

La responsabilidad contable es, por tanto, una responsabilidad por daños y como tal, aún siendo imprescindible el incumplimiento, por parte del gestor, de las obligaciones que le competen, no deriva directamente del hecho mismo de dicho incumplimiento, sino de la probada existencia y realidad de los daños ocasionados, ya que no sería concebible que naciera un deber de resarcimiento sin haberse producido y acreditado el perjuicio, carga de la prueba que compete a quien reclama la reparación.

En consecuencia, es imprescindible analizar si se ha ocasionado algún daño o perjuicio en los fondos públicos, que sea consecuencia del incumplimiento por parte de los demandados de las obligaciones que les competen, y que exista entre su actuación ilegal y culpable y el daño ocasionado el adecuado nexo de causalidad.

En este sentido, como antes se dijo, la falta de justificación de los fondos subvencionados y, en su caso, su no reintegro, puede dar lugar a la figura del alcance, entendido como saldo deudor no justificado de una cuenta, ya se origine bien por la simple ausencia material de numerario (en todo o en parte) a que la cuenta se refiere, bien por la falta de soportes documentales o de otro tipo que avalen o acrediten suficientemente el resultado negativo observado.

Por lo tanto, resulta evidente que los perceptores de subvenciones, créditos, avales y otras ayudas procedentes del sector público resultan obligados a su reintegro total o parcial cuando no puedan justificar total o parcialmente la inversión de los fondos recibidos a la finalidad para la que fueron otorgados.

Asimismo, debe recordarse que no resulta admisible en nuestro Ordenamiento Jurídico hacer una interpretación de las normas que haga inviable el control jurisdiccional a que anteriormente hemos hecho referencia. Ello supondría hacer dejación de las obligaciones constitucionales que competen a los Tribunales de Justicia en el control de la actividad de las Administraciones, desde el punto de vista de la legalidad y del examen y comprobación de que efectivamente aquella actuación ha respondido al fin que la justifica.

En el presente caso, no nos hallamos en esencia ante una partida que habilita un uso discrecional de fondos públicos, ni siquiera estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado cuando se dice que los grupos municipales deben destinar el importe a “atender a su funcionamiento”. Es sabido que discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, entre indiferentes jurídicos, cuando la decisión está basada en criterios extrajurídicos que como tales son ajenos al control judicial y en consecuencia no podrían constituir objeto procesal idóneo (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987, Sala Tercera). El concepto jurídico indeterminado surge cuando la Ley no precisa bien la esfera de la realidad a la que atañe, sin perjuicio de lo cual alude a un solo supuesto concreto, de manera que la aplicación de tal concepto no admite más que una solución.

Por el contrario, aun cuando no se delimita de forma detallada qué gastos pueden sufragarse con cargo a dichas subvenciones, deben ser para “atender a su funcionamiento” (artículo 28, apartado segundo, de la Ley 6/88 de 25 de Agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia) y a tal fin “deben llevar una contabilidad específica de dicha subvención que estará siempre a disposición de la Corporación y se justificará ante la misma...” (artículo 24 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de T.), con memoria de actividades y justificación contable (acuerdo del Pleno de la Corporación de 13 de junio de 1996), y la contabilidad y documentos justificativos serán informados por la intervención (acuerdo del Pleno de la Corporación de 28 de septiembre de 1999).

No existe en cambio una norma que haga una enumeración concreta de los gastos que son considerados como tales, ni de lo que se entiende por “justificación contable”, no obstante, sí está clara la finalidad que deben cumplir y que todo gasto exige control.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOQUINTO

Por lo que respecta, en concreto, a la valoración a efectos probatorios de los diversos documentos examinados, debe recordarse la doctrina mantenida por la Sala de Justicia del

Tribunal de Cuentas sobre este particular (Sentencia, por todas, 4/1995, de 10 de marzo), que señala que la justificación de los pagos *“no debe quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos, dado que de admitirse esta posibilidad nada le impediría, bajo la apariencia de escrupulosas justificaciones, sustraer los fondos a su cargo o consentir que otro lo hiciera o aplicarles a usos propios o ajenos (siempre de naturaleza privada), sino que ha de acomodarse en tiempo y forma a lo legal y reglamentariamente establecido, de tal suerte que los documentos que sirven de soporte a los pagos (y a los ingresos) deben correr unidos a su cuenta de referencia, bien inmediatamente, bien dentro de los plazos de su permitida justificación, y han de observarse para que puedan ser estimados como tales, una serie de requisitos formales todos ellos inexcusables, que despejen cualquier género de duda sobre la adecuada tramitación de los mismos”*.

No debe olvidarse, además, que el Tribunal Supremo dice en Sentencia de 19 de septiembre de 2003, que la falta de justificación *“mediante los obligados y necesarios recibos, facturas, etc. que constituyen un requisito esencial en la rendición de cuentas”*, hace surgir un descubierto por alcance, y en Sentencia de 6 de octubre de 2004 sostiene que *“el que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca el descargo, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas”*.

La aplicación de esta Jurisprudencia al presente caso, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, ha exigido una minuciosa comprobación de todos y cada uno de los documentos obrantes en autos, al objeto de distinguir aquéllos que reunían requisitos formales suficientes para acreditar el pago de aquéllos otros que carecían de las formalidades mínimas exigibles para poderles reconocer dicho valor probatorio.

Se han examinado todos los justificantes aportados, los informes de Intervención obrantes en autos y el resto de pruebas practicadas. El criterio seguido basado en la doctrina jurisprudencial antes expuesta, ha consistido en dar por justificados los gastos soportados por facturas, recibos, tickets o incluso albaranes, aun cuando presenten deficiencias de tipo formal, siempre que esté identificado el concepto, el importe, el proveedor y el destinatario (bien a través del nombre, denominación social, DNI o CIF), si bien en cuanto a los gastos en restaurantes u otros de pequeña cuantía, como gasolina, correos o desplazamientos, se han admitido las facturas, recibos y tickets de los establecimientos aun cuando no esté identificado el destinatario del servicio.

No se han admitido, en cambio, los justificantes que no reúnen esos requisitos ni aquéllos que son genéricos, aunque estén en papel con membrete del grupo municipal, si no se han adjuntado las facturas, recibos o tickets correspondientes que acrediten el gasto efectivamente realizado.

En cuanto a las cantidades abonadas a las personas que han prestado servicios a los grupos municipales, el artículo 24 del Reglamento Orgánico de la Corporación, en su redacción de 24 de noviembre de 1992, señala que *“... los Grupos Municipales dispondrán, si así lo desean, de personas de confianza para el desarrollo de las tareas que les son propias en la Institución”*, y aun cuando el artículo 73, apartado tercero, de la Ley 7/85, de Bases del Régimen Local, al que se refieren parte de los demandados en sus escritos, dispone que *“El Pleno de la Corporación, con*

cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica (...), sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación”, la citada redacción fue introducida por la Ley 11/1999 de 21 de abril (publicada el 22 de abril del mismo año), y por lo tanto, conforme al artículo 2.1 del Código Civil, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE y no tiene efectos retroactivos. Por lo tanto, se han admitido los justificantes correspondientes a las cantidades abonadas a quienes fueron contratados para prestar servicios a los grupos municipales, tanto si fueron pagadas sus retribuciones directamente por los citados grupos como si se abonaron a los Partidos Políticos para esta finalidad, siempre que así esté acreditado. Además se admiten, en su caso, los abonos realizados en concepto de Seguridad Social.

Por lo que se refiere a las cantidades abonadas en concepto de gastos de representación y las transferencias a los Partidos Políticos, dado que conforme al artículo 28 de la Ley 6/88 de 25 de Agosto, al artículo 24 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de T. y a los acuerdos del Pleno de la Corporación antes expuestos, las subvenciones a los grupos municipales tienen por finalidad contar con asignaciones económicas para atender su funcionamiento y éstos deben llevar una contabilidad específica y justificarlas ante el Pleno, sólo se han admitido si están soportadas con documentos que acrediten el gasto final al que se han destinado, ya que de admitirse la entrega de dichos fondos a terceros como justificantes del gasto sin ningún otro documento que acredite su destino real, quedaría vaciado de contenido el control que debe realizarse de dichos fondos.

En cuanto a las cantidades abonadas por los grupos municipales a los Concejales con cargo a las citadas subvenciones por desempeño de funciones de cargo público en el Ayuntamiento de T. debe tenerse en cuenta que:

- El artículo 75 de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local vigente en la época en que se produjeron los hechos y el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, regulan las retribuciones de los miembros de las Corporaciones Locales, señalando el primero que las mismas *“consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias...”*
- Con fecha 28 de agosto de 1995 el Pleno del Ayuntamiento acordó fijar las retribuciones de los Concejales de la Corporación en función de su asistencia efectiva a las sesiones de los órganos municipales (folio 201 de la pieza separada de prueba de Don J. M. C.).
- En la misma sesión el Pleno de la Corporación acordó, asimismo, fijar las subvenciones correspondientes a los grupos municipales, disponiendo la Ley 6/88 de 25 de Agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, artículo 28, apartado segundo, que *“los Grupos*

Políticos mediante acuerdo plenario que así lo disponga podrán contar con asignaciones económicas para atender a su funcionamiento”.

- El Ayuntamiento de T. abonó a los Concejales de la Corporación diversas cantidades por su asistencia a las sesiones de los órganos colegiados (folios 12 a 64 de la pieza separada de prueba de Don A. M. B.).

No existe en la época en que se produjeron los hechos norma alguna que impida que los grupos municipales abonen a sus integrantes, ya sean Concejales o no, las cantidades que estimen oportunas, tanto fijas como variables. El problema surge cuando se abonan con cargo a una subvención concedida por la Corporación para sufragar los gastos de funcionamiento de los grupos municipales, ya que deben acreditarse los gastos concretos a que se han destinado y que éstos se ajustan a la finalidad para la que está prevista la subvención.

Aun cuando los grupos municipales ostentan unas amplias facultades para decidir el destino de los fondos percibidos, las mismas no son atribuciones ilimitadas, sino que tienen unos contornos precisos que no pueden excederse, siendo además necesario que quien percibe los fondos justifique el uso de los mismos. Tampoco puede olvidarse que de admitirse el abono a los miembros de la Corporación de cantidades fijas mensuales por el desempeño de funciones de Concejales, ello supondría de facto un incremento de sus retribuciones con cargo a fondos públicos del Ayuntamiento sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 7/1985 y en el Real Decreto 2568/1986 antes citados.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, sólo se tiene por justificado el gasto consistente en el abono de cantidades fijas a los integrantes de los grupos municipales si está acompañado de las facturas o documentos que acrediten el destino último de dichos fondos.

Finalmente, a los efectos de fijar el posible menoscabo se ha seguido el criterio de computar todos los justificantes admitidos en cada ejercicio y en aquellos casos en que éstos excedan de la subvención percibida se ha reflejado como subvención no justificada la cantidad de 0 pesetas y no se han aplicado a otros ejercicios al ser subvenciones de carácter anual.

Una vez fijados los criterios generales, procede su aplicación a los diferentes grupos municipales. Con el fin de una mayor claridad expositiva se han computado las partidas de gastos como figuran en los informes de la Intervención (fundamentalmente cuando se trata de importes íntegros o netos), salvo en aquellos casos en que ha sido necesario apartarse del criterio seguido (como en los certificados anuales de retenciones, que se han computado por el importe íntegro, y en otros supuestos para evitar dobles contabilizaciones), motivo por el que existen discrepancias entre las cantidades consignadas en los informes de la Intervención y los aquí reflejados.

FUNDAMENTO DE DERECHO VIGÉSIMO

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, los artículos 72 y 49 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Sala de Apelación de este Tribunal a que anteriormente nos hemos referido, se ha producido un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de T., como consecuencia de la falta de justificación por los

integrantes de los mencionados grupos municipales de parte de las subvenciones percibidas para su funcionamiento en los ejercicios 1995–1999, que asciende a 31.526.341 pesetas (equivalente a 189.477,13 €), según el siguiente desglose:

GRUPO MUNICIPAL	IMPORTE (PESETAS)	IMPORTE (EUROS)
POPULAR	18.678.063	112.257,42
MIXTO	7.365.046	44.264,82
SOCIALISTA	2.476.008	14.881,11
IZQUIERDA UNIDA–LOS VERDES	3.007.224	18.073,78
TOTAL	31.526.341	189.477,13

La falta de justificación o el incumplimiento de las condiciones impuestas para el disfrute de una subvención por parte del beneficiario de la misma constituyen claros supuestos de alcance en los que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del citado ilícito contable, como ya se anticipó en líneas anteriores.

Así, el menoscabo o descubierto en los fondos públicos configurador del alcance se produce al no destinar el importe de la subvención al fin para el que fue concedido o no justificar adecuadamente dicha aplicación. Por otra parte, tal incumplimiento por parte del beneficiario constituye una conducta gravemente negligente por cuanto omite un deber que asumió.

Una vez fijados los perjuicios ocasionados a los fondos públicos del Ayuntamiento de T. por la falta de justificación de las subvenciones percibidas por los distintos grupos municipales a que se refieren las presentes actuaciones, que asciende al importe total de 189.477,13 €, con el desglose antes expuesto, queda por resolver la imputabilidad de las responsabilidades contables a los diferentes demandados o, por contra, declarar su falta de responsabilidad. Para ello hay que poner en conexión la conducta de los mismos, aquí enjuiciada, con los requisitos previstos en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, y 49.1 de la Ley 7/1988, a los que ya se aludió en el Fundamento de Derecho decimocuarto.

Resulta incuestionable, siendo además hecho de pacífica aceptación por todos los litigantes, que al no ostentar los grupos municipales personalidad jurídica (por todas Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 16 de mayo de 1994), es en los integrantes de los mismos en cada legislatura en quienes recae la condición de perceptores de las subvenciones percibidas.

Ello nos conduce, en primer lugar, a atribuir en el caso que nos ocupa la condición de perceptores de subvenciones a los integrantes de los respectivos grupos municipales, pues con independencia de que el grupo municipal sea el receptor nominal de las subvenciones, éstas se perciben por sus integrantes, al carecer aquél de personalidad jurídica. Por tanto, en cuanto

perceptores de fondos públicos son susceptibles de exigírseles responsabilidad contable directa, pues serían ellos realmente quienes en su caso incurrirían en las conductas de autor recogidas en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

Resulta evidente que los perceptores de subvenciones, créditos, avales y otras ayudas procedentes del sector público están obligados a su reintegro total o parcial cuando no puedan justificar total o parcialmente la inversión de los fondos recibidos con la finalidad para la que fueron otorgados. Desde este punto de vista la interrelación existente entre el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de 5 de abril de 1988, con el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, hace incuestionable que deben ser declarados responsables contables directos del reintegro de los perjuicios ya referidos los demandados en su condición de integrantes de los respectivos grupos políticos municipales, por el importe correspondiente, lógicamente, a su respectiva formación política.

Ninguno de estos demandados ha probado que desconociera que se hubieran obtenido las mencionadas subvenciones públicas, desconocimiento que, por otro lado, aun resultando inverosímil pondría igualmente de manifiesto su falta de diligencia.

Los demandados eran los responsables de la gestión de las subvenciones percibidas y, en consecuencia, deben ser declarados responsables contables solidarios de la falta de justificación de la debida aplicación de las subvenciones percibidas por el grupo municipal al que pertenecían a la finalidad para la que fueron concedidas.

Dicha falta de justificación implica vulneración de la normativa aplicable y constituye una conducta ajena al canon de diligencia que le es exigible, siendo además causa jurídicamente relevante de unos daños ocasionados al erario público municipal que pueden calificarse de reales, efectivos, económicamente evaluables e identificables respecto a concretos caudales o efectos públicos, esto es, subsumibles en los requisitos previstos en el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, 7/1988, de 5 de abril.

En su virtud, a la vista de los artículos 26, 38 y 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 y 52.1 de la Ley de Funcionamiento antes mencionada, debe condenarse a: ...

EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Las representaciones de los grupos popular y de Izquierda Unida–Los Verdes alegan respectivamente que falta el requisito de haberse dado infracción de la legalidad presupuestaria–contable, el primero, reiterando que era al grupo a quien incumbía apreciar sus necesidades, debiendo diferenciarse de la dedicación a sus funciones en el Ayuntamiento; los segundos sostienen que incurre en error la sentencia al haber considerado como subvenciones las asignaciones recibidas por los grupos municipales.

La solución a estas alegaciones obliga a recordar la normativa reguladora del régimen jurídico de las percepciones que pueden obtener los grupos municipales en concepto de subvención para posteriormente discernir si las discutidas cantidades recibidas por dicho concepto para “gastos de funcionamiento” de los grupos municipales del Ayuntamiento de T. se pueden o no tener por

justificadas a los efectos de la declaración de responsabilidad contable; la percepción de este tipo de subvenciones por los grupos políticos locales aparece prevista en la actualidad en la normativa general de régimen local (artículo 73, apartado 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; dicho precepto, en la redacción introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril, estableció que el Pleno corporativo, con cargo a los presupuestos anuales, podría asignar a los grupos políticos una dotación económica, sin que puedan destinarse, entre otras limitaciones, al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación; es por ello por lo que, como bien razonó la sentencia impugnada en su fundamento de derecho decimoquinto, la prohibición de destino que contempla dicha norma no pueda resultar aplicable a los hechos controvertidos. Asimismo resultan de aplicación el 27 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, que contempla la posibilidad de que tales grupos cuenten con una asignación económica que deberá acordar el Pleno corporativo y con una infraestructura mínima de medios materiales y personales que pondrá a su disposición el responsable del área correspondiente; a nivel autonómico, la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, prescribe en su artículo 28, apartado 2º que *“los grupos políticos, mediante Acuerdo plenario que así lo disponga, pondrán contar con asignaciones económicas para atender su funcionamiento”*; por su parte, el Reglamento Orgánico de la Corporación de T., en su art. 24, modificado en sesión celebrada el día 26 de noviembre de 1991, preveía en su aptdo. 1 que *“el Ayuntamiento pusiera a disposición de los grupos políticos municipales locales y medios suficientes y les asignara con cargo a su presupuesto una asignación fija, quedando los mismos obligados a justificar la asignación anual dentro del primer trimestre del año posterior a su percepción”*. La no justificación, compuesta por una memoria y extracto de contabilidad, acompañando las facturas o justificantes compulsados conllevará la pérdida del derecho y la devolución de las cantidades no justificadas; según el apartado 2, dichos grupos debían llevar una contabilidad específica de dicha subvención que debía hallarse a disposición de la Corporación y justificarse ante la misma, previa petición al Pleno por el grupo municipal o a requerimiento de la Alcaldía.

Al hilo de lo razonado en la sentencia impugnada en su fundamento de derecho decimotercero, sobre dicho marco normativo, el Pleno del Ayuntamiento de T., en sesión celebrada el día 28 de agosto de 1995 adoptó, en lo que resulta relevante para la resolución de las cuestiones suscitadas en esta alzada, los siguientes acuerdos: 1. La fijación de las retribuciones e indemnizaciones a percibir por los miembros corporativos con especificación de las del Alcalde-Presidente con dedicación exclusiva en importe bruto mensual y de las de los Concejales por su asistencia efectiva a sesiones de diversos órganos colegiados municipales; asimismo, las subvenciones a los grupos políticos municipales, según el número de sus miembros, desde uno hasta 10 o más, en importe anual incrementado por cada concejal integrante de dichos grupos; finalmente, se aprobó el incremento anual y carácter retroactivo de las señaladas retribuciones, indemnizaciones y subvenciones, así como una asignación por importe de un millón de pesetas (1.000.000 ptas.), de carácter anual, a repartir entre los 3 grupos municipales entonces constituidos (popular, socialista y de Izquierda Unida), a partir del año 1996 y en concepto de gastos de funcionamiento (material de oficina, material informático, fungibles, etc.)

Debe igualmente destacarse que, en fecha 13 de junio de 1996, dicho órgano plenario acordó que todas las subvenciones y transferencias concedidas deberían justificarse ante el Pleno corporativo con memoria de actividades y justificación contable, así como que el mismo aprobó las cuentas correspondientes a los ejercicios presupuestarios 1995 a 1999, y acordó que todos los grupos municipales presentaran ante el Ayuntamiento la contabilidad específica de las subvenciones percibidas. A la vista del marco normativo que se hallaba en vigor al tiempo de suceder los hechos litigiosos (período 1995–1999), las dotaciones económicas asignadas por el Pleno del Ayuntamiento de T. a los grupos municipales constituidos en los referidos ejercicios presupuestarios no tenían, desde el punto de vista del control, otra limitación sino la constituida por la obligada justificación contable en sus aspectos formal y material, (memoria y extracto de la contabilidad, facturas o justificantes de gastos debidamente compulsados), a disposición de la Corporación; en efecto, aquellas ayudas o subvenciones no estaban sujetas a las prohibiciones de destino introducidas en el apartado tercero del artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por la Ley 11/1999, de 21 de abril, que, en lo que atañe a este pleito y que, con buen criterio, como bien razonó la sentencia impugnada, en su fundamento de derecho decimoquinto, lleva a tener por justificados todos aquellos gastos realizados por los grupos municipales que, a tenor de la prueba practicada, aparecen respaldados por los correspondientes justificantes de las cantidades abonadas a aquellas personas que fueron contratadas, en su día, para prestar servicios a los referidos grupos locales, ya fueran pagadas por éstos directamente o por los partidos políticos con idéntica finalidad, así como los abonos realizados en concepto de Seguridad Social (la prohibición introducida, se refiere, entre otros supuestos, precisamente a la imposibilidad de destinar la dotación económica asignada a los grupos políticos al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación).

Ambos recurrentes vienen a denunciar un error en la apreciación o valoración jurídica de las ayudas a ellos otorgadas que habría llevado a la Consejera a calificarlas como subvenciones cuando en realidad se trataba de asignaciones que recibieron de la Corporación, correspondiendo, según sostiene la defensa de los entonces miembros del grupo municipal de Izquierda Unida–Los Verdes al propio grupo la apreciación de sus necesidades distintas a sus funciones corporativas; el ordenamiento en vigor aplicable a los hechos litigiosos al que hemos hecho mención, además de prever la posibilidad de percepción de este tipo de asignaciones económicas para sufragar los gastos de funcionamiento de los grupos municipales, acotaba como también hemos visto, las obligaciones formales que pesaban sobre ellos sobre la justificación de los gastos realizados (memoria de actividades y justificación contable).

La Consejera de Cuentas en primera instancia, sobre la prueba ponderada en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, no se ha desviado del ejercicio de su propia jurisdicción respecto a las pretensiones oportunamente deducidas, habida cuenta que, como órgano de la jurisdicción contable competente para conocer del asunto litigioso, ha tenido que establecer sus propios criterios hermenéuticos acerca de los elementos o materiales que integran el substrato fáctico del proceso para, en cada caso, tener o no por justificados materialmente los gastos realizados por los grupos municipales perceptores de las subvenciones (así el artículo 49.1 de la Ley 7/4988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, incluye en su ámbito aquellas pretensiones de responsabilidad contable que se deduzcan contra las personas o

entidades receptoras de subvenciones procedentes del sector público); por una parte, en línea con lo razonado en el fundamento jurídico decimotercero de la resolución impugnada, las cantidades percibidas por dichos grupos en el período litigioso (1995 a 1999) se libraron con cargo a los créditos correspondientes consignados en el presupuesto de gastos de cada ejercicio de la Corporación de T., siendo revisadas e informadas las cuentas de dichas operaciones por la Comisión Especial de Cuentas previa a la aprobación por el Pleno corporativo.

La pretensión de estos recurrentes no puede prosperar por cuanto su razón esencialmente descansa en que, una vez concedidas las ayudas a los grupos, éstos gozarían de una habilitación para disponer discrecionalmente de los fondos asignados con tal de justificar posteriormente el cumplimiento de los requisitos formales repetidamente señalados; bien cierto es, como también señala la resolución recurrida en su fundamento de derecho decimocuarto, y de ello debe partirse, que la expresión “gastos de funcionamiento o para atender su funcionamiento” (ex artículo 28, apartado 2º de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia), no delimita ni detalla qué gastos pueden sufragarse con cargo a dichas subvenciones; así, tampoco cabe señalar norma jurídica alguna, al tiempo de suceder los hechos, que determinara o enumerara en concreto los referidos gastos; sin embargo, por su propia naturaleza y finalidad, que sí aparecen claras en la litis (se trata de subvenciones o dotaciones económicas otorgadas por la Corporación a los grupos municipales constituidos para subvenir a sus gastos de funcionamiento), los perceptores se encuentran obligados a responder contablemente de su correcta utilización que impide el destino de tales fondos públicos a otros fines que no sean los municipales; en este sentido, el artículo 23 del también citado Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (R.D. 2568/1986), prescribe que “los miembros de las Corporaciones Locales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos”; se trata, en definitiva, de facilitar, en el ámbito local, la actuación de dichos grupos mediante la asignación de una dotación económica que no es inmune al control administrativo ni jurisdiccional.

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOTERCERO

Alegan las representaciones legales de los demandados que fueran miembros de los grupos municipales socialista y de I. U.-L. V., la ausencia del elemento intencional en los hechos (dolo, negligencia grave o mala fe), los primeros, por haber incurrido en más gastos que el importe percibido como subvención para su funcionamiento, por lo que no hubo ánimo de lucro, y, los segundos, en tanto no puede existir respecto a las cantidades percibidas correspondientes a períodos en que no se hallaban integrados en el grupo de Izquierda Unida-Los Verdes del Ayuntamiento de T., ya que las mismas nunca les fueron entregadas a ellos.

Respecto a este requisito subjetivo para la exigencia de responsabilidad contable, esta Sala ha señalado que la culpa o negligencia consiste, a tenor del artículo 1.104 del Código Civil, en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; en el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es especialmente intensa, ya que la omisión de la diligencia adecuada en la administración de los caudales o efectos públicos puede generar un menoscabo en los mismos, susceptible de un reproche social cualificado (Sentencia

9/03, de 23 de julio), por lo que debe exigírsele una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones para preservar el patrimonio de la comunidad, (Sentencias 16/04, de 29 de julio y 4/10, de 2 de marzo). Para determinar dicha diligencia habrá que tener en cuenta el sector del tráfico y el entorno físico y social en que se proyecta la actuación del gestor, a quién, cuando lo es de fondos públicos, se exige con especial rigor el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencia 16/04, de 29 de julio); la negligencia grave resulta predicable de quien omite las cautelas exigibles a una persona normalmente prudente, incurriendo en un descuido inexcusable, incompatible con la formación, conocimientos, experiencia y responsabilidades encomendadas o lista de deberes atribuidos (Sentencias de 17 de diciembre de 1998 y 4/06, de 29 de marzo). La previsibilidad es, por tanto, un elemento esencial a la hora de valorar la posible conducta culposa de forma que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos; dicha exigencia de prever hay que considerarla, en todo caso, en la actividad normal del hombre medio, pero siempre, como hemos visto, en relación con las circunstancias que le rodean (Sentencia 6/10, de 2 de marzo).

Del material fáctico–jurídico que integra esta litis se deriva que los impugnantes que han invocado la falta de este requisito, todos ellos miembros integrantes de los entonces grupos políticos municipales constituidos en la Corporación Local de T. en el período que se extendió desde julio del año 1995 a junio de 1999, no han logrado demostrar en el curso del proceso la ausencia de culpa o negligencia grave en su conducta que pudiera haber llevado a eximir o a atenuar su responsabilidad contable en los hechos; en efecto, debe partirse de la declaración de hechos probados que acreditan, después de una revisión por el órgano “a quo” “in totum” y en profundidad de la documental incorporada a los autos, que tales dos grupos municipales percibieron con cargo a los presupuestos municipales y no justificaron adecuadamente determinadas cantidades percibidas en concepto de subvención para gastos de funcionamiento; asimismo, que pesaba sobre ellos una obligación jurídica de justificación en cuyo establecimiento participaron activamente en su calidad de miembros corporativos del Pleno municipal que fue acordando sucesivamente el contenido y forma de dicha justificación.

Como bien razona la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho vigésimo, los perceptores de aquellas subvenciones fueron las personas que integraron los distintos grupos municipales en el mandato corporativo que nos concierne y no dichos grupos, por carecer éstos de personalidad jurídica; así señala que resulta incuestionable la legitimación pasiva de dichas personas miembros de los respectivos grupos, como, además han aceptado los propios litigantes; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso–administrativo, Sección 2ª, de 16 de mayo de 1994 viene a corroborar este criterio cuando razona en su Fundamento de Derecho cuarto que *“la actuación de los grupos municipales se desarrolla en el ámbito interno de la Corporación según se desprende del régimen jurídico contenido en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por R D 2568/1986, de 28 de noviembre; así, si bien su papel facilita el funcionamiento de los órganos colegiados del Ayuntamiento, no sustituye a los miembros de la Corporación”*; en el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de Justicia en Auto de 16 de septiembre de 2004, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero se razona: *“..como se desprende de la normativa aplicable a los grupos políticos municipales, en particular, el artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril,*

Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como el artículo 23 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, dichos grupos políticos desarrollan una función estrictamente corporativa, sin que tengan atribuida personalidad jurídica, tal como puede deducirse igualmente, de la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC de 6 de marzo de 1985, 3 de octubre de 1988, 25 de enero de 1983, 31 de mayo de 1993 y 9 de diciembre de 2002). Pero al mismo tiempo no puede desconocerse que a pesar de no poseer personalidad jurídica, sí les son reconocidas determinadas obligaciones en materia contable y económica por su entronque institucional con la estructura de los partidos políticos. En ese plano, su actividad puede suponer la percepción de recursos procedentes de la financiación pública y, en contrapartida, el sometimiento al control económico-financiero del Tribunal de Cuentas, en el marco de las normas sobre financiación de grupos políticos, cuyo exponente es, fundamentalmente, la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo.”.

Debe también señalarse que a dichos miembros incumbía la obligación de justificar debidamente en fondo y forma la aplicación de los fondos públicos recibidos, mediante la acreditación de su destino al fin para el que fueron concedidos (gastos de funcionamiento) y la presentación de los correspondientes documentos (facturas, recibos, tickets, albaranes u otros); la falta de esta demostración material y formal nos sitúa en la esfera de la responsabilidad contable por culpa o negligencia grave de los referidos miembros corporativos, quienes no fueron capaces de agotar la diligencia debida para evitar el daño derivado de la falta de justificación (no apuraron los controles mediante la adopción de las suficientes precauciones que hubieran evitado dicho riesgo, incluso, aunque presentaran formalmente algunas justificaciones); así, lo vienen razonando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (por todas, Sentencia de 29 de septiembre de 2004) y de esta Sala de Justicia.

3.4.2. Complementos retributivos

SENTENCIA 12/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Expuestos los fundamentos de la Sentencia apelada, debe profundizarse en el tratamiento que la doctrina más reciente, emanada de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, viene dando a las cantidades fijas y periódicas percibidas bajo el concepto de productividad, significando que, si bien se refieren, en su mayoría, a la productividad abonada por la Dirección General de la Policía, la doctrina que contiene sobre dicho concepto retributivo es igualmente aplicable respecto de otras Administraciones y organismos y, particularmente, al caso que nos ocupa.

Para un mejor entendimiento de la cuestión, hemos de empezar señalando que todas las Sentencias a las que haremos referencia parten de la definición de la productividad contenida en el artículo 23.3 c) de la Ley 30/1984 antes expuesta; la productividad es una retribución complementaria destinada “... a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo”.

Su cuantía global, por otro lado, no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano, que se determinará en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio económico. El responsable de la gestión de cada programa de gasto, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias, debe de determinar, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos, la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario. Y, en todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado, así como de los representantes sindicales.

Con base en lo expuesto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de octubre de 2002, caracterizó dicho complemento como *«una remuneración al especial rendimiento, dedicación y actividad extraordinarias no contemplados a través del complemento específico y al interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo; nunca, sin embargo, puede ser contemplado el mismo como una retribución complementaria inherente a un puesto de trabajo. Dado el carácter personalista y subjetivo del complemento de productividad la Administración, de forma discrecional, y atendiendo al cumplimiento de los requisitos necesarios, podrá proceder a la adjudicación de forma individualizada atribuyendo o no este complemento retributivo a determinados funcionarios y en determinadas ocasiones y períodos»*.

En definitiva, y como a continuación expone la precitada Sentencia, *«el complemento de productividad se configura en nuestro derecho, como un componente retributivo no periódico, de carácter personalista y subjetivo, no ligado directamente con el desempeño de un concreto puesto de trabajo, sino relacionado con el trabajo directamente desarrollado, con la finalidad de remunerar aquella actividad que se realiza más allá de la normalmente exigible, en calidad o en cantidad, y, en fin, encaminado a premiar o compensar el particular celo del funcionario»*.

Sin embargo resulta que, en ocasiones, la Administración establece una retribución de carácter objetiva y periódica bajo el concepto de complemento de productividad. Así sucedió en el caso que nos ocupa. El Pleno del Ayuntamiento reguló (vid. Acuerdo de 2 de julio de 1992) el complemento de productividad de forma objetiva, y fijó un montante de productividad anual para los puestos de Secretario–Interventor y Alguacil de 55.813 ptas. y 25.903 ptas., respectivamente, sin consideración alguna a los criterios que definen dicho complemento.

En casos como el que nos ocupa, lo que existe es una desvirtuación de las notas características que definen el concepto de productividad; de manera que, como señalan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 31 de octubre de 2002 y de 10 de enero del mismo año; del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de diciembre de 2004; así como del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 7 de septiembre de 2007, *“primero, se ha regulado como retribución periódica que se devenga mensualmente, segundo, ha contemplado el derecho a su percepción por el mero hecho de desempeñar un puesto de trabajo concreto de los que ha especificado, sin tener para nada en cuenta la forma singular en que cada funcionario afectado desempeña el concreto puesto de trabajo que sirve, y, en fin, tercero, ha convertido en objetivo lo que en su propia esencia no lo es”*.

Ello lleva a que la jurisprudencia que citamos concluya en que estamos ante una desnaturalización del concepto de productividad “al punto de convertirlo en una retribución periódica, fija y objetiva cuyo derecho a su percepción nace por el mero hecho de desempeñar un concreto puesto de trabajo”. Pero añada que, en estos supuestos, la Administración se ha *“autoimpuesto un determinado régimen jurídico que no es otro que el mismo que existe en nuestro derecho para las retribuciones complementarias periódicas, fijas, objetivas y anudadas al desempeño de un puesto de trabajo”*. Precisamente por ello, al ser su verdadera naturaleza la de una retribución fija y periódica (realmente el concepto retributivo más apropiado sería asimilarlo al Complemento Específico) la jurisprudencia que citamos ha venido admitiendo el derecho a su percepción sin ningún tipo de cortapisa. Y ha llegado incluso a admitirla en situaciones en las que no existe correlativa prestación de servicios, como los de ausencia al trabajo por vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios, traslado de domicilio habitual, asistencias a cursos, cumplimiento de deberes inexcusables o asistencia a exámenes, supuestos todos ellos que impedirían percibir el complemento de productividad.

En razón de lo expuesto no se comparte en este punto concreto el criterio de la Sentencia apelada. Y así, lo abonado al Interventor y al Alguacil bajo el concepto retributivo de productividad, aunque pueda no responder realmente a su naturaleza, –pues no se destinó a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa de los citados funcionarios–, era una cantidad debida, ya que el Pleno de la Corporación estableció las retribuciones señaladas de cara al futuro y sin consideración a dichas circunstancias.

En definitiva las retribuciones discutidas, aun abonadas bajo el concepto de productividad, pudieron no responder realmente a dicho concepto retributivo, sino que, al menos, materialmente, se convirtieron en una retribución objetiva, fija y periódica, no dependiendo el derecho a percibir las de cumplimentar las circunstancias previstas en los artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 y 5 del Real Decreto 861/1986, ni ser necesario que, por la Corporación, se hubieran previamente establecido criterios objetivos asignados a ambos puestos de trabajo cuya cumplimentación originare el derecho a percibir dichas retribuciones.

Pero, además de todo lo anterior, y considerando de especial relevancia para la sustanciación de la presente controversia la doctrina de los Tribunales contenciosos–administrativos que hemos detallado, creemos necesario efectuar algunas consideraciones adicionales aplicables a la jurisdicción contable en el supuesto que nos ocupa.

Y es que no detectamos, en todo caso, la existencia de un alcance a los fondos públicos que sea efectivo y evaluable económicamente. Ni los acuerdos administrativos del Pleno se impugnaron nunca ante el orden Jurisdiccional Contencioso–administrativo. Ni se superaron los porcentajes de la masa salarial que la legislación estableció para el complemento de productividad. Ni está probado por el demandante que no existiera en los periodos objeto de controversia el especial rendimiento o dedicación de quien percibió el complemento de productividad. Ni sería factible cuantificar el “quantum” del alcance, precisamente por no conocerse los criterios de reparto establecidos, al no venir los pagos, por dicho concepto, acompañados por un certificado o acuerdo de la autoridad que proceda, que justifique el reparto de dicho complemento. En definitiva, no se producen los supuestos necesarios para el nacimiento de un alcance en los términos que esta Sala lo ha configurado desde la promulgación de nuestras Leyes propias. Los

efectos jurídicos de la Sentencia apelada, en este punto, desembocarían en un resultado anómalo. Los claveros del Ayuntamiento deberían devolver a las arcas municipales la bolsa total de productividad abonada durante dos ejercicios económicos sólo por el hecho de que dicha bolsa fue repartida según unos criterios lineales que el demandante presume, pero no puede demostrar, que no se compadecieron con lo establecido en la normativa vigente. Y es que no es esta jurisdicción la que debe entender de supuestos como los que ahora se someten a nuestra consideración, que supondrían una intromisión en las facultades discrecionales de los gestores públicos, controlables, eso sí, por el orden contencioso-administrativo (con la solución, por otra parte, a veces contraria a los argumentos jurídicos de quien se opone a la apelación, como hemos indicado anteriormente). En definitiva, y como hemos indicado anteriormente, los pagos en cuestión son consecuencia de unos actos válidos adoptados por quien tenía la competencia y se han justificado con las nóminas correspondientes percibidas por el Secretario-Interventor y el Alguacil, que son los beneficiarios de los mismos. No son, en consecuencia, pagos que esta Sala pueda considerar como no debidos.

Por todo ello, y al no apreciar la existencia de un alcance en relación a las cantidades satisfechas en concepto de productividad, no procede sino estimar en este punto el recurso de apelación y revocar la Sentencia apelada en cuanto declaró la existencia de un alcance por importe de NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (9.889,32 €) por este concepto.

SENTENCIA 1/2012, DE 31 DE ENERO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

En particular, para determinar la existencia del daño en los fondos públicos y la responsabilidad por el mismo de Don S. H. T., se ha tenido en cuenta por el Consejero de instancia el informe elaborado por la Unidad de Apoyo Técnico a los Ayuntamientos de la Diputación Provincial de Ciudad Real, de fecha 10 de julio de 2007, que puso de manifiesto que el Sr. H. T. había percibido retribuciones indebidas en relación con el complemento de agrupación y en relación con las pagas extraordinarias. Asimismo, se ha tenido en cuenta en la primera instancia la nómina aportada, por el hoy apelante, con el escrito de contestación a la demanda del mes de junio de 2003, las cantidades por él reconocidas en dicho escrito, así como los mandamientos de pago aportados al procedimiento, puesto todo ello en relación con las cantidades que para los funcionarios públicos establecen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2002 a 2005. Dichos medios de prueba han sido analizados por el juzgador de primera instancia y tratados en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia hoy recurrida.

Esta Sala de Justicia, por tanto, no encuentra en el material probatorio del proceso, ni tampoco en los argumentos de la impugnación, motivo suficiente para apartarse de la valoración que de la prueba hizo el Juzgador de primera instancia.

En el presente caso, la sentencia recurrida ha realizado una valoración libre y conjunta de la documentación aportada y de las restantes pruebas practicadas y, como consecuencia de esta valoración, el juzgador de instancia en su fundamento de derecho quinto ha concluido que

puede considerarse probado que el recurrente, Sr. H. T. era el Secretario–Interventor del Ayuntamiento de F. y conocía el cálculo de las gratificaciones y de las pagas extraordinarias que figuraban en las nóminas que él mismo elaboraba, y que por razón de sus conocimientos y de su cargo era conocedor de que superaban los límites legalmente establecidos, así como que ha existido un alcance en los fondos públicos resultante de las irregularidades contables detectadas en el Ayuntamiento de F. y que ese menoscabo efectivo e individualizado es imputable a la conducta dolosa del condenado.

Por último, el apelante alega que tenía derecho a percibir complemento específico y que las cantidades percibidas como gratificaciones extraordinarias incluidas en las pagas extraordinarias eran legales al remunerar su especial régimen de jornada de trabajo, horario y vacaciones, lo que le obligaba a desempeñar horas extraordinarias, y a trabajar los sábados y domingos. En lo que toca a esta cuestión, hay que hacer hincapié, como se recoge en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia, en que ese régimen especial de jornada o especial dedicación a que se encontraba sometido lo era como consecuencia de ejercer su puesto en tres municipios, que es lo que justificaba la percepción del complemento de agrupación y que en todo caso, en lugar de duplicar las pagas extraordinarias, se deberían haber abonado dichas cantidades en concepto de complemento específico, que es el que está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, etc.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala considera que la parte recurrente no ha probado hecho alguno que pueda llevar a modificar la apreciación que de la prueba ha efectuado el juzgador de instancia.

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

Afirma el recurrente que no ha quedado constatada la concurrencia de dolo o de grave imprudencia. Como recoge la sentencia de instancia, el dolo civil se caracteriza por dos elementos específicos: un elemento intelectual, que es la conciencia o conocimiento de que la actuación que se está realizando puede causar un resultado dañoso y un elemento volitivo, es decir, la voluntad de causar y conseguir ese resultado. El hoy recurrente, en el acto de juicio, reconoció que era consciente de que las gratificaciones y pagas extraordinarias que figuraban en las nóminas que él elaboraba superaban los límites legales establecidos, afirmando que en justicia le correspondían como compensación a su especial régimen de trabajo. Por lo tanto, el Sr. H. T. no sólo no empleó la diligencia que le era exigible como Secretario–Interventor para evitar el daño causado a los fondos del Ayuntamiento, sino que él mismo lo produjo, en su propio beneficio, por lo que no cabe sino rechazar las alegaciones efectuadas en el recurso también sobre este particular.

FALLO

LA SALA ACUERDA:

“PRIMERO.- Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos municipales del Ayuntamiento de F el de CATORCE MIL QUINCE EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS (14.015,04 €).

SEGUNDO.- Declarar como único responsable contable directo del alcance a Don...

TERCERO.- Condenar a Don... al reintegro de la suma en que se cifra el alcance.

CUARTO.- Condenar a Don... al pago de los intereses calculados con arreglo a lo previsto en el artículo 71, 4ª, g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

QUINTO.- Las costas causadas a Doña... deberán ser abonadas por la parte demandante.

SEXTO.- Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable en las cuentas y balances del Ayuntamiento de F., según las normas contables correspondientes”.

SEPTIMO.- No procede hacer pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en esta instancia de acuerdo con lo razonado en el fundamento de derecho duodécimo.”

SENTENCIA 4/2012, DE 28 DE FEBRERO

EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Sentado lo anterior, y entrando en el examen de la pretensión de responsabilidad contable planteada en el presente procedimiento por el Ministerio Fiscal, relativa al abono por el Ayuntamiento de a cuatro Concejales de “indemnizaciones por lucro cesante”, por importe total de 15.300,00 €, y a tres Concejales Delegados de Servicios de dietas, por importe total de 16.700,00 €, no cabe otra cosa que afirmar que dichos abonos infringen el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales establecido legalmente.

Ahora bien, la contravención de la normativa reguladora del régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales no es susceptible de generar, por sí sola, responsabilidad en este procedimiento, dado que hay que partir del contenido de las pretensiones que pueden suscitarse ante esta jurisdicción contable.

El artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone que las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios, y que los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

El contenido, pues, de la pretensión contable consiste en el reintegro del alcance o la indemnización de los daños o el abono de los perjuicios y, en ambos casos, con los intereses

legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios. Por lo demás, el artículo 59.1, último párrafo, insiste de acuerdo con el criterio constante de la doctrina sobre la materia, en la realidad o efectividad del daño o perjuicio, lo que significa que éste ha de ser real y no meramente potencial o posible, descartando especulaciones acerca de perjuicios contingentes o dudosos. De la misma forma, el carácter evaluable del daño o perjuicio significa que son indemnizables todos los que se produzcan sobre los caudales o efectos públicos, pues el único requisito es la susceptibilidad de valoración económica.

Por tanto, en el ámbito de esta jurisdicción contable lo más relevante es que se haya producido un daño en relación a determinados caudales públicos y que, además ese daño sea efectivo y evaluable económicamente, siendo necesario para ello la concurrencia de todos y cada uno de los elementos configuradores de este tipo de responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, este órgano jurisdiccional considera de forma indubitada que el abono por el Ayuntamiento de a cuatro Concejales, de determinadas cantidades mensuales en concepto de “indemnizaciones por lucro cesante”, por importe total de 15.300,00 €, previstas en las Bases de Ejecución del Presupuesto Municipal correspondientes al ejercicio de 2007, al no constar en los autos la dedicación expresa (exclusiva o parcial), de estos Concejales ha supuesto un pago indebido y, en consecuencia, ha originado un daño efectivo y evaluable económicamente a los fondos municipales.

Las indemnizaciones por lucro cesante, es decir, aquellas compensaciones que acordaba el Pleno de la Entidad por el lucro cesante o daño emergente de los miembros de la Corporación como consecuencia del ejercicio de los cargos en la misma estaban reguladas en el artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Sin embargo, esta Ley introdujo cambios en el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales, incluyendo la dedicación parcial retribuida y con alta en el Régimen General de la Seguridad Social para los cargos con responsabilidades que lo requieran y limitando las indemnizaciones al resarcimiento de los gastos ocasionados en el ejercicio de su cargo, “según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno Corporativo”. Por tanto, en el ejercicio de 2007, época a la que se refieren los hechos objeto de este procedimiento, no se podía compensar el lucro cesante.

A mayor abundamiento, es de resaltar, que el artículo 13.5 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, determina que tales gastos (los ocasionados por el ejercicio del cargo) han de ser efectivos y justificados documentalmente, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido apruebe el Pleno Corporativo, y así, el Pleno del Ayuntamiento de Las V. de R., en sesión celebrada el 26 de enero de 2007, aprobó las Bases de Ejecución del Presupuesto para el ejercicio de 2007, en las que en la correspondiente a indemnizaciones, dietas y gastos de desplazamientos a miembros de la Corporación (Base 12ª), se establecía que las dietas de los Sres. Alcalde, Tenientes de Alcalde y Concejales quedaban fijadas en lo establecido en la Orden 3771/2005, de 2 de diciembre, del Ministerio de Economía y Hacienda, y los gastos de vehículo propio se calcularán a razón de 0,19 € por kilómetro recorrido. Sin embargo, la Orden anteriormente señalada revisaba la cuantía de

los gastos de locomoción y de las dietas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, siendo, la Orden 3770/ 2005, de 1 de diciembre, la que revisaba el importe de la indemnización por uso de vehículo particular establecida en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

En efecto, el precitado Real Decreto regulaba en la época a la que se refieren los hechos objeto de la controversia planteada, las indemnizaciones por razón del servicio, mediante la concesión de las comisiones de servicio, con la determinación de su duración, los gastos de viaje y las dietas para gastos de alojamiento y manutención, exigiendo que los importes abonados correspondan a lo realmente gastado y justificado, circunstancia que no se ha producido en el caso de autos, habiéndose producido un pago, por importe de 15.300,00 €, que, por su falta de justificación, sólo puede calificarse de alcance según los términos acuñados por la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal que señala que para que podamos hablar de alcance de fondos públicos es necesario la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado. El descubierto injustificado puede obedecer bien a la pura y simple ausencia material del numerario –en todo o en parte– a que la cuenta se refiere, bien a la falta de soportes documentales o de otro tipo que avalen o acrediten suficientemente la no justificación del resultado negativo observado, y no se puede hacer abstracción de que todos los pagos procedentes del erario público, independientemente de su destino y de la persona que los ordene, han de estar suficientemente respaldados por una justificación (ya en firme, es decir acompañando al libramiento cuando éste tiene lugar, ya “a justificar”, cuando el pago ostenta este carácter y se une al respectivo documento contable de la operación pagadora con posterioridad a su efectivo cumplimiento) y que dicha justificación no puede quedar al arbitrio del que gestiona o maneja los caudales o efectos públicos –entre otras, Sentencia nº 22 de 30 de septiembre de 1992–.

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Las cuestiones que deben sustanciarse en la presente apelación son las siguientes:

- a) La condena al reintegro a dos de los tres demandados por el abono a cuatro Concejales, durante los cinco primeros meses del año 2007, de determinadas cantidades mensuales, en concepto de “indemnizaciones por lucro cesante” por un global de 15.300,00 €, y que el juzgador de primera instancia consideró que suponía un pago indebido al no constar en autos la dedicación expresa (exclusiva o parcial) de estos Concejales. El Ministerio Fiscal, en su recurso de apelación, consideró que, ni procedía la limitación cuantitativa en la responsabilidad de la Alcaldesa, ni la exclusión de responsabilidad la Tesorera, postulando que los tres demandados debían ser condenados al reintegro por su totalidad. Por su parte, el Letrado recurrente impugna la condena al reintegro, defendiendo que tales cantidades no eran susceptibles de ser consideradas como alcance en los fondos municipales.
- b) La no consideración como alcance del pago de la cantidad de 16.700,00 €, que percibieron tres Concejales Delegados de Servicios desde los meses de julio a diciembre del año 2007 bajo el concepto de “dietas”. El juzgador de primera instancia consideró que significaban compensaciones económicas por asunción de responsabilidades o mayor dedicación de actividades añadidas a su cargo de Concejales. El Ministerio Fiscal

impugna dicha resolución, solicitando una condena al reintegro por los tres demandados, por no tener tal afirmación respaldo legal ni apoyatura documental.

La Sentencia apelada, a los efectos de condena al reintegro, diferencia dos situaciones, que se derivan de los dos períodos del ejercicio 2007, esto es, antes y después de las elecciones municipales de aquel año. En efecto, durante el primer período, no había Concejales que percibieran retribuciones “con dedicación parcial”, y los que percibieron las retribuciones “por lucro cesante”, sobre los que la Sentencia declaró la condena al reintegro, estaban conceptuados bajo la rúbrica “sin dedicación”, según se desprende del cuadro unido a Actuaciones Previas (folios 10 y 11).

En el segundo período, y como consecuencia de la constitución de la nueva Corporación (Acta de la Sesión Extraordinaria de 21 de junio de 2007) se acordó liberar a jornada completa a dos Concejales, a los que se les calificó como “con dedicación parcial”, mientras que se aprueba la concesión de “dietas mensuales” a tres Concejales, (dichos emolumentos fueron objeto de pretensión de reintegro en la demanda del Ministerio Fiscal), pero que, según el cuadro referenciado estaban calificados como “sin dedicación”.

Con carácter previo, conviene tener presente que la cuestión nuclear en la jurisdicción contable consiste en determinar la existencia o inexistencia de un daño a los caudales públicos en las pretensiones ejercitadas para su conocimiento. Esta doctrina, que es reiterada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en numerosas Sentencias (entre otras, Sentencias 7/2008, de 28 de abril y 9/2010, de 17 de mayo), la existencia de menoscabo en los fondos públicos, constituye elemento esencial configurador de la responsabilidad contable que la dota de contenido, pues, efectivamente, dicha responsabilidad tiene por objeto indemnizar al ente público perjudicado los daños ocasionados a los fondos públicos cuando concurren el resto de los elementos objetivos, subjetivos y causales contemplados en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de 5 de abril de 1988. Al ser la responsabilidad contable una responsabilidad patrimonial por daños, la existencia de éstos deviene en elemento esencial para la declaración de aquella, afirmación que se deduce de la mera lectura del artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, y que se desarrolla en el ya mencionado artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril y en el artículo 59.1 del mismo cuerpo legal, que exige que los daños determinantes de la responsabilidad contable deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados con relación a determinados caudales o efectos.

Además, la prueba de cargo sobre la existencia de daño, como elemento constitutivo de la responsabilidad contable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante; a los demandados habrá de corresponder la carga de la prueba de inexistencia de perjuicios a los caudales municipales. A estos efectos será necesario analizar si las dos actuaciones económico-financieras que son objeto de la litis se acomodan a la legalidad vigente. Solamente en el caso de contravención de normativa administrativa y presupuestaria, originarían un daño o menoscabo susceptible de resarcimiento, siempre que, además,

concurrieran los restantes requisitos exigidos por nuestra jurisdicción. A ello dedicamos los siguientes apartados de la presente Resolución.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Expuesto lo anterior, y aplicado todo ello al supuesto que nos ocupa, a partir de la reforma del art. 75 de la LRBRL, los miembros de la Corporación que, de acuerdo con la anterior redacción de dicho precepto, pudieran haber recibido indemnizaciones –entre otras, las de “lucro cesante”– ya no podrán percibir tales retribuciones por tal denominación, pues su régimen, si ocupan responsabilidades distintas a las meras asistencias o desplazamientos, y cuando no tengan dedicación exclusiva, pasa a convertirse en el que se denomina jurídicamente de “dedicación parcial” a las tareas municipales. Y se deben entender como tales, por contraposición a la dedicación exclusiva, aquéllas que, por su dedicación horaria, no absorbe todo el tiempo de una jornada de trabajo y, por tanto, permite el desarrollo de otras actividades. Además, la dedicación parcial no es uniforme, sino que admite distintos grados e intensidades, pero exige siempre la continuidad diaria y una intensidad mínima de dedicación. De esta forma, si la dedicación parcial limita en su franja superior con la dedicación exclusiva, por la inferior lo hace con la dedicación discontinua, esto es, ocasional, que solo da derecho a percibir asistencias.

Esta Sala ha declarado que, siendo nuestra jurisdicción esencialmente reparadora, si no se acredita un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, no procede realizar pronunciamiento alguno de condena, pues produciría para la Corporación un enriquecimiento injusto, derivado de unas prestaciones efectuadas cuyos pagos serían, además, reintegrados (ver, por todas, Sentencia 9/2010, de 17 de mayo). A los efectos de determinar si existió quebranto en los caudales municipales –fuera en concepto de lucro cesante, fuera en el de dedicación parcial– hay que señalar en primer lugar que ambos tienen el mismo efecto económico, cual es retribuir a aquellos concejales con mayor dedicación a las tareas municipales, aunque se haya prescindido de su correcta denominación jurídica. Por ello, obligar al reintegro de las cantidades percibidas por los cuatro concejales supondría, además, un enriquecimiento injusto, habida cuenta de que en autos consta prueba suficiente de dedicación a las tareas corporativas de los perceptores, bien sea como Concejales Delegados, bien por su pertenencia a la Comisión Permanente, que implican una dedicación superior que justifica las mayores retribuciones respecto a los restantes miembros que no realizan tales actividades.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

De esta forma queda acreditada la inexistencia de perjuicio por el pago efectivo de las remuneraciones. En este sentido, y respecto de la indebida calificación jurídica, esta Sala declaró en la Sentencia 9/2010, de 17 de mayo, que para la exigencia de responsabilidad contable no es suficiente la existencia de irregularidades o errores de denominación en los conceptos retributivos, sino que es necesario que exista efectivo menoscabo en los caudales municipales; y que dicha responsabilidad contable no existe cuando los pagos realizados correspondieron a prestaciones efectivamente desarrolladas, como es el caso que nos ocupa.

También es pertinente invocar el supuesto contemplado en la Sentencia 12/2011, de 27 de julio, en la que la cuestión controvertida era la asignación de un complemento de productividad a dos

funcionarios, establecida por el Pleno Municipal de forma objetiva, fijando un montante de productividad anual sin consideración alguna a los criterios que definían dicho complemento. En dicha Sentencia esta Sala analizó la normativa administrativa al efecto y, tras reconocer que se había desnaturalizado el concepto de productividad, al considerarla como fija, recordó que la jurisprudencia contencioso-administrativa ya había admitido el derecho a tal percepción, como remuneración fija, incluso en supuestos en los que no existía inmediata correlación con los servicios prestados, lo que también hizo esta Sala. Por ello, al considerar que tal retribución no era indebida, revocó la condena al reintegro declarado en primera instancia por ese supuesto.

Por todo ello, procede la revocación del fallo condenatorio al reintegro cifrado en QUINCE MIL TRESCIENTOS EUROS (15.300,00 €), aceptando la inexistencia de perjuicio económico en los caudales municipales de y, consiguientemente, revocar la condena al reintegro establecida para los que consideró responsables directos.

En consecuencia y al no declararse la existencia de perjuicio económico decae el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal, referente a la limitación cuantitativa de la responsabilidad contable de la Alcaldesa, así como a la exclusión de responsabilidad a la Tesorera.

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

La segunda cuestión a dirimir en el presente recurso consiste en la pretensión de reintegro que nuevamente ejerce el Ministerio Fiscal, que ha considerado como perjuicio las cantidades que en los meses de junio a diciembre de 2007, percibieron bajo el concepto de “dietas”, los concejales Delegados de Servicios (Don., Don y Don), por un montante total de 16.700,00 €.

El Ministerio Fiscal disiente del razonamiento y fallo del órgano juzgador de primera instancia por un haz de argumentaciones. En primer lugar, porque considera que las retribuciones de los tres concejales en el segundo periodo de 2007, por importe de 16.700,00 €, bajo el concepto de dietas –por error de redacción en el recurso se cita la cifra de 15.300,00 € que era la correspondiente a las percepciones del primer periodo de 2007–, y que se habían otorgado en virtud del Acuerdo Plenario de 21 de julio de 2007, sí generaban perjuicio económico, al igual que las del primer periodo de dicho año por, “lucro cesante”, pues no tenían respaldo legal; porque, al igual que dichas retribuciones, estas segundas también precisaban justificación documental, y su ausencia significaba una infracción a la normativa reguladora del régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales. En segundo lugar, invoca que, al no encontrarse los tres Concejales en régimen de dedicación exclusiva o parcial, no tenían derecho a la percepción de una retribución fija y mensual; por tanto, desde junio de 2007 la retribución por “dieta” era contraria a derecho, dado que, tanto el artículo 75 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, como el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales permiten el cobro de cantidades para indemnización de gastos ocasionados por el ejercicio de su cargo por los miembros de las Corporaciones Locales cuando estos gastos sean efectivos y previa justificación documental lo que no había ocurrido. Concluye que el Acuerdo Plenario de 21 de junio de 2007 determinó claramente los Concejales que tenían dedicación exclusiva o parcial sin que se atribuyera a los Concejales Sres., De. y R., tal régimen de dedicación.

El órgano juzgador de primera instancia ya advirtió el error de calificar como “dieta” las asignaciones mensuales que, en los meses de junio a diciembre de 2007, percibieron los tres Concejales Delegados de Servicios a razón de 1.000,00 € mensuales. El Acuerdo del Pleno distingue entre sueldo a la Alcaldesa y a dos Concejales que quedaron “liberados a jornada completa”, mientras que a los tres Concejales –que a sensu contrario no estaban liberados a jornada completa– se les remunera bajo el incorrecto concepto de “dietas”.

Esta Sala considera, ahora, coincidiendo con el juzgador de instancia que nos encontramos ante un supuesto similar al examinado en el Fundamento de Derecho anterior. Las retribuciones fijas percibidas en este periodo por los tres Concejales tendían a recompensar la mayor dedicación a las tareas de la Alcaldía, pero sin que estuvieran “liberados a jornada completa”, como ocurre con los sueldos aprobados para la Alcaldesa y para los dos Concejales. La Sentencia ahora apelada justifica la corrección de tales retribuciones, pese a su indebida denominación, por el mayor trabajo que desarrollaban los tres concejales que percibieron tal concepto retributivo.

Y es que, según el documento aportado como prueba durante el juicio contable, al que ya se ha hecho referencia en el razonamiento jurídico anterior, consta que el Concejale de Deportes (Sr. O.) en los restantes siete meses del año 2007 realizó 19 desplazamientos, cuatro de ellos a poblaciones diferentes a Toledo; que el Concejale de Sanidad, Protección Civil, Circulación y Seguridad Ciudadana (Don.), también realizó desplazamientos y viajes culturales; y que Don., aparte de su condición de Teniente de Alcalde, según consta en el acta de la Sesión del 21 de junio de 2007 aportada al juicio, como Concejale Delegado de Obras, Servicios Municipales y Patrimonio realizó en este segundo periodo 150 días de visitas a diferentes urbanizaciones.

En consecuencia, no cabe otra cosa que coincidir con la decisión jurídica del órgano de primera instancia, con admisión total de los fundamentos de derecho que dieron origen a ese fallo de la Sentencia que ahora se combate.

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Como consecuencia de todo lo razonado en los precedentes Fundamentos Derecho, no procede sino estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Don D. M. G., en la representación que ostenta de los demandadas en el procedimiento de reintegro de referencia DON., DOÑA y DOÑA., así como desestimar el recurso deducido por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia de 4 de julio de 2011, declarando la inexistencia de perjuicios económicos en los fondos del Ayuntamiento de ..., por la concesión a determinados Concejales de retribuciones por su dedicación parcial a las labores municipales, en el año 2007, bajo las denominaciones sucesivas de “indemnizaciones por lucro cesante” y de “dietas”.

SENTENCIA 16/2012, DE 17 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOTERCERO

En este caso, los hechos declarados probados por la sentencia recurrida derivan de la documentación incorporada al procedimiento y que se refieren a la ausencia de justificación de determinados pagos realizados por la sociedad municipal G. de C. y C. M., S.L. que fueron

detectadas en la fiscalización verificada por este Tribunal de Cuentas sobre el Ayuntamiento de M. y sus Sociedades mercantiles participadas, ejercicios 2000 y 2001, y que concluyó mediante la aprobación por el Pleno del Informe definitivo el día 22 de diciembre de 2004. La prueba practicada en la instancia sirvió para formar la convicción de la Consejera acerca de la falta de justificación de determinadas salidas de fondos de la citada empresa municipal para el pago de los incrementos retributivos del Gerente de la sociedad.

En la sentencia impugnada se declaró partida de alcance no por el pago de remuneraciones por la prestación del servicio de gerente al Sr. C. R., al constar en autos el contrato celebrado el 1 de abril de 2000 con la Presidenta de la Sociedad de G. de C. y C. M., S.L. y la realidad del cargo desempeñado, sino por el incremento retributivo sin justificación en estas remuneraciones, en concreto en las denominadas “gratificaciones absorbibles” que pasaron de 1.561,26 € en abril y mayo de 2000, a 1.964,77 € de junio a diciembre de 2000 y a 2.845,70 € de enero a diciembre de 2001. Por tanto, se declaró que en el año 2000 el Sr. C. R. recibió unos pagos sin justificación por importe de 2.824,57 €, como consecuencia de la diferencia entre los 1.561,26 € mensuales por “gratificación absorbible” que recibió cuando se celebró el contrato y los 1.964,77 € por cada uno de los meses de junio a diciembre. Y lo mismo para el año 2001 en el que recibió 2.845,70 € mensuales por ese mismo concepto retributivo, en lugar de los 1.561,26 € mensuales, lo que supuso en total una percepción indebida de 15.413,28 €.

Esta Sala de Justicia coincide con el criterio de la Consejera de instancia de entender indebidamente percibidos estos incrementos retributivos, ya que ni hay acreditación documental de los mismos, ni tampoco material puesto que nada se ha alegado y menos aún probado, que justifique un incremento en esas gratificaciones. En el contrato celebrado el 1 de abril de 2000 con la sociedad mercantil pública para el desempeño de este cargo de gerente no se especificó la remuneración a percibir por el desempeño del mismo, remitiéndose al convenio colectivo de Oficinas y Despachos. Dos meses más tarde de la celebración de ese contrato las gratificaciones absorbibles ya pasaron, como ha quedado expuesto de los 1.561,26 € a los 1.964,77 € y en enero de 2001, ni siquiera un año después de la celebración del contrato, esas gratificaciones llegaron a ser de 2.824,57 €. La única alegación que se hace por el perceptor de dichas cantidades es que remuneraban sus actividades de alta administración pero no se justifica porque las gratificaciones absorbibles sufrieron un incremento tan alto cuando las funciones desempeñadas eran las mismas que cuando se firmó el contrato.

Procede, por tanto, confirmar respecto a esta irregularidad la declaración de alcance realizada en la sentencia apelada que declaró como daño causado a los fondos públicos la cantidad de 18.237,85 € como consecuencia de los incrementos retributivos satisfechos al gerente de la sociedad en los años 2000 y 2001 sin justificación alguna.

3.4.3. Dietas y gastos de viaje

SENTENCIA 15/2010, DE 8 DE JULIO (ÚNICA INSTANCIA)

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Entrando ya en el estudio de los motivos del recurso que se refieren de un modo más directo a la posible responsabilidad contable por perjuicio en los fondos públicos, el recurrente afirma en primer lugar que, contrariamente a lo expresado en la resolución recurrida, las dietas y demás gastos de desplazamiento sí están justificados con la documentación aportada, se tramitaron de acuerdo con el procedimiento de gestión previsto y fueron encontrados conformes en su momento por la Universidad. Considera asimismo que ha probado su presencia en los cursos impartidos en ejecución de los contratos mediante fotografías y demás documentación mientras que la Universidad únicamente ha aportado la programación docente y de tutorías para acreditar su presencia en la Universidad en determinados días. Por su parte, tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la Universidad entienden que no se ha aportado prueba suficiente que desvirtúe las conclusiones del expediente en relación con las irregularidades en el cobro de dietas y otros gastos, además de haberse encontrado nuevas incongruencias entre la documentación aportada por el Sr. I. B. y la liquidación de las dietas.

Con el propósito de resolver esta cuestión se ha realizado un estudio detallado de la documentación aportada durante la tramitación del recurso y del expediente administrativo que ha dado lugar a las siguientes conclusiones:

1. Verificación de los gastos de manutención, alojamiento y gastos de viaje.

Se ha procedido a la verificación de todos y cada uno de los documentos contables A.D.O. (Autorización/compromiso, Obligación reconocida y Ordenación del pago sobre crédito disponible) correspondientes a los pagos realizados por dichos conceptos a D. J. A. I. B., actuando éste como Ordenador de Pagos, al objeto de determinar si dichos pagos tuvieron justificación documental suficiente.

2. Dichos documentos contables están contenidos en las siguientes orgánicas:

Orgánica nº 0115088 (CTR01-159) Análisis relacionado al factor humano, ámbito territorial, Castilla-La Mancha (Pág. 332 del Expediente de responsabilidad contable).

3. Orgánica nº 0115089 (CTR01-161) Caracterización factores humanos, ámbito territorial, Castilla-La Mancha (Pág. 383 del Expediente de responsabilidad contable).

Orgánica nº 0115090 (CTR01-160) Prevención de riesgos laborales para trabajadores del sector minero de rocas industriales y ornamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña, ámbito territorial, Cataluña (Pág. 578 del Expediente de responsabilidad contable).

4. Orgánica nº 0115091 (CTR01-162) Proyecto formativo en seguridad y prevención de riesgos laborales para trabajadores de explotaciones mineras de la Comunidad

Autónoma de Castilla–La Mancha, ámbito territorial, Castilla–La Mancha (Pág. 444 del Expediente de responsabilidad contable).

Orgánica nº 0114196 (CTR02-093) Formación en seguridad minera, ámbito territorial, Castilla–La Mancha, Valencia y Murcia y Cataluña (Pág. 773 del Expediente de responsabilidad contable).

5. Orgánica nº 01141116 (CTR02-122) Sector minero: incidencias, seguridad y trabajo. Caracterización de factores humanos y condiciones laborales en la fiabilidad preventiva del sector minero de Castilla–La Mancha, ámbito territorial, Castilla–La Mancha (Pág. 944 del Expediente de responsabilidad contable).

Orgánica nº 01141182 (CTR03-058) Formación en seguridad minera para explotaciones y canteras en diferentes localidades, ámbito territorial, diverso (Pág. 1007 del Expediente de responsabilidad contable).

6. Análisis formal de la consistencia funcional.
7. De los datos cuantitativos obrantes en los expedientes contables (A.D.O.) y en su documentación justificativa.
8. Se ha determinado el número de días por los que se procedió a la orden de pago de comisión de servicio así como los gastos de viaje y kilómetros, relativos a cada uno de los expedientes A.D.O por cada una de las orgánicas, y el agregado de todas ellas con los siguientes resultados:

Orgánicas	Número de días de comisión de servicio	Número de Kilómetros	Kilómetros / día
Orgánica nº 0115088	33 días	24.200 Km.	756,25 Km.
Orgánica nº 0115089	49 días	45.700 Km.	932,65 Km.
Orgánica nº 0115090	51 días	43.790 Km.	858,63 Km.
Orgánica nº 0115091	14 días	13.400 Km.	1.030,77 Km.
Orgánica nº 0114196	88 días	65.890 Km.	748,75 Km.
Orgánica nº 01141116	46 días	44.240 Km.	961,74 Km.
Orgánica nº 01141182	66 días	52.280 Km.	792,12 Km.
TOTAL	347 días	289.500 Km.	834,29 Km./día

- Respecto a los kilómetros recorridos. Como se puede observar en el cuadro anterior la media de kilómetros recorridos que son base justificativa de las órdenes de pago de los gastos de viaje, asciende a un total de 289.500 Kilómetros recorridos, con una media de 834,29 Kilómetros/Día con la distribución por Orgánicas que se contempla en el cuadro.

- Respecto al número de días. También en el cuadro anterior se pone de manifiesto el número de días que son base justificativa de las órdenes de pago de los gastos de manutención, con un total de 347 días en comisión de servicio, por los que se ha procedido a la orden de pago. En el análisis temporal en el que se ha realizado de estas comisiones de servicio, según la documentación aportada, se observa lo siguiente:

Comisiones de servicio por días, mes y año

	2001	2002	2003
Enero		25	8
Febrero		24	
Marzo		2	
Abril			13
Mayo			17
Junio			11
Julio		14	3
Agosto	14	19	6
Septiembre	4	25	7
Octubre	22	26	6
Noviembre	30	25	3
Diciembre	26	17	

- Respecto a las comisiones de servicio realizadas en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2001, hay que señalar que hasta el 15 de octubre de 2001 no existía contrato en vigor, pues el primer contrato se firmó con fecha 18 de octubre de 2001.
- Según puede observarse en el cuadro anterior, en el mes de octubre de 2001 la situación de comisión de servicio de D. J. A. I. B. alcanzó los 22 días, concretamente del 14 al 31 consecutivamente. En el mes de noviembre la situación de comisión de servicio alcanzó los 30 días consecutivos. En el mes de diciembre de 2001 dicha situación alcanzó los 26 días consecutivos, con excepción del domingo 2 y de los días 24 y 25.

En los meses de enero y febrero de 2002 la situación de comisión de servicio alcanzó los 49 días, todos ellos consecutivos a excepción de los domingos y el 24 de enero. En septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2002, esta situación de comisión de servicio alcanzó los 93 días de un total de 122 días naturales.

En el año 2003, se deben destacar los meses de abril y mayo, durante los cuales la situación de comisión de servicio alcanzó los 13 y 17 días respectivamente.

A la vista del análisis formal realizado, expuesto en los párrafos anteriores, la consistencia de los datos cuantitativos que constan en los expedientes contables, relativos a los días de comisión de

servicio y a los kilómetros recorridos, se manifiesta insuficiente para su consideración como justificantes para el pago.

- a) De las alegaciones realizadas en las páginas 23 a 27 de la demanda y de la documentación que acompaña a la misma.

Se ha realizado una comparación entre los datos que constan en el expediente administrativo de responsabilidad contable y los contenidos en la documentación que acompaña a la demanda respecto a los viajes realizados por el Sr. I. B. en determinadas fechas en ejecución de los contratos.

Revisión de la documentación correspondiente a los días 12 y 13 de noviembre de 2001.

Expediente	Documentación
- Pág. 701. Día 12 de noviembre de 2001: Barcelona – Almadén.	- Pág. 519 (Docs. A41-1 y 2). Días 12 y 13 de noviembre de 2001: Curso de Formación en I.
- Pág. 547. Día 13 de noviembre de 2001: Toledo.	

Revisión de la documentación correspondiente a los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001.

Expediente	Documentación
- Pág. 701. Día 19 de noviembre de 2001: Barcelona – Almadén.	- Pág. 521 (Docs. A42-1 y 2). Días 19 y 20 de noviembre de 2001: Curso de formación en Castelldefels (Barcelona).
- Pág. 426. Días 20 y 21 de noviembre de 2001: Almadén – Cuenca – Albacete – Almadén.	- Pág. 523 (Docs. A43-1 y2). Día 21 de noviembre de 2001: Curso de formación en Cerdanyola (Barcelona).

Revisión de la documentación correspondiente a los días 25, 26, 27 y 28 de noviembre de 2001.

Expediente	Documentación
- Pág. 709. Días 25 y 26 de noviembre de 2001: Almadén – Barcelona – Almadén.	- Pág. 525 (Docs. A44-1 y 2). Días 26 y 27 de noviembre de 2001: Curso de formación en Badalona.
- Pág. 374. Días 27 a 29 de noviembre de 2001: Almadén – Cuenca y Albacete - Almadén.	- Pág. 527 (Docs. A45-1 y2). Días 28 y 29 de noviembre de 2001: Curso de formación en Hellín.

Revisión de la documentación correspondiente a los días 11 y 12 de diciembre de 2001.

Expediente	Documentación
-------------------	----------------------

<ul style="list-style-type: none">- Pág. 542. Días 11 y 12 de diciembre de 2001: Illescas y Hellín.	<ul style="list-style-type: none">- Pág. 530 (Docs. A46-1 y 2). Días 11 y 12 de diciembre de 2001: Curso de formación en Albacete.
---	--

Revisión de la documentación correspondiente a los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2002.

Expediente	Documentación
<ul style="list-style-type: none">- Pág. 941. Día 18 de noviembre de 2002: Barcelona.- Pág. 1006. Días 19 y 20 de noviembre de 2002: Barcelona.	<ul style="list-style-type: none">- Pág. 531 (Docs. A47-1 y 2). Día 18 de noviembre de 2002: Curso de formación en Onda (Castellón).- Pág. 533 (Docs. A48-1 y 2). Día 19 de noviembre de 2002: Curso de formación en Villar del Arzobispo (Valencia).- Pág. 535 (Docs. A49-1 y 2). Día 20 de noviembre de 2002: Curso de formación en Alicante.

Revisión de la documentación correspondiente al día 10 de diciembre de 2002.

Expediente	Documentación
<ul style="list-style-type: none">- Pág. 935. Día 10 de diciembre de 2002: Uldecona (Tarragona).	<ul style="list-style-type: none">- Pág. 537 (Docs. A50-1 y 2). Día 10 de diciembre de 2002: Curso de formación en Fortuna (Murcia).

Revisión de la documentación correspondiente a los días 17 y 18 de diciembre de 2002.

Expediente	Documentación
<ul style="list-style-type: none">- Pág. 997. Días 17 y 18 de diciembre de 2002: Murcia.	<ul style="list-style-type: none">- Pág. 539 (Docs. A51-1 y 2). Día 17 de diciembre de 2002: Curso de formación en Olérdola (Barcelona)- Pág. 541 (Docs. A52-1 y 2). Día 18 de diciembre de 2002: Curso de formación en Les Cases D'Alcanar (Tarragona).

De acuerdo con la información contenida en los cuadros anteriores existe una falta de coincidencia entre los datos aportados por el Sr. I. B. y que constan en el expediente y los que posteriormente se acompañan a la demanda por parte del recurrente en lo que se refiere a los viajes realizados y los cursos en los que impartió ponencias y que justificaron el cobro de las dietas y demás gastos de viaje.

- b) Análisis formal de la justificación de las órdenes de pago.
- Dietas y locomoción.

El Reglamento sobre indemnizaciones por razón del servicio de la U., aprobado en Junta de Gobierno de 20 de julio de 1999, establece los documentos y las características formales que deben contener las órdenes de pago relativas a la comisión de servicio, siendo las siguientes: orden de comisión de servicio y declaración de realización de la comisión de servicio según los modelos de convocatoria aprobados en el Reglamento.

Así, conforme a la indicada regulación, en la convocatoria/comisión de servicios se especificará el órgano/cargo convocante, persona convocada, convocatoria, en la que deberá constar lugar de realización, fecha y hora de inicio, motivo de la convocatoria/orden, duración prevista/fecha y hora de finalización, programa presupuestario de imputación del gasto, medios de transporte y fecha de orden/convocatoria de la comisión de servicio. Dicho documento deberá ser firmado por el responsable del órgano convocante así como por la persona convocada.

Respecto a la realización de la comisión de servicio, en la declaración del convocado deberán constar: los datos personales, los datos de la comisión de servicio, que incluirá las localidades de destino, el motivo de la comisión, el inicio, hora, día, mes y año y su terminación y el medio de transporte utilizado. Deberá constar también la cuenta justificativa según el siguiente detalle: gastos de manutención, gastos de alojamiento y gastos de viaje. Se exigirá la declaración de veracidad de los datos por el interesado y la certificación acreditativa del director del programa.

En cuanto al cumplimiento de esta normativa en el presente caso, hay que hacer constar que el formulario de convocatoria no se acompaña en ninguno de los expedientes contables correspondientes a las orgánicas anteriormente referidas. Asimismo, y en lo relativo a la justificación de la realización de la comisión de servicio, no se concreta, para cada una de ellas, el motivo específico del viaje por destino, haciendo referencia únicamente, como motivo común, al objetivo general establecido en los contratos y convenios, de los que trae causa y que corresponden a cada una de las orgánicas. Por otra parte, tampoco se especifican, para cada uno de los destinos, los kilómetros recorridos.

Como consecuencia de todo ello se concluye que la documentación presentada no cumple los requisitos suficientes y necesarios para su consideración como justificativa de los pagos realizados.

c) Análisis de gastos diversos y otros.

De la revisión de la documentación correspondiente a los pagos realizados a D. J. A. I. B. por el subconcepto 22699 "Gastos diversos. Otros" correspondiente a la orgánica 0115090, se ha puesto de manifiesto que la declaración de los gastos correspondientes a cuatro facturas, imputadas a dicho concepto por un importe total de 20,84 €, no coincide con ningún día declarado de comisión de servicio en dicha orgánica (Págs. 710, 713, 737 y 743 del Expediente administrativo de responsabilidad contable).

De todo lo expuesto, se concluye que los pagos realizados por los conceptos de dietas y locomoción y por el subconcepto "Gastos diversos. Otros", no están justificados por lo que debe confirmarse lo acordado por la resolución recurrida, que estableció la obligación del Sr. I. B. de indemnizar a la Universidad por los importes recibidos incrementados en los intereses devengados. Cabe añadir que es la falta de justificación de los gastos y la inconsistencia de los documentos aportados por el recurrente lo que fundamentan esta conclusión. El hecho de que la programación docente y de tutorías aportada por la Universidad no pruebe la presencia del Sr. I. B. en el centro universitario y que en principio la U. diera por buena la rendición de cuentas, no son argumentos que permitan fundamentar una tesis contraria puesto que, como ya se expuso anteriormente, el control previo del gasto no impide un control a posteriori y la documentación aportada por el recurrente tampoco ha probado de manera suficiente ni su presencia en los distintos cursos organizados ni los desplazamientos realizados.

En segundo lugar y en relación con los pagos realizados a Dña. M. F. A. J., esposa del Sr. I. B. y que la resolución recurrida considera como una infracción de las reglas de incompatibilidad previstas en la legislación de contratos, la parte recurrente afirma que desconocía la sujeción a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas de los convenios celebrados con esta persona. Añade que la U. era conocedora de su relación con la Sra. A. J. y que los trabajos se desarrollaron correctamente sin que causara perjuicio patrimonial a la Universidad puesto que en cualquier caso se habría tenido que contratar a otra persona o entidad por un importe equivalente. La representación de la U. niega que la Universidad conociera esa relación conyugal y pone de manifiesto que la empresa "F. de M. y C., S.L." fue constituida por el Sr. I. B. y su esposa al 50 %, lo que ya suponía una infracción de la Ley de Incompatibilidades. A juicio de esta parte, lo relevante a efectos de este recurso es que el Sr. I. B., como responsable de la ejecución de los contratos y Centro Gestor Temporal de Gasto ha ordenado pagos a su esposa, infringiendo el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que la realización efectiva de los trabajos a que dieron lugar dichos pagos se haya podido comprobar. Asimismo considera irrelevante el desconocimiento alegado por el recurrente respecto a la sujeción de los contratos celebrados a la citada Ley.

En relación con el pago de las facturas a Doña M. F. A. J., la resolución recurrida concluyó que se había incumplido el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. del 21), en el que se establece que "En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

“...La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales en los términos que respectivamente les sean aplicables”.

En consecuencia, afirma la resolución que la incompatibilidad podría alcanzar, según lo establecido en el artículo 20.e) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. del 21), a la contratación y pago de trabajos a Dña. M. F. A. J.

Considera también que se ha producido la vulneración de lo previsto en el artículo 58.2 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19/11/2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha. En el citado artículo se establece lo siguiente: Art.58.2. *"El reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha se producirá previa acreditación documental ante el órgano que haya de reconocerlas de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día aprobaron y comprometieron el gasto". La resolución rectoral añade que, "En el caso de la realización de los trabajos encargados a Dña. M.F. A. J. por D. J. A. I. B., esposo de ésta, no existe documentación justificativa suficiente que acredite la realización de éstos, ya que los certificados que obran en el expediente han sido emitidos por D. J. A. I. B., el cual debería haberse abstenido de emitirlos, en virtud de lo establecido en las letras a) y b) del artículo 28 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/99, de 13 de enero, al tener interés personal en el asunto y parentesco con la persona, respecto de la que se certifican los trabajos."*

Señala igualmente la resolución que se ha vulnerado el principio de gestión responsable establecido en el Art. 59.1, Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha. Dicho precepto dispone que *"El ejercicio de las competencias de gestión financiera comporta la asunción responsable de las decisiones adoptadas, con independencia de los actos de control o de asesoramiento formulados por otros órganos en los correspondientes procedimientos"*.

La cuestión principal que se plantea a la hora de determinar la existencia de responsabilidad contable en la actuación del Sr. I. B. como consecuencia de los pagos realizados a su esposa, es si esos pagos se debieron realizar y si su realización produjo un perjuicio patrimonial a la UCLM. De acuerdo con la normativa citada, se debe concluir que los pagos realizados a Dña. M. F.A. J. no estaban justificados puesto que la documentación aportada es insuficiente y no especifica los trabajos

realizados. Las facturas emitidas por la Sra. A. J. que constan en el expediente administrativo (folios 363, 370, 536 y 540) realizan una descripción excesivamente genérica del concepto por el cual se emiten. Así, por ejemplo, la factura nº 5/2002, de 3 de marzo designa como concepto “Colaboración en el desarrollo del estudio de situación de incidencia del factor humano en la seguridad de los trabajadores de Castilla–La Mancha” y la factura 4/2002, de 1 de marzo incluye como tal “Asistencia técnica en el estudio de situación de incidencia del factor humano en la seguridad de los trabajadores” mientras que en otros casos se alude a la “Colaboración en acciones formativas” sin que en ningún momento se detalle en qué consiste esa colaboración o asistencia técnica prestada. Por lo tanto no existe una acreditación documental suficiente que justifique el reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda de la U.

A lo anterior se debe añadir que la certificación de que la contratación de la Sra. A. J. era necesaria, la satisfactoria valoración de su participación y la ordenación del pago han sido realizadas por el Sr. I. B. a pesar de la relación conyugal que le unía con la contratada. Con independencia de que esta contratación fuera o no necesaria, el Sr. I. B. debía haberse abstenido de intervenir en la contratación de su esposa al concurrir un evidente interés personal en el asunto así como la prohibición de contratar contenida en el citado artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es necesario aludir también al hecho de que la Sra. A. J., como representante de la empresa “F. de M. y C., S.L.”, firmara los contratos celebrados con la U. para que ésta se encargara de realizar diversos estudios y cursos de formación y que, posteriormente, la propia Sra. A. J. fuera contratada por la Universidad, a través del Sr. I. B., para colaborar en esos trabajos. No corresponde en este recurso ir más allá de los hechos ya analizados, pero no puede esta Sala dejar de destacar el carácter al menos irregular que subyace en la celebración de estos contratos.

El desconocimiento de la sujeción a esta ley alegado por el recurrente no puede ser tenido en cuenta a la hora de eximir de responsabilidad contable de acuerdo con lo previsto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. Tampoco puede estimarse que, como ha afirmado la parte recurrente, aunque no se hubiera contratado a su esposa se tendría que haber realizado igualmente el gasto en la contratación de otra persona. Esta alegación es especulativa y la justificación de la contratación por falta de medios no puede considerarse válida teniendo en cuenta la relación conyugal existente, por lo que no puede presumirse que esa contratación y ese gasto se hubiera realizado en cualquier caso.

Existe, por tanto, un perjuicio patrimonial a la U. por los pagos realizados a Dña. M. F.A. J. al haberse infringido la prohibición de contratar establecida legalmente y no haberse justificado la efectiva realización de los trabajos. En consecuencia, debe confirmarse lo ordenado por la resolución recurrida al respecto, que ordenaba que el Sr. I. B. indemnizara a la Universidad por el importe de los pagos realizados a su esposa incrementado en los intereses devengados.

SENTENCIA 12/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Por último, y en relación al abono indebido de un total de ONCE MIL VEINTISIETE EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (11.027,57 €), en concepto de kilometraje y dietas por desplazamiento del Alcalde, sin contar con suficiente justificación, la crítica a la Sentencia apelada se basa en los siguientes argumentos: a) que es un hecho incontrovertible que cualquier Alcalde debe realizar viajes para desempeñar sus funciones; b) que la Sentencia no contiene criterios para justificar los desplazamientos; c) que dichos viajes se encuentran suficientemente acreditados; y d) que los criterios de justificación son de imposible aportación.

Sin embargo, la Sentencia apelada no discute la realidad de dichos viajes, sino que los mismos se realizaron sin conexión con las funciones propias de la Alcaldía. Y para poder tener por acreditado el carácter institucional de dichos viajes, y, por consiguiente, tener por justificados los fondos públicos empleados en concepto de dietas y/o kilometraje, resulta preciso aportar las correspondientes órdenes de viaje, o justificar que se trataba de comisiones de servicio, o simplemente aportar alguna certificación o copia de actas del Pleno o de alguna Comisión en las que el Alcalde hubiera dado cuenta de las gestiones realizadas. En definitiva, resulta necesario acreditar, con los medios de prueba admisibles en Derecho, el carácter institucional de dichos viajes y no simplemente limitarse a afirmar que se llevaron a cabo.

Lo cierto es que los ahora apelantes sólo aportaron una relación en los que figura el día de desplazamiento, el número de kilómetros y el lugar de desplazamiento, sin aportar la más mínima justificación –y a ellos les corresponde la carga de la prueba conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– respecto de la relación de dichos viajes con las funciones institucionales del Alcalde. Es decir, ni en el procedimiento de instancia, ni en la presente apelación, han podido o sabido efectuar el más mínimo intento de justificar que dichos pagos obedecieran a actividad institucional alguna.

En definitiva, nos encontramos ante una total ausencia de Comisiones de Servicio firmadas por el órgano competente y, por ende, falta el contenido mínimo esencial que justifique la salida de fondos del Ayuntamiento de A. Y así, aún cuando exista constancia en autos de los viajes realizados y de las dietas percibidas por el Alcalde de la Corporación municipal, no consta documentación alguna suscrita por órgano competente que acredite el carácter oficial o institucional de tales viajes. A este respecto, conviene recordar que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo –norma aplicable también al sector local– y en la Orden de 8 de noviembre de 1994, sobre justificación y anticipos de las indemnizaciones por razón del servicio, la justificación de los desplazamientos requerirá *«la presentación, en la correspondiente Pagaduría o Habilitación, de la orden de servicio autorizada y aprobada por los órganos competentes donde se haga constar el nombre y el grupo de clasificación y categoría del funcionario; que la comisión es con derecho a dietas o pluses y/o el viaje por cuenta de la Administración; duración, itinerario y designación del medio de locomoción a utilizar; así como liquidación del importe aproximado de las dietas y, por separado, de los gastos de viaje, con expresión final de la cantidad total a percibir por el interesado»*.

De lo que se desprende la necesidad de contar, como justificación del carácter institucional de los viajes en cuestión, con las correspondientes órdenes de servicio autorizadas por el órgano competente, que no han sido, en ningún caso, aportadas por los recurrentes.

Por todo ello procede igualmente confirmar en este punto la Sentencia apelada y declarar la existencia de un perjuicio a los fondos públicos por importe de ONCE MIL VEINTISIETE EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (11.027,57 €).

3.4.4. Gastos de representación

SENTENCIA 3/2012, DE 28 DE FEBRERO

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO

Entrando ya a resolver sobre el fondo del motivo, debe empezar por examinarse la cuestión de la justificación de los gastos de representación a los que se refiere el fundamento de derecho quinto de la Sentencia apelada y que ascienden a 1.278,09 €.

Al margen de la insuficiencia documental originaria de la justificación de tales gastos, lo cierto es que como acertadamente sostiene la Sentencia de primera instancia, ha quedado suficientemente acreditado en el proceso, a través de los correspondientes extractos bancarios, el detalle de la fecha, el importe y el establecimiento en que se realizaron. Tales extractos bancarios suplen de forma suficiente la información que debiera haberse obtenido a través de facturas o justificantes.

Se trata de gastos, por tanto, perfectamente identificados tanto por el medio de pago a través del que se articularon, tarjeta Visa habilitada para gastos de representación, como por la fecha en se hicieron y por el servicio que con ellos se retribuyó.

Debe considerarse, por tanto, suficientemente probado el destino dado a los fondos, un destino cuya supuesta incorrección jurídica carece de soporte probatorio en el proceso.

En este sentido, cabe destacar que en el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid no se recoge ningún elemento probatorio que aporte algún dato que permita considerar acreditado que tales gastos no se aplicaron a fines institucionales.

Esta misma falta de prueba puede deducirse del contenido de las actuaciones previas y del resultado de la práctica de la prueba documental, testifical y de interrogatorio de las partes practicada en la primera instancia.

- No nos hallamos, pues, en el presente caso ante una tensión jurídica entre el marco de discrecionalidad controlable inherente a los gastos de representación y el requisito jurídico ineludible de que vayan destinados a fines institucionales justificados, sino ante una alegación de falta de aplicación de tales fondos a dichos fines que ni ha resultado probada ni plantea intensidad indiciaria suficiente como para invertir la carga de la prueba en perjuicio de la demandada. Es más, la valoración de la mencionada prueba realizada en este orden de cosas en la instancia, dirigida a corroborar el carácter institucional de los gastos en liza ha de prevalecer, de acuerdo con las reglas generales

sobre valoración de la prueba, frente a lo que se ha instrumentado por la parte demandante sin especial sustento acreditativo, criterio que esta Sala ha venido defendiendo con carácter uniforme en Sentencias como la 7/04, de 3 de marzo.

Por otra parte, impugna también el Letrado de la Comunidad de Madrid el criterio incorporado al apartado segundo del fundamento de derecho séptimo de la Sentencia de primera instancia, consistente en considerar suficientemente justificados gastos de representación por una cuantía de 1.221,83 €.

El soporte documental acreditativo de estos gastos obra en el proceso y se concreta en los justificantes y facturas correspondientes a cada uno de ellos.

Frente a esta acreditación documental justificativa de fechas, importes y servicios retribuidos, el Letrado de la Comunidad de Madrid esgrime que, no obstante, el objeto dado a los fondos no sería el jurídicamente exigible, esto es, el cumplimiento de fines institucionales.

Sin embargo, la citada alegación la fundamenta el apelante sólo en el hecho de que tales gastos, realizados en establecimientos de restauración, se hicieron en día festivo, o en día laboral pero fuera del horario de trabajo, o en período estival fuera de la Comunidad de Madrid.

Tal alegación, que podría resultar asumible por esta Sala respecto a gastos de otra naturaleza asociados a horarios o fechas concretas, no puede resultar en cambio suficiente para deslegitimar un tipo de gastos, como son los de representación y protocolo, que por su propia naturaleza y finalidad a menudo deben aplicarse a fines institucionales que no tienen por qué plantearse dentro del estricto horario de trabajo o área geográfica de una entidad pública.

En todo caso, frente a la justificación documental suficiente aportada, y al argumento innegable de la falta de sujeción de la actividad representativa institucional a unos horarios y jornadas concretas, no puede prosperar el argumento aislado de que los gastos se realizaron en fechas y horas ajenas a los límites de la jornada y el horario laborales de la entidad.

Nos hallamos nuevamente, como en el caso anterior, no ante la tensión jurídica entre el marco de discrecionalidad de los gastos de representación y la necesaria aplicación de los mismos a fines institucionales, sino ante una alegación de posible empleo de fondos públicos para fines distintos de los jurídicamente exigibles pero que no cuenta con más soporte probatorio que unas fechas que se consideran por el apelante inapropiadas para este tipo de gastos.

En efecto, tampoco en relación con estos gastos cabe extraer del Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, ni del contenido de las Actuaciones Previas, ni de las pruebas documental, testifical y de interrogatorio de las partes practicadas en la primera instancia, elementos probatorios suficientes como para poder considerar acreditado que estas salidas de fondos tuvieran una finalidad ajena al destino institucional que les correspondía.

No estando probada la irregularidad del destino de los fondos, y no habiendo elementos indiciarios relevantes como para justificar una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la demandada, tampoco cabe estimar la impugnación del apelante sobre este punto.

- La solución que se da en el presente fundamento de derecho es la que conecta con la Doctrina sobre los gastos de representación y protocolo que esta Sala de Justicia ha

venido defendiendo en Sentencias como la 14/2003, de 14 de noviembre, y la 18/2006, de 16 de diciembre, en las que armoniza las especificidades que afectan a la justificación de este tipo de gastos con la exigencia jurídica de que se apliquen a los fines públicos de carácter institucional que caracterizan su destino.

FUNDAMENTO DE DERECHO UNDÉCIMO

El tercer motivo en el que fundamenta su recurso el Letrado de la Comunidad de Madrid se refiere a la falta de justificación de los gastos visados con la firma digital de la Sra., especificados en el Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia apelada, y que ascendieron a 513,35 €.

- En relación con este motivo impugnatorio, debe empezar por tenerse en cuenta que esta Sala de Justicia, en Sentencias como la 10/2000, de 3 de julio, ha venido manteniendo con carácter uniforme que:

“El legislador tiene un especial cuidado en delimitar qué personas deben intervenir en las diversas operaciones necesarias para la gestión de los caudales y efectos de cada entidad perteneciente al Sector Público, y la forma de asegurar que la actividad gestora se desarrolla con la concurrencia del personal adecuado es, precisamente, el requisito de la firma. Resulta imposible aceptar que las firmas exigidas para la validez de un mandamiento de pago, de un acta de arqueo, de una factura, o de cualquier documento orientado a garantizar que unos fondos públicos se han manejado con arreglo a Derecho, constituyan un requisito superfluo sin significación jurídica. Muy al contrario, la firma de las personas que en virtud de su cargo deben participar en cada operación realizada sobre bienes o derechos de titularidad pública, tiene una innegable relevancia a los efectos de garantizar el sometimiento de la actividad económico-financiera del Sector Público al principio de legalidad, sujeción supervisada por el Tribunal de Cuentas...”

La firma, por tanto, tiene una significativa relevancia jurídica para la atribución de responsabilidades contables por alcance.

Esta doctrina que acaba de exponerse se refiere a la firma manuscrita, pero resulta trasladable con las correspondientes especialidades y matices a la firma electrónica y a la digital.

En el presente caso, según se desprende de la prueba practicada, el visado de los gastos cuya legalidad se discute no se produjo ni por firma manuscrita ni por firma electrónica (en contra de lo argumentado por el Letrado de la Comunidad de Madrid) sino mediante firma digital (como reconoce el Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión parcial al recurso de la Comunidad de Madrid).

Ello supone dos consecuencias jurídicas importantes:

- a) El uso de la firma digital de otra persona resulta más sencillo que el uso de su firma electrónica, que tiene más complejidad de acceso y más cobertura de seguridad.
- b) Los efectos jurídicos de la firma digital no alcanzan el rigor de los previstos para la firma electrónica por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

La cuestión a dilucidar para resolver sobre este motivo de la apelación no es la que se refiere a los efectos jurídicos de la firma digital en relación con la responsabilidad contable, sino si la concreta firma digital que dio cobertura a los gastos objeto de controversia resulta o no atribuible a la demandada.

La Sentencia de primera instancia considera que ha quedado probado en el acto del juicio que tenían acceso a la firma digital de la demandada y al uso de la misma diversas personas, entre otras, sus secretarías y el Director Administrativo–Financiero.

Esta Sala de Justicia ha de coincidir con el Juzgador de instancia sobre este extremo, a la vista de las declaraciones prestadas en el juicio por los comparecientes.

No puede considerarse acreditado, por tanto, que la firma digital que dio cobertura a estos gastos resulte necesariamente atribuible a la demandada, pudiendo haber sido utilizada por otras personas sin su autorización.

A ello debe añadirse que, como ya se ha dicho, frente a los mecanismos de seguridad y garantía que caracterizan a la firma electrónica, la firma digital se plantea en la práctica administrativa como una forma de suscribir documentos más vulnerables a posibles usos irregulares por terceros.

Ello supone que la adopción de cautelas y precauciones preventivas del uso irregular por terceros, en el caso de la firma digital, no puede ser tan sencilla ni tan eficaz como en el de la firma electrónica.

De ahí que la determinación del grado de diligencia o negligencia con que el titular de la firma permite el uso digital de la misma no pueda ajustarse a postulados de carácter general sino que exija una valoración específica para cada caso concreto atendiendo a las circunstancias organizativas que concurran en el mismo.

En el presente caso, de la misma manera que no ha quedado probado el uso de su firma digital por la demandada en lo relativo a los debatidos gastos, ya que pudo ser utilizada por otras personas, tampoco se ha aportado al proceso elemento probatorio alguno que permita apreciar descuido o negligencia jurídicamente relevantes en la forma de garantizar el uso seguro de la misma.

De acuerdo con la prueba practicada, el uso de la firma digital de la demandada estaba circunscrito a un ámbito subjetivo y objetivo concretos y claramente identificados.

El ámbito subjetivo al que se extendía, en la entidad, el posible acceso a la firma digital de la demandada estaba ceñido a áreas de gestión muy concretas, en especial, a su Secretaría y a la Dirección Administrativa–Financiera, lo que no permite considerar probada la concurrencia de descontrol organizativo en lo que específicamente se refiere al acceso a dicha firma digital, que como se ve no tenía una extensión subjetiva desmesurada ni indiscriminada, ni desconocida.

Desde el punto de vista objetivo, debe tenerse en cuenta que también ha quedado probado que el uso de esta firma digital estaba circunscrito a documentos administrativos muy concretos, particularmente a los diplomas, lo que supone un ámbito objetivo de utilización claramente definido y no muy extenso.

De acuerdo con lo argumentado y a la vista de las pruebas practicadas, esta Sala no puede considerar acreditado ni que la firma digital utilizada para visar los gastos discutidos hubiera sido plasmada por la propia demandada, ni que quepa atribuir a ésta una ausencia de diligencia relevante en Derecho en la relativo a la adopción de las normales cautelas y precauciones preventivas del uso irregular de su forma digital, por lo que tampoco puede ser estimado este motivo del recurso del Letrado de la Comunidad de Madrid.

Capítulo quinto

Elementos procedimentales ^{32 33}

1. Naturaleza del recurso de apelación ³⁴

SENTENCIA 29/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Para decidir la impugnación, debe seguirse, en el análisis de las cuestiones planteadas, el propio criterio expositivo de la Sala, en virtud del principio "*iura novit curia*".

³² J. J. Barrenechea, (Juan J. Barrenechea de Castro, *El Tribunal de Cuentas ante el futuro: en el XX aniversario de su Ley Orgánica*, Revista española de control externo, Año 2002, Vol.. 4, Número 12, Fascículo: 1,pág. 136) propone modificaciones en el cauce procedimental aplicable a la exigencia de responsabilidad contable, al señalar: "...No entendemos las razones por las que el legislador en la normativa de la LOTCu establece que a la pretensión de alcance se le apliquen los trámites del juicio declarativo que corresponda por razón de la cuantía, y a las demás pretensiones las que se deduzcan, los trámites del contencioso administrativo. Sería preferible, y en eso existe una auténtica unanimidad, que los procedimientos utilizados para exigir las responsabilidades contables fueran propios de esta jurisdicción, que tiene su propia naturaleza y contenido, y no es coincidente con los procedimientos que se aplican".

³³ Sin embargo P. Martín (Paulino Martín Martín, *Crónica de la mesa redonda sobre : "posible reforma del enjuiciamiento contable"*, Revista española de control externo Año 2002, Vol.. 4, Número 12, Fascículo: 2. ,2002, pág.166) en relación con los procesos en vía jurisdiccional, pone de manifiesto que ..."fue un acierto que la LFTCu no crease procesos propios en el campo de la jurisdicción contable. La remisión a la LEC para la primera instancia de los procedimientos por alcance y a la LJCA para los procedimientos distintos al alcance y para los de Apelación en todos los casos, supuso un reforzamiento de la jurisdicción en un momento histórico en que un sector de la doctrina y de la propia organización judicial dudaban o simplemente negaban tal cualificación. El legislador quiso dejar claro que la jurisdicción contable era una verdadera jurisdicción, en cuanto la Constitución y la Ley la facultaban para aplicar la ley (ordenamiento) para resolver conflictos a través de los procesos de las leyes ordinarias (bien civil o contencioso-administrativo), cosa que no era posible si no nos encontráramos ante órganos jurisdiccionales. Con ello, la simbiosis jurisdicción-proceso, quedaba definitivamente establecida. Después de los años transcurridos, hoy podría plantearse la conveniencia de mantener o no la dicotomía, ya que en ambas jurisdicciones hay leyes nuevas y la casación está implantada -en términos análogos- en ambas vías. Si a ello se añade que la jurisdicción contable se enmarca en el campo de la jurisdicción contencioso administrativa, la lógica jurídica nos llevaría a sostener que los procesos contencioso-administrativos (ordinario, abreviado) serían los más adecuados, unido a que, como se sabe, los recursos de casación y revisión contra Resoluciones de la Sala de Justicia del TCu, vienen atribuidas a la Sala delo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo".

³⁴ Aunque no sea ésta su ubicación más adecuada, se considera conveniente poner de manifiesto, como lo hace J.J. González Rivas (op. Cit. Pág. 28) que" los recursos de casación en materia de responsabilidad contable se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán ajustándose a la normativa reguladora de la casación contencioso-administrativa prevista en la Ley 29/1998, de 13 de julio, y deben considerarse también sujetos a la limitación cuantitativa legalmente prevista para la casación contencioso-administrativa en la Ley 29/1998 si la sentencia recurrida se dictó después de la entrada en vigor de dicha Ley. Así, se deduce del examen de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, de 17 de junio de 2004, al resolver el recurso de casación nº 8401/99, y del criterio establecido, entre otras, en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya citada, de 7 de junio de 2004 (recurso de casación 5709/1999)."

Configurada de este modo la segunda instancia, habrá de verse si la Sentencia recurrida se ajusta o no a la normativa aplicable al caso, con dos limitaciones: La prohibición de la *“reformatio in peius”* y la imposibilidad de entrar a conocer acerca de extremos consentidos por no haber sido objeto de impugnación, en base al también principio *“tantum devolutum quantum appellatum”*.

También debe recordarse la naturaleza de este recurso como recurso ordinario que permite un *“novum iudicium”*, en el que el tribunal *“ad quem”* puede resolver cuantas cuestiones se le planteen, de hecho o de derecho, valorando las pruebas practicadas en la instancia y corrigiendo la ponderación llevada a cabo por el Juez *“a quo”*; esto permite al Tribunal de apelación poder aplicar e interpretar las normas jurídicas con criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano inferior, y resolver, confirmando, enmendando o revocando lo decidido y recurrido e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente, (Sentencias del Tribunal Constitucional 124/83, 23 y 24/85, 145/87 y 194/90, y de esta Sala de Justicia, por todas, Sentencia 9/02, de 18 de diciembre de 2002).

Siguiendo la línea argumental recogida en el Cuarto de los fundamentos jurídicos de esta resolución sobre la naturaleza jurídica de esta alzada, debe destacarse ahora, que, no obstante las amplias potestades reconocidas tanto por la jurisprudencia constitucional como por esta misma Sala, a los Tribunales de apelación y, en consecuencia, a este órgano, para establecer un juicio nuevo con valoración de las pruebas practicadas y sin límite en el conocimiento de cuestiones tanto fácticas como jurídicas que eventualmente, pudieran plantearse, también debe ser considerada, en este caso, una doctrina ampliamente desarrollada por esta Sala de Justicia a través de múltiples resoluciones (por todas Sentencias 7/97, 17/98, 20/00, 16/03, 3/05 y 14/06), según la cual, el establecimiento de los hechos y la valoración de los medios de prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional es competencia del juzgador de instancia; por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud o importancia de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

En este caso, los hechos declarados probados por la sentencia recurrida se derivan de la documentación incorporada al procedimiento desde la fase de actuaciones previas, así como en la valoración que la juzgadora ha efectuado de las declaraciones realizadas a su presencia. El detalle de la prueba practicada, se contiene, en lo que resulta relevante para este punto de la litis, en los hechos probados quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la sentencia impugnada, donde se reflejan de forma sucinta y exacta las circunstancias y cantidades que conforman la decisión adoptada.

Esta prueba practicada en la instancia, que sirvió para formar la convicción de la Consejera sobre la ausencia de justificación de determinadas salidas de fondos con destino a ciertas retribuciones de dos personas de alta vinculación con la repetida empresa de capital municipal por un importe de 38.170,85 €, no puede sino ser confirmada por esta Sala, ante la falta de medios probatorios suficientes y veraces que hubieran posibilitado el triunfo de las tesis de los declarados responsables apelantes.

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Como ha reiterado esta Sala en numerosas Sentencias (ver, por todas, la 19/07, de 15 de octubre), la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia; pero esta Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo». Ello deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, que otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que representa un «novum iudicium», como en reiteradas ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional (ver, entre otras, Sentencias 124/83, 23 y 24/85, 145/87 y 295/90). Ello permite a esta Sala la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con criterio diferenciado, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre con dos limitaciones: a) la prohibición de la “reformatio in peius”; y b) la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (“tantum devolutum quantum appellatum”) (Auto del Tribunal Constitucional 315/1994).

También debe ser considerada, en este caso, la doctrina ampliamente desarrollada por esta Sala de Justicia a través de múltiples resoluciones (por todas Sentencias 7/97, 17/98, 20/00, 16/03, 3/05 y 14/06), según la cual, el establecimiento de los hechos y la valoración de los medios de prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional es competencia del juzgador de instancia; por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud o importancia de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

Es doctrina de esta Sala de Justicia, entre otras la sentencia de fecha 24 de julio de 2006, que en su Fundamento de Derecho Sexto recoge, en cuanto a la valoración de la prueba, la doctrina consolidada por esta Sala en Sentencias como la de 8 de octubre de 2003, 17 de septiembre de 2002 y 29 de septiembre de 1999, con cita de la Jurisprudencia constitucional recaída sobre este particular, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 1987 y 11 de septiembre de 1995, las cuales declaran que el momento estrictamente probatorio forma parte de la primera instancia. Y en este sentido, la Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2005 afirma que: *“Además, en ningún caso puede olvidarse que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, partes, o cualquier otro elemento probatorio, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediatez del juzgador de primera instancia, transfiriendo la apelación al Tribunal ad quem el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica*

o sí, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso”.

SENTENCIA 8/2011, DE 21 DE JUNIO

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Como es sabido, mediante el recurso de apelación, un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la Sentencia dictada por el Juez “a quo”, extendiendo su función revisora, tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal “ad quem” examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, pues tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta, bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica. Así, el Tribunal Supremo, en doctrina constante (ver, por todas, Sentencias de 30 de mayo de 1988 y de 11 de marzo de 1991), ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación.

A estos efectos, es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante, no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser tanto errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas), sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, esto es, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso. Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 destaca que «el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada». En este sentido se manifiestan también las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997; 12 de enero, 20 de febrero, 17 de abril, 4 de mayo, 15 y 19 de junio de 1998; y 28 de abril de 2008.

Pero, si bien es necesario que el recurso contenga una crítica a la Sentencia que se recurre, no es imprescindible, ni la Ley lo exige, un formalismo como el que impone la técnica del recurso de casación, con identificación precisa y concreta de los motivos en que se apoya y de las infracciones que se aprecian en la Sentencia. En relación con el caso de autos, basta con leer el escrito de apelación para observar que sí se contiene en él una impugnación suficiente de la Sentencia, y una efectiva puesta en cuestión de los argumentos contenidos en ella, manteniendo, eso sí, frente al parecer de la Consejera de instancia, los criterios o argumentos ya

utilizados en primera instancia. En consecuencia, efectuadas las anteriores consideraciones, procede ya analizar las cuestiones controvertidas en la presente apelación.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO

Por tanto, el enjuiciamiento de esta Sala debe limitarse al estudio de los motivos alegados por la recurrente sin extender su enjuiciamiento a otros que fueron objeto de discusión y debate en la instancia. Como principio general debemos partir de la base de que el recurso de apelación es un “novum iudicium” (Sentencia del TC 1998/101, de 18 de mayo (RTC 1998, 101), que permite la revisión “ex novo” de los hechos y de las pruebas practicadas y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia (Auto del TC 1998/122, de 1 de junio (RCT 1998, 122 AUTO) y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal “ad quem” la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, “... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba...” o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada (STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 264).

Debe reiterarse que esta Sala, como Tribunal de apelación, tiene atribuidas amplias potestades revisoras, según jurisprudencia constitucional, para establecer un juicio nuevo con valoración de las pruebas practicadas y sin limitación en el conocimiento de las cuestiones fáctico-jurídicas que pudieran plantearse; pero también constituye doctrina desarrollada con amplitud por esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 7/97, 17/98, 20/00, 16/03, 3/05 y 14/06), que el establecimiento de los hechos y la valoración de los medios de prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional es competencia del Juzgador de instancia, por lo que frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

Los hechos declarados probados contenidos en los ordinales decimoquinto a vigésimo de la sentencia impugnada constatan la falta de justificación de determinados pagos realizados por la sociedad municipal “P., S.L.”; la Consejera de la primera instancia obtuvo convicción sobre dicha ausencia justificativa a partir de la documental incorporada al proceso, integrada, entre otros, por el Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el día 22 de diciembre de 2004, cuyas conclusiones fueron especialmente ponderadas, tanto por su relevancia y especial fuerza probatoria como por no haber sido desvirtuadas a través de los elementos y datos aportados mediante las restantes pruebas practicadas en la litis (interrogatorio de parte en las personas de DON M. P. C-C. y de DON J. A. R. N., y de los testigos propuestos y comparecidos en las sesiones de juicio ordinario que se celebraron los días 9 de julio y 22 de octubre de 2008); respecto al mencionado substrato fáctico, los impugnantes se han

limitado a reproducir en esta alzada, con similar construcción lógico–argumental, las alegaciones que sirvieron de soporte a su posición procesal en la primera instancia; sin embargo, no han logrado introducir datos, circunstancias o elementos nuevos o distintos concernientes a la debida justificación de los pagos que, por su naturaleza irregular, fueron calificados como indebidos y constitutivos de un alcance de fondos públicos por un importe de 301.897,47 €.

Efectivamente, sobre estos hechos no se practicó otra prueba que la anteriormente descrita, una vez denegado mediante Auto de 14 de abril de 2010, en esta segunda instancia, el recibimiento del pleito a prueba solicitado por el propio Ayuntamiento de M., por su carácter extemporáneo, así como por el Ministerio Público, por su impertinencia en relación a los hechos enjuiciados. Procederemos a analizar los hechos recogidos en la meritada relación de hechos probados que han sustentado la condena; los recurrentes y adherentes no han podido acreditar tampoco la justificación de los pagos realizados a DON J. A. R. N. en diversos conceptos:

- 1º) gastos injustificados en restaurantes por un importe de 7.530,27 €, a los que no se ha dado justificación formal ni material, ya que no obra incorporada factura o documentación relativa a tales comidas ni tampoco se ha podido establecer su conexión con los fines sociales sin que se conozca su destino real.
- 2º) gastos por alojamiento por importe de 940,79 € respecto a los que el SR. R. N. no ha demostrado que el pago por el uso de una habitación destinada a asesores que no han sido identificados en el proceso, tuviera relación alguna con las funciones y tareas que vino a desempeñar a Madrid como Gerente de la sociedad “P., S.L.”
- 3º) gastos de desplazamiento por trayectos aéreos por un importe total de 3.099,03 €; los razonamientos y conclusiones contenidos en el fundamento de derecho decimotercero de la sentencia impugnada deben ser ratificados ya que no se ha introducido principio probatorio alguno que sirva para justificar la pertinencia de los cuatro viajes M.–Madrid–M., en ausencia de los propios billetes, del detalle de los viajeros así como del motivo de tales desplazamientos cuya vinculación a las funciones que correspondían al SR. R. N. tampoco ha quedado demostrada; tampoco hay motivos para modificar el criterio del órgano “a quo” sobre el abono de un importe superior al pactado (981,24 €) a DON E. S. M., al no haberse demostrado tampoco que se hubiera producido alguna variación respecto al contrato originario o que por parte del perceptor se hubieran realizado actuaciones distintas o complementarias de las acordadas por las partes.
- 4º) un pago por importe de 4.503,36 € a la empresa “D. Y P., S.L.” mediante la aportación de los correspondientes documentos contractuales, resoluciones o informes sobre la realización de los trabajos por los que se abonaron por la sociedad local dos facturas por importes respectivos de 552.096 pesetas y 197.200 pesetas (en total, 749.296 pesetas equivalentes a 4.503,36 €). No se han introducido elementos o datos que permitan a esta Sala alterar la valoración probatoria efectuada por el órgano “a quo” acerca de la injustificada salida de fondos públicos de la empresa “P., S.L.”, una vez demostrados tanto la ausencia de título válido que amparara el pago como la falta de contraprestación por la empresa perceptora; otro tanto cabe decir en relación al pago por importe de 1.777,79 € a la empresa “T., S.L.”, respecto al que no cabe apreciar

circunstancia alguna que permita enervar las conclusiones de la resolución impugnada sobre la falta total de prueba de los trabajos que bajo el concepto de “extras-modificaciones-mediciones, sector URP-NG-10”, dio cobertura al referido pago irregular, toda vez que, como reflejó el informe de Fiscalización de constante cita, la señalada empresa perceptora del abono contaba con tres trabajadores de la propia Sociedad municipal que ya percibían regularmente sus retribuciones según contrato de fecha 10 de diciembre de 1999; tampoco concurren razones para modificar la argumentación y calificación como pago indebido de un abono por importe de 60.101,21 € realizado por la mentada Sociedad al letrado SR. S. S. (hecho probado decimonoveno de la Sentencia de 6-11-2009), toda vez que no se revela circunstancia alguna en esta alzada que pueda justificarlo, por cuanto no existe constancia ni de título válido habilitante del gasto y pago (contrato u otro documento que estableciera el vínculo jurídico obligacional entre la Sociedad “P., S.L.” y el señalado Abogado), ni de la contraprestación efectivamente realizada por éste (informe, dictamen o trabajo realizado por el mismo en su calidad de Letrado en relación al objeto contractual); por último, en el hecho probado vigésimo de la resolución impugnada se tuvo por demostrada la indebida percepción por DON J. A. R. N., a la sazón Gerente de la Sociedad “P., S.L.” cuanto tuvieron lugar los hechos, de una cantidad de 37.098.051 pesetas, equivalente a 222.963,78 €; dicho importe le fue abonado indebidamente en los años 2000 y 2001 en concepto de “gratificaciones extraordinarias” habida cuenta la ausencia de acreditación, que se mantiene en ésta segunda instancia, del título o causa de la obligación a cargo de la empresa municipal (acuerdo, resolución u otro acto del que derivara el compromiso que vinculara jurídicamente a la misma a realizar el referido pago).

La solución de estas impugnaciones de los condenados en primera instancia exige partir de la aplicación en esta jurisdicción contable (cuyo contenido versa sobre pretensiones de responsabilidad patrimonial, no sancionadora), del principio civil de carga de la prueba regulado ahora en el artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (anteriormente en el artículo 1.214 del Código Civil); como señala, por todas, la sentencia de esta Sala de Justicia número 18/2008, de 3 de diciembre, en su Fundamento de derecho duodécimo, citando otras anteriores nº 10/2005, de 17 de julio y nº 19/2007, de 15 de octubre, el apartado 2 del citado precepto establece que corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídica a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*; e incumbe al demandado, a tenor del apartado 3 del citado artículo *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Además, es principio de consolidada aplicación en nuestro ámbito el del “onus probandi” establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas cabe citar su sentencia de 13 de junio de 1998, (RJ 1998/4685), *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone según otra sentencia del Alto Tribunal de 25 de marzo de 1991 (RJ

1991/2443) que “*las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos, o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuanto medios resulten adecuados*”; por tanto, únicamente si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio, habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de la prueba fueran soportados por aquel a quien le correspondía la carga de probar.

La carga de la prueba de la justificación de las salidas de fondos públicos de la Sociedad “P., S. L.”, incumbe, en esta causa, conforme a los principios y criterios expuestos, a los recurrentes, habida cuenta que en todos los abonos que se han considerado indebidos, la citada Sociedad en unos casos aceptó y pagó facturas a diversos acreedores sin que concurrieran los elementos o requisitos legalmente precisos para su realización (pagos a la empresa “D. Y P., S.L.” por importe de 4.503,36 €, a la empresa “T., S.L.” por importe de 1.777,79 €; al Letrado SR. S. S. por importe de 60.101,21 € y a DON J. A. R. N. por importe de 222.963,78 €; además de no existir documentación alguna que pudiera justificar las prestaciones realizadas por tales empresas y personas físicas, tampoco se ha introducido por los apelantes algún principio de prueba, dato o hecho relevante conocido con posterioridad a la sentencia impugnada, ni los mismos han demostrado en el proceso de modo fehaciente que las insuficiencias probatorias que afectan a los hechos tuvieran su causa en la actuación de la contraparte y no se situara en la esfera de su propia conducta que por el contrario propició la percepción de los meritados abonos a sabiendas de la inexistencia e vínculo jurídico obligacional alguno que los respaldara.

Por todo ello, no cabe sino ratificar los razonamientos y conclusiones contenidos en la sentencia recurrida sobre la ausencia de justificación de los pagos descritos, que debe incardinarse, conforme al artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en la figura jurídica del alcance de fondos o caudales públicos, tanto por haber dado lugar a un saldo deudor injustificado en las cuentas de la sociedad “P., S.L.”, como por no aparecer debidamente justificadas, en sentido amplio, dichas cuentas que estaban obligados a rendir sus gestores y representantes en razón a la titularidad pública de sus participantes sociales que ostentaba íntegramente el Ayuntamiento de M.

SENTENCIA 5/2012, DE 1 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

Como es sabido, mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el Juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal «ad quem» examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, pues tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta, bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a

su fundamentación jurídica. Así, el Tribunal Supremo en doctrina constante (ver, por todas, Sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991), ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoya la apelación.

A estos efectos, es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante, no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser tanto errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas), sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, esto es, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 destaca que «el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada». En este sentido, las Sentencias de la Sala de Justicia de este Tribunal de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997; 12 de enero, 20 de febrero, 17 de abril, 4 de mayo, 15 y 19 de junio de 1998; y 28 de abril de 2008.

Ahora bien, si es necesario que el recurso contenga una crítica a la sentencia que se recurre, no es imprescindible, ni la Ley lo exige, un formalismo como el que impone la técnica del recurso de casación, con identificación precisa y concreta de los motivos en que se apoya y de las infracciones que se aprecian en la sentencia. En relación con el caso de autos, en el escrito de apelación se pide que se dicte sentencia acordando el sobreseimiento del procedimiento por entender que existe justificación de las operaciones por las que se declaró en la sentencia recurrida partida de alcance. Sin embargo, en la fundamentación de dicha pretensión sólo se alega respecto a las cantidades abonadas en concepto de premio de pintura y de socorrista, sin que exista alegación alguna respecto a las obras de urbanización de la zona norte, a las que sólo se refiere la recurrente en cuanto a la alegación de prescripción. Debe, por tanto, esta Sala de Justicia, una vez desestimada la pretensión de la parte apelante de la prescripción, ceñirse a las alegaciones realizadas sobre las operaciones de socorrista y premio de pintura por las que se declaró partida de alcance, no pudiendo hacer pronunciamiento alguno sobre las obras de urbanización por no haberse identificado en el escrito de apelación los motivos concretos por los que considera no ajustada a derecho en este extremo la sentencia de instancia.

2. Indefensión

SENTENCIA 26/2009, DE 11 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la esencia de la indefensión, es decir la limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales o, como expresó la Sentencia 12/2007, de 24 de julio, aquella situación en la que la actuación judicial impide a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción. Por lo tanto, la indefensión constitucionalmente proscrita sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción. Ello no obstante, el derecho a la defensa no implica, en ningún caso, el derecho a que el juez coincida con la valoración de las pruebas de una de las partes, ni el derecho a obtener una sentencia favorable a sus pretensiones (entre otros, Autos del Tribunal Constitucional de 25 de marzo y 18 de noviembre de 1981).

El artículo 120.3 CE impone que las sentencias sean razonadas, como uno de los presupuestos de la tutela judicial efectiva que protege el artículo 24.1 CE en cuanto derecho fundamental de los ciudadanos, formulando reglas básicas cuya proyección se encuentra en el artículo 248.3 LOPJ, en que se pide que queden explicitados los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, y fundamentos de derecho, por lo que se exige en las sentencias la apreciación de los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse.

El Tribunal Constitucional, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, en sentencia de 22 de diciembre de 1997 afirma que:

“La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería un puro decisionismo, sino que éstas –en su caso– han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así en «una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad» (SSTC 159/1989 [RTC 1989\159] y 109/1992 [RTC 1992\109], entre otras). Ahora bien, la obligación de motivar, o lo que es lo mismo, lisa y llanamente, de explicar la decisión judicial, no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos académicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas. La Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 359) pide al respecto, nada menos pero nada más, que claridad y precisión. No existe norma alguna en nuestras leyes de

enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o en cierto modo de razonar. La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de las cuestiones que plantee y de su importancia”.

Dicho lo anterior, considera esta Sala que la sentencia de instancia ha motivado suficientemente el fallo de la misma, sin que pueda olvidarse que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que lo que sí pueden es aportar las pruebas que la normativa legal autoriza –al amparo de los principios dispositivo y de rogación– y por supuesto aducir su propia valoración de las mismas. La sentencia de instancia para declarar la partida de alcance no enumera cada uno de los documentos que considera justificativos del cobro, pero sí señala cuales son los criterios que sigue para tener por justificado éste, cuales son los documentos que examina con indicación de los folios en los que constan unidos a los autos y cuales son en cifras globales los que entiende que tienen fuerza de justificación del cobro y su importe y cuáles no. Se cumple por la resolución impugnada, por tanto, con los requisitos que constitucionalmente son exigidos para tener por motivada una resolución judicial ya que el declarado responsable contable sabe por qué conceptos se le imputa responsabilidad, cual es la documentación que sirve de base para dicha condena y cuáles son los criterios seguidos por el juzgador a quo para dar por válidos los cobros hechos por la Corporación Local, lo que de esta forma garantiza la tutela judicial de las partes en el presente procedimiento, por lo que procede desestimar esta alegación de la parte apelante.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Finalmente, y como cuestión previa a las consideraciones sobre el fondo del asunto, alega la representación procesal de los SRES. P. C-C. y G. L. la indefensión que, a su entender, se ha causado a los mismos al privarles de los medios de defensa adecuados. Entienden que la vulneración del derecho a la defensa fue causada durante la tramitación del procedimiento fiscalizador, pues no se comunicó nada a quienes habían sido miembros del Consejo de Administración de la Sociedad. Tampoco durante la tramitación de las Diligencias Preliminares, continúan manifestando, pudieron ejercitar el derecho a la defensa a fin de evitar la interposición de la demanda por el Ayuntamiento de M., pues únicamente tuvieron conocimiento del procedimiento, cuándo recibieron el requerimiento para personarse en el expediente administrativo de actuaciones previas. La representación del SR. M. P. también alude al hecho de que a su representado no se le dio trámite de alegaciones en calidad de Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad fiscalizada, sino solamente en su calidad de miembro de la Corporación municipal.

Pero, contra estas alegaciones, hay que recordar la doctrina del Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de indefensión que, en relación con la tutela judicial efectiva, exige que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado. De otra parte, la doctrina de esta Sala ha declarado que la indefensión es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes consideraciones: que las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia

8/2006, de 7 de abril); que 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); y, finalmente, que 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).

Pues bien, con base en estos parámetros resulta que no se aprecia la existencia de indefensión alguna para las partes. Durante el transcurso del procedimiento jurisdiccional han tenido la posibilidad de alegar y probar, en defensa de sus intereses, y de acuerdo con las reglas rituarías por las que se siguió el procedimiento en instancia, sin que se aprecie la existencia de perjuicio material alguno de los recurrentes. No debe olvidarse, por otra parte, que la presunta indefensión alegada se refiere a la vulneración de su derecho de defensa en un procedimiento jurisdiccional, que en ningún caso se ha producido.

En consonancia con lo anterior, si durante la tramitación del procedimiento fiscalizador no se dio trámite de alegaciones a los recurrentes, ello obedece a que el legislador establece únicamente dicho trámite respecto de los responsables del Sector o Subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas (ex artículo 44.1 de la Ley 7/1988). Consta, a estos efectos, (Epígrafe 1.5 del Informe de Fiscalización), que el Ayuntamiento de M. pudo presentar, como de hecho presentó, las correspondientes alegaciones, si bien no pudo remitirse el Anteproyecto de Informe al Alcalde-Presidente que ostentó la representación de la Corporación durante el periodo fiscalizado, al haber fallecido con anterioridad a la emisión del mismo. Esto es, se cumplió escrupulosamente la Ley en lo que se refiere al trámite de alegaciones. Si dicho trámite no fue evacuado respecto de los SRES. P. C-C. y G. L., fue porque la Ley no lo impone, ya que en el momento de concederse el trámite para alegaciones no ostentaban responsabilidad alguna en el Ayuntamiento fiscalizado.

Todo ello es consecuencia lógica de que los procedimientos fiscalizadores no se conciben como procedimientos contradictorios con el fin de depurar responsabilidades contables, sino como procedimientos que tienen por objeto ofrecer a sus últimos destinatarios (Cortes Generales y Asambleas legislativas autonómicas) un Informe sobre la actividad económico-financiera del Sector o Ente público sujeto a fiscalización. Esos Informes sí pueden poner de manifiesto hechos que puedan derivar en responsabilidades contables. En tales casos será necesaria la formación de pieza separada (artículo 45 de la Ley 7/1988) o el nombramiento de Delegado Instructor (artículo 47 de la Ley 7/1988), con el fin de proceder a un examen más detallado de los hechos, trámites para los que se requiere la citación de los presuntos responsables contables.

De igual modo, la apertura de Diligencias Preliminares –que no son de por sí un procedimiento contradictorio– tiene como único objeto filtrar los hechos de los que tenga conocimiento la Sección de Enjuiciamiento, de forma que sólo se turnen al Delegado Instructor aquellos en los que existan indicios de responsabilidad contable por alcance (ex artículo 46.1 de la Ley 7/1988). Esto es, se trata de un simple trámite cuyo objeto es decidir, sin entrar a examinar a fondo los hechos, si existen o no indicios de responsabilidad contable por alcance. Por ello la Ley no exige ni citar al presunto responsable contable, ni recibir alegaciones del mismo –quien, por otro lado, puede no estar determinado en dicho momento–, sino sólo del Ministerio Fiscal y de los

eventuales legitimados activos para el caso de que el Consejero de Cuentas pretenda el archivo de los hechos que conozca por no revestir caracteres de alcance (ex artículo 46.2 de la Ley 7/1988).

Por todo lo expuesto, no se aprecia indefensión alguna, por no haber sido concedido trámite alguno de alegaciones, a los SRES. P. C-C. y G. L., durante la tramitación del procedimiento fiscalizador ni durante la tramitación de las Diligencias Preliminares. Ni tampoco tiene relevancia alguna el hecho de que el SR. M. P. conociera el anteproyecto de informe de fiscalización en su calidad de miembro de la Corporación municipal y no como Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad fiscalizada. Lo que es relevante es que existe constancia de que todos ellos fueron citados para la práctica de la liquidación provisional por el Delegado Instructor; y de que pudieron alegar y probar en instancia lo que tuvieron por conveniente en defensa de sus derechos e intereses.

SENTENCIA 1/2011, DE 1 MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

La segunda de las infracciones alegadas se refiere a la vulneración del derecho de defensa contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución por haberse denegado por el Consejero de instancia la práctica de la prueba consistente en oficiar a la Agencia Tributaria a fin de que remitiera copia del modelo 347 (de operaciones con terceros) de la mercantil G. V., S.L. y D. J. M. P. B. de los años 1997 y 1998. Esta prueba fue solicitada por el demandante en el acto del juicio al amparo del apartado segundo del artículo 435 de la LEC que dispone: *“Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.”*

El objeto de esta solicitud era que la Agencia Tributaria certificara la relación existente entre la empresa G. V., S.L. y D. J. M. P. B. La diligencia fue rechazada por el Consejero de instancia al considerar que no corresponde a la Agencia Tributaria certificar la existencia de dicha relación jurídica, amén de que dicha prueba pudo haberse solicitado con anterioridad en el momento procesal oportuno y no se hizo. Esta Sala de Justicia denegó asimismo la práctica de esta prueba en segunda instancia al coincidir con el criterio del juzgador de instancia y ratificó su decisión al desestimar el recurso de súplica interpuesto por el apelante contra el auto de 15 de diciembre de 2009 por el que se denegó el recibimiento a prueba de esta segunda instancia.

Considera la parte recurrente que la denegación de esta prueba vulnera su derecho de defensa contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución pero no precisa de qué modo la negativa del Consejero de instancia a practicar una prueba ha vulnerado este derecho fundamental ni tampoco afirma que se le haya causado indefensión. Como ya se afirmó respecto a la infracción alegada anteriormente, el juzgador de instancia motivó suficientemente su decisión al igual que hizo esta Sala al denegar el recibimiento a prueba de la segunda instancia.

A la vista de estas dos primeras alegaciones realizadas por el apelante relativas al derecho a la práctica de una determinada prueba, se hace preciso recordar que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal, sujeto a una serie de límites y que no implica el derecho a que toda prueba que se proponga por una parte deba ser admitida. Entre otras, la sentencia de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 22/1993, de 28 de mayo recoge la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que en su sentencia 167/1988, de 27 de septiembre, afirma que *"para que se produzca indefensión en casos de petición denegada de práctica de prueba habría que reprocharla al Juez o Tribunal, bien porque se hubiera inadmitido una prueba de interés relevante para la decisión, sin justificar el rechazo de modo razonable, es decir, arbitrariamente, bien porque la admisión de la diligencia de prueba y su práctica, en cambio, hubiera alterado o podido producir una solución distinta, casos en los cuales podría hablarse de indefensión, en cuanto se negaría al litigante una respuesta judicial correcta y adecuada dentro del principio al que alude el artículo 24.1 de la Constitución"*.

No puede desconocerse que el propio Tribunal Constitucional ha mantenido también en Sentencia 89/1986, de 1 de julio, que *"el derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada..."* y la denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión como ha recordado la Sentencia de este Tribunal, de 15 de febrero de 1984, puesto que esta facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas, como la de evitar dilaciones injustificadas del proceso. Por consiguiente, resulta de lo expuesto absolutamente sustentada la soberanía del juzgador para apreciar la pertinencia de los medios probatorios y, por ende, la corrección de lo acordado por el órgano a quo de manera que no se deben estimar las alegaciones de las partes relativas a la infracción de los preceptos que regulan la práctica de la prueba al no haberse vulnerado norma alguna ni haberse causado indefensión al apelante.

A mayor abundamiento y en relación con el concepto de indefensión, esta Sala de Justicia ha declarado, entre otras, en la sentencia 8/2006, de 7 de abril que *"La doctrina general del Tribunal Constitucional, para apreciar la existencia de indefensión con relevancia constitucional, como el apelante pretende, exige, en relación con la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 de la Constitución, que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado. La doctrina de esta Sala de Justicia también ha tratado de manera unánime esta cuestión (por todas, Sentencia de 5 de mayo de 1994), con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 155/88, 31/89, 145 y 196/90 de ese Tribunal). Esta Sala ha declarado que la indefensión es una noción material, que para que tenga relevancia ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas: de una parte, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 145/86, de 24 de noviembre, fundamento jurídico tercero); de otra, la indefensión prohibida en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la simple infracción de las normas procesales (Sentencia 102/87, de 17 de junio, fundamento jurídico segundo), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, fundamento jurídico cuarto) y, finalmente, que el art. 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 (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre,*

fundamento jurídico quinto). En este caso, la invocación genérica de vulneración de la tutela judicial efectiva hecha por el apelante, no reúne los requisitos exigidos para producir los efectos que el recurrente pretende. No se puede considerar que se haya desequilibrado la posición de las partes de forma que se hubiese ocasionado para el apelante indefensión durante el proceso, ni se produjo un perjuicio real a la defensa del afectado que rompió el equilibrio procesal entre las partes.”.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

Respecto de la alegación de los demandados de que la fiscalización que realizó el Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de M. y sus sociedades no respetó los derechos de las personas que constituían el Consejo de Administración de la sociedad a la que se refiere el presente proceso, y de que debió haber supuesto una investigación más a fondo, así como haber consolidado todas las cuentas del ente local y de sus sociedades (lo que habría permitido ampliar a los gestores reales las posibles responsabilidades contables y evitar que se causara indefensión a los demandados), debemos remitirnos a lo expuesto, entre otras, en las sentencias 10/07 y 19/07 de esta juzgadora, cuyos argumentos asimismo se dan por reproducidos. Así, esta última sentencia dice que:

“En cuanto a las cuestiones planteadas correspondientes a la fase fiscalizadora que ejerció este Tribunal de Cuentas, cuyo objeto fue el examen y comprobación de las cuentas del Ayuntamiento de M. y sus sociedades mercantiles participadas, y cuya finalización se produjo, previo cumplimiento de los trámites de audiencia preceptivos, no más tarde de la aprobación del Informe por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 22 de diciembre de 2004, sólo cabe decir que parecen confundir los demandados las funciones fiscalizadora y jurisdiccional que tiene atribuidas por ley este Tribunal de Cuentas.

El Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias (entre otras de 13 de diciembre de 1999, 18 de diciembre de 2002 y 21 de julio de 2004) ha señalado que el artículo 136 de la Constitución Española alude, al referirse al Tribunal de Cuentas, a las dos funciones de este órgano de relevancia constitucional: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Y, utilizando términos del Tribunal Constitucional, mientras en aquella el Tribunal de Cuentas es supremo pero no único, en ésta es único pero no supremo (STC 187/1988, de 17 de octubre y STC 18/1991, de 31 de enero), ya que sus resoluciones son susceptibles de los recursos de casación y revisión ante el Tribunal Supremo en los términos establecidos en su legislación específica (artículos 49 de la Ley Orgánica y 81 y siguientes de la Ley de Funcionamiento). Tras sentar el artículo 17 de la Ley Orgánica que la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento circunscribe su objeto al conocimiento de las pretensiones de responsabilidad contable que se deduzcan contra todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando, con dolo, culpa o negligencia grave originaren daño en dichos caudales a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario.

Así pues, el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional conoce de las pretensiones de responsabilidad contable ejercitadas por los legitimados activos, pero no puede revisar la actuación fiscalizadora que se hubiese llevado a cabo, ya que ambas funciones, la fiscalizadora y la jurisdiccional, tienen finalidades y obedecen a principios muy distintos entre sí. La función preparatoria del proceso, que equivocadamente atribuyen los demandados al procedimiento fiscalizador, corresponde a las Actuaciones Previas del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, fase en la que los interesados pueden solicitar al Delegado Instructor la práctica de diligencias e, incluso, recurrir ante la Sala de Justicia la eventual denegación de las mismas.”.

En cuanto a la alegación de que se ha vulnerado el derecho de defensa de los miembros del Consejo de Administración, ya que el Tribunal de Cuentas debería haber realizado una investigación más exhaustiva de la sociedad “P., S. L.”, y una contabilidad consolidada, debe precisarse, como se recoge en las sentencias antes expuestas, en concreto en la 19/07 que *“la posible indefensión que pudiera haberse causado en el transcurso de una fiscalización nunca sería examinable en un procedimiento de reintegro por alcance, cuyo ámbito de conocimiento no puede abarcar un control de la legalidad de un procedimiento fiscalizador previo. La pretensión relativa a la indefensión en unas actuaciones fiscalizadoras tiene sus propios cauces administrativos y jurisdiccionales, ajenos a la Jurisdicción Contable que, en materia de indefensión, sólo puede conocer de la que se hubiere causado en los juicios de responsabilidad contable, no en los procedimientos de fiscalización.”.*

Por lo que se refiere al argumento de que se ha producido una vulneración de la presunción de inocencia, debemos igualmente remitirnos a las sentencias 10/07 y 19/07, señalando esta última que *“como consecuencia del carácter supuestamente incompleto de las actuaciones fiscalizadoras, tampoco puede prosperar por cuanto parte nuevamente de una confusión entre las dos funciones del Tribunal de Cuentas (fiscalizadora y jurisdiccional) y , además, ignora que el citado principio constitucional, dada la naturaleza no sancionadora sino reparatoria de la responsabilidad contable, debe interpretarse en vía jurisdiccional contable en términos de carga de la prueba.”.*

Así lo tiene declarado la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas (por todas Sentencia 20/2001), en la que se dispone que “En lo que se refiere, por un lado, a la posible vulneración del principio de presunción de inocencia debe recordarse que, tal como ha declarado repetidamente esta Sala, su aplicación no tiene cabida en los procedimientos de responsabilidad contable, al tratarse de un principio específico del derecho sancionador que en el enjuiciamiento contable se ve sustituido por el principio de carga de la prueba propio del derecho de obligaciones, en cuyo contexto se sitúan las pretensiones resarcitorias que se ventilan en la jurisdicción que ejerce el Tribunal de Cuentas.

De acuerdo a dicho principio de carga de la prueba resulta histórico en nuestro ordenamiento jurídico que corresponde la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento. Trasladado ello al campo de las pretensiones de responsabilidad contable se traduce en que la persona que ejerce la acción indemnizatoria debe demostrar que el

sujeto de quien se pretende su declaración como responsable es alguien encargado de la gestión de los fondos públicos que han resultado menoscabados, daño cuya producción debe asimismo demostrar. Debe, por tanto, probar el cargo de fondos o valores a la persona que resulta demandada, así como el perjuicio irrogado a los caudales públicos, en tanto que el pretendidamente responsable debe, o bien contrarrestar esta prueba para producir conclusiones contrarias, o debe bien acreditar la ausencia de causalidad dañosa en su quehacer o, en su caso, la falta de dolo o negligencia grave en su actuación gestora”.

Corresponde por tanto a las partes la carga de la prueba, debiendo demostrar la parte actora que se ha producido un hecho constitutivo de responsabilidad contable y la parte demandada que concurre algún hecho extintivo o impeditivo.

Analizadas las distintas actuaciones realizadas a lo largo de la tramitación de este procedimiento así como los medios de defensa de los que se han podido valer las partes, y al margen por tanto de las actuaciones fiscalizadoras que tienen sustantividad propia y no forman parte de este proceso jurisdiccional, cabe concluir que no se ha producido vulneración alguna de los derechos de los demandados. Han podido ejercitar su derecho de defensa, y han podido proponer las pruebas que han estimado oportunas, sin que el hecho de que la parte actora no haya ejercitado la pretensión contra otras personas haya lesionado derecho alguno de los demandados en el presente proceso.

En consecuencia, conforme a lo anteriormente expuesto, deben asimismo desestimarse las pretensiones de los demandados en estos extremos.

3. Prueba

SENTENCIA 26/2009, DE 11 DE NOVIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala, entre otras, en sentencia de 14 de julio de 2006 que *“Es cierto que esta Sala ha tenido ocasión de reiterar que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido (Sentencia de 22 de enero de 2001 [RCL 2001, 1325]), pero no lo es menos que ha venido señalando que el Tribunal de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorar las fotocopias en unión de otros elementos de juicio y por ello no se impide su conjugación o valoración con otras pruebas (Sentencias de 30 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1549], 15 de octubre de 1984 [RJ 1984, 4866], 23 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2615], 18 de julio de 1990 [RJ 1990, 5948], 4 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6383], 19 de enero [RJ 2000, 110] y 1 de junio de 2000 [RJ 2000, 5090], 6 de abril de 2001 [RJ 2001, 6646], 27 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 7878], 20 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2786], etc.)”.*

El órgano de instancia valoró las copias presentadas por el Ayuntamiento junto con el resto de las pruebas practicadas, apreciando su autenticidad a partir de una valoración global de las

mismas, haciendo uso de su soberanía en la apreciación de la prueba. En este sentido cabe señalar la doctrina de esta Sala de Justicia, entre otras, la sentencia de 23 de julio de 2007 en la que se afirma que:

“Como ha reiterado esta Sala en numerosas resoluciones (por todas las Sentencias 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98), la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, en cuya presencia se practicó la prueba de forma que frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contiene no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.

A pesar de que el recurso de apelación es un “iudicium novum”, el Tribunal ad quem ha de partir de la aceptación de los hechos de la sentencia y de la valoración de los medios de prueba realizada por el juez a quo, limitándonos a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez “a quo” de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso (Sentencia de la Sala de 17 de junio de 2006).”.

En el presente caso, la parte apelante sólo hace alegaciones sobre la existencia de copias simples de la documental aportada, pero no acredita la inexactitud de las mismas o su falta de veracidad. Se ciñe, por tanto, su alegación a una mera cuestión formal como es la no existencia de una compulsa o cotejo expedido por el Secretario de la Corporación Local, sin que en ningún momento haya realizado una impugnación de la autenticidad de dichos documentos ni solicitado que el Ayuntamiento remitiese los originales para su cotejo, consintiendo de esta forma la documental recibida. El Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 2005 afirma que *“Asimismo, reiteradamente, ha declarado el Tribunal en sentencias de que son muestras las de 19 de febrero de 1963, y 10 de junio de 1981 (RJ 1981, 2519) que, una cosa es la estimación de un documento privado reconocido, como tal documento, que releva, a la parte favorecida de la prueba de su contenido y otra la valoración concreta de ese contenido, que si es realizada por el Juzgador de instancia conjugándolo con la resultancia general de la prueba, determina que la conclusión así obtenida si, razonablemente, revela la inveracidad de lo expresado en el propio documento, prevalezca como criterio interpretativo, salvo que sea desmesurado o arbitrario –sentencia de 19 de octubre de 1981–, sin que ello signifique negar la relevancia legalmente atribuida al documento así enjuiciado, el cual simplemente cede desde la perspectiva de la discrecional apreciación de las pruebas practicadas que corresponde a la soberanía del juzgador de instancia (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1414])”.*

Pues bien, como ha quedado expuesto, la parte demandada sólo pidió como prueba la remisión de copia de los recibos de pago y justificantes de ingreso, y una vez recibida la misma y examinada por esta parte, no efectuó impugnación alguna ni solicitó la remisión de los correspondientes originales, consintiendo así la documentación incorporada a los autos. La Consejera de Cuentas, a la vista de la prueba practicada, aceptó como válidas dichas copias si bien, a efectos de la valoración de su contenido sólo decidió otorgar efectos justificativos a aquellos documentos que cumpliesen los requisitos recogidos en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia apelada. Procede, por todo ello, desestimar este motivo de impugnación

de la parte apelante confirmando el criterio de la juzgadora de instancia en cuanto a la aceptación como medio de prueba de las copias remitidas por la Corporación local.

En el ámbito de la responsabilidad contable rige el principio civil de carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de junio, cuyo párrafo 2 prevé que corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, e incumbe al demandado, según el párrafo 3 del mismo artículo *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

En el caso de autos corresponde, por tanto, al demandante, probar que se ha producido un menoscabo en los fondos públicos y que el mismo es consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente culpable o negligente del demandado de lo que deriva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios causados, indemnización que no es sino el efecto jurídico correspondiente a su pretensión de demanda.

Por lo que respecta al demandado, le corresponde la carga de probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que en las arcas municipales se ingresaron todos los importes de los recibos que fueron cobrados o que esos recibos no fueron cobrados.

El principio del *“onus probandi”* establecido en el precepto citado, según ha reiterado el Tribunal Supremo, refiriéndose a su antecedente –el antiguo art. 1214 del Código Civil–, entre otras en la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone, según la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados.”*.

SENTENCIA 28/2009, DE 15 DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOSEGUNDO

En este sentido cabe destacar que esta Sala de Justicia, en sentencias como las de 4 de marzo de 2004 y 17 de junio de 2005, ha venido reiterando la fuerza probatoria que tienen los informes de fiscalización y que se concreta en su condición de medio relevante de prueba, sin perjuicio de que su contenido pueda resultar superado por las otras pruebas practicadas en el proceso lo que, en el presente caso y en relación con las irregularidades ahora examinadas, no se ha producido. Así, la citada sentencia 9/2004, de 4 de marzo afirma que *“En cuanto al valor o*

eficacia procesal de los Informes o Memorias del Tribunal de Cuentas, así como del tratamiento que debe darse a los mismos en el curso del proceso contable, se ha de señalar que no existe precepto alguno en la legislación del Tribunal de Cuentas al respecto. Por ello se hace necesario partir de dos premisas fundamentales: la primera, ya señalada, es que de acuerdo con lo señalado en el Auto del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 1984, reiteradamente mencionado, sus conclusiones no son vinculantes para los Tribunales, ni pueden afectar a las resoluciones judiciales; la segunda es que, no obstante lo anterior, se les ha de reconocer especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido y ello tanto en razón de su autoría –garante de su imparcialidad–, como de su destinatario –las Cortes Generales o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas–, así como de su procedimiento de su elaboración y de la razón de ciencia de los mismos. Para concluir, visto que el objeto de la función fiscalizadora no tiene por objeto determinar si existe o no responsabilidad contable atribuible a determinadas personas, lo que sí constituye el objeto propio de la función jurisdiccional, puede ocurrir que, a la vista de la prueba practicada, el órgano jurisdiccional contable se aparte del contenido reflejado en el Informe de fiscalización, lo cual, no obstante, debe hacerse de forma debidamente razonada y motivada. Y es que el documento en el que se plasma la actividad de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, el Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno, participa, por su contenido material, de los caracteres de la pericia que viene regulada, en la actualidad, en los arts. 335 y ss. de la LEC. Esta característica material del Informe de Fiscalización concebido como elemento probatorio en un proceso jurisdiccional contable, no viene desvirtuada por el hecho de que formalmente pueda ser calificado como un documento que, en todo caso, no participaría de las características de fuerza probatoria plena que atribuyen los artículos 317 y ss. de la Ley ritaria a los que denomina documentos públicos. Podría ser calificado, en consecuencia, el Informe del Tribunal de Cuentas, como un documento oficial que, de lo único de lo que da prueba plena es de la fecha en que se elaboró, sin que exista ningún impedimento legal para que el juez, con la valoración conjunta de los restantes medios de prueba aportados al proceso, pueda entender que se desvirtúa la presunción de veracidad de todas y cada una de las conclusiones que en el mencionado documento se plasman.”.

Y añade la sentencia 9/2005, de 17 de junio que “Al respecto, debe recordarse que el valor de esa prueba ya ha sido resuelto por reiterada jurisprudencia de esta Sala de Justicia, que atribuye a los informes de fiscalización en el proceso jurisdiccional un carácter cualificado, como documentos oficiales administrativos, de forma que, aunque se tengan por ciertos, pueden ser desvirtuados por otros medios de prueba, por lo que sus conclusiones pueden ser revisadas en el curso del proceso contable, pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo una apreciación conjunta de la prueba y, de manera debidamente motivada, apartarse, en su caso, del contenido del correspondiente Informe de Fiscalización.”.

Asimismo, debe añadirse que, como afirma la sentencia de la Sala 18/2008, de 3 de diciembre, la alegación de los informes de auditoría de la sociedad no desvirtúa el hecho de que los administradores sociales eran responsables por los actos u omisiones de quien ejercitaba las facultades delegadas. A ellos les corresponde la responsabilidad última de la gestión social, sin que sirva como excusa, para desentenderse de dicha responsabilidad, el hecho de que los informes de auditoría encargados no revelaran irregularidades. En efecto, la labor desempeñada

por los auditores se puede conceptuar como auxiliar respecto de la principal que corresponde a los administradores pero, en ningún caso, sustitutiva de la misma. La delegación de facultades y competencias fue un acto voluntario de los administradores sociales, ni impuesto ni debido, por lo que no se puede tomar como excusa o causa de exención de responsabilidad, sin perjuicio de que los informes de auditoría hayan sido valorados como prueba en la sentencia de instancia.

Como se ha dicho ya en los anteriores Fundamentos de Derecho, frente a esta valoración de la prueba realizada en primera instancia no pueden prevalecer meras alegaciones de parte que no desvirtúan los hechos declarados probados ni acreditan la veracidad de los alegados en contrario.

Una vez que se considera acreditada la existencia de un alcance por el perjuicio causado en los fondos públicos de la entidad mercantil “J. E. XXI, S.L.”, hay que proceder a estudiar la concurrencia de los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad contable, pues dicha concurrencia también ha sido cuestionada por los apelantes.

Al respecto, la Sentencia 4/1998, de 26 de febrero, de esta Sala de Justicia, entre otras, afirma que *“La determinación de si los apuntados hechos tienen suficiente relevancia para ser merecedores de reproche en la jurisdicción contable debe hacerse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en relación con lo preceptuado en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril. Sobre el particular, y tomando como referencia una interpretación conjunta de los indicados preceptos, esta Sala de Apelación ha declarado en reiteradas Sentencias –por todas, las de 30 de junio de 1992, 15 de abril de 1994, 6 de noviembre de 1995 y 21 de noviembre de 1996– que para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad de naturaleza contable ha de reunir los requisitos siguientes: a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público; d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido. En consecuencia, y en lo que aquí interesa resaltar, la responsabilidad contable, como tipo específico y autónomo que es de responsabilidad –tanto por su régimen jurídico propio, como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales–, tiene carácter personalísimo y, por tanto, y a efectos de declarar su imputabilidad por una supuesta acción culposa, es necesario calificar la entidad de ese hecho culposo y verificar la existencia o no de nexo causal entre dicha acción y el resultado final acaecido.”*

En relación con los dos primeros requisitos reiteradamente exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia para que pueda declararse la responsabilidad contable, hay que tener en cuenta que, habiéndose concluido el carácter público de los fondos de la sociedad, no cabe duda de que los administradores de la misma eran gestores de fondos públicos y ostentaban la condición de

cuentadantes de acuerdo con el concepto amplio del mismo que mantiene esta Sala de Justicia (por todas, las sentencias 14/2005, de 6 de octubre y 4/2006, de 29 de marzo). La sentencia apelada ha acreditado que los administradores omitieron sus responsabilidades en el control de la sociedad sin que el nombramiento de un gerente, en quien habían delegado muchas de sus facultades, les exima de responsabilidad. La dejación de sus funciones no supone tan sólo el incumplimiento de la normativa societaria sino que también da lugar a una infracción de la normativa que se les aplica como gestores de fondos públicos, al ser responsables de una infracción de alcance prevista en la Ley General Presupuestaria, y aplicable al ámbito de las empresas públicas según tiene dicho esta Sala en sentencias como la 18/2008, de 3 de diciembre y la 2/2009, de 18 de febrero.

La cuestión de la concurrencia en el presente caso de un elemento subjetivo es decisiva a la hora de declarar la responsabilidad subsidiaria de los administradores de la sociedad. Los recurrentes consideran que no existe intencionalidad alguna en su conducta y que la diligencia empleada en el control de la sociedad fue la adecuada. Sin embargo, la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 6 de abril de 2004 (Sentencia 11/04), entre otras, afirma que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es al menos la que correspondería a un buen padre de familia, si bien debe tenerse en consideración que la obligación que incumbe a los gestores de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos que exige una especial diligencia. Por ello, el hecho de que los administradores no ordenaran directamente los pagos no justificados no les exime de responsabilidad puesto que actuaron negligentemente en el control del gerente de la sociedad. Como ha señalado la Sala de Justicia en diversas sentencias (por todas, la sentencia 20/2007, de 16 de octubre), la omisión de la diligencia exigible a los gestores de fondos públicos debe ser calificada como culpa o negligencia grave.

SENTENCIA 29/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

El principio de carga de la prueba sustituye en el enjuiciamiento contable al principio de presunción de inocencia, ya que éste es específico del derecho sancionador; el principio civil de carga de la prueba está establecido en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, (antes, en el art. 1214 del Código Civil, derogado por la citada Ley de Ritos, Disposición Derogatoria única, apartado 2, nº 1). Según señala la sentencia de la Sala nº 13/2007, de 23 de julio, en su Fundamento de Derecho Séptimo, la aplicación del meritado principio, según ha reiterado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 13 de junio de 1998, parte de la base de que *“es necesaria en las contiendas en que, efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo cual supone que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el “onus probandi”, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991).

En el ámbito contable, lo fundamental es el daño producido en relación a determinados caudales o efectos públicos que, además, ha de ser efectivo y evaluable económicamente (art. 56.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), y la obligación que incumbe a los encargados de su manejo y custodia de rendir cuentas de su gestión; sobre ello, si lo que la ley quiere es que los hechos constitutivos –los que forman parte del supuesto de hecho de forma positiva y su existencia es necesaria para la creación del derecho– sean de cargo del actor y los demás lo sean del demandado, bastará con que el demandante acredite, como ha hecho en el presente caso, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, que ha tenido lugar un menoscabo en determinados fondos públicos y que las personas encargadas de su manejo y custodia, por el sólo hecho de ser gestores de los mismos, tenían la obligación de responder de ellos y justificar su destino, para que se puedan tener por suficientemente probados los hechos constitutivos de la responsabilidad contable. En el lado contrario, son los demandados quienes han de probar que no ha existido daño alguno a los caudales públicos, que han cumplido con su obligación como cuentadantes, o que no era a ellos a quienes dicha obligación correspondía.

La carga de la prueba de la justificación de las salidas de fondos públicos de la Sociedad “T. L., S.L.” incumbe, en este caso, y, por aplicación de los criterios antes expuestos, a los recurrentes. Así, una vez probado que determinadas cantidades en concepto de retribuciones no se encontraban soportadas por la correspondiente documentación, son los tres apelantes quienes deben probar aquellos otros hechos que extingan o enerven la eficacia jurídica de los señalados hechos, cuya certeza ha resultado demostrada, a tenor de la documental practicada en la primera instancia del proceso, y toda vez que los condenados no han aportado documento alguno justificativo del motivo de las meritadas salidas de numerario por un importe de 38.170,85 € de la citada sociedad, ni tampoco han logrado introducir un principio de prueba sobre el mismo, a través de otros medios probatorios, no cabe, en consecuencia, sino ratificar los razonamientos y conclusiones contenidos en la sentencia recurrida sobre la ausencia de justificación de los referidos pagos, la cual, conforme a la definición contenida en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, es incardinable en la figura jurídica del alcance de fondos públicos, tanto por haber provocado un saldo deudor injustificado en la contabilidad de la repetida sociedad municipal, como, en un sentido más amplio, por no aparecer debidamente justificadas las cuentas que esta sociedad, a través de sus gestores y responsables, estaba obligada a rendir, a razón de la titularidad pública de sus participaciones sociales que en su totalidad ostentaba el Ayuntamiento de M.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Entrando ya a valorar el fondo del asunto hay que hacer, inicialmente, antes del análisis de cada uno de los pagos que se discuten, una serie de consideraciones generales sobre el tratamiento que se dio a estas cuestiones en la Sentencia de instancia y sobre las argumentaciones que se contienen sobre esta materia en los distintos escritos de apelación y de oposición a los recursos.

La Sentencia de instancia considera que, para cada uno de los pagos, acreditada la realidad del encargo, y su realización, no se puede apreciar un daño económico para el Ayuntamiento por haber abonado su importe. Cuando ha habido un encargo y se ha realizado una prestación, no se puede considerar indebido el pago de la misma. Si la minuta existe y se abonó, y si la misma respondía a una actividad perfectamente aplicable a la profesión de la persona que cumplió el encargo, no se produce un daño real y efectivo en los fondos públicos por realizar su pago. Esa es, en síntesis, la tesis central de la Sentencia recurrida. Esa es también, por cierto, la que defendieron algunas de las Resoluciones de esta Sala (como las de 15 de diciembre de 2009 y 2 de marzo de 2010).

Pero esas resoluciones se pronunciaron sobre minutas muy concretas, y aisladas (la elaboración de dos formularios SMM1 por importe de 3.485,87 € cada uno), que no permitieron una visión global de todos los pagos que se hicieron y de todas las circunstancias que los rodearon. Por eso, el análisis de las circunstancias concretas de este caso, al analizar el conjunto de los pagos realizados, y al tener una visión de conjunto de la prueba practicada, puede permitir llegar a conclusiones distintas a las de la Sentencia de instancia. En esta segunda instancia se va a atender a la visión en su conjunto de los pagos realizados, de los servicios que se remuneraron y de las personas que percibieron el dinero teniendo en cuenta, además, los datos aportados por el procedimiento penal que, por los mismos hechos, se viene instruyendo. Dicha instrucción pone de manifiesto la existencia de numerosos pagos similares de minutas por parte de otras Sociedades municipales del Ayuntamiento de M., así como un conjunto de hechos que llevaron al Juez instructor a concluir que existía una presunta intención de despatrimonializar el Ayuntamiento de M. y sus Sociedades participadas para enriquecer y beneficiar a personas concretas.

Y es que hay que tener en cuenta, como ha declarado esta misma Sala en numerosas Sentencias (ver, por todas, la 4/2009, de 13 de marzo) con cita de la jurisprudencia constitucional habida sobre el particular –entre otras, las Sentencias de 30 de septiembre de 1987 y 11 de septiembre de 1995–, que como regla general –salvo circunstancias fácticas concretas, debidamente valoradas, o salvo circunstancias jurídicas limitativas o vulneradoras de derechos fundamentales–, la valoración de la prueba, llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional, es competencia del juzgador de instancia, y por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no puede oponérsele sin más, ni mucho menos prevalecer, meras alegaciones de parte. Es decir, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia.

Pero esta Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo». Ello deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, que otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que representa un «novum iudicium», como en reiteradas ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional (ver, entre otras, Sentencias 124/83, 23 y 24/85, 145/87 y 295/90). Ello permite a esta Sala la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con criterio diferenciado, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e, incluso, decidir lo mismo con

fundamentación diferente, aunque siempre dentro del principio de congruencia y de los límites de las pretensiones de las partes.

La doctrina de esta Sala de Justicia (Sentencias de 17 de junio de 2005 y de 1 de abril de 2008) también ha declarado que la apelación transfiere al Tribunal «ad quem» el conocimiento pleno de la cuestión permitiendo verificar si la valoración conjunta del material probatorio es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En atención a todas las consideraciones anteriores, y con referencia a este procedimiento concreto, es necesario volver a insistir en la importancia que tiene adquirir una visión global de todos los pagos que se hicieron y de todas las circunstancias que los rodearon, visión que se tiene en este procedimiento y que no se pudo tener en otros anteriores. Así, el análisis de las circunstancias concretas de este caso permite otra valoración del conjunto de los pagos realizados y del conjunto de la prueba practicada que, respetando las consideraciones sobre cada uno de los pagos concretos llevadas a cabo por el juzgador de instancia pueda, sin embargo, pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido resueltas o valoradas en la sentencia recurrida, ya que no contiene esa valoración conjunta de la prueba, y de tal modo, que se pueden alcanzar conclusiones distintas a las contenidas en ella.

Esa visión del conjunto de los pagos realizados y del conjunto de la prueba practicada permite incidir en algunos aspectos de la sentencia recurrida. En la sentencia de instancia se utilizaron como criterios, en algunos casos, considerar acreditada la realidad de la contratación, aunque el encargo fuese verbal o no se tramitara procedimiento alguno, apoyándose en la declaración de testigos. En otros casos, se consideró acreditada la realidad de la prestación, aunque no se aportara materialmente ningún resultado (dictamen, informe,...) también apoyándose, únicamente, en la declaración de testigos; y, en todos los casos, se consideraron adecuadas las cuantías pagadas, ya que el encargo y la prestación eran propios de la actividad de quien cobraba y no se aportaron criterios objetivos para cuestionar esa cuantía. Estos criterios de la sentencia recurrida, valorando la prueba en su conjunto y respetando los hechos declarados probados por la juzgadora de instancia, pueden ser matizados y desarrollados ahora, al estimar que la prueba en su conjunto ya es suficiente para pronunciarse sobre el contenido y el objeto de los servicios que se prestaron, sobre si la cuantía de los pagos resulta o no adecuada a los servicios que se remuneraron, sobre la posibilidad de que existan servicios que se minutaron varias veces o por distintos profesionales el mismo servicio, sobre si algunos de los servicios que se minutaron se realizaron realmente, o sobre si existió realmente la contratación de los servicios que se pagaron y, en su consecuencia, volver a valorar en esta instancia, para cada pago concreto, si se produjeron o no perjuicios a los fondos municipales. Es pertinente también añadir que el procedimiento que ahora se sustancia, tiene su antecedente en un Informe de Fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas. Y que estos Informes, como ha indicado esta Sala (ver, por todas, Sentencia 9/2004, de 4 de marzo) tienen especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido y ello tanto en razón de su autoría –garante de su imparcialidad–, como de su destinatario –las Cortes Generales o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas–, así como de su procedimiento de su elaboración y de la razón de ciencia de los mismos. Como razona la misma Sentencia, el documento en el que se plasma la actividad de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, el Informe de Fiscalización

aprobado por el Pleno, participa, por su contenido material, de los caracteres de la pericia que viene regulada, en la actualidad, en los arts. 335 y ss. de la LEC. Esta característica material del Informe de Fiscalización concebido como elemento probatorio en un proceso jurisdiccional contable, no viene desvirtuada por el hecho de que formalmente pueda ser calificado como un documento que, en todo caso, no participaría de las características de fuerza probatoria plena que atribuyen los artículos 317 y ss. de la Ley rituaría a los que denomina documentos públicos.

Es cierto que la fuerza probatoria del Informe de Fiscalización, puede ser ponderada por otros elementos probatorios incorporados al proceso, como hizo el Juez de instancia. Pero en el caso que nos ocupa, conviene recordar que los elementos de prueba incorporados al proceso, ajenos a la prueba documental consistente en el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y de sus Sociedades participadas, consisten, esencialmente, en testimonios, bien de las partes demandadas, bien de terceros ajenos al proceso, pero que fueron perceptores de los pagos reclamados por las partes actoras, por lo que, con carácter general, podemos afirmar que los mismos no deben de prevalecer ante los resultados obtenidos por el Tribunal de Cuentas en su función fiscalizadora.

En fin la prueba no es sino la actividad que consiste en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a formar la convicción del Juez, estando exentos de la necesidad de prueba, únicamente, aquellos hechos sobre los que existe plena conformidad de las partes o gozan de notoriedad absoluta y general. A ello cabe adicionar que en el ámbito contable es de aplicación el principio civil de carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley procesal civil (antes 1214 del Código Civil), que regula la distribución de su carga en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma. El referido artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de junio, párrafo 2, establece que corresponde al actor *«la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda»*, e incumbe al demandado, según el párrafo 3 del mismo artículo *«la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior»*.

En los pagos que van a ser objeto de análisis en esta resolución, corresponde a los demandados probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, probar que no existió realmente saldo deudor alguno y que esos pagos respondían a unos servicios profesionales realmente prestados y que, por tanto, debían ser pagados, o que falta algún otro de los requisitos que la Ley exige para que pueda imputarse responsabilidad contable. El principio del «onus probandi», al que hemos hecho referencia, según ha reiterado el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), «parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos», lo que supone, según la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que «las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego

el “onus probandi”, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados». A la vista de los medios de prueba incorporados a los autos, declaraciones testificales y documentos a los que vamos a hacer referencia, corresponde a los demandados la carga de probar que no existió daño para los fondos públicos por haberse realizado las distintas contraprestaciones, por lo que es en ellos en quienes deben recaer los efectos perjudiciales de la falta de prueba, máxime si tenemos en cuenta las reglas sobre la facilidad probatoria en muchos de los casos que van a ser objeto de análisis, en orden a la aportación al proceso de algún elemento probatorio como la especificación de las consultas que se realizaron, la concreción de los asesoramientos, sobre que versaban, si fueron por escrito o por teléfono o medios telemáticos, los documentos que se entregaron para su examen y la aportación de los Informes o dictámenes en los que se materializaron.

Y es que la prueba practicada en este procedimiento ofrece indicios múltiples que son todos ellos unívocos y unidireccionales. Estos indicios pueden permitir considerar acreditados algunos hechos que se consideran relevantes en esta instancia y sobre los que no se ha pronunciado la sentencia recurrida. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha elaborado reiteradamente una doctrina sobre lo que considera prueba indirecta o indiciaria que ha sido utilizada por el Tribunal Supremo en distintos ámbitos jurisdiccionales (Sentencia de 17 de abril de 2007 de la Sala Primera en el ámbito Civil o Sentencia de 16 de octubre de 2006 de la Sala Quinta en el ámbito Militar). La llamada prueba indiciaria es, en palabras del Tribunal Constitucional (STC nº 174/85, 24/97 y 68/98), la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que se pueden inferir a partir de otros plenamente probados, de determinados indicios indubitados (STC nº 175/93), que han de ser plurales, cuanto más plurales sean los indicios más correctas serán las conclusiones que de ellos se obtenga y, como en este caso, deben ser todos ellos unívocos y unidireccionales. La conclusión obtenida de la valoración de estos indicios ha de ser fruto de una inferencia lógica y no de una mera suposición o conjetura o, lo que es lo mismo, el proceso deductivo ha de ser coherente. La anterior doctrina proyectada sobre el caso de autos permite hacer las consideraciones que en cada uno de los próximos Fundamentos de Derecho se van a realizar sobre la justificación de los pagos que en cada uno de ellos se analizan teniendo en cuenta que, en todos los casos, en los pagos que se van a analizar en los Fundamentos de Derecho Octavo a Decimocuarto de la presente resolución se pone de manifiesto la existencia de irregularidades en la contratación de los servicios, en su facturación, la falta de concreción de la actividad que se remunera, la falta de materialización y de resultados de esa actividad y, siempre, el pago de importantes cantidades de dinero únicamente sustentada en la aportación de minutas genéricas sin ningún otro soporte material ni documental.

SENTENCIA 16/2011, DE 19 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Ambos recurrentes han sustentado sus impugnaciones en la indebida o errónea valoración probatoria por la Consejera de la prueba documental incorporada al proceso, en particular, de la certificación sobre la realización de las obras expedidas tanto por un técnico municipal como por el Secretario de la Corporación; ello habría vulnerado el principio de legalidad que debe

presumirse en el ámbito del Derecho Administrativo, dándose, además, la circunstancia de haberse cumplido todos los requisitos procedimentales, por lo que, tampoco se habría demostrado la producción de algún perjuicio o detrimento patrimonial en los fondos públicos del Ayuntamiento.

Debe decirse, en primer lugar, que esta Sala tiene formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidado acerca de la atribución competencial de la fijación de los hechos y sobre la valoración de los medios de prueba; valga por todas, su sentencia nº 4/2009, de 13 de marzo, que, reiterando otras resoluciones anteriores nº 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98, atribuye la competencia originaria al Juez de Instancia, conforme a criterios de crítica racional; no obstante, la Sala puede valorar las pruebas practicadas y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo”, ya que el recurso de apelación, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencias 124/83, 23 y 24/1985, 145/87 y 285/90, en tanto recurso ordinario, representa un “novum iudicium” por lo que la Sala puede aplicar e interpretar normas jurídicas con criterio diferenciado, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente, si bien siempre dentro del principio de congruencia y de los límites de las pretensiones de las partes; en relación a la infracción denunciada, es pertinente señalar también que la propia Sala ha razonado en Sentencia nº 16/08, de 1 de diciembre, Fundamento de Derecho 3º, con cita de otra de 17 de junio de 2005, que “... en ningún caso puede olvidarse que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, partes o cualquier otro elemento probatorio, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador de primera instancia, transfiriendo la apelación al tribunal “a quo” de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso”.

La Consejera llegó a convencerse de la ausencia de justificación de la realización de las obras por las que se aplicó la compensación a partir del conjunto del material probatorio practicado, del que pudo concluir, con relevancia principal, la falta de aportación, por los demandados y condenados, ahora impugnantes, de prueba alguna acreditativa de dicha ejecución (inexistencia de facturas, de presupuesto o documento escrito alguno suscrito por quienes pudieran, eventualmente, haberlas realizado materialmente).

Respecto a los razonamientos y conclusiones del órgano “a quo” sobre el señalado acervo probatorio, no han introducido dichos dos recurrentes elementos novedosos o distintos a los ya planteados y aportados en primera instancia, que permitieran a esta Sala realizar una valoración probatoria diferente a la efectuada, por lo que ésta ha de reputarse ajustada a las exigidas reglas de la lógica y de la sana crítica; en efecto, la defensa de la posición a favor de la inexistencia de perjuicio en los fondos públicos locales la han sustentado ambos recurrentes, de manera esencial, en la legalidad y conformidad a derecho del procedimiento aplicado por los órganos municipales, en el que destacarían los informes y certificaciones del Técnico Municipal y Secretario de la Corporación que advenirían la meritada ejecución material, así como la resolución final sobre la compensación adoptada previa cumplimentación de todos los requisitos

procedimentales, incluida la previa fiscalización del gasto; sin embargo, estas alegaciones, que, como hemos visto, vienen a reproducir, en esencia, el planteamiento efectuado en primera instancia, no sirven para desvirtuar el discurso lógico–deductivo utilizado por la Consejera de instancia que es a quien incumbe por imperativo legal (art. 117.3 de la Constitución Española), en tanto órgano jurisdiccional contable legalmente constituido, la repetida valoración probatoria y la atribución de mayor o menor relevancia a unas pruebas frente a otras así como la interpretación del alcance de cada una de ellas.

Por otra parte, es menester precisar, frente a tales argumentos defensivos, que, el objetivo de la jurisdicción contable es dirimir pretensiones de declaración de responsabilidades de esa naturaleza, quedando fuera de su esfera de conocimiento y resolución, aquellas cuestiones que, aunque presenten relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, deben residenciarse en la esfera de otras jurisdicciones, entre ellas, y en lo que atañe al caso de autos, la jurisdicción contencioso–administrativa. Así lo prevé, además, el artículo 16, letra b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas cuando establece que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso–administrativa, y, ello, en armonía también con las previsiones contenidas tanto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa cuyos artículos 1, 2 y 3 circunscriben el ámbito de conocimiento de los órganos de dicho orden jurisdiccional a las cuestiones que son propias y sujetas al Derecho Administrativo, excluyendo las expresamente atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, como en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículos 9.4 y 24); así las cosas, el empeño de los recurrentes en atribuir fuerza y valor probatorios plenos a los informes y certificación a que venimos haciendo mención, sobre la base de que los mismos gozarían de los efectos derivados del principio de presunción de legalidad así como de su naturaleza o carácter público, no puede prosperar; y ello por cuanto no es objeto de discusión en la litis la naturaleza jurídica de los referidos informes y certificaciones, cuya publicidad es notoria; toda vez que han sido elaborados y emitidos, una vez cumplimentadas las formalidades normativamente exigidas, por funcionarios habilitados al efecto (así, tanto el Secretario–Interventor municipal como el Técnico municipal, en su calidad de funcionarios de Administración local destinados en el Ayuntamiento de G. cuando se produjeron los hechos, se hallaban ejerciendo, al tiempo de su emisión, las funciones que tenían legalmente atribuidas); carece de relevancia, asimismo, a los efectos de ponderar los hechos desde la perspectiva propia de esta jurisdicción contable, el planteamiento de anudar la prueba acerca de la justificación de la operación controvertida de compensación de deudas, a la legalidad de los meritados informes, que debería presumirse y de la que se pretende derivar automáticamente tal trascendencia probatoria.

Otra vez debe decirse que no incumbe a esta Sala entrar a conocer sobre este extremo que encaja de lleno en la esfera del Derecho Administrativo, si bien conforme al artículo 17.2 de la Ley 2/1982, Orgánica del Tribunal de Cuentas, si cabe puntualizar, con carácter general, que esta jurisdicción puede conocer y decidir aquellas cuestiones prejudiciales e incidentales de esa naturaleza administrativa que pudieran constituir elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estuvieran con ella relacionadas directamente; en el caso de

autos, en cualquier caso, tales cuestiones no han sido suscitadas por las partes en tiempo y forma legales.

Por todo lo expuesto y razonado, deben ratificarse los razonamientos y conclusiones recogidos en el fundamento de derecho octavo de la sentencia de instancia, donde la Consejera apreció la prueba en su conjunto conforme a los cánones que para esta institución procesal de creación jurisprudencial ha venido fijando el Tribunal Supremo; asimismo, frente al alegato de las partes, no se aprecia quiebra alguna de los mandatos contenidos en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado segundo recoge, como ha señalado una Sentencia del citado Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 17 de noviembre de 2008, F.J. 4º, que “las sentencias deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón; el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero (RTC 2006, 136) reputa suficiente, a este respecto, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su “ratio decidendi” (STC 75/2007, de 16 de abril RTC 2007,75), F4, y con cita de otras muchas. Pues la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podrá vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas (ATC 307/1985, de 8 de mayo). Este criterio ha sido seguido por esta misma Sala, y aparece recogido, por todas, en su sentencia nº 16/2005, de 26 de octubre, Fundamento de derecho 7º que atribuye al órgano jurisdiccional la apreciación judicial de las pruebas aportadas por cada parte, así como la valoración en conjunto de su resultado (entre otras cita las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 20 de octubre y de 31 de diciembre de 1997), además de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio.

La Consejera en primera instancia no se ha apartado de los criterios jurisprudenciales expuestos, habida cuenta que ha ponderado cada una de las pruebas practicadas (documental, interrogatorio de parte en la persona del que fuera Secretario de la Corporación, así como testifical de DOÑA M. E. H., quien también desempeñara la Secretaría-Intervención del citado Ayuntamiento de G. en el período concernido por los hechos). En su valoración probatoria, estimó especialmente relevante a partir del ordenamiento jurídico aplicable en materia de justificación de los requisitos contractuales exigibles para el pago, la ausencia total de factura correspondiente a las obras pretendidamente ejecutadas, lo que, en unión de otras faltas como la relativa al presupuesto escrito de dichas obras así como la debida acreditación escrita de su realización por aquellos que pudieran haberlas realizado, llevó a la misma a la convicción acerca de la inexistencia de prueba suficiente de la mentada ejecución, y ello, no obstante haber ponderado también los contenidos de los informes emitidos por los funcionarios municipales, de los que dejó constancia en el repetido razonamiento jurídico octavo de la resolución impugnada.

En efecto, la resolución impugnada no cuestiona la legalidad de los informes en los que los recurrentes hacen recaer la inexistencia de infracción contable alguna; esta Sala, sobre ello, y

partiendo de los criterios hermenéuticos sobre la residencia general de la valoración probatoria en el órgano “a quo”, no puede llegar a otra ponderación distinta como pretenden los impugnantes; así, el entonces Secretario municipal, SR. S. B. informó al Alcalde, conforme a la normativa en vigor, dentro de su cometido de asesoramiento legal preceptivo, acerca de la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para verificar la compensación de deudas que se planteaba, señalando, entre otras cosas, que *“el órgano competente acordará la compensación cuando concurran los requisitos establecidos con carácter general en la normativa tributaria y civil o, en su caso, en la legislación aplicable con carácter específico”*; otro tanto cabe decir respecto al informe del Arquitecto técnico municipal, SR. S. C., el cual recoge una memoria valorada ajustada a los precios de la época que comprende un presupuesto general de la contrata por obras y acabados por importe de 9.337,06 €; la Consejera no enjuició tampoco el contenido de este informe–memoria, desde un punto de vista técnico, sino que consideró que el mismo, que fue emitido siete meses después de la realización de las obras, no justificaba, jurídicamente, desde la perspectiva de la jurisdicción contable, que es la que nos concierne, la meritada ejecución material de dichas obras, a falta de las otras demostraciones fehacientes a que venimos haciendo mención (facturas, presupuestos o acreditación documental de algún tipo por aquellos quienes pudieran haberlas realizado).

Por todo ello, esta Sala no aprecia vulneración alguna de los criterios hermenéuticos legal y jurisprudencialmente exigidos en dicha valoración del material probatorio que conforma esta litis.

SENTENCIA 7/2012, DE 27 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Esta Sala de Justicia, en sentencias como la 12/2008, de 13 de octubre, ha declarado la necesidad de acceder a una verdad material que constituya base suficiente para conseguir la convicción del órgano jurisdiccional respecto a la realidad a que aplicar las normas, mediante una valoración conjunta de los medios de prueba practicados en el proceso. Señala, en concreto, que si bien determinados documentos deben considerarse medios de prueba cualificados, su eficacia probatoria está condicionada a la seriedad y rigor de las comprobaciones en que se basen sus conclusiones. En este sentido, entiende la Sala que los tribunales no tienen por qué aceptar las conclusiones de un documento, aunque no haya sido impugnado, si entienden que entre la verdad real y la documentada no hay coincidencia (Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983).

En el presente caso, el Expediente tramitado por Correos y Telégrafos contiene algunas apreciaciones que no han podido ser contrastadas de modo suficiente. Sin embargo, la recepción por el Sr. N. L. de los reembolsos correspondientes a los dos envíos ya señalados es un hecho que se acredita documentalmente de forma suficiente mediante la declaración del Director de la sucursal, quien a su vez obtuvo la información por vía telefónica de los destinatarios de los envíos. Por lo tanto, ante la inexistencia de prueba que contradiga lo manifestado en este documento y de prueba testifical, la valoración de la prueba se limita a esta documental y, a

juicio de esta Sala, sus conclusiones deben ser admitidas puesto que se entiende que la versión ofrecida de los hechos es compatible con la realidad.

Ante el carácter incierto de algunos de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), ha declarado en cuanto a la carga de la prueba que *“parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos”*, lo que supone, según la sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el «onus probandi»; por tanto, únicamente si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de prueba fueran soportados por aquel a quien le correspondía la carga de probar”*.

En el ámbito de la jurisdicción contable cuyo contenido es el de una responsabilidad patrimonial y no sancionadora es, desde luego, de aplicación el principio civil de carga de la prueba, establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de junio, cuyo párrafo 2 establece que corresponde al actor «la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda», e incumbe al demandado, según el párrafo 3 del mismo artículo «la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior». El principio del «onus probandi» establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que los hechos de los que se desprenda la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad contable deben ser probados por el actor, ya que de su concurrencia deriva el efecto jurídico que pretende al formular la demanda y en este sentido ha sido interpretado este principio por otras resoluciones de esta Sala (por todas sentencia 16/2004, de 29 de julio).

En este caso, la parte demandante, tal como se ha razonado en los párrafos anteriores, ha aportado y valorado elementos bastantes de prueba que permiten sustentar como suficientemente acreditado que el demandado recibió el importe de los dos envíos de 65,10 € y 171,00 €. Además, el Sr. N. L. no ha comparecido en el procedimiento, ni consta que se haya pronunciado en ningún momento en torno a los hechos en que se funda la pretensión de responsabilidad contable en ninguna fase del presente procedimiento de reintegro por alcance, ni en las diligencias preliminares, ni en las actuaciones previas, ni en la primera instancia procesal, constando únicamente unida a los autos una declaración del demandado (folios 32 a 35 de las diligencias preliminares), formulada como respuesta al pliego de cargos que le planteó Correos en el expediente disciplinario y que, por su contenido genérico y puramente especulativo, no resulta suficiente para desvirtuar la valoración de la prueba practicada en la instancia, y aunque es bien cierto que ello no exime a la parte actora de la carga de la prueba que le incumbe, por aplicación del citado artículo del 217, lo cierto es que desde la posición

jurídica del demandado no se ha aportado elemento alguno que cuestione la eficacia jurídica de los hechos alegados por la parte actora, al margen, claro está, de la discrepancia sobre la valoración de la prueba que funda el recurso de apelación que entabla el Ministerio Fiscal.

En conclusión, habiéndose valorado por el Consejero de instancia la prueba dentro de su competencia, no habiéndose impugnado por las partes ninguno de los documentos integrantes de la misma, y no habiendo aportado el demandado ningún medio de prueba al proceso en defensa de su gestión de los fondos públicos por él manejados, más allá de su insuficiente declaración en el expediente disciplinario, esta Sala entiende suficientemente probada la solución ofrecida por la sentencia de instancia.

SENTENCIA 8/2012, DE 8 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

En fin, hay que recordar que una vez que esta Sala, por dos veces y en dos resoluciones de fechas 16 de diciembre de 2011 y 28 de febrero de 2012, consideró no pertinente admitir la apertura de periodo de prueba en segunda instancia, ya que había entendido que la practicada en primera instancia era suficiente para la idoneidad de la formación de la voluntad del juzgador que dictó la Sentencia recurrida. Así, el examen y revisión que hace ahora de la valoración de la prueba efectuada por la Sentencia de instancia, se encuentra limitado, en cuanto a su posible crítica, a que dicha valoración haya sido irracional, infundada o arbitraria (ver, por todas, Sentencia de esta Sala 18/2011, de 19 de diciembre). Y no entiende esta Sala que ninguno de esos supuestos se haya dado en las presentes actuaciones.

Además de todo ello, lo que ya se ha dicho en Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución, la Sentencia de instancia se ha basado en informes periciales de las dos partes intervinientes en el proceso y ha aceptado, del aportado por la demandada, hoy apelante, todas aquellas partidas que han sido consideradas pertinentes, disminuyendo considerablemente el quantum solicitado por el demandante. Y todo ello, con la dificultad específica de la presente controversia que se deriva del hecho de que los efectos públicos que han originado el quebranto patrimonial no consistían en dinero, cuantificable, por su propia esencia, en la propia cantidad que significa, sino productos médicos cuyo valor solo puede ser cuantificado por los Informes técnicos de parte –de ambas partes– que han sido manejados por el Juez de instancia, primero y, ahora, por esta Sala.

Y así, contra la pretensión del demandante, cuantificada en 345.936,03 €, derivados de la desaparición de reactivos y material de Laboratorio público, se dedujo la cuantificación del alcance, por esta partida, hasta un total de solo 82.610,62 €, siempre que, tras el dictamen pericial de parte, existió el más mínimo indicio de que podía existir alguna explicación plausible a esa ausencia de material.

4. Intereses

SENTENCIA 10/2010, DE 24 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Con carácter subsidiario, pide la recurrente que se fijen los intereses de modo coincidente con la responsabilidad civil determinada por la sentencia penal; ésta dispuso que la condenada debía indemnizar al Ayuntamiento de N. en la suma de 38.337,71 €, con aplicación de los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto a esta pretensión, cabe reiterar lo expresado en los razonamientos precedentes sobre la compatibilidad reconocida legal y jurisprudencialmente a las jurisdicciones penal y contable para enjuiciar unos mismos hechos y para determinar las consecuencias jurídicas que de ellos puedan derivarse, con respeto de determinados límites que confieren prevalencia a la jurisdicción penal para la fijación de los hechos (su existencia o no) y su autoría, y a la jurisdicción contable para determinar la responsabilidad civil derivada de los ilícitos penales declarados en atención a su especialidad. Como ya se ha señalado, el artículo 71.4ª, letra e) de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, preceptúa, entre otros contenidos de la parte dispositiva de las sentencias de condena, en caso de responsabilidad contable directa, como el presente, la especificación relativa al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios; no otra cosa dispone la sentencia recurrida cuando se pronuncia sobre la condena a la responsable conforme al criterio de cómputo expresado en el fundamento duodécimo a que ya se ha hecho mención en el razonamiento precedente. En efecto, dicho pronunciamiento es divergente del dictado por la Audiencia Provincial de La Coruña, habida cuenta que responde a las expresadas especialidades propias de la jurisdicción contable.

La función de los intereses de demora, según ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 1998 (RS/1998/875), es la indemnización de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado, en sentencia de 22 de junio de 1993, que la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente exige no sólo que se cumpla el fallo, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la “restitutio in integrum”, sentido en el que actúa el interés de demora. Su función exclusiva es esa, al margen de la eventual actualización monetaria para restablecer la depreciación permanente, que tiene otros mecanismos como las cláusulas de estabilización contractuales o las previsiones legales al respecto, en función de un punto de referencia dado; no se trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, “sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda”.

En cuanto al cómputo, tanto la normativa aplicable como la doctrina y la jurisprudencia, según recoge el Auto de la Sala de 13 de noviembre de 2003, considera que los intereses, en su papel de procurar la restitución íntegra del acreedor, deben venir referidos al lapso temporal que

princiándose el día en que la obligación de entrega debió cumplirse, finaliza en la fecha en que el acreedor es finalmente restituido del dinero debido, dado que éste es el período de tiempo durante el cual estuvo privado de percibir los frutos de aquél. Al tratarse de una Entidad Local (Ayuntamiento de N.), dichos intereses persiguen que sus arcas no resulten perjudicadas, por haber estado privada la Corporación de los fondos públicos malversados durante un determinado período temporal; señala también al respecto el citado Auto de 13 de noviembre de 2003, en su fundamento de derecho cuarto, que la normativa reguladora de la responsabilidad contable ha trasladado a este ámbito la teoría general de las obligaciones contenida en el Título I del Libro IV del Código Civil (arts. 1.101, 1.106 y 1.108), sobre la indemnización de daños y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones; a tenor del art. 1.106 del Código Civil, dicha indemnización comprende, con carácter general, además de la pérdida sufrida, la ganancia dejada de obtener por el acreedor; por su parte, el art. 1.108 de dicho Cuerpo legal preceptúa que cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la citada indemnización consiste en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal. En definitiva, cuando el daño se materializa en la situación de haber sido el perjudicado (en este caso el Ayuntamiento de N.), privado de la disposición de una cantidad de dinero, (las cantidades recaudadas objeto de sustracción por la condenada, que ascendieron a un importe de 38.337,71 €), la reparación de dicho daño se integrará de la entrega final a dicho Ayuntamiento acreedor del referido importe más los intereses devengados por éste durante el período de la privación sufrida, en este caso desde los días iniciales de cómputo a que se ha hecho referencia en que se han entendido producidos los daños y hasta la total restitución mediante la finalización de la ejecución correspondiente a dicha declaración condenatoria, y, siempre, en coordinación, como razona la Sentencia impugnada, con la jurisdicción penal; en efecto, el hecho de que la mencionada Corporación no haya podido disponer temporalmente de las señaladas cantidades recaudadas que legítimamente habían sido devengadas por la misma por diversos conceptos: (cobro de sanciones de tráfico, de tasas de licencias de primera ocupación, del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, de tasas administrativas, de tasas de ocupación de terrenos de dominio público en festejos y de tasas de ocupación de la vía pública con puestos de venta ambulante con y sin autorización previa), ha impedido a la misma el ejercicio ordinario de las facultades dominicales de uso y disfrute sobre dicho numerario, en detrimento de la satisfacción del destino legalmente previsto para las mismas en los capítulos de ingresos; de ahí que la mentada restitución requiera, además de la reposición del principal malversado, también la entrega de los frutos (intereses devengados), que el Ayuntamiento no ha podido percibir durante la privación posesoria; dado que la cosa sobre la que recae la posesión de la Entidad Local de N. es una suma de dinero, tales frutos dejados de percibir se concretan necesariamente, como hace la Sentencia de instancia, en el interés, convencional o legal, que es la expresión del acrecentamiento del dinero.

SENTENCIA 6/2011, DE 30 DE MARZO

INTERESES PRESCRIPCIÓN

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Por lo razonado, corresponde ahora analizar, a partir de los hechos probados, si, como pretende el recurrente, ha existido prescripción parcial de la acción en exigencia de responsabilidad contable; la postura de dicha parte aparece claramente explicitada en su escrito de recurso, en el que, como hemos visto, no hace sino reiterar la argumentación ya esgrimida en su escrito de contestación a la demanda, a saber, que ha habido prescripción de 5 años ex Disposición Adicional 3ª de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas o bien la de 4 años de la Ley General Tributaria; el Ayuntamiento de R., por su parte, en su escrito de oposición al recurso, se ha limitado a alegar que no existe prescripción por ser evidentes las fechas de conocimiento así como la normativa aplicable.

El instituto de la prescripción, en el ámbito de la jurisdicción contable, presenta determinadas especialidades respecto al Derecho civil común que aparecen recogidas en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; así, el número 1 de la citada disposición preceptúa que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que las originen (plazo general); su apartado 2 se refiere a un plazo especial de tres años aplicable a aquellos casos en que tales responsabilidades hubieran sido detectadas en algún procedimiento fiscalizador o declaradas, por sentencia firme, a computar desde la terminación del primero o la firmeza de la segunda y, por fin, contempla su apartado 3 causas interruptivas específicas como son el inicio de cualesquiera procedimientos, sobre los mismos hechos, que, además, se reanuda cuando se paralizan o concluyen sin que se declare responsabilidad alguna, y, en caso de ilícito penal, se aplican la forma y plazos previstos para las responsabilidades civiles derivadas de delito.

Esta Sala, desde su jurisdicción y competencia para revisar los resultados obtenidos por el órgano de instancia, para poder resolver fundadamente sobre el fondo de la meritada excepción, debe, por todo lo ya prolijamente razonado con anterioridad, entrar a analizar el material fáctico-jurídico y probatorio que conforma el proceso; en primer término, es menester constatar que no ha habido disputa acerca de los hechos que han sido admitidos por las partes conforme aparecen declarados en la correspondiente relación de hechos probados de la sentencia impugnada; en cuanto a la prueba de dichos hechos se compone de la documental incorporada a los autos que principia con las Diligencias Preliminares del procedimiento nº B-167/07 y termina con la pieza del presente recurso. A la vista del referido substrato, la acogida o rechazo del alegato exige determinar cuál es o cuáles son el día o los días “a quo”, o de inicio del cómputo, en que se cometieron los hechos originadores de responsabilidad contable; asimismo cuál es el día o cuáles son los días “ad quem” o de terminación del cómputo del plazo prescriptivo; y, necesariamente, la fijación del día/días en que ha podido operarse la interrupción de dicho plazo por concurrir alguno de los supuestos contemplados en la repetida Disposición Adicional 3ª de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

En cuanto a las señaladas cuestiones a discernir, para la fijación del día o días iniciales de cómputo, deben ser tenidos por tales todos aquéllos en los que el SR. C. M. cobró determinados importes por liquidaciones tributarias giradas por el Ayuntamiento de R., procediendo a retener injustificadamente su ingreso en las cuentas habilitadas al efecto en la Corporación; así, principiaría por el día 5 de agosto de 1987 (primer dies “a quo” a efectos de cómputo de la prescripción) y continuaría, de modo sucesivo por todos y cada uno de los días de cobro tributario recogidos en el tercero de la relación de hechos probados de la sentencia impugnada durante los ejercicios 1989, 1990, 1991 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2001 y hasta el día 18 de junio de 2002, que estaría incluido (cobro de 250,00 € en concepto de ICIO) por estar todos ellos afectados por la prescripción extintiva alegada por el recurrente, por mor de haber concurrido el supuesto interruptivo normativamente previsto con el detalle que más adelante se razonará; efectivamente, el SR. C. M. procedió los días 3 y 7 de agosto de 2007 a realizar dos ingresos en la cuenta de la titularidad del Ayuntamiento de R., por importes respectivos de 16.758,03 € y 221.689,03 €, correspondiendo el primero a liquidaciones cobradas en el mes anterior a dicho ingreso, por lo que sobre dicho importe no se ha suscitado contienda alguna, al reputarse ingresado en tiempo y forma, y el segundo, a liquidaciones cobradas en meses y ejercicios anteriores (desde la ya citada de 5 de agosto de 1987 hasta las dos últimas verificadas por él, el día 29 de junio de 2006), y sobre las que ha versado la disputa, habida cuenta que, en tanto el primer importe señalado fue ingresado en plazo legal, el segundo lo fue extemporáneamente, por lo que la Corporación municipal ha pretendido el resarcimiento de los daños derivados de la falta de ingreso de los intereses legales que dicho importe de 221.689,03 € hubiera devengado (el detalle de los ingresos de los dos importes principales desglosados por ejercicios y conceptos tributarios se halla recogido en el hecho probado segundo de la sentencia impugnada, y el correspondiente a cada tributo con los intereses devengados en el hecho probado tercero); una vez determinados los días iniciales de cómputo de la prescripción extintiva de la acción, que no son otros, como hemos visto, sino aquellos en que tuvo lugar la comisión de cada uno de los hechos que originan las responsabilidades contables (así resulta del tenor literal de la repetida Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1985, de 5 de abril, y ha sido interpretado por la jurisprudencia recaída sobre la misma, valga por todas la Sentencia de esta Sala nº 10/2009, de 11 de mayo, cuyo fundamento de derecho cuarto razona... “el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el día en que se produjeron los hechos, es decir, el día inicial del cómputo debe ser aquél en que en cada caso se produjo el hecho determinante de la responsabilidad contable”); no puede ser acogida, en este sentido, la escueta argumentación “pro domo sua” del Ayuntamiento de R., que se sustenta en la evidencia de las fechas del conocimiento, (que no podemos sino entender referida a los hechos, aunque no lo dice expresamente) y la normativa aplicable; así se desprende de la regulación a que hemos venido haciendo mención que contiene determinadas especialidades en atención al tipo de responsabilidad que se dirime en esta jurisdicción, entre otras, la relativa a la fijación del término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo de la prescripción (fecha en que se hubieran cometido los hechos que originen las responsabilidades contables), frente al criterio general contenido en el artículo 1969 del Código Civil cuando establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse; precisamente la Ley 7/1988, de

Funcionamiento del Tribunal de Cuentas excepciona la aplicación de la regla de cómputo establecida en el Código Civil en consideración a las peculiaridades propias de las responsabilidades que se declaran en nuestro ámbito, fijando el criterio de cómputo de la prescripción desde el instante en que se cometen los hechos; dicha Ley 7/1988, de 5 de abril, es, por tanto, una ley especial que establece un régimen jurídico del instituto de la prescripción diferenciado del común; debe tenerse presente que el artículo 1938 del Código Civil, en coherencia con lo que dispone su artículo 4.3: (las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes), prescribe que las disposiciones del presente título (Título XVIII del Libro IV), “De la prescripción”, se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción.

Por lo que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción, una vez ingresado fuera de plazo el importe de 221.689,03 € por el SR. C. M., el día 7 de agosto de 2007, derivado de las liquidaciones cobradas por él en el período ya detallado (1987 a 2007), por medio de informe de la Intervención y la Tesorería del Ayuntamiento de R., de fecha 8 de agosto de 2007, se pusieron los hechos concernidos en conocimiento del Alcalde para su remisión al Tribunal de Cuentas; como bien manifestó el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso de apelación, es esta última fecha, es decir, la del día 8 de agosto de 2007 en que fue emitido el mencionado informe, la que debe ser tenida en cuenta para entender válidamente producida la interrupción del plazo de prescripción que, como hemos visto, se había iniciado en cada una de las fechas en que tuvieron lugar los cobros tributarios, y ello conforme a la previsión establecida en la Disposición Adicional Tercera.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, cuando dispone que dicho plazo se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad-contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad; a los efectos interruptivos contemplados en el apartado 3 antes transcrito de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 7/1988, el señalado informe de Intervención-Tesorería de 8 de agosto de 2007 debe ser tenido como la marca o hito temporal que fija el inicio de las actuaciones encaminadas al esclarecimiento y determinación de los hechos constitutivos de responsabilidad contable, sin que, por otra parte, con anterioridad a dicha fecha y a la vista del material probatorio, quepa apreciar algún otro acto o procedimiento que hubiera operado tales efectos de interrupción.

No ha de olvidarse que el fundamento de la prescripción extintiva de derechos y acciones debe buscarse, como señala la sentencia de esta Sala de 24 de julio de 1997, fundamento jurídico tercero, en *“la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo (STS 22-XII-1950, 5-VII-1957, 26-IV-1982). Es pues, la obligación de dotar de certeza a las relaciones jurídicas, y, por tanto, de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos (art. 9.3 de la CE) la verdadera razón que justifica la existencia de esta institución jurídica aun a costa de ciertos resultados concretos injustos. De igual manera, son también razones de seguridad jurídica las que exigen que las posibles causas de interrupción figuren predeterminadas y tasadas en la Ley...”*.

Por aplicación de los razonamientos expuestos respecto a los días iniciales de cómputo del plazo de prescripción, así como del día en que debe entenderse interrumpido dicho plazo, debe reputarse prescrita la acción en exigencia de responsabilidad contable del recurrente derivada de los hechos litigiosos, en relación a los intereses devengados por los importes cobrados, retenidos por el mismo y no ingresados en tiempo y forma legal, de fecha anterior al día ocho de agosto de 2002, es decir, a aquella que se determina por aplicación del transcurso del plazo de cinco años desde la producción de los hechos, (cobros tributarios no ingresados), sin que hubiera concurrido alguno de los supuestos previstos para entender interrumpido dicho plazo, que por darse finalmente en la repetida fecha de 8 de agosto de 2007 (informe de Intervención-Tesorería del Ayuntamiento de R.), impone el señalamiento del día 8 de agosto de 2002, como el último de los días finales de cómputo de la prescripción de la mentada acción.

Así las cosas, debe ser acogida la alegación esgrimida por la defensa del SR. C. M., el cual ha mantenido a lo largo del proceso la excepción de prescripción de la responsabilidad contable que pudiera derivar de la falta de ingreso de los intereses, con independencia de la devolución de las liquidaciones no ingresadas, y declarar prescrita la acción deducida por la Corporación de R. respecto a los intereses no ingresados por el recurrente correspondiente a los cobros tributarios por él realizados en los años 1987, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y hasta el del día 5 de agosto de 2002, en concepto de contribuciones especiales.

De este modo, el importe del alcance declarado en la sentencia impugnada que la sentencia recurrida había fijado en 71.697,77 €, debe ser minorado en la cantidad de 60.348,08 €, (interés correspondiente al período afectado por la prescripción, resultando, en consecuencia, un alcance corregido por la diferencia no afectada por la prescripción que asciende a la cifra de ONCE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (11.349,69 €).

La cuantificación del importe total objeto de prescripción resulta de la adición de las cantidades cifradas como intereses legales devengados por los importes de las liquidaciones tributarias cobradas y no ingresadas legalmente por el SR. C. M., tal y como aparecen detalladas en la relación contenida en el hecho probado tercero de la sentencia impugnada (desde las correspondiente al primer recibo cobrado y no ingresado por el impuesto de construcciones, instalaciones y obras el día 5 de agosto de 1987, por un importe de 6,69 €, hasta los intereses devengados por los distintos conceptos tributarios con fecha límite en el día 5 de agosto de 2002.

SENTENCIA 8/2012, DE 8 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO DUODÉCIMO

Por último, el recurrente cuestiona la condena al pago de intereses y su cuantía, alegando que el pago de intereses legales requiere petición expresa de las partes, y que su devengo comienza a partir de la Sentencia; invoca jurisprudencia civil que mantiene que el deudor solamente incurre en mora desde el instante en que tiene conocimiento de la existencia de la deuda y de su reclamación.

- Pues bien, esta Sala (vid. Auto de 4 de marzo de 2004) ha elaborado una doctrina reiterada sobre los intereses derivados de la condena al principal del alcance. Este régimen de intereses, en el ámbito de la responsabilidad contable, está contenido, tanto en las leyes del Tribunal de Cuentas como en la Ley General Presupuestaria, lo que excluye la aplicación de los artículos del Código Civil y la jurisprudencia civil que el apelante invoca en su recurso. Como ha tenido ocasión de declarar la Sala de Justicia de este Tribunal en Auto de 13 de noviembre de 2003, *«la regulación que del contenido de la responsabilidad contable se hace tanto en las leyes del Tribunal de Cuentas, como en la Ley General Presupuestaria, supone trasladar a dicho ámbito específico la teoría general de las obligaciones regulada en el Título Primero del Libro Cuarto del Código Civil, en concreto en los artículos 1101, 1106 y 1108, en donde se regula la indemnización de daños y perjuicios y su contenido»*.

Siguiendo con esta exposición, en el ámbito del derecho privado, y dentro del concepto de intereses, se diferencian dos figuras: a) el interés ordinario, que responde a la voluntad de regular la productividad del dinero, que debe catalogarse dentro de los denominados frutos civiles (arts. 353, 354, y 475 del Código Civil); y b) el interés moratorio, que se enmarca dentro de la indemnización de daños y perjuicios causados por la defectuosa o imperfecta ejecución de la obligación principal, conforme al art 1108 del Código Civil. Pero en el ámbito del derecho público, es el llamado interés de demora el que cumple la finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (entre otras, Sentencias 76/1990, 206/1993, 69/1996, 23/1997 y 141/1997) ha venido a enfatizar el carácter indemnizatorio del interés de demora, afirmando que la tutela judicial efectiva requiere que el fallo reconduzca al restablecimiento pleno del derecho del interesado hasta la «restitutio in integrum» como compensación específica con arreglo a un módulo objetivo por el daño sufrido, así como el lucro cesante que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda.

Por otro lado, esta Sala ha declarado reiteradamente que es aplicable el principio de «restitutio in integrum», del que deriva la exigibilidad de los intereses de demora. En efecto, partiendo de la consideración del importe en que se fija la responsabilidad contable como derecho de la Hacienda Pública, tanto el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, como el art. 59.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del mismo, hacen referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como obligación principalísima del declarado responsable contable. En definitiva, la legislación propia del Tribunal de Cuentas, en concordancia con la legislación presupuestaria, es la que regula esta materia y entiende que la obligación de reparar los daños causados se concreta en el deber de restituir el importe en que se cifra la responsabilidad contable (daño emergente), y la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor (lucro cesante). La cuantificación de esta obligación de indemnización de daños y perjuicios es tratada en los párrafos 4 a), d) y e) del artículo 71 de la Ley 7/1988. En los mismos se deja señalado que la sentencia condenatoria incluirá el pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable (el principal de alcance –art. 71.4.d)– más los correspondientes intereses, “calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios” –art. 71.4.e)–. Esta normativa, que es la que aplicó

la Sentencia de instancia, es la pertinente en el ámbito del enjuiciamiento contable, y no los artículos del Código Civil y la jurisprudencia civil que el apelante invoca en su recurso.

Capítulo sexto

Referencia temporal

1. Prescripción ³⁵ ³⁶

SENTENCIA 28/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO

En relación con la prescripción, los escritos de los apelantes no han aportado nuevos argumentos para que se tome en cuenta esta excepción procesal sino que han reiterado lo expuesto en los escritos de contestación a las demandas planteadas en primera instancia, insistiendo, en particular, en que el conocimiento formal por parte de los interesados de las actuaciones fiscalizadoras es un requisito imprescindible para que se interrumpa el plazo de prescripción. Para fundamentar esta alegación, los apelantes citan la Jurisprudencia del Tribunal Supremo así como la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas anterior al cambio de criterio de esta Sala sobre la cuestión, ignorando la más reciente, que ha reiterado que dicho conocimiento formal no es necesario para que el hecho interrumpa la prescripción. Así lo ha manifestado esta Sala en numerosas sentencias, algunas de ellas dictadas en procedimientos también

³⁵ Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de fecha 17 de noviembre de 1997 (ref.: AEH-Intervención General 2/97). Ponente: Don Luciano J. Mas Villarroel. Consulta sobre el cómputo del plazo de prescripción establecido en la disposición adicional 3.a de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTC), en un caso en el que el hecho del que pueda dimanar responsabilidad contable consistió en la paralización de las actuaciones de un expediente de apremio durante más de cinco años, lo que dio lugar a que el TEAC (en resolución de 28 de mayo de 1995) declarase prescrita (en 24 de junio de 1990) la deuda reclamada, después de todo lo cual se emitió por la Intervención Delegada correspondiente (en 2 de junio de 1997) un informe en el que se detectaba la posible responsabilidad contable del artículo 141.b) LGP. Conclusiones de la DGSJE: a) Las actuaciones de la IGAE sobre control interno de la gestión económico-financiera del sector público deben entenderse comprendidas en la expresión «cualquier procedimiento fiscalizador» que emplea el apartado 2 de la disposición adicional 3.a de la LFTC. b) La regla de prescripción contenida en dicha disposición adicional debe interpretarse poniendo en relación sus dos apartados, de modo que las actuaciones o procedimientos fiscalizadores a que se refiere el apartado 2 deberán iniciarse, a efectos de interrumpir el plazo de prescripción de cinco años que señala el apartado 1, dentro de dicho plazo, en cuyo caso la responsabilidad contable no prescribiría hasta que transcurran tres años desde la fecha de la iniciación de aquellas actuaciones; por el contrario, si éstas se iniciaran después de transcurrir el plazo quinquenal del apartado 1, la responsabilidad contable habrá prescrito, que fue lo que ocurrió en el caso objeto de consulta.

³⁶ Como señala R.P. Cortell (Robert P. Cortell Giner, *Supuestos de responsabilidad contable*, Auditoría pública nº 50, 2010, págs. 56 y 57) El supuesto de infracción contable más claro que la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas no ha asimilado al alcance es el de prescripción de derechos de la Hacienda Pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro. La Sentencia de la SJTCu 16/1999, de 30 de septiembre, ha declarado que la notificación de la liquidación tributaria es esencial en el procedimiento ya que vincula al sujeto pasivo del impuesto con la obligación de satisfacer la deuda tributaria, quedando interrumpido el plazo de prescripción de la misma. Si no se ha notificado la liquidación no ha nacido su obligación de pago y no se le podrá exigir el mismo por la vía de apremio. La omisión de la notificación de la liquidación debe calificarse de negligencia grave, ya que debió evitar el daño que el transcurso del tiempo, sin practicar correctamente la notificación, podía producir.

relacionados con el Ayuntamiento de E. y las sociedades participadas por el mismo. Valga como ejemplo, la sentencia de la Sala 2/2009, de 18 de febrero que afirma que *“Por todo lo expuesto, el requisito de la notificación formal no está previsto a propósito de la prescripción de la responsabilidad contable; este tipo de responsabilidad tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos (Auto de esta Sala de 6 de mayo de 1994), configurándose como «una subespecie de la responsabilidad civil» (Sentencias de esta Sala de 28 de enero de 1993, 15 de abril de 1994 y 3 de diciembre de 2008) y, por lo tanto, de marcado carácter patrimonial y no sancionador. Por ello, concluye la Sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2007, que «el apartado 3º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, que regula la prescripción de la responsabilidad contable, contempla como requisito para su interrupción el inicio de un procedimiento de examen de los hechos que la originan, pero no exige su conocimiento por los presuntos responsables contables». En definitiva, no se debe perder de vista que el instituto de la prescripción opera de distinta forma (esto es, con distintos requisitos, plazos, formas de interrupción, etc., en atención a los distintos intereses en juego), en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. Y en el campo que nos ocupa –el de la responsabilidad contable–, habrá de estarse a la regulación del Código Civil en todo lo que no se encuentre específicamente regulado en la legislación propia del Tribunal de Cuentas; en este sentido, el artículo 1969 del Código Civil fija, para el inicio del cómputo de la prescripción en las acciones civiles, el día en que pudieron ejercitarse y no el día en que se tuvo conocimiento de ello, y el artículo 1973 del mismo texto legal tampoco exige este conocimiento al regular las causas de interrupción de la prescripción civil.”.*

Añade esta misma sentencia que *“A este respecto se ha de señalar, en primer término, que las Sentencias del Tribunal Supremo que cita no se refieren específicamente a la necesidad del conocimiento formal del interesado para poder apreciar la interrupción en la prescripción de las responsabilidades contables, que es el objeto de discusión que nos ocupa. En todo caso, no es cierto que se haya producido en el presente caso un apartamiento de la doctrina precedente (que, por otra parte, sería plausible, ya que no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes). Decimos que no es cierto que se exija el conocimiento formal del interesado para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción por cuanto que esta Sala de Justicia ha tenido ocasión de manifestarse, anteriormente, en el sentido que proponemos, en múltiples ocasiones (así, las Sentencias 18/2008, de 3 de diciembre, 24/2007, de 21 de diciembre; 19/2007, de 15 de octubre; 17/2007, de 26 de septiembre; 13/2007, de 23 de julio; 10/2007, de 18 de julio; 20/2006, de 22 de noviembre; 13/2005 de 6 de octubre, y 6/2005, de 13 de abril, entre muchas otras). En cualquier caso, el hecho de que la Sala variara su doctrina no resultaría contrario a Derecho. En concreto, ello no vulneraría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Norma Suprema) o del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley exige: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo ser la variación en la interpretación de la Ley fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el juzgador, y teniendo en cuenta sus propios precedentes (Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1987, de 22 abril); y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca, para ello, una fundamentación suficiente y razonable (Sentencia del*

Tribunal Constitucional 166/1985, de 9 de diciembre 1985, entre otras muchas). En el caso que nos ocupa, se ha aplicado el criterio que actualmente mantiene esta Sala. Además, cuando se varió de criterio, al no exigir el conocimiento formal del interesado a los efectos de entender interrumpida la prescripción, se hizo de forma suficientemente razonada y motivada en Derecho, tal y como resulta de la fundamentación de las Sentencias citadas, que, además, coinciden con el criterio manifestado por el Tribunal Supremo en la tantas veces citada Sentencia de 27 de febrero de 2004. Procede, en consecuencia, rechazar, en este punto, todas las críticas de los recurrentes a la Sentencia apelada.”.

A mayor abundamiento, el criterio mantenido en la actualidad por esta Sala sobre el conocimiento formal del hecho que interrumpe la prescripción es explicado en la ya mencionada sentencia 6/2005, de 13 de abril que afirma que “El requisito del conocimiento formal por el interesado del procedimiento sancionador lo exige expresamente el art. 132.2 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo, incluido dentro del Título IX, Capítulo I Principios de la potestad sancionadora; también el artículo 68 de la actual Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 diciembre), antes el art. 66, exige el conocimiento formal para interrumpir la prescripción en algunos de los supuestos que contempla. En ambos casos, el fundamento de esta exigencia es constituir una garantía de los administrados frente a la actuación unilateral de la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras o tributarias y, en ambos casos, está expresamente prevista en la normativa que rige la prescripción en estos ámbitos, normativa que regula plazos, requisitos y supuestos distintos a los previstos a propósito de la prescripción contable.” Sin embargo, como ya se ha expuesto, este requisito no está previsto a propósito de la prescripción de la responsabilidad contable porque este tipo de responsabilidad tiene carácter patrimonial y no sancionador.

La aplicación de este criterio al presente caso hace innecesario valorar si efectivamente los recurrentes tuvieron o no conocimiento formal del inicio de las actuaciones fiscalizadoras y cuándo lo conocieron. Lo relevante es que tomando como *dies a quo* para el cómputo de la prescripción el 31 de diciembre de 1998, en relación a los hechos atribuidos a los administradores Señores S. P., C. de L. y G. Q. y el 26 de marzo de 1999, en el caso del Señor G. del V.; y como *dies ad quem* el 12 de diciembre de 2000 (fecha en la que se desplazó el equipo del Departamento de Corporaciones Locales para iniciar la fiscalización), el plazo de cinco años establecido por el apartado primero de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril no ha transcurrido en su totalidad y por lo tanto no puede hacerse valer la prescripción.

La representación de Don V. M. S. P. se pregunta en su escrito de interposición del recurso qué sentido tiene que la sentencia apelada diga por cuatro veces que se interrumpe la prescripción. Partiendo del hecho de que entre cada interrupción se reabre el cómputo del plazo, el apelante afirma desconocer cuál es la extensión del plazo que se computaría en este caso. En relación con estas cuestiones planteadas por el recurrente, hay que diferenciar entre los dos plazos de prescripción regulados en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El primero de ellos es el plazo de cinco años que, como ya se ha dicho, no transcurrió en su totalidad y que se regula en el apartado primero que dispone “Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen”.

El segundo plazo de prescripción es el previsto en el apartado segundo de la citada Disposición Adicional que dispone “*Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme.*”. En el presente caso, una vez que terminó el procedimiento de fiscalización el 25 de julio de 2003, fecha de aprobación del Informe de Fiscalización, comenzó a computarse el mencionado plazo de tres años, que tampoco transcurrió en su totalidad porque se interrumpió el 10 de septiembre de 2004, fecha de apertura de la Pieza de Diligencias Preliminares, que posteriormente dio lugar a la apertura de Actuaciones Previas y a la incoación del procedimiento de reintegro por alcance 87/06, que terminó con la sentencia 7/2008, de 16 de abril que ha sido recurrida.

Hay que concluir, por consiguiente, que la excepción de prescripción de la responsabilidad contable debe ser desestimada por no haber transcurrido ninguno de los plazos establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la interpretación de la interrupción de la prescripción que mantiene la Doctrina actual de la Sala de Justicia.

SENTENCIA 30/2009, DE 15 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Comenzando con el estudio de la prescripción, la sentencia recurrida rechazó esta excepción procesal por entender que el plazo de cinco años que prevé la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se interrumpió el 14 de febrero de 2002 con el acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de iniciar la fiscalización del Ayuntamiento de M. y sus sociedades participadas, ejercicios 2000 y 2001, sin que fuera necesario, como entendían los demandados, que el acto interruptivo de la prescripción les hubiese sido formalmente notificado.

La representación de D. J. F. M. P. afirma que la notificación formal y personal al interesado es un requisito imprescindible para que se produzca la interrupción de la prescripción y señala que el acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas por el que se acordó el inicio de la fiscalización del Ayuntamiento de M. y sus sociedades participadas, ejercicios 2000 y 2001, si bien se notificó al Ayuntamiento no se notificó a sus sociedades participadas, siendo además un acuerdo genérico en el que no consta ni que hechos son investigados ni que personal puede resultar responsable de un supuesto alcance. Por ello, entiende que este acuerdo no puede tener efectos interruptivos de la prescripción y que como la primera notificación personal que se hizo a su representado tuvo lugar el 9 de octubre de 2006, fecha en la que fue citado para acudir al acta de liquidación provisional en la fase de actuaciones previas, la acción para exigir la responsabilidad contable por todos los hechos anteriores al 9 de octubre de 2001 habría prescrito.

La representación de los señores G. L. y P. C.-C. en su escrito de adhesión a la apelación entiende que la prescripción de la responsabilidad contable se interrumpió cuando sus representados

tuvieron conocimiento, de forma personal, de la concreta responsabilidad que se les podía exigir en este procedimiento, o cuando menos, con la existencia del procedimiento jurisdiccional de la responsabilidad contable ya que, a su juicio, la fiscalización es un procedimiento administrativo al que debe aplicarse lo que dispone la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo y Régimen Jurídico Común de las Administraciones Públicas, en cuanto a la notificación de los actos administrativos. Por último, afirma esta parte que en base a lo dispuesto en el artículo 135 del TRLSA es de aplicación el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil, ya que entiende que la acción ejercitada es una acción de indemnización que corresponde a los socios y terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega que se ha reiterado en la apelación lo ya dicho en la instancia, lo cual no es jurídicamente aceptable ya que, como entiende la Sala de Justicia, la apelación tiene por objeto la depuración de los posibles defectos de la sentencia de primera instancia. En cualquier caso, y en lo que a la prescripción se refiere, señala que la doctrina actual de la Sala de Justicia no exige la notificación formal al interesado para que se produzca la interrupción del plazo de prescripción tal y como resulta de la sentencia 15/2008, de 1 de diciembre.

La cuestión planteada por los apelantes se centra fundamentalmente en si es necesario o no el conocimiento formal del inicio del procedimiento fiscalizador para que éste produzca efectos interruptivos. Tal y como se recoge en la sentencia de esta Sala de Justicia de 23 de julio de 2007 y las posteriores de 31 de marzo y 11 de mayo de 2009:

“En todo caso, como el propio Consejero de Primera Instancia expresa en su Sentencia y el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición a los recursos, esta Sala de Justicia ha experimentado una evolución en su doctrina sobre el requisito del conocimiento formal del acto interruptivo de la prescripción.

Así, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia 5/05, de 13 de abril, se dice: “A diferencia del sistema establecido en la Ley General Tributaria, al que se remite la Ley General Presupuestaria, que exige expresamente que el acto interruptivo de la prescripción sea objeto de conocimiento formal del interesado para que pueda desplegar sus efectos, la Ley 7/1988, de 5 de abril, carece de expresión similar o equivalente cuando regula la interrupción del plazo de prescripción de las responsabilidades contables.

Esta situación ha dado pábulo a controversias jurídicas de diferente signo, propugnando algunos que estamos ante una preterición involuntaria del Legislador que debe subsanarse acudiendo al contexto legislativo, trayendo así al ámbito de la responsabilidad contable el sistema de las Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria de exigencia del conocimiento formal del acto interruptivo de la prescripción, y propugnando otros que la referida omisión es fruto de la voluntad del Legislador de no decir lo que no se quiere decir, y de no incluir requisitos o restricciones que no se quieren incluir, debiéndose así aplicar literalmente la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, sin enriquecerla con aditamentos que el Legislador no contempló.

La polémica antedicha, de la que no se ha librado esta Sala, ha traído como efecto la búsqueda de una solución caso a caso profundizándose en la averiguación e interpretación del iter fáctico

de cara a determinar en cada supuesto, prudencial y ponderadamente, cuando puede concederse a determinado acontecimiento la virtualidad interruptiva de la prescripción”.

La Disposición Adicional Tercera.³ de la Ley 7/88 prevé expresamente que el plazo de prescripción se interrumpirá, entre otros motivos, desde que se hubiere iniciado cualquier procedimiento fiscalizador. Por ello, a efectos de valorar si es necesario o no el conocimiento del hecho interruptivo de la prescripción, en el presente caso, debe tenerse en cuenta la especial naturaleza del procedimiento fiscalizador, que no puede calificarse como un procedimiento administrativo, como afirma la representación de los Sres. P. C.-C. y G. L., simplemente porque sea de aplicación supletoria, en lo no previsto por la legislación específica del Tribunal de Cuentas, la Ley 30/92. Cabe a estos efectos, reproducir lo ya manifestado por esta Sala de Justicia en reiteradas ocasiones desde la sentencia 10/2007, de 18 de julio en la que se afirma que:

“al inicio de cualquier procedimiento fiscalizador se desconocen, no sólo los hechos que posteriormente se plasmarán en el correspondiente Informe, sino si en el transcurso del mismo se van a detectar supuestos de presunta responsabilidad contable. Por ello la interpretación que pretende la defensa del apelante de la Disposición Adicional Tercera. 3 (esto es que la interrupción de la prescripción se produzca con el conocimiento formal por el presunto responsable contable de los hechos que darán lugar a la incoación del correspondiente procedimiento de reintegro), mal se compadece con la dicción literal de la citada Disposición que dispone expresamente que «el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento de fiscalización (...)».

Y es que, en efecto, el procedimiento fiscalizador no se dirige contra nadie, pues tiene siempre por objeto la fiscalización de una entidad pública (en este caso, el Ayuntamiento de M. y sus sociedades participadas, entre los ejercicios 1990 y 1999); por ello, ningún sentido tendría el haber comunicado (a efectos interruptivos de la prescripción) a los SRES. M. P. y P. C.-C. el inicio de la actividad fiscalizadora, máxime cuando, en esa fecha, se desconocían los hechos que han dado lugar al presente procedimiento. En efecto, es preciso señalar que el procedimiento fiscalizador de nuestro Tribunal no puede equipararse al procedimiento administrativo, ni puede hablarse propiamente de interesados en el mismo. Basta con la lectura del art. 32.1 de la Ley de Funcionamiento para llegar a dicha conclusión. No obstante, si ello no fuera suficiente, podría añadirse que:

- a) El procedimiento administrativo, tal y como lo regula la Ley 30/1992, está exclusivamente contemplado desde el punto de vista de la resolución que le pone término, resolución que incide en la esfera de derechos e intereses legítimos de sus destinatarios. Por ello, la Ley 30/1992, como su antecedente, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, habilita a los interesados (art. 31 de la misma) para intervenir en el procedimiento e impugnar, en su caso, las resoluciones que se dicten. Ahora bien, en el procedimiento de fiscalización no se dictan resoluciones administrativas que afecten a derechos o intereses legítimos, sino que el propio art. 12 de la Ley Orgánica 2/1982 establece que el resultado de la fiscalización se expone por medio de Informes, Memorias, Mociones o Notas, que suponen la culminación de la función fiscalizadora del Tribunal. No puede, por tanto, afirmarse que los informes del Tribunal de Cuentas sean*

susceptibles de producir consecuencias jurídicas «per se» y, por ello, no pueden alterar la realidad jurídica de persona alguna; ni siquiera su publicidad altera su propia naturaleza, pues con ella sólo se persigue alcanzar la garantía de que el trabajo del Tribunal llegue, además de a las Cortes Generales (y, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), a la sociedad en general; además, y que sus Informes sirvan para facilitar el necesario control social que incumbe ejercer a todas las sociedades democráticas.

- b) *b) Si admitiéramos la figura del interesado en el ámbito del procedimiento fiscalizador (lo que implicaría la necesidad de notificarle de forma individualizada el inicio de la fiscalización), se rompería la necesaria relación de inmediatez entre el órgano técnico de control y las Cortes Generales y se pondría en entredicho el carácter supremo que el propio art. 136 de la Constitución le otorga. En este sentido, debe admitirse que el procedimiento fiscalizador prevé un único trámite de audiencia, en el art. 44.5 de la Ley 7/1988, que no se confiere a quien pueda tener la condición de interesado, conforme al art. 31 de la Ley 30/1992, sino, sólo y exclusivamente, «... a los responsables del Sector o Subsector Público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas...» y «...a quienes hubieran ostentado la representación del subsector fiscalizado...», pero no incluye a cualquiera persona que, por haber prestado servicios en la entidad pública cuya gestión haya podido ser analizada en el procedimiento fiscalizador, pudiera considerarse afectada por las afirmaciones contenidas en el resultado de la fiscalización. Consecuencia de ello es, sin duda, la dicción del referido art. 32.1 de la Ley de Funcionamiento que se confirmó con el contenido del Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000”.*

La representación de los Sres. P. C.-C. y G. L. entiende que es de aplicación el plazo de prescripción previsto en el art. 1968 del Código Civil por entender que la acción ejercitada es la del art. 1902 de este mismo texto legal, en base a lo dispuesto en el art. 135 del TRLSA. Sin embargo, la acción ejercitada es la de responsabilidad contable cuyo conocimiento corresponde únicamente a este Tribunal de Cuentas y que tiene legalmente establecidos unos plazos en materia de prescripción en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no siendo, por tanto, de aplicación el plazo de un año previsto en el art. 1968 del Código Civil.

Como consecuencia de lo expuesto procede desestimar lo solicitado por las representaciones de D. J. F. M. P. y de D. M. P. C.-C. y D. E.G. L. de considerar prescritas las responsabilidades contables declaradas en la sentencia apelada, que queda confirmada en cuanto a dicho pronunciamiento.

SENTENCIA 12/2010, DE 1 DE JULIO

CÓMPUTO PLAZO PRESCRIPCIÓN SUBVENCIONES

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

De la dicción literal de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 de 5 de abril, se desprende que el inicio del plazo de prescripción tiene lugar en la fecha en que se hubieran cometido los hechos que originen las responsabilidades contables, y esos hechos no pueden ser otros que cuando se recibe una cantidad dineraria que debe ser reintegrada, bien por haber sido percibida indebidamente, bien por no haberse justificado su finalidad, debiendo reparar así, un daño causado al erario público.

En el caso de las subvenciones el hecho determinante del daño es la percepción de una cantidad para una determinada finalidad que no es cumplida o justificada en debida forma, lo que origina la obligación de su reintegro. Por tanto, el hecho que da lugar a la responsabilidad contable no es, como afirman los apelantes, ni la autorización para la construcción del buque ni la aprobación de la subvención, sino el haber percibido cuatro subvenciones con cargo a los caudales públicos que deben ser reintegradas por no haber sido destinadas a la finalidad para la que se concedieron. La autorización para la construcción de unos buques condicionada al cumplimiento de un requisito al que se había comprometido mediante acta notarial la empresa beneficiaria de esa autorización no da lugar, en el presente caso, a responsabilidad contable alguna, ya que esa autorización no supone la entrega de fondos públicos que deban ser reintegrados. Tampoco supone entrega alguna de caudales públicos la concesión de una subvención ya que, el que se acuerde esa concesión no significa necesariamente que la misma sea pagada. Así, en el presente caso, en las ayudas acordadas en las Resoluciones de 28 de diciembre de 2001 se condicionó su pago al cumplimiento de una serie de requisitos como la aportación de facturas, certificaciones de estar al corriente en los pagos fiscales y a la Seguridad Social, acreditación de haber tramitado el nuevo alta del buque en el Censo de Flota Pesquera Operativa, etc. Si estos requisitos no se hubiesen cumplido no se habría efectuado pago alguno y tampoco se habría originado responsabilidad contable, ya que no procedería reclamar el reintegro de una cantidad que nunca fue entregada. Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos determinó el pago de la subvención cuya finalidad nunca fue cumplida, ya que los barcos no se destinaron a la pesca en Andalucía, sino que fueron exportados a otros países, por lo que ese incumplimiento de la finalidad de la subvención dio lugar a la exigencia del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas y a la correspondiente responsabilidad contable.

Pero es que, además, durante todo este tiempo la Administración siempre condicionó las ayudas públicas a las bajas aportadas y la necesidad de su subsanación, emitiendo informes en varias ocasiones la Abogacía del Estado del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, con relación a lo no idoneidad de las bajas aportadas, y comunicándolo de esta forma la Junta de Andalucía a la empresa beneficiaria, por lo que en todo momento la Administración conservó el ejercicio de acciones sin que se pueda hablar de cesación o abandono en el ejercicio de sus derechos.

Por tanto, no cabe estimar el argumento de los apelantes de que el dies a quo a efectos del cómputo de la prescripción es cuando se acordó conceder la subvención, debiendo confirmarse en este extremo, la sentencia apelada, por entender que el inicio de la prescripción se produjo, en este caso, el día en que se pagaron las subvenciones, el 28 de diciembre de 2001.

Los apelantes también afirman que el plazo de prescripción se interrumpe en enero de 2006 con el inicio del procedimiento fiscalizador, sin embargo, tal y como consta en el Hecho Probado de la resolución recurrida, lo cual no ha sido discutido por ninguna de las partes, el 20 de febrero de 2002 el Pleno de la Cámara de Cuentas autonómica aprobó incluir en el Plan de Actuaciones de 2002 la fiscalización de los principales perceptores de subvenciones concedidas por la Junta de Andalucía en el ejercicio 2001, y el 29 de junio de 2005 se aprobó este Informe de Fiscalización, por lo que el inicio de la fiscalización no se produjo, como afirman los apelantes, en enero de 2006.

También señala la representación de D. R. G. N., Don A. M. N., Don J. S. P. y Don A. P. J. que en el cómputo del plazo de prescripción es aplicable lo previsto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y no en la Ley 7/88, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Esta Sala de Justicia no comparte dicho criterio porque la responsabilidad contable se rige por lo dispuesto en su normativa específica que prevé un plazo especial para la exigencia de dicha responsabilidad. Los plazos previstos en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada son de aplicación para la exigencia de responsabilidades referidas al ámbito mercantil pero no para el enjuiciamiento jurisdiccional en materia de reintegro de subvenciones, donde lo que se ejercita por las partes es una acción en exigencia de responsabilidad contable. En estos casos, lo que se persigue es el reintegro de las cantidades satisfechas con cargo a fondos públicos por no haberse cumplido o justificado la finalidad para la que se concedieron, por lo que rige como derecho especial por razón de la materia lo previsto en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, siendo de aplicación en este caso, el plazo general de cinco años previsto en su Disposición Adicional Tercera.

Como consecuencia de lo expuesto, procede desestimar esta excepción planteada por los apelantes y entender que las responsabilidades contables no están prescritas confirmando la sentencia de instancia en lo referente a este pronunciamiento.

SENTENCIA 18/2010, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO

Tanto la representación procesal del SR. M. P. como la de los SRES. P. C-C. y G. L. alegan igualmente la prescripción de la responsabilidad contable que pudiera declararse respecto de los mismos, argumentando una incorrecta interpretación y aplicación, en la Sentencia apelada, del plazo interruptivo de la prescripción previsto en la Disposición Adicional Tercera.³ de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

A este respecto, conviene recordar, en primer lugar, que la mayoría de los pagos de los que se pretende una declaración de responsabilidad contable de los demandados tuvieron lugar en los ejercicios 2000–2001.

La Sentencia apelada aplicó los plazos de prescripción señalados en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988 del siguiente modo: a) los pagos efectuados en 1999 habrían de considerarse prescritos en 2004, conforme al plazo general de cinco años de prescripción previsto en el primer párrafo de la misma. El inicio del procedimiento fiscalizador tuvo lugar el 14 de febrero de 2002, antes del transcurso del plazo de cinco años. Ello dio lugar a que se interrumpiera el plazo de prescripción –al no exigirse ningún otro requisito, particularmente el conocimiento de dicho procedimiento por quien pudiera ser luego declarado responsable contable, conforme al párrafo tercero de la reiterada Disposición Adicional– y a que entrara en juego el plazo especial de prescripción de tres años previsto en el párrafo Segundo de la citada Disposición Adicional Tercera, que comenzó a correr desde la aprobación del Informe de Fiscalización (22 de diciembre de 2004). Este plazo de prescripción de tres años a su vez, se vio interrumpido cuando se turnaron al Departamento de Instancia las Diligencias Preliminares que dieron lugar a la incoación del posterior procedimiento de reintegro.

DON J. M. P. alega, en su recurso de apelación y sobre la base de diversas Sentencias de esta Sala, que la interrupción del plazo de prescripción –a consecuencia de la iniciación del procedimiento fiscalizador– prevista en la citada Disposición Adicional Tercera. 3 de la Ley 7/1988, exige que él hubiera tenido conocimiento formal de la actuación interruptiva y, dicho conocimiento formal lo tuvo el 25 de octubre de 2006 cuando fue citado para la práctica de la liquidación provisional en las actuaciones previas. Consecuencia de ello, según su criterio, es la inaplicabilidad del párrafo 2º de la citada Disposición Adicional Tercera, que prevé la iniciación de un procedimiento fiscalizador como causa interruptiva del plazo general de prescripción (5 años) de la responsabilidad contable. Aplicando el referido plazo general, entiende prescritas las responsabilidades contables que pudieran derivarse de hechos anteriores al 25 de octubre de 2001. Señala, igualmente, que no se puede entender que la prescripción se interrumpió con el acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de fiscalizar el Ayuntamiento, de M. (de 14 de febrero de 2002), pues dicho acuerdo se notificó al Ayuntamiento pero no a la Sociedad fiscalizada.

Por su lado la representación de los SRES. P. C-C. y G. L., esgrime tres argumentos principales en relación con la prescripción:

- a) Que sus representados no tuvieron conocimiento formal alguno de la existencia del procedimiento fiscalizador sobre la «Sociedad C. de S. L., S.L.», por lo que no se puede entender interrumpida la prescripción de la responsabilidad contable que se pueda declarar por el hecho de haberse notificado al Ayuntamiento de M. el inicio del procedimiento fiscalizador. Ello supone desconocer, siempre según los recurrentes, los preceptos de la Ley 30/1992 que imponen la obligación de notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, lo que igualmente recoge los artículos 44 y 45 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. La interpretación que sobre el cómputo del plazo de prescripción –y de la interrupción del mismo– ofrece la Sentencia de instancia, supone igualmente a su juicio una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y es causa de indefensión.
- b) Señalan igualmente las posibles causas de prescripción que se derivan de lo dispuesto en diferentes leyes mercantiles.

- c) Por último, y partiendo del hecho de que todo lo que realizaron y autorizaron los administradores venía supeditado a las órdenes municipales y al control municipal, señalan que el Ayuntamiento de M., propietario de dichas sociedades, carecía de acción indemnizatoria alguna pues los hechos de los que se deriva la responsabilidad contable fueron conocidos y aceptados por el mismo. Y ello lo invoca anudado a la posible prescripción de la acción.

En definitiva, y a la vista de los respectivos recursos de apelación de los SRES. M. P., P. C-C. y G. L., el debate procesal se centra en considerar si la iniciación del procedimiento fiscalizador basta por sí sólo para interrumpir el plazo de prescripción, criterio éste asumido por la Sentencia apelada, o es necesario el conocimiento formal por parte de quien puede ser posteriormente declarado responsable contable.

Tal y como se razona en la Sentencia de instancia, la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas exige, para que la prescripción se vea interrumpida, la iniciación de *«cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable»*. Esto es, el legislador impone, como único requisito para interrumpir el plazo de prescripción, la iniciación efectiva de un procedimiento (fiscalizador, jurisdiccional, disciplinario o de otra naturaleza) cuyo objeto sea examinar los hechos determinantes de la responsabilidad contable. No se exige, como señaló la Sentencia de esta Sala 10/2007 para el supuesto de un procedimiento fiscalizador, que la iniciación de dicho procedimiento deba *«notificarse a todas las personas a las que va a afectar, pues está dirigido concretamente a un sector o subsector público, o a una entidad pública o parte de ella, bastando, para que el procedimiento fiscalizador tenga fuerza interruptiva respecto a la prescripción, con comunicar su inicio a los representantes legales de la entidad fiscalizada»*.

No resulta ocioso recordar que el instituto de la prescripción extintiva, supone una limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica; que no se halla fundado en razones de intrínseca justicia; y que, en cuanto constituye una manera anormal de extinción del derecho o acción, debe merecer un tratamiento restrictivo en la aplicación e interpretación de sus normas [Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4363), 16 de marzo de 1981 (RJ 1981\916), 2 de febrero de 1984 (RJ 1984\570), 19 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4777), 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8343) y la más reciente de 3 de mayo de 2007 (RJ 2007\2827), entre otras].

En definitiva, el instituto de la prescripción cuenta con un fundamento de carácter objetivo, consistente en la seguridad jurídica, que no excluye otro de carácter subjetivo, cual es la presunción de abandono del derecho por parte de su titular que no ejercita la acción correspondiente [Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 mayo de 1983 (RJ 1983\2916), 4 de octubre de 1985 (RJ 1985\4574) y de 17 marzo de 1986 (RJ 1986\1474)]. Por todo ello, la prescripción requiere no sólo el mero acontecer del paso del tiempo, sino también el «animus» de los interesados a hacer abandono de sus derechos, sin que ello deba entenderse como derogación de la institución prescriptiva, lo que sería contrario al ordenamiento jurídico. Por ello la jurisprudencia ha venido atenuando el excesivo rigor de este instituto jurídico, para evitar caer en el mecanismo poco judicial de su automatización, teniéndose en cuenta, en este

sentido, su ausencia de fundamentación en justicia intrínseca, al operar fundamentalmente como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, y con incidencias que pueden ser irreparables [Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984 (RJ 1984\4073), 6 de mayo de 1985 (RJ 1985\6319) y de 14 de octubre 1991 (RJ 1991\6919), entre otras].

Consecuencia de ello es la tendencia jurisprudencial a una reinterpretación del art. 1973 del Código Civil, de acuerdo con la realidad social (art. 3.1 Código Civil) y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a que el tratamiento restrictivo de la prescripción lleva consigo implícita una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan la interrupción del plazo prescriptivo [Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1983 (RJ 1983\4075) y de 17 de marzo de 1986].

En lo que se refiere al instituto prescriptivo en el ámbito de la responsabilidad contable, la legislación propia del Tribunal de Cuentas ofrece una regulación de las causas que determinan la interrupción del plazo de la prescripción flexible y, sin embargo, acorde con la realidad sobre la que opera. En efecto, como se ha señalado, basta la iniciación de cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, para que se produzca la interrupción de la prescripción. La Ley no exige ningún otro requisito adicional para que opere dicho plazo interruptivo. La razón no es otra que el desconocimiento por los eventuales legitimados activos, de los hechos que pudieran generar responsabilidad contable.

Si, como consecuencia de dichos procedimientos se conocen hechos que pudieran ser constitutivos de dicha responsabilidad, comenzará a contar el tiempo para la prescripción de la acción correspondiente (Disposición Adicional Tercera.3ª de la Ley 7/1988). En efecto, es entonces cuando surge el presupuesto necesario –en concordancia con el artículo 1969 del Código Civil–, para que opere el instituto prescriptivo, esto es, que los legitimados activos –conociendo ya los hechos que pudieran ser perjudiciales para los fondos públicos– hagan abandono de su derecho a ejercitar la acción para la exigencia de la responsabilidad contable correspondiente, pues hasta dicho momento no habrán podido ejercitarse las correspondientes acciones (al desconocerse los hechos que legitimarían su ejercicio) y, por ende, no habría empezado a transcurrir el plazo de prescripción de tres años; todo ello, sin perjuicio de que sí corría el general de cinco años (Disposición Adicional Tercera.1ª).

De otra parte, en relación a los hechos que nos ocupan y centrándonos en la iniciación del procedimiento fiscalizador como causa de interrupción de la prescripción, no resulta exigible la notificación de la iniciación de dicho procedimiento respecto de todas aquellas personas cuyas acciones u omisiones pudieran, indiciariamente, dar lugar a un supuesto de responsabilidad contable detectado en el transcurso de dicha fiscalización. Ello obedece a una serie de razones que ha venido exponiendo esta Sala en diversas resoluciones (por todas, Sentencia 10/2007): así, como se ha señalado, el objeto del procedimiento fiscalizador es siempre un sector o subsector público, o una entidad pública o parte de ella; no se analiza la gestión desarrollada por determinadas personas con el propósito primordial de detectar indicios de responsabilidad contable. De otra parte, el procedimiento fiscalizador, por su propia naturaleza, tiene por objeto

un análisis en profundidad, bajo los parámetros de legalidad, eficacia y economía, de la gestión del sector o ente fiscalizado, en el que se desconocen, «prima facie», los resultados de dicha fiscalización; ello implica la imposibilidad de conocer «ab initio» si existen hechos respecto de los cuales se pueda desprender responsabilidad contable respecto de determinados cuentadantes. Consecuencia lógica de lo expuesto es la innecesariedad de notificar la iniciación de dicho procedimiento a todos aquellos que pudieran resultar responsables contables a consecuencia de los resultados de la fiscalización.

Por todo ello, visto que el procedimiento fiscalizador se inició el 14 de febrero de 2002; que consta que fue notificado al Ayuntamiento de M., a dicha fecha habrá que estar para fijar el día en que se interrumpió el plazo general de cinco años. El nuevo plazo de prescripción de tres años se inició al concluir dicho procedimiento fiscalizador, lo cual tuvo lugar el 22 de diciembre de 2004 (fecha en que el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el Informe de Fiscalización) y se interrumpió con la práctica de la liquidación provisional, que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2006, sin haber transcurrido por tanto los tres años desde el 22 de diciembre de 2006.

Como cuestiones accesorias a lo expuesto alegan los SRES. M. P., P. C-C. y G. L., que la notificación del inicio del procedimiento de fiscalización se hizo al Ayuntamiento de M. y no a las Sociedades fiscalizadas, añadiendo la representación procesal del SR. P. que su representado dejó de formar parte de los Consejos de Administración de dichas Sociedades en abril de 2002 (a pesar de que la Junta General Extraordinaria que recoge su renuncia es de 15 de septiembre de 2003). Ya ha quedado señalado que no resulta exigible, a la vista del tenor literal de la Disposición Adicional Tercera.³, y de lo hasta aquí razonado, la notificación del inicio del procedimiento fiscalizador a quienes puedan ser demandados posteriormente como responsables contables, por lo que la alegación del SR. P. carece de fundamento. Y, por lo demás, el que la notificación del inicio del procedimiento fiscalizador se hubiera efectuado al Ayuntamiento de M. y no a los responsables de las Sociedades fiscalizadas tampoco tiene trascendencia alguna a los efectos que examinamos, habida cuenta de la relación de dependencia de dichas Sociedades respecto de la Corporación Municipal, máxime si tenemos en cuenta que el SR. M. P., que era Presidente del Consejo de Administración de dichas Sociedades, fue miembro de la Corporación Municipal cuando se inició la fiscalización.

Por lo que respecta a las dos cuestiones adicionales planteadas por los SRES. P. C-C. y G. L. sólo resta añadir lo siguiente:

- a) En cuanto a la alegación de que debe tenerse en cuenta el plazo de prescripción del artículo 949 del Código de Comercio (cuatro años desde que los administradores dejaron el cargo) no tiene en cuenta que la acción de responsabilidad contable es distinta de la regulada en dicho artículo del Código de Comercio, con una regulación legal propia y específica justificada por afectar a bienes y caudales públicos, y, lo que es de especial trascendencia para el caso que nos ocupa, con distintos plazos de prescripción.
- b) Respecto de la alegación de que el Ayuntamiento de M. carece de acción para reclamar la responsabilidad contable, al haber conocido y consentido los hechos de los que resulta dicha responsabilidad, no tiene en cuenta que dicha acción se justifica en el interés público. Por ello, la Administración perjudicada se encuentra siempre legitimada para

exigir el reintegro de los perjuicios que se le hubieran causado, no siendo oponible el hecho o circunstancia (por otro lado no probado) de que la Corporación Municipal hubiera conocido y consentido los perjuicios causados por los Administradores de las Sociedades, máxime, teniendo en cuentas las graves irregularidades observadas en la gestión contable y en el control de las mismas.

En consecuencia, esta Sala debe rechazar, también, esta pretendida excepción que impidiera efectuar un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones que dieron lugar al desencadenamiento de la presente controversia.

SENTENCIA 10/2011, DE 20 DE JULIO

FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO

Procede a continuación analizar la excepción de prescripción planteada por los demandados, a la que se opusieron tanto la parte actora como el Ministerio Fiscal, debiendo remitirnos en este sentido a las alegaciones de los mismos anteriormente expuestas.

En relación con esta cuestión, debe seguirse igualmente el criterio mantenido en resoluciones anteriores pronunciadas por esta misma juzgadora, entre otras en las sentencias 10/07, 13/07, 16/07 y 19/07. En particular, en la sentencia 10/07 de 15 de octubre de 2008 se dice:

“El fundamento de la prescripción extintiva de los derechos y acciones debe buscarse en la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo. Es pues la obligación de dotar de certeza a las relaciones jurídicas y, por tanto, de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos (artículo 9.3 de la Constitución), la verdadera razón que justifica la existencia de esta institución jurídica. De igual manera, son también razones de seguridad jurídica las que exigen que las posibles causas de interrupción figuren predeterminadas y tasadas en la Ley.

En el ámbito de la responsabilidad contable, la prescripción se regula en la disposición adicional tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En su apartado primero se establece un plazo general de prescripción, al afirmar que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que las originen. En su apartado segundo se prevé un plazo especial, al determinar que las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier otro procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o desde que la Sentencia quedó firme.

Respecto a las causas de interrupción, el apartado tercero de la repetida disposición adicional tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, establece que “el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad”.

Como señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1987, la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la Seguridad Jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el “animus conservandi” deberá entenderse que queda correlativamente interrumpido el “tempus praescriptionis”.

Tampoco puede olvidarse, en cuanto al transcurso del plazo de prescripción, que conforme recoge, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Esta interpretación restrictiva exige que para acoger la prescripción ha de tomarse en cuenta no sólo el transcurso del tiempo, sino también el “animus” del afectado, de tal manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo.

Respecto al carácter recepticio del acto interruptivo de la prescripción, esto es, de si el mismo debe ser formalmente conocido por la persona a quien perjudica para que pueda desplegar sus efectos de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, no es, como afirma la parte demandada, un elemento indispensable reconocido por la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, en este sentido basta citar la Sentencia de 13 de abril de 2005.

Un procedimiento como el fiscalizador, que es de control, no tiene por qué notificarse a todas las personas a las que va a afectar, pues está dirigido concretamente a un sector o subsector público, o a una entidad pública o parte de ella, bastando en general, para que el procedimiento fiscalizador tenga fuerza interruptiva respecto a la prescripción, con comunicar su inicio a los representantes legales de la entidad fiscalizada. (Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia de la Sala de Justicia 10/2007), máxime si tenemos en cuenta que la iniciación de una fiscalización, una vez comunicada al ente sujeto a control, suele ser conocida por todas las personas afectadas por ella (Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia 10/2007 ya citada), argumento este último que se aduce a mayor abundamiento, pues la clave está en que es la iniciación del procedimiento fiscalizador, de la actuación fiscalizadora, como dice la ley, lo que interrumpe el plazo de prescripción de las responsabilidades contables, no la notificación a la entidad fiscalizada; lo que ocurre es que, como es natural, la iniciación de la fiscalización se comunica a aquélla, notificándose a los responsables del ente ese hecho.

No cabe, por tanto, considerar que por la vía del artículo 32.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se pueda traer, al ámbito de la fiscalización, el requisito del conocimiento formal ex ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Mucho menos puede entenderse aplicable dicho precepto de la Ley 7/1988, de 5 de abril, a los juicios de responsabilidad contable. Se trata de un artículo exclusivamente aplicable al procedimiento fiscalizador, rigiendo en los procesos jurisdiccionales (de los que el procedimiento fiscalizador no forma parte aunque las Actuaciones Previas sí) en materia de prescripción la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento, y no el artículo 32.1 de la misma.

La no exigibilidad en la Jurisdicción Contable del requisito del conocimiento formal del interesado para la interrupción de la prescripción es una doctrina que se recoge en diversas resoluciones recientes, fundamentalmente en las Sentencias 13/05, de 6 de octubre, 14/07, de 23 de julio, 10/07, de 18 de julio, 20/06, de 22 de noviembre, y 4/08, de 1 de abril (todas de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas), siendo los fundamentos en los que se apoya este criterio los siguientes:

- La Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria recogen expresamente el requisito del “conocimiento formal”, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en cambio, no se hace eco del mismo.
- El citado requisito se exige para las responsabilidades sancionatorias, pero la responsabilidad contable es reparatoria.
- En el ámbito civil (la responsabilidad contable es una subespecie de la civil, según el propio Tribunal Supremo), los artículos 1969 y 1973 del Código Civil no exigen para la prescripción de acciones el requisito del conocimiento formal.

La Sala de Justicia, por otra parte, ha estado manteniendo que la solución que se ha de aplicar a esta cuestión, como no podría ser de otra manera, es la de decidir atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, para evitar que la interpretación literal y teleológica de la norma jurídica conduzca al absurdo.

En el supuesto enjuiciado en los presentes autos no se aprecia ninguna circunstancia que conduzca a alterar la regla general de que, en materia de interrupción de la prescripción de la responsabilidad contable, no resulta exigible el requisito del conocimiento formal del acto interruptivo por los interesados.

Por lo demás, y a mayor abundamiento, los demandados tuvieron que tener conocimiento del inicio de la fiscalización, tanto por haber formado parte del Consejo de Administración de una sociedad que iba a ser objeto de la misma, como por la importante difusión mediática que dicha fiscalización tuvo.

En el presente caso, traemos a colación que la pretensión de responsabilidad contable ejercitada tiene por objeto las irregularidades puestas de manifiesto en los apartados 6.3, 6.4.12, 5.3.6 y 5.9 del Informe de la Fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 22 de diciembre de 2004, y que el inicio de la citada fiscalización se acordó por el mismo Pleno con fecha 14 de febrero de 2002, por lo que la prescripción alcanzaría exclusivamente a los hechos anteriores al 14 de febrero de 1997.

En relación con las irregularidades descritas, las fechas a efectos del cómputo de la prescripción serían las correspondientes a los respectivos abonos, que en su mayoría se llevaron a cabo en los ejercicios 1999–2001, si bien en algunos casos lo fueron con anterioridad, en concreto, los correspondientes a la irregularidad 1ª del escrito de demanda.

Teniendo en cuenta que en el presente caso el inicio de la fiscalización tuvo lugar el 14 de febrero de 2002, debe concluirse que conforme al apartado tercero de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, se ha interrumpido el plazo de prescripción en dicha fecha, debiendo desestimarse, en consecuencia, la referida excepción, en lo relativo al plazo

general de cinco años. En relación con la primera irregularidad, porque aun cuando ha quedado acreditado que la Mancomunidad de Municipios de ... ingresó en las cuentas de la sociedad municipal diversas cantidades en los ejercicios 1996 y 1997, no se ha probado por los demandados, a quienes correspondía en virtud de las reglas de carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que estos fondos salieran posteriormente de forma irregular de las cuentas de dicha sociedad antes del 14 de febrero de 1997. En cuanto al resto de irregularidades, porque los pagos se llevaron a cabo entre los ejercicios 1999–2001, por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, si se aplicase el plazo general de prescripción de cinco años, previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la misma se habría producido como pronto en el ejercicio 2004.

En cuanto al plazo especial de prescripción de tres años que prevé el apartado segundo de la Disposición Adicional de continua referencia, debe contarse desde la terminación del procedimiento fiscalizador. En el caso enjuiciado, éste concluyó, como muy tarde, el 22 de diciembre de 2004, fecha en la que el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de M. y sus sociedades mercantiles participadas correspondiente a los ejercicios 2000 y 2001, debiendo así tomarse dicha fecha como “dies a quo”.

Si a ello le unimos el hecho de que el 8 de septiembre de 2005 se turnaron a este Departamento las Diligencias Preliminares correspondientes a dichas irregularidades, que fueron incoadas el 16 de septiembre del mismo año, y que dieron lugar a sucesivas actuaciones hasta la presente, debemos concluir que tampoco ha transcurrido el plazo de prescripción de tres años de presente referencia.

A efectos dialécticos debe asimismo añadirse que la prescripción tampoco se habría producido aún en el caso de que se hubiere tomado como referencia la fecha en que los demandados dicen que fueron citados a la liquidación provisional.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede desestimar la excepción de prescripción alegada por los demandados, al no haber prescrito la acción de responsabilidad contable que se ejercita en relación con las irregularidades cometidas en la sociedad “P., S.L.”.

SENTENCIA 17/2011, DE 19 DE DICIEMBRE

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

La parte demandada ha invocado, asimismo, la prescripción extintiva de la acción, tanto en la contestación a la demanda, como en las conclusiones del Juicio ordinario, manifestando que, puesto que la primera actuación del Tribunal de Cuentas tuvo lugar en marzo de 2008, habría que retrotraer la prescripción al mes de marzo de 2003. En contra de esta opinión, la parte demandante estimó que la conducta de los demandados debe considerarse como una conducta continuada comprendida entre los años 1995 a 2007, por lo que no existiría, en ningún caso, prescripción.

En el ámbito de la jurisdicción contable debe prevalecer en su literalidad lo establecido en la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal, en la que se determina en su apartado 1 que “*las responsabilidades contables*

prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido hechos que las originen”, y en su apartado 3. se establece que “el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviere por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad”.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha declarado en numerosas ocasiones –por todas, las sentencias de la Sala 3ª de 17 de julio de 1987 y 17 de mayo de 1993– que la prescripción es de inexcusable observancia, que opera de forma automática y que ha de declararse incluso de oficio, puesto que su no aplicación conculcaría el principio de seguridad jurídica y sería generadora de indefensión. La doctrina de la Sala de este Tribunal tiene, también, acrisolado este criterio, recogido en varias resoluciones, entre ellas, las sentencias de la Sala de Justicia de 2 de octubre de 2000 y 27 de septiembre de 2001.

Sobre el efecto y alcance que debe darse a la ausencia de referencia al requisito del conocimiento formal por parte del interesado de la iniciación de actuaciones o procedimientos a que alude la Disposición Adicional Tercera, apartado 3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, han existido, fundamentalmente, dos posiciones doctrinales, una de ellas, considera que, conforme al tenor literal de la mencionada Disposición Adicional, la iniciación de los referidos procedimientos produce “ope legis” un efecto interruptivo del plazo de prescripción de las acciones, y otra, considera, que conforme al ordenamiento jurídico tributario debería exigirse como requisito, para tener en cuenta los efectos interruptivos de los plazos de prescripción, el conocimiento formal por los interesados de la iniciación de los referidos procedimientos. La doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en esta materia se ha consolidado a favor de la primera de las posiciones doctrinales a que se ha hecho referencia, asemejándose así la prescripción de la responsabilidad contable al régimen de la prescripción en el ámbito civil y no a la prescripción en materia tributaria predicada de los demandados. Teniendo en cuenta estas consideraciones y que con fecha 13 de septiembre de 2007, la Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de H., como se ha hecho constar en los hechos probados de esta resolución, una vez tuvo conocimiento de la existencia de la cuenta nº ..., solicitó la emisión de informe al Secretario Interventor Municipal sobre la misma, se verán afectados por la prescripción de la responsabilidad contable los pagos efectuados desde la referida cuenta correspondientes a los años comprendidos entre 1995 y el 13 de septiembre de 2002. Por el contrario, no afectará la prescripción de la posible exigencia de responsabilidad contable a los pagos que se hubieran realizado desde la referida fecha de 13 de septiembre de 2002 hasta la liquidación de la cuenta el 24 de septiembre de 2007. Este mismo criterio fue mantenido por el Ministerio Fiscal en el acto de juicio.

SENTENCIA 5/2012, DE 1 DE MARZO

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Como ya ha quedado expuesto la parte apelante impugna la sentencia de instancia alegando como primer motivo que se computó erróneamente el plazo de prescripción respecto de los pagos realizados por el concepto de urbanización de la zona norte. Entiende esta parte que la sentencia recurrida fija como dies a quo para interrumpir el plazo de prescripción el 15 de enero de 2007, que es la fecha en la que se presentó denuncia ante la Sindicatura de Cuentas, por lo que declara la prescripción de los hechos anteriores a 16 de enero de 2002. Sin embargo, afirma esta parte que no es hasta el 19 de diciembre de 2007 cuando el Consejero de Cuentas dicta auto acordando iniciar las actuaciones previas, por lo que a su juicio, la prescripción debería alcanzar a los hechos anteriores a 19 de diciembre de 2002. Sigue afirmando que determinada jurisprudencia considera que el hecho determinante para estimar la interrupción de la prescripción es el acta de liquidación provisional, siendo en este caso de fecha 29 de junio de 2009 y 22 de febrero de 2010. Subsidiariamente, señala esta parte que si bien uno de los pagos de 6.000,00 € fue contabilizado el 20 de enero de 2002, el cheque para el pago fue expedido el 12 de enero de 2001, por lo que igualmente estaría prescrito. Y, respecto al pago realizado en el mes de agosto de 2002, afirman los apelantes que se abonó en concepto de intereses de demora generados por las certificaciones dentro de plazo, teniendo en cuenta que las obras habían finalizado en el año 2000, por lo que cabe entender que las obligaciones a las que hace referencia el pago de intereses están manifiestamente prescritas.

El Ministerio Fiscal entiende que debe considerarse, como lo hace la sentencia de instancia, que se interrumpe la prescripción el 15 de enero de 2007, que es cuando se presenta denuncia de los hechos ante la Sindicatura de Cuentas de Cataluña por uno de los Concejales del Ayuntamiento, iniciándose así la actuación fiscalizadora de este órgano de control externo quien, sin solución de continuidad, dirige de modo reiterado escritos al Ayuntamiento solicitando información y documentación de los hechos denunciados.

Esta Sala de Justicia ha recogido, entre otras, en las sentencias 20/2006, de 22 de noviembre, y 9/2011, de 29 de junio, la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, sino que debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de modo que en cuanto se manifieste al “animus conservandi” debe entenderse que queda correlativamente interrumpido el “tempus praescriptionis”. Por tanto, cuando el cese o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible sin subvertir su esencia. De acuerdo con esta interpretación restrictiva, para acoger la prescripción se exige que se tenga en cuenta, no sólo el transcurso del tiempo, sino el “animus” del afectado, de forma que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo.

En la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 se prevén como causas interruptivas del plazo de prescripción el inicio de “cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador,

disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable". Este precepto establece, por tanto, que para que la interrupción de la prescripción se produzca debe haberse iniciado cualquier procedimiento que tuviere por finalidad el examen de los hechos determinantes de responsabilidad contable, no limitándose sólo a incluir en dicha enumeración los procedimientos fiscalizadores, disciplinarios o jurisdiccionales.

En el presente caso, D. J. P. i Y., Portavoz del grupo municipal de CIU en el Ayuntamiento de B. con fecha 15 de enero de 2007 puso en conocimiento de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña la existencia de irregularidades en la gestión económico-financiera del Ayuntamiento de B. que dio lugar a la sustanciación del presente procedimiento jurisdiccional. La Sindicatura de Cuentas de Cataluña remitió dicho escrito a este Tribunal de Cuentas tras realizar reiteradas solicitudes de documentación para indagar sobre las posibles responsabilidades contables que pudieran derivarse. Es evidente, por tanto, que dicho escrito inició un procedimiento por parte de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña tendente a averiguar la posible existencia o no de indicios de responsabilidad contable y que una vez ultimadas estas actuaciones dio traslado a este Tribunal de Cuentas para el inicio, en su caso, del procedimiento jurisdiccional. Atendido el tenor literal de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 es evidente para esta Sala de Justicia que el inicio del procedimiento cuya finalidad era el examen de los hechos determinantes de responsabilidad contable se produjo con la presentación del escrito el 15 de enero de 2007 poniendo de manifiesto irregularidades en la gestión económico financiera del Ayuntamiento de B., ya que dio lugar a las actuaciones de averiguación realizadas por la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, y que posteriormente permitirían el inicio del procedimiento jurisdiccional. Por ello, debe confirmarse la sentencia de instancia en cuanto al momento en que se consideró interrumpido el plazo de prescripción, siendo este momento el 15 de enero de 2007.

La parte apelante también afirma de manera subsidiaria que aunque el pago de 6.000,00 € fue contabilizado el 20 de enero de 2002, el cheque fue expedido el 12 de enero de 2001 y, que el pago realizado en el mes de agosto de 2002 se abonó en concepto de intereses de demora generados por las certificaciones dentro de plazo, por lo que teniendo en cuenta que las obras habían finalizado en el año 2000, cabe entender que las obligaciones a las que hace referencia el pago de intereses están manifiestamente prescritas.

En cuanto al dies a quo del plazo de prescripción esta Sala de Justicia ha señalado, entre otras, en la sentencia 12/2010, de 1 de julio que *"De la dicción literal de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 de 5 de abril, se desprende que el inicio del plazo de prescripción tiene lugar en la fecha en que se hubieran cometido los hechos que originen las responsabilidades contables, y esos hechos no pueden ser otros que cuando se recibe una cantidad dineraria que debe ser reintegrada, bien por haber sido percibida indebidamente, bien por no haberse justificado su finalidad, debiendo reparar así, un daño causado al erario público"*. El daño se produce, por ello, con la percepción indebida de unas cantidades por lo que aplicado al caso concreto debe entenderse respecto al pago de 6.000,00 € que el daño surge no con el hecho de la expedición del cheque, sino con el cobro del mismo, ya que éste es el momento en el que se produce una salida injustificada de fondos públicos y se origina por ello un daño en los caudales de la Corporación Local. Y en cuanto al pago del mes de agosto de 2002 en concepto de intereses

de demora, el daño surge igualmente cuando se pagan esas cantidades por suponer una salida injustificada de fondos públicos. A estos efectos es indiferente que la obligación de la que deriva el pago de los intereses esté o no prescrita, porque lo que se enjuicia en este procedimiento no es el principal sino, precisamente, el pago de esos intereses, surgiendo el daño para los caudales públicos cuando éstos son objeto de abono.

Por todo ello, procede desestimar este motivo de impugnación y confirmar la sentencia de instancia en cuanto al criterio seguido para computar el plazo de prescripción.

SENTENCIA 10/2012, DE 9 DE MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

Habrà de resolverse primero sobre la prescripción invocada por el SR. A. G., habida cuenta que su eventual acogida afectaría a los restantes pronunciamientos acerca de los hechos; sustenta el mismo esta excepción de fondo en que los cuatro talones controvertidos se abonaron entre los meses de mayo y diciembre de 2002 y la demanda se interpuso el día 14 de abril de 2008, es decir, transcurridos más de cinco años desde los pagos, conforme a la Disposición Adicional 3ª de la Ley 7/1988, de 5 abril, señala que las actuaciones previas carecen de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción, ya que ni estaba determinado el alcance ni definidas las partes responsables, habiendo vulnerado, por ello, la resolución impugnada el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como ha manifestado el Ministerio Público, y razonó la sentencia de instancia en su fundamento de derecho tercero, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción en exigencia de responsabilidad contable por los hechos acaecidos (pago de cuatro cheques entre los meses de mayo y diciembre de 2002), se vio interrumpido el día 30 de junio del año 2006 cuando la Presidencia de la Diputación Provincial de A. remitió al Juzgado de Instancia nº 4 de dicha capital de provincia la documentación pertinente solicitada por dicho órgano jurisdiccional, con el fin de que se concretaran los hechos acaecidos, incoándose las Diligencias Previas nº 11/07, por los referidos hechos denunciados. En efecto, toda vez que el único requisito que la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Enjuiciamiento citada contempla en su apartado 3, a los efectos de entender interrumpido válidamente el plazo de prescripción, es el relativo a la iniciación de algún procedimiento, independientemente de su naturaleza, siempre que su finalidad fuera el examen de los hechos determinantes de responsabilidad contable, y, cumpliéndose estas exigencias en el presente caso, (así, la Fiscalía del Juzgado de Instrucción de A. abrió las referidas Diligencias de Investigación Penal nº 11/07 en el mes de septiembre de 2006, ordenando la investigación precisamente de los hechos que ahora se enjuician en esta jurisdicción), poniéndose los meritados hechos en conocimiento de este Tribunal el día 26 de abril de 2007, lo que dio lugar al inicio del correspondiente procedimiento en averiguación de los mismos, no cabe sino rechazar la excepción de prescripción planteada por el recurrente, ratificando en este extremo los razonamientos y conclusión obtenidos por el órgano de instancia. Por todo lo razonado, al no darse infracción alguna de la normativa aplicable, carece asimismo de toda consistencia jurídica la alegada vulneración por la resolución recurrida del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

SENTENCIA 11/2012, DE 25 MAYO

FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO

Entrando ya a valorar la cuestión de la prescripción en el caso concreto planteado en el presente recurso, es necesario distinguir, como ya se ha dicho, y como también hizo el juzgador de instancia, dos tipos de irregularidades:

- a) Hechos por los que el Sr. L. M. fue condenado por la Audiencia Provincial de A. por un delito de malversación de caudales públicos (se produjeron desde septiembre de 1999 y se refiere a ellos el hecho probado sexto de la Sentencia de instancia).

Dichos hechos fueron denunciados con fecha 4 de julio de 2003 por la Alcaldesa del Ayuntamiento de C. de L. ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcaraz, denuncia que realizó, conforme consta en el acta de la misma, con base en el informe de la Secretaria de la Corporación de 2 de julio de 2003, y que dio lugar a las Diligencias Previas nº 210/2003, que se incoaron por auto de 11 de julio de 2003 (folios 181 a 185 de las actuaciones penales). Dichas Diligencias se acumularon posteriormente a las Diligencias Previas nº 181/2003 con fecha 24 de noviembre de 2003, que se referían a presuntas irregularidades cometidas por el Sr. L. M. en el Ayuntamiento de P., que se incoaron el 19 de junio de 2003.

Teniendo en cuenta, por lo tanto, que las irregularidades referentes a los importes cobrados en exceso por el Sr. L. M. a que nos venimos refiriendo se iniciaron en septiembre de 1999 y que las actuaciones penales que conocieron de ellas se incoaron en junio y en julio, respectivamente, de 2003 (ya que dieron lugar a dos procedimientos penales distintos que luego se acumularían), el plazo del cómputo de prescripción respecto de estos hechos se vio interrumpido conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no haber transcurrido el tiempo necesario legalmente establecido para que las responsabilidades contables derivadas de dichos hechos prescribieran, y ello es así tanto si se entiende que el cómputo del plazo se interrumpió con la incoación de las Diligencias Previas números 210/2003 o 181/2003, como si lo fue, como alega el Ayuntamiento de C. de L., con la denuncia interpuesta, al ser ésta de fecha anterior. Desde el momento de incoación de los dos procedimientos penales que luego se acumularían, se vinieron realizando actuaciones de forma ininterrumpida hasta la finalización de la vía penal por Sentencia de la Audiencia Provincial de A. de 16 de noviembre de 2007, debiendo tenerse en cuenta también que desde que se incoaron las Diligencias Preliminares origen del presente procedimiento de reintegro por alcance, el 8 de octubre de 2004, también se han venido practicando de forma ininterrumpida las actuaciones propias de la vía contable.

- b) Hechos correspondientes a otras irregularidades, que se produjeron desde enero de 1998, y que se recogen en los hechos probados séptimo y siguientes de la Sentencia de instancia.

Estos hechos no fueron objeto de conocimiento y decisión en el proceso penal que concluyó con la Sentencia de la Audiencia Provincial de A.

En relación con estas irregularidades debemos empezar por descartar, como interruptivos del plazo de prescripción, tres hechos concretos:

- La incoación de las diligencias previas penales Nº 210/2003 como consecuencia de la denuncia formulada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de C. de L. con base en el informe emitido por la Secretaria de la citada Corporación. Estos hechos, que se produjeron como antes se dijo en julio de 2003, sólo se refirieron al exceso de retribuciones cobrado por el Sr. L. M. entre septiembre de 1999 y noviembre de 2000, así como a los reintegros y retenciones que se efectuaron en relación con los anticipos recibidos. No pueden, por tanto, estas actuaciones interrumpir el plazo de prescripción de unas responsabilidades contables derivadas de hechos a los que no se refirieron.
- La incoación de las diligencias previas penales Nº 181/2003, que tuvo lugar el 19 de junio de 2003, por hechos relativos al Ayuntamiento de P. que no guardan relación con las irregularidades a las que nos estamos refiriendo en el presente apartado. Como sucedía en el supuesto anterior, tampoco esta actuación puede interrumpir el plazo de prescripción de una responsabilidad contable derivada de unos hechos ajenos a la incoación practicada.
- Informes periciales evacuados, a petición del Juzgado de Instrucción Nº1 de Alcaraz, en el procedimiento por irregularidades en el Ayuntamiento de P. al que se acumuló el relativo a las irregularidades en el Ayuntamiento de C. de L. Dichos informes periciales son dos:
 - Informe de 29 de marzo de 2005 sobre todas las operaciones contables de los Ayuntamientos de P. y C. de L. en los años 1998 a 2002 y de las retribuciones abonadas por dichas Corporaciones Locales. En este Informe se concluyó que existían deficiencias en el control interno que no permitían conocer la realidad de los datos contables, y que, respecto a la Tesorería, al no existir arqueo periódico de entrada y salida de dinero, el saldo no se correspondía con la realidad.

Este Informe tenía, por tanto, como finalidad realizar un examen de todas las operaciones contables de los Ayuntamientos de P. y C. de L. en los ejercicios 1998 a 2002, y en él se incluyó una relación de todos los ingresos y pagos realizados en dichos ejercicios. Sin embargo, el citado dictamen se solicitó y elaboró para la investigación de unas presuntas irregularidades concretas denunciadas, que se circunscribían, en el caso del Ayuntamiento de C. de L., a las cantidades percibidas en exceso por el Sr. L. M. y no a otros extremos. La Sentencia que resolvió el proceso penal, como ya se dijo, no decidió sobre irregularidades distintas de las denunciadas que dieron lugar a la incoación del proceso.

No puede considerarse, por tanto, que este informe de 29 de marzo de 2005 pueda interrumpir el plazo de prescripción de las responsabilidades contables derivadas de los hechos a los que nos estamos refiriendo en el presente apartado, tesis por otra parte que ya tuvo ocasión de mantener esta Sala, también en relación con un procedimiento seguido contra el Ayuntamiento de C. de L., en Sentencia 9/11 de veintinueve de junio de dos mil once (recurso de apelación nº 39/10), en la que se mantuvo que: *“Un análisis del procedimiento penal permite afirmar que los hechos enjuiciados en el mismo se referían exclusivamente a un delito de malversación de caudales públicos como consecuencia de la apropiación por parte del Secretario del Ayuntamiento de determinadas cantidades. Por tanto, los hechos de los años 2001 y 2002 anteriormente expuestos no formaron parte en ningún momento de las Diligencias Previas nº 181/2003. En estas actuaciones penales hay unidos dos informes periciales cuyo objeto era analizar desde el punto de vista contable si existió o no la apropiación de caudales públicos, constando en uno de ellos una relación de todos los ingresos y pagos realizados por el Ayuntamiento durante estos ejercicios. Por tanto, ninguno de estos informes analizó las posibles irregularidades contables objeto del presente procedimiento de reintegro por alcance. Como ha quedado anteriormente expuesto, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 prevé como causa interruptiva del plazo de prescripción el inicio de un procedimiento jurisdiccional que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, por lo que el inicio de las Diligencias Previas nº 181/2003 no puede, a juicio de esta Sala de Justicia, constituir hecho interruptivo de la prescripción respecto de los pagos realizados al Abogado Sr. S. R. y de las nóminas de la Sr. A. A. M. de los años 2001 y 2002, ya que ese procedimiento penal no tuvo por finalidad el examen de los mismos.”*

Además, aun admitiendo a efectos puramente dialécticos que el informe pericial de 29 de marzo de 2005 se hubiera referido a las irregularidades aquí enjuiciadas sería, conforme a lo anteriormente expuesto, la fecha de este informe y no la del inicio de las Diligencias Previas la que interrumpiría el plazo de prescripción, por lo que afectaría a los hechos que se produjeron antes del 29 de marzo de 2000. Sin embargo, ello carecería de toda virtualidad en la práctica pues, en relación con los ejercicios 1999 y 2000, el informe de la Secretaria de la Corporación de 22 de julio de 2004, al que seguidamente nos referiremos, excluye la posibilidad de apreciar la prescripción respecto a los hechos acaecidos en dichos ejercicios ,por lo que el informe pericial de 29 de marzo de 2005 sólo permitiría estimar la prescripción de los hechos correspondientes al ejercicio 1998, lo que como luego se verá iba a considerarse así, de todas formas, aunque por otras razones.

- Informe de ampliación del de 29 de marzo de 2005, emitido con fecha 10 de abril de 2006. Este Informe se solicitó y emitió con el fin de “concretar las cantidades que el imputado haya percibido por encima de sus nóminas, incluidas las pagas extraordinarias”.

No cabe atribuir tampoco a este dictamen efectos interruptivos del plazo de prescripción de las responsabilidades contables derivadas de los hechos a los que se refiere el presente apartado porque se refirió, exclusivamente, al exceso de retribuciones cobradas por el Sr. L. M., y no a otras irregularidades. Vuelve a hacerse necesario traer a colación, en apoyo de esta tesis, el criterio defendido por esta Sala en su ya citada Sentencia 9/11, de 29 de junio, relativa a esta misma Corporación Local.

Por lo tanto, conforme ha quedado anteriormente expuesto, y de acuerdo con la solución dada por esta Sala a esta cuestión en el anterior proceso al que se ha hecho referencia relativo al mismo Ayuntamiento, al prever la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 como causa interruptiva del plazo de prescripción el inicio de un procedimiento jurisdiccional que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable (circunstancia que no concurre en el presente caso en relación con estas irregularidades), cabe concluir que ni la incoación de las Diligencias Previas Números 210/2003 y 181/2003, ni los informes periciales elaborados en el seno de las actuaciones penales pueden, a juicio de esta Sala, constituir hecho interruptivo del plazo de prescripción en relación con las irregularidades distintas de la malversación a que se refiere el presente proceso, al haberse iniciado el procedimiento penal por una denuncia por hechos referidos al exceso de retribuciones cobradas por el Sr. L. M. y circunscribirse la Sentencia que le puso fin exclusivamente, en relación con el Ayuntamiento de C. de L., a dichos hechos, sin que la misma se pronunciara sobre otras irregularidades acaecidas en dicha Corporación.

El primer hecho interruptivo de la prescripción de las posibles irregularidades contables objeto de este proceso que no formaron parte del proceso penal, según la Sentencia de instancia, es el informe de la Secretaria de la Corporación de 23 de julio de 2004. No obstante, en relación con los efectos interruptivos del plazo de prescripción derivados de dicho informe debemos tener en cuenta lo siguiente:

- Si examinamos con detenimiento el referido informe de 23 de julio de 2004 (folios 11 a 15 de las actuaciones previas) el mismo se refiere exclusivamente a las irregularidades relacionadas con las retribuciones percibidas en exceso por el Sr. L. M. entre septiembre de 1999 y diciembre de 2002 y no al resto de irregularidades.
- Existe otro informe de la Secretaria de la Corporación de 22 de julio de 2004, que sí se refiere a otras irregularidades que se produjeron en el Ayuntamiento de C. de L. (folios 5 a 9 de las diligencias preliminares), y que fue junto con el escrito de la Alcaldesa de 29 de septiembre de 2004 el que dio lugar a la incoación de las Diligencias Preliminares nº C157/04, origen de las presentes actuaciones. En él se detallan irregularidades en la Corporación que se produjeron en los ejercicios 1999 y 2000, pero no hace mención alguna a los ejercicios 1998, 2001 y 2002. De hecho, el Delegado Instructor solicitó, con fecha 1 de abril de 2005, y por lo tanto una vez iniciadas las actuaciones, información adicional al Ayuntamiento de C. de L. exclusivamente sobre los ejercicios 1999 y 2000.
- Con fecha 15 de febrero de 2006 se elaboró un informe por el Letrado del I.C de A. sobre cuestiones de hecho y valoraciones jurídicas de la gestión económico-administrativa del

Ayuntamiento de C. de L. durante el periodo 1998–2002, que fue remitido al Delegado Instructor el 26 de julio de 2006 (folios 250 a 275 de las actuaciones previas). Informe que dio lugar a que el Delegado Instructor solicitara de la Secretaria de la Corporación, con el fin de precisar las posibles responsabilidades contables, un nuevo informe detallado.

- La Secretaria de la Corporación presentó dos nuevos informes, el primero de fecha 13 de septiembre de 2006, que se refiere exclusivamente a las retribuciones del Sr. L. M. cobradas en exceso, y el segundo, de fecha 10 de enero de 2007, correspondiente al resto de irregularidades que se llevaron a cabo en la Corporación, en este caso en relación con los ejercicios 1998–2002 (folios 280 a 299 de las actuaciones previas).
- La Sindicatura de Cuentas de Castilla la Mancha elaboró el “Informe definitivo de fiscalización del Ayuntamiento de C. de L. (A.). Ejercicios 1999 a 2003”, solicitado por la Corporación mediante acuerdo Plenario de 27 de julio de 2004, siendo autorizada la Fiscalización por la Mesa de las Cortes de Castilla–La Mancha en sesión de 15 de septiembre de 2004. Dicha fiscalización fue incluida en el Programa Anual de Fiscalizaciones correspondientes al ejercicio 2005, iniciándose las actuaciones preparatorias en el segundo trimestre del 2005 y llevándose a cabo los trabajos de campo durante el último semestre de dicho ejercicio.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, así como los documentos anteriormente referidos podemos concluir lo siguiente:

- En relación con el ejercicio 1998, las responsabilidades contables que pudieran haberse generado durante el mismo deben considerarse prescritas, tanto si el hecho interruptivo del plazo de prescripción se atribuye al informe pericial de 29 de marzo de 2005, como si se atribuye al informe de 15 de febrero de 2006 del Letrado del I.C de A., sobre las cuestiones de hecho y valoraciones jurídicas de la gestión económico–administrativa del Ayuntamiento de C. de L. durante el periodo 1998–2002, al no estar incluido dicho ejercicio en los informes de fechas anteriores elaborados por la Secretaria de la Corporación, ni haber sido objeto de la fiscalización llevada a cabo por la Sindicatura de Cuentas de Castilla–La Mancha, que se refirió exclusivamente a los ejercicios 1999–2003. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia recurrida, si bien con un razonamiento diferente.
- En relación con los ejercicios 1999 y 2000 el primer hecho interruptivo del plazo de prescripción fue el informe de la Secretaria de la Corporación de 22 de julio de 2004, que se refirió expresamente a dichos ejercicios, por lo que deben declararse prescritos, en consecuencia, los hechos que se produjeron entre el 1 de enero de 1999 y el 22 de julio de 1999. La Sentencia de instancia declaró prescritos los hechos que se produjeron hasta el 23 de julio de 1999, y si bien esta Sala, conforme al razonamiento anteriormente expuesto, considera prescritos los producidos hasta el 22 de julio de 1999, al no figurar en la demanda interpuesta por el Ayuntamiento reclamación alguna por hechos acaecidos entre dichas fechas (22 y 23 de julio de 1999), el importe del alcance fijado en la Sentencia de instancia no se ve alterado por dicha modificación.

- Por lo que se refiere a los ejercicios 2001 y 2002, el primer hecho interruptivo del plazo de prescripción se produjo, en cambio, con el inicio de la Fiscalización del Ayuntamiento de C. de L. (A.) correspondiente a los ejercicios 1999–2003, acordado por la Mesa de las Cortes de Castilla–La Mancha el 15 de septiembre de 2004, iniciándose las actuaciones preparatorias en el segundo trimestre del 2005. Aun cuando en el Informe definitivo de dicha fiscalización consta que la falta de información contable, tanto presupuestaria como económico–financiera, ha impedido el análisis de la gestión municipal durante los ejercicios 1999 a 2002, dicha circunstancia no puede beneficiar a quienes estaban a cargo de la Corporación, máxime cuando tanto el acuerdo del Pleno de la Corporación de 17 de julio de 2004, en el que se acordó solicitar la realización de una auditoria a la Sindicatura de Cuentas de Castilla–La Mancha, como el acuerdo de la Mesa de las Cortes para llevar a cabo dicho informe de fiscalización se referían a dichos ejercicios. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el primer hecho interruptivo del plazo de prescripción se produjo antes de que hubieren transcurrido cinco años, computados desde el inicio de la fiscalización, las responsabilidades contables correspondientes a los ejercicios 2001 y 2002 no han prescrito, como así declaró la Sentencia de instancia, si bien con un razonamiento diferente.

Por lo tanto, al haber declarado prescrita la Sentencia de instancia las posibles responsabilidades contables en relación con los hechos que se produjeron hasta el 23 de julio de 1999, y considerarse en cambio en la presente Sentencia prescritas las responsabilidades contables derivadas de los hechos que se produjeron hasta el 22 de julio de ese mismo año, procede, conforme a lo razonado en el presente fundamento de derecho, estimar parcialmente la alegación de prescripción planteada y revocar la Sentencia recurrida en el sentido de declarar prescritas las posibles responsabilidades contables exclusivamente en relación con los hechos acaecidos hasta el 22 de julio de 1999, pero sin alteración del importe del alcance fijado en la Sentencia de instancia, al no figurar en la demanda interpuesta por el Ayuntamiento reclamación alguna en relación con los hechos que se produjeron entre dichas fechas (22 y 23 de julio de 1999).

Capítulo séptimo

Conclusiones

1. Sobre la estructura conceptual

1.1. Concepto de responsabilidad contable

El concepto de responsabilidad contable ha sido definido por el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, y en el art. 49.1 de la Ley 7/1988, siendo exigible a los que deban rendir cuentas, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando originen su menoscabo mediante dolo, culpa, o negligencia grave.

Requisitos

- a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
- b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
- c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
- d) Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.
- e) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparadora siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo.

Son pagos indebidos: los realizados sin causa, es decir sin contraprestación de utilidad pública.

Un argumento recurrente para tratar de eximir la posible responsabilidad contable, se produce cuando el apelante parece afirmar que la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de las cuentas excluye la posibilidad de una investigación posterior de las mismas y de la exigencia de la correspondiente responsabilidad contable si en su caso, se dieran los requisitos legalmente previstos. Este argumento supondría una vulneración del orden legal y constitucional vigente. Así, el art. 136 de la Constitución Española declara que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, ante quien se deben rendir dichas cuentas para su censura. Por lo tanto, la aprobación de las cuentas por el Pleno de un Ayuntamiento no supone en modo alguno un desapoderamiento del Tribunal de Cuentas para la fiscalización de aquellas y, de manera más clara, jamás puede

suponer una intromisión del Ayuntamiento en la competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones en materia de responsabilidad contable, aspecto consolidado en la Jurisprudencia del Tribunal, donde se diferencia *“entre la aprobación de la cuenta y la aprobación de la gestión, y entre la corrección contable de la cuenta y la adecuación a Derecho de los actos reflejados en la misma.”*

Se entenderá 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 Tribunal de Cuentas.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas, al señalar que se entiende por alcance *“el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo los caudales o efectos públicos. No rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que éstos arrojen, no efectuar ingresos a que se esté obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicándolos a usos propios o ajenos, etc. son todos supuesto de alcance”*.

Para que exista alcance se requiere un saldo deudor injustificado; la doctrina de la Sala ha ido perfilando esta figura, orientándose hacia una interpretación amplia del concepto y así, es indiferente, al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario por falta de soportes documentales. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, en sentido amplio, que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de justificación por falta de necesarios soportes documentales.

La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

A este respecto cabe recordar que en el ámbito de la jurisdicción contable es de aplicación el principio de carga de la prueba establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, e incumbe al demandado, *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

Respecto al valor o eficacia procesal y el tratamiento que debe darse a los Informes de Fiscalización en el curso del proceso contable, y de acuerdo con lo establecido en el Auto del

Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 1984, sus conclusiones no son vinculantes para los Tribunales, si bien se les ha de reconocer especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido, lo que no impide que el Juez valore estos informes según las reglas de la sana crítica, dado que su fuerza probatoria, sin dejar de reconocer que se trata de un documento de especial relevancia para la valoración final del juez, puede ser ponderado por otros elementos probatorios incorporados al proceso, contrastando las afirmaciones de dicho informe con la documentación que sirvió de base para la elaboración del citado documento o con el resto de pruebas que se estimen pertinentes.

El carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que se ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el Patrimonio Público. Será en cada caso concreto donde se pueda decidir, a la vista de la concreta relación de cada conducta con cada alcance producido, quiénes son responsables directos y quiénes subsidiarios, sin perjuicio del cargo que ostentan y de la intervención que otras personas, desde su puesto de gestión, hayan podido tener en los mismos hechos.

La normativa mercantil y societaria, en cuanto rige la gestión de los caudales públicos en las empresas municipales, es aplicable en los procesos de la jurisdicción contable en los que se persigue el resarcimiento por parte de los gestores del daño causado a estos fondos públicos, siendo lógicamente diferente esta responsabilidad de la que, en su caso, pueda exigirse en el ámbito societario o mercantil cuyo conocimiento no compete a esta jurisdicción.

En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas, que incumbe a todo gestor de fondos públicos, deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta generadora de daños y perjuicios que puede considerarse socialmente reprochable.

Esta conclusión se apoya además en una reiterada doctrina de la Sala de Justicia respecto al requisito, para la responsabilidad contable, de la cualidad de gestor de los fondos menoscabados. La jurisprudencia del TCu. recoge entre otros los razonamientos siguientes:

- a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados.
- b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aun cuando no se sea titular de facultades que incluyan *“la intervención directa en el manejo de numerario”*.
- c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad contable directa por acción, sino también por omisión, es decir, *“por no desarrollar la actividad que, estando incluida dentro de las*

funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos...”

- d) La responsabilidad contable puede recaer *“en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos”*.
- e) *“El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo”*.

La responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración y Gerente es una responsabilidad directa por actos propios, consistiendo éstos en una actuación omisiva deliberada en el desempeño de todas sus funciones que da lugar a los daños causados en los fondos públicos.

El posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias.

Compatibilidad entre las jurisdicciones contable y penal: La caracterización legal de la pretensión contable y consiguientemente de la responsabilidad de la misma naturaleza jurídica, de carácter patrimonial y reparatorio, determina ante el enjuiciamiento de un mismo hecho por los dos órdenes jurisdiccionales penal y contable, la no vulneración del principio general de «non bis in idem», pues resulta indudable que el mismo hecho se contempla desde diferentes perspectivas, al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción. Es competencia exclusiva de la jurisdicción contable, y no de la penal, determinar si concurren en los hechos los elementos configuradores de la responsabilidad contable; las consecuencias jurídicas que de unos mismos hechos se deduzcan en vía jurisdiccional penal y contable no tienen necesariamente que coincidir pues, cada uno de estos Ordenes, examina tales hechos desde la perspectiva de un ámbito competencial diferente. Así se expone en diversas resoluciones de la Sala de Justicia. O, en parecidos términos, se dispone que el ordenamiento jurídico admite sobre unos mismos hechos la posibilidad de una doble respuesta de contenido diverso por parte de los dos órdenes jurisdiccionales, en cuanto es distinta la finalidad perseguida por ambas.

Cabe citar algunos criterios de esta misma Sala, en materia de responsabilidad contable, incorporados a su doctrina:

- Incurrir en responsabilidad contable las personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación, que hubieran enervado el daño producido.
- Al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.
- Es causa eficiente para producir el resultado dañoso aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última.

- Concorre responsabilidad contable cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca.
- La pasividad en el ejercicio de la gestión encomendada puede dar lugar a responsabilidad contable.
- La negligencia grave no se evita con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo exigible lo que se ha venido denominando como “agotamiento de la diligencia”.

1.2. Naturaleza

La responsabilidad contable no puede identificarse de modo absoluto con la responsabilidad civil contractual o extracontractual. La Sala de Justicia ha defendido reiteradamente el criterio de considerarla como una subespecie de la responsabilidad civil, lo que resulta compatible con la tesis de entenderla, además, como una categoría autónoma dentro del ordenamiento jurídico con caracteres propios, en parte compartidos con los predicables de la responsabilidad patrimonial.

Nos hallamos ante un modelo de responsabilidad jurídica caracterizado por su origen y por sus efectos. Su origen está en una gestión antijurídica y dolosa o gravemente negligente de bienes o derechos de titularidad pública; sus efectos consisten en la reparación del menoscabo causado a dichos bienes o derechos.

Se deslinda la *responsabilidad directa*, aplicable a quien ha sido autor, cooperador y encubridor de los hechos, *de la subsidiaria*, que se aplica a quien por negligencia o demora ha dado ocasión a que los fondos públicos se hayan perjudicado o no pueda conseguirse su recuperación. Idéntico planteamiento es el regulado en el ámbito tributario, cuando los administradores de sociedades anónimas responden de forma subsidiaria en supuestos de infracción cometidos por dichas sociedades, salvo que hubiese existido cooperación en los hechos en cuyo caso procede la responsabilidad solidaria. En consecuencia, resulta necesario, en esta jurisdicción contable deslindar los actos cometidos específicamente por cada sujeto a fin de poder atribuirles la posible responsabilidad contable solidaria o subsidiaria, según proceda.

Respecto del principio de presunción de inocencia, la Sala de Justicia se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la no aplicación de este principio al ámbito de la responsabilidad contable quedando sustituido por el principio de carga de la prueba.

La regulación que del contenido de la responsabilidad contable se hace, tanto en las leyes del Tribunal de Cuentas, como en la Ley General Presupuestaria, no supone sino trasladar a dicho ámbito específico la teoría general de las obligaciones recogida en el Título Primero del Libro Cuarto del Código Civil, en concreto en los artículos 1101, 1106 y 1108, en donde se regula la indemnización por daños y perjuicios y su contenido. Efectivamente, el segundo de los preceptos citados establece que la indemnización de daños no sólo comprende lo que la doctrina ha venido

en llamar daño emergente, sino también lo que la misma fuente ha denominado lucro cesante, esto es, la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de febrero de 1998, establece que la función de los intereses de demora es la indemnización de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero, debiendo a éstos añadirse, dice el Alto Tribunal, lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 de junio de 1993, en el sentido de que la efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, exige no sólo que se cumpla el fallo, sino que el acreedor consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la “restitutio in integrum”, sentido en el que actúa el interés de demora. En el ámbito del Derecho Público, es el llamado interés de demora, exigible “ope legis”, el que cumple la finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios y se computa desde el día en que se ocasionen los mismos. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (entre otras, Sentencias 76/1990, 206/1993, 69/1996, 23/1997 y 141/1997) ha venido a enfatizar el carácter indemnizatorio del interés de demora. Todo lo anterior es de plena aplicación a la responsabilidad contable, que tiene naturaleza civil o reparadora; así, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/82, de 12 de mayo, establece, en su artículo 38, la obligación de indemnización por daños y perjuicios a cargo de los que originaren el menoscabo de los caudales o efectos públicos como consecuencia de acciones u omisiones contrarias a la Ley. Esto es, establece que el contenido de la responsabilidad contable está constituido por la indemnización de los daños y perjuicios.

1.3. Elementos

Como requisito subjetivo, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario, *“que el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento. Igualmente si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa.”*

En cuanto a la existencia de un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el perjuicio causado en los fondos públicos, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, afirma que *“la conexión de causalidad (entre la conducta enjuiciada y el menoscabo producido) supone un enlace, al menos suficiente, entre ciertos actos comisivos u omisivos y un resultado determinado.”*

La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1104 del Código Civil, *“dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de*

corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Así, en el ámbito contable, la Sala de Justicia ha venido exigiendo al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable, debiendo ponderarse la diligencia exigible al gestor de fondos públicos en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo.

Cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. Por ello, es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar.

Para que concurra un supuesto de responsabilidad contable, es requisito imprescindible que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública. La administración irregular de los recursos públicos no genera, por sí sola, responsabilidades contables. Es necesario que implique, entre otros requisitos, un menoscabo concretado en caudales o efectos públicos individualizados. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de que la gestión irregular de que se trate pueda generar, en su caso, otras responsabilidades en Derecho distintas de la contable. Los daños determinantes de la responsabilidad contable *"no pueden ser meramente posibles o contingentes"*, deben ser reales y efectivos.

La deficiente gestión de fondos públicos manifestada a través de una irregular actividad de cobro de ingresos de derecho público puede generar responsabilidad contable pero sólo si hay *"quebranto o pérdida"* de los caudales públicos gestionados.

No hay una determinación de casos o requisitos en los que sea exigible dicha responsabilidad, ya que si bien en algunas ocasiones la propia ley establece las obligaciones que se imponen a los miembros del Consejo de Administración de una empresa pública, en otras la responsabilidad deriva de incurrir en malicia, abuso de facultades o negligencia, sin perjuicio del necesario nexo de causalidad que debe existir entre el daño y la conducta del administrador. Sin embargo, hay que tener en cuenta a la hora de analizar dicha responsabilidad que la Ley de Sociedades Anónimas invirtió la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, de tal suerte que, sólo podrán ser exculpados los miembros del Consejo de Administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél.

La existencia de culpa difícilmente puede definirse apriorísticamente, siendo necesario hacer un juicio de previsibilidad en cada caso concreto *“ya que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos si bien, en todo caso, la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio, siempre en relación con las circunstancias personales de tiempo y de lugar y el entorno físico y social en que se desenvuelve”*. En el ámbito contable, ha de exigirse al gestor de fondos públicos *«una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprochable»*.

Ante la ausencia de una normativa específica que regule la naturaleza y alcance de la negligencia en relación con la responsabilidad contable, la ponderación de la diligencia exigible al gestor de fondos públicos ha de hacerse caso por caso.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de noviembre de 1996 ha sentado que las infracciones cometidas con motivo de la percepción de subvenciones generan responsabilidad contable y obligan a indemnizar al Sector Público los daños y perjuicios causados. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por su parte, deja claro que los perceptores de subvenciones y ayudas públicas, al recibir efectos públicos, se erigen en sujetos encargados de su manejo, y al infringir las disposiciones presupuestarias o contables que les son aplicables incurren, concurriendo los demás requisitos, en responsabilidad contable.

La responsabilidad contable no es una responsabilidad objetiva, sólo puede exigirse mediando dolo, culpa o negligencia grave.

El grado de culpabilidad cuando el responsable es una persona jurídica se desplaza a los órganos unipersonales o colegiados a través de los que se forma la voluntad y se ejecutan las decisiones de la entidad.

La diligencia exigible en la gestión de caudales públicos es superior a la que cabe reclamar para la administración de fondos privados. Por otro lado, la pasividad en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión, puede ser causa de negligencia grave.

Además, las personas que por las responsabilidades y obligaciones propias de su cargo deben adoptar las precauciones necesarias para impedir las conductas ilícitas de terceros generadoras de daños, si no lo hacen incurren en un descuido inexcusable reconducible a negligencia grave.

Los integrantes de los órganos de gobierno de una Entidad que recibe ayudas públicas, no pueden eludir el nivel de diligencia que les resulta jurídicamente exigible bajo el pretexto de que su función era meramente representativa y de que desconocían las actividades que se les reprochan jurídicamente pues, en estos casos, el desconocimiento lejos de eludir la negligencia, se convierte en un elemento que refuerza la gravedad de la misma. También se exige para que pueda declararse responsabilidad contable que exista un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido.

La responsabilidad contable de las personas jurídicas puede no agotarse en éstas y exigirse, cuando se cumplan los requisitos legales, a los gestores o representantes de las mismas.

La culpa o negligencia no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como necesidad de agotar la diligencia.

Constituye una vulneración jurídica generadora de responsabilidad contable *“no rendir cuentas debiendo hacerlo por estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, o no justificar el saldo negativo que éstos arrojen”*. Además, *“la operación de cargo de valores produce efectos traslativos de su posesión, desplazándose la misma a la persona que los recibe, quien queda obligada a su custodia, administración o gestión con la diligencia exigible a quien acepta negociar intereses ajenos y, en particular, intereses públicos. Finalizada su gestión, el gestor ve liberada su responsabilidad mediante la operación de descargo o data, a través de la cual devuelve todo o parte de los valores recibidos y/o el producto de su realización, esto es, procede a la rendición de la cuenta, operación llamada cuentadación”*.

Al superior jerárquico de las personas que han sido declaradas responsables contables directas y que, pese a conocer la existencia de descuadres y de irregularidades, omitió la adopción de las medidas que, en el ámbito de sus funciones, se dirigieran a la evitación de los mismos, se le atribuye una responsabilidad subsidiaria derivada de la dejación en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión de la gestión económico-administrativa a que estaba obligado en el cumplimiento legal de sus obligaciones.

Lo que determina que una concreta conducta sea constitutiva de responsabilidad contable directa o subsidiaria no es el carácter grave o leve de la negligencia apreciada en la misma, sino su relevancia para la provocación del resultado lesivo para los fondos públicos. El grado de culpa que concurra no resulta decisivo a efectos de declarar el grado de responsabilidad, pues la existencia de negligencia grave puede dar lugar tanto a la responsabilidad directa como a la subsidiaria, ya que lo relevante es la participación que hayan tenido los presuntos responsables en los hechos generadores del alcance.

El carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que se ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el Patrimonio Público.

Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa.

1.4. Fraude de ley

El fraude de Ley es una cuestión de mero hecho que corresponde dilucidar en cada caso a los Tribunales y equivale al empleo de medios, artimañas o ardidés que tienen como finalidad causar un daño a otro y también obtener un beneficio, pero que se realiza sin una oposición

frontal al Derecho. Dicho fenómeno, no por darse con mayor frecuencia en materia de Derecho privado, deja de encontrarse, asimismo, en otros campos jurídicos de carácter público.

Los requisitos que, han de concurrir para poder apreciar fraude de Ley, son los siguientes:

- a) la presencia de la llamada norma de cobertura, que es a la que se acoge el que intenta el fraude;
- b) la norma «eludida», es decir, la que a través del fraude se intenta eludir en forma engañosa; y
- c) una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, intentando obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, considerado éste como un todo, y que suele producirse en la utilización de una figura ficticia, carente de actividad.

2. Sobre los sujetos responsables

2.1. Legitimación pasiva

La Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, considera legitimados pasivos a los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

La jurisdicción de este Tribunal se extiende, desde el punto de vista subjetivo, respecto de todo aquél que, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tenga la obligación de rendir cuentas de los mismos.

El concepto de cuentadante debe entenderse en un sentido amplio a los efectos de la responsabilidad contable, de forma que *“todos aquéllos que por su función de ordenador del gasto y pago, interventor, administrador, recaudador, depositario, cajero, o que su función esté relacionada con la administración o el manejo o utilización de bienes o caudales públicos pueden ser demandados ante la jurisdicción contable”*.

En el caso concreto de las sociedades municipales que adoptan la forma de sociedades de responsabilidad anónima o limitada, los puestos de Presidente, Secretario y Vocal del Consejo de Administración son cargos que implican gestión de caudales o efectos públicos. Los administradores de estas Sociedades que manejan fondos públicos pueden incurrir en responsabilidad contable, y cuando las funciones atribuidas tengan alcance económico-financiero no cabrá eludir la legitimación pasiva alegando que los cargos se ocupaban de una forma puramente formal, sin ejercicio efectivo de actividades de gestión.

La aceptación de un cargo lleva consigo aparejadas todas las consecuencias y responsabilidad inherentes al mismo y el hecho de pertenecer a un Consejo de Administración supone, para quien acepta este cargo, la asunción de una serie de obligaciones, para cuyo desempeño se le atribuyen facultades suficientes.

La diligencia que se impone a los administradores es la culpa profesional y específica que obviamente incluye un deber de vigilancia y control que garantice el adecuado funcionamiento de la empresa y la salvaguarda de los derechos de los socios, teniendo en cuenta, a la hora de analizar su conducta, que la Ley de Sociedades Anónimas invirtió la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002, de tal suerte que, sólo podrán ser exculpados los miembros del Consejo de Administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél.

Son responsables contables directos aquellos «que hubiesen cooperado en la comisión de los hechos»; ahora bien, tal «cooperación» debe ser entendida dentro del proceso de rendición de cuentas, o si se quiere, y en términos más amplios, dentro del procedimiento de gestión económica de los fondos públicos.

El enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. Es decir, dos son las notas que caracterizan la responsabilidad subjetiva del ilícito contable: a) la rendición de cuentas; y b) la relación especial de facto en que se hallan todos aquéllos que se vinculan a la gestión de los fondos públicos. En el mismo sentido, el art. 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas concreta que la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que se desprenda de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

La extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con una interpretación sistemática de los arts. 38.1, 15.1 y 2.b) de la Ley Orgánica del Tribunal, no a cualquier persona, sino, solamente, a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos», ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros Órganos jurisdiccionales.

Por lo que se refiere a la regulación legal del concepto de legitimado pasivo hay que recordar que es el art. 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, el que lo define. Dicho artículo dice textualmente que *«se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso»*.

No toda acción u omisión contraria a la Ley que origine menoscabo a los caudales o efectos públicos, inclusive aunque proceda de quien tenga a su cargo, en sentido amplio, el manejo de fondos públicos, origina responsabilidad contable. Si así fuera, *«el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, no habría definido la responsabilidad contable, sino algo mucho más amplio, como es la responsabilidad civil de quienes manejan dichos caudales o efectos frente a las entidades del sector público a las que sirven»*. La extensión subjetiva de la responsabilidad contable no puede alcanzar a cualquier persona que pertenezca al esquema organizativo de una Administración

Pública pues, de admitir esa extensión, se produciría una invasión en la esfera de competencia de otros órdenes jurisdiccionales al encontrarnos ante la sustanciación de la responsabilidad civil de terceros frente a ésta administración Pública.

La condición de gestor de fondos públicos sólo puede concurrir en quien tiene capacidad de disposición sobre ellos, lo que no se da en quien desarrolla una actividad limitada al asesoramiento.

Si no puede probarse que una persona física o jurídica ha gestionado directamente los fondos menoscabados, aun cuando de alguna forma haya sido titular de relaciones jurídicas con el beneficiario de una subvención que hubieran podido contribuir o favorecer la producción del descubierto, no puede ser responsable contable pues no es cuentadante de la subvención percibida. Un tercero que recibe indebidamente, de una entidad subvencionada, fondos procedentes de una subvención no tiene legitimación pasiva ante el Tribunal de Cuentas. Quien la tiene es la entidad subvencionada, que es la obligada a justificar la correcta aplicación de los fondos.

Sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones y otras ayudas del Sector Público. Se trata de una doctrina del Tribunal Supremo que excluye expresamente al cooperador necesario del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable.

La aceptación del cargo de administrador social, que es un acto voluntario, conlleva consigo que el administrador no sólo se vea investido de una serie de facultades de administración y representación de la sociedad, sino también de una serie de obligaciones entre las que se encuentra la de desempeñar el cargo «*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*» lo que conlleva, que sea responsable de los daños que pudieran derivarse de la gestión social.

En el ámbito público, la constitución de sociedades mercantiles, a las que se confía la gestión de un determinado servicio público, así como los medios patrimoniales para tal fin, ha de hacerse conforme a la legislación administrativa aplicable, debiendo igualmente constituirse con arreglo a los requisitos previstos en la legislación mercantil. Una vez constituidas, son sus órganos de gobierno los que asumen la responsabilidad sobre su gestión ordinaria (responsabilidad que comprende, en su caso, la contable derivada de daños que pudieran irrogarse por perjuicios a su patrimonio), distinta, en todo caso, de la responsabilidad política.

Las sociedades públicas actúan casi como un órgano del ente público, (a modo de gestión directa del propio ente –como mero instrumento jurídico del mismo–), pero, una vez creadas, gozan de personalidad jurídica propia y distinta de la administración territorial (y por consiguiente con patrimonio propio) y actúan en el tráfico jurídico equiparadas al resto de sujetos privados y regidas por el Derecho privado Civil y Mercantil. Asimismo, una vez constituidas dichas sociedades, son sus órganos de gobierno los que asumen la responsabilidad sobre su gestión ordinaria, responsabilidad que comprende, en su caso, la contable derivada de daños que pudieran irrogarse por perjuicios a su patrimonio.

Responden solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de suerte, que sólo aparecen exculpados los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél, y así lo señala la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 27/2000, de 18 de enero donde se avala que el precepto invierte la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre los administradores que deben, en consecuencia, alegar y probar las causas de exculpación.

El ordenamiento jurídico regulador del régimen jurídico que rige esta modalidad de prestación de servicios públicos de la competencia de las Entidades Locales, permite a éstas acudir a la constitución de estas empresas para alcanzar una más eficaz prestación; si bien gozan de personalidad jurídica y se rigen por el Derecho Privado (Civil y Mercantil), no por ello queda su actividad exenta de los controles previstos para el resto de los entes del sector público; así, las mismas forman parte del sector público empresarial desde el punto de vista de su régimen económico-financiero, y se encuentran sometidas a determinadas disposiciones de la Ley General Presupuestaria, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la fiscalización del Tribunal de Cuentas; teniendo presente el peculiar régimen jurídico de este tipo de sociedades constituidas con fondos públicos, para valorar debidamente la responsabilidad contable de quienes manejan sus recursos, debe partirse del reconocimiento a las mismas de personalidad jurídica propia independiente de la Entidad Local, lo cual determina que, una vez constituidas, serán sus órganos de gobierno los que asuman la responsabilidad sobre su gestión ordinaria (que comprende la contable por daños que puedan irrogarse a su patrimonio), y así la responsabilidad de la gestión del patrimonio empresarial sólo será predicable y exigible de aquél o aquéllos que la tienen legalmente atribuida.

La legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable concurre en quienes “al menos” hayan participado de forma relevante en la gestión económico-financiera de la entidad que dispuso de los fondos públicos a su cargo.

La condición de gestor de caudales y efectos públicos sólo concurre en quienes los recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen.

“La responsabilidad contable resulta exigible en su caso de las personas que tengan a su cargo el manejo o gestión de los caudales públicos, esto es, que resulta básico y esencial que la persona de la que se pretende responsabilidad contable se encuentre a cargo de los fondos públicos menoscabados, lo que supone que ha de acreditarse que dichos fondos le fueron entregados; la falta de constancia suficiente de que determinados caudales o valores fueron encargados a la gestión de alguien o fueron puestos bajo su custodia hace decaer la prosperabilidad de la pretensión de responsabilidad contable”.

La condición de cuentadante concurre en quien formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores, y también concurre en la persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de fondos públicos, esto es, que de alguna manera se sitúa como un eslabón más en la cadena del ingreso o del gasto público, tomando decisiones en relación con la actividad económico-financiera del Sector Público y debiendo rendir cuenta de su labor.

Para ser gestor de fondos públicos, aunque no es necesario tener el manejo directo de los mismos, sí lo es, al menos, tener capacidad de decisión sobre su uso.

El concepto de cuentadante que ha sido defendido, de manera reiterada por la Sala de Justicia no queda restringido solo a quien tiene que elevar un documento contable, que sea definido por una norma jurídica con el estricto nombre de “cuenta”. Ese formalismo, que ligaría el concepto de cuentadante al de elaborador necesario de una cuenta general o parcial de una entidad pública, vaciaría de gran parte de contenido a jurisdicción del Tribunal de Cuentas. De lo que se trata, en cada caso, es de analizar si el demandado ante la jurisdicción contable administró, custodió, intervino o recaudó fondos, efectos o caudales públicos. Y tan cuentadante es, ante esta jurisdicción, el Presidente de una sociedad mercantil pública, o el Alcalde-Presidente de una Corporación municipal, que elevan, ante el Tribunal de Cuentas, un documento contable denominado “Cuenta”, a los efectos del ejercicio de la función fiscalizadora, como el Auxiliar de clasificación y reparto de la mercantil pública “Correos y Telégrafos, S.A.” que no justifica, debidamente el numerario ligado a un giro postal, como el particular que recibió una subvención y no la justificó en forma debida ante el Órgano concedente; y ninguno de estos últimos colectivos deben, por imperativo legal, elaborar ante el Tribunal de Cuentas un documento contable denominado “cuenta”.

2.2. Diligencia exigible

La diligencia exigible a los gestores de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas que incumbe a todo gestor de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable.

La culpa o negligencia consiste, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil *“en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*.

El ordenamiento jurídico aplicable, en materia de responsabilidad contable, a los miembros de los Consejos de Administración de las sociedades de capital público, debe quedar circunscrita a aquellas acciones u omisiones causantes del daño, si bien también puede originarse por una falta de diligencia exigible a un ordenado empresario o comerciante, y/o, a un representante leal.

La carencia de toda vigilancia y control imputable directamente a la omisión del cumplimiento de sus deberes propios por administradores societarios confiere relevancia jurídica a la negligencia en que incurrieron; reiterada doctrina configura el siguiente cuerpo de razonamientos:

- a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados;

- b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aun cuando no se sea titular de facultades que incluyan “la intervención directa en el manejo de numerario”;
- c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad directa por acción, sino también por omisión, es decir, “por no desarrollar la actividad que, estando, incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos...”;
- d) La responsabilidad contable puede recaer “en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos”, y
- e) “El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo”.

Es exigible al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable; incluso, se debe exigir un “plus” de diligencia en aquellos casos en que se dan deficiencias organizativas o falta de medios, en evitación de lesiones dañosas o perjudiciales al erario público, lo que tradicionalmente se conoce en la jurisprudencia como “agotamiento de la diligencia debida”.

En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de “previsibilidad”, o sea, la posibilidad de prever; y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el resultado, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo. La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. De forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento, pero sin que en ningún caso se vislumbre una voluntad dirigida a producirlo o a quererlo, pues entraríamos en la zona del dolo.

Para responsabilizar por una determinada conducta causante de un daño, deben tenerse en cuenta no sólo las circunstancias personales, de tiempo y lugar del agente, *“sino también el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio”*.

2.3. Transmisión responsabilidad *mortis-causa*

Siendo constitucionalmente irreprochable la previsión legal de que una responsabilidad de esta naturaleza, no penal sino civil, se transmita a los causahabientes de los responsables en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, previa aceptación, que es libre, de la misma, ningún reproche ha de merecer tampoco el que, producida ope legis aquella transmisión

a consecuencia de la aceptación voluntaria mencionada, la declaración de responsabilidad tenga lugar, en su caso, con posterioridad a la muerte del causante.

Nada impide considerar en el proceso contable a la herencia yacente como parte demandada, cuando la aceptación de la herencia aún no haya tenido lugar, porque en este caso resultará de aplicación la legislación general civil sobre la materia que no contradice una redacción enunciativa del artículo 55 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El caudal hereditario en que consiste la herencia yacente aunque está transitoriamente sin titular, su destino es sólo el que pueda ser aceptado por algún heredero, aunque éste sea el Estado.

Conforme a lo indicado en la Sentencia de 12 de marzo de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo “no es distinguible y separable la herencia yacente de los herederos destinatarios”, ya que la herencia yacente “no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y ahora recurrir”.

Por tanto, si existen bienes a perseguir nada impide continuar el proceso contable aunque no conste la aceptación de la herencia por parte de los herederos del fallecido, presunto responsable, por cuanto los administradores de los bienes sin titular podrán defender la causa del fallecido y ocupar su posición procesal.

2.4. Compatibilidad jurisdicción contable con la penal, contencioso-administrativa o la responsabilidad disciplinaria

Sobre la compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable, el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, dispone que “*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*”, disponiendo su apartado segundo que “*Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.*”

En una y otra jurisdicción son distintos los criterios de enjuiciamiento y, además, las normas aplicables en sede penal y en sede contable son de estructura finalista distinta y de diferente eficacia jurídica. No obstante, esa compatibilidad jurisdiccional requiere un absoluto respeto a la fijación y declaración de los hechos probados y a la autoría de los mismos realizada por un órgano jurisdiccional, pues una supuesta contradicción entre dos pronunciamientos jurisdiccionales acerca de este último particular, no sólo vulneraría los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, sino que, además, iría en contra de la más elemental lógica jurídica.

Las resoluciones que se dictan en la jurisdicción penal no producen efecto de cosa juzgada en los restantes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo que se refiere a los hechos probados o a la inexistencia de los mismos. El principio de cosa juzgada debe interpretarse, en el ámbito de la jurisdicción contable, en consonancia con la compatibilidad de esta función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas con la actuación del orden jurisdiccional penal.

En lo que a la responsabilidad civil derivada de los delitos se refiere, la Sala de Justicia ha venido manteniendo la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas para conocer de ella cuando reúne los requisitos de la responsabilidad contable.

Sobre la responsabilidad contable el juez penal no puede pronunciarse. Es una competencia reservada ex lege al Tribunal de Cuentas y por ello la Ley impone al juez penal la obligación de abstención y traslado de los antecedentes.

La compatibilidad de ambas jurisdicciones entraña, no obstante, en la práctica el riesgo de que dos órganos jurisdiccionales distintos puedan afirmar la existencia de hechos diferentes o contradictorios, así como imputarlos a personas diferentes, lo cual supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica protegido por el artículo 9.3 de la Constitución Española, en cuanto el mismo, así como el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE, vedan que los Jueces y Tribunales puedan revisar, fuera de los casos previstos por la Ley, el juicio efectuado en otro proceso concreto de forma contraria a la realidad de los hechos declarados probados.

Precisamente para evitarlo, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por atribuir carácter vinculante a la declaración de hechos probados y de autoría de las sentencias penales firmes.

Es competencia exclusiva de la jurisdicción contable, y no de la penal, determinar si concurren en esos hechos los elementos configuradores de la responsabilidad contable.

La actuación de la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa puede ser compatible respecto de unos mismos hechos, pudiendo, incluso, llegar a pronunciamientos distintos, siendo necesario, en su caso, abordar la ejecución de las sentencias que se hubieran dictado en ambos procesos de forma coordinada por los correspondientes órganos jurisdiccionales para evitar resultados contrarios a la equidad y al derecho.

Es, por tanto, perfectamente compatible la dualidad del procedimiento administrativo sancionador y la de un procedimiento de reintegro por alcance en la jurisdicción contable, del mismo modo que lo es la potestad disciplinaria y la jurisdicción contable, o la actuación de esta última en paralelo con la jurisdicción penal. Y es que se trata de categorías jurídicas distintas y de bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza. Así, el procedimiento de reintegro de subvenciones, cuya legalidad examina el orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, sólo exige el incumplimiento por el beneficiario de la obligación de justificación del destino de la subvención. Por el contrario, el proceso de responsabilidad contable tiene como requisito ineludible que el menoscabo de caudales se produzca por dolo, culpa o negligencia grave del sujeto o entidad receptora de la subvención. Por tanto, la sentencia condenatoria respecto al alcance de fondos o, en su caso, otra resolución que suponga la terminación del proceso, como el auto de sobreseimiento, se dicta por el Tribunal de Cuentas como jurisdicción responsable del

enjuiciamiento contable, con el razonamiento motivado acerca de la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave. Es decir, requiere la concurrencia de una causa absolutamente subjetiva como es la realización de una conducta con conciencia y voluntad o una omisión grave. El fin último es la eliminación del perjuicio económico causado al otorgante de la subvención transfiriendo la responsabilidad al causante sin incidencia alguna sobre el acto administrativo del que pueda traer causa fiscalizable ante este orden jurisdiccional. De esta forma, son plenamente compatibles la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa, al tener naturaleza diferenciada y, por tanto, lo resuelto por un orden jurisdiccional, si bien respetando el material probatorio y su valoración, podría ser diferente de lo que decida el otro orden jurisdiccional.

El contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y de los contencioso-administrativos no ha de ser necesariamente coincidente, más bien no lo será a priori en tanto en cuanto sus objetos procesales no son iguales. En efecto, en el ámbito contable, lo es la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados más los intereses correspondientes. En el ámbito contencioso-administrativo, sin embargo, se enjuician pretensiones relativas a la conformidad a Derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo, disposiciones de rango inferior a la Ley y Decretos Legislativos cuando exceden de los límites de la delegación y, por su parte, la Jurisdicción Contable conoce de pretensiones en exigencia de responsabilidad contable, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso-administrativo conocen de los hechos desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva.

Sobre la cuestión de la vinculación del juez contable a los hechos probados de una Sentencia penal firme ésta debe ser resuelta en el sentido de que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la Sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. No debe olvidarse, por otra parte que si bien la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito puede conocerse bien dentro del mismo proceso penal, o bien ante la jurisdicción civil, en el caso de los delitos contra los caudales públicos –caso concreto de la malversación– su determinación, corresponde a la jurisdicción contable.

¿Puede el Tribunal de Cuentas disminuir el importe de la malversación declarada por una Sentencia firme penal? No es posible. Podría, eso sí, aumentarla.

3. Sobre los motivos de exigencia de responsabilidad

3.1. Perjuicio fondos públicos

El concepto de fondo público va unido al de Tesoro Público en el desempeño de sus funciones, entre otras, el pago de obligaciones y la recaudación de derechos.

La jurisprudencia atribuye, en cada caso, el carácter público a los fondos o caudales, analizando la procedencia de los bienes con los que se nutren esos fondos, la incorporación de esos bienes a las actividades encuadradas en el sector público y la adscripción de los mismos a una finalidad general que deban cumplir.

Los fondos provenientes de los Presupuestos Generales del Estado y demás entidades públicas, conservan su naturaleza pública y no pierden este carácter por el hecho de que su gestión se encomiende a otras personas siempre que se mantengan afectos a un interés público. Como «tampoco pierden su naturaleza pública los fondos obtenidos por los particulares en forma de subvenciones», por proceder de una entidad pública y estar también afectos al cumplimiento de un fin de interés general, es decir, son fondos públicos porque deben ser aplicados a la finalidad para la que se concedieron y por su procedencia, aunque estén gestionados por los beneficiarios de la subvención, y la competencia del Tribunal de Cuentas se extiende, tanto al control de estos fondos, como al enjuiciamiento de las posibles responsabilidades contables de quienes los manejan.

Los requisitos de la responsabilidad contable exigible en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, son: daño o menoscabo de los caudales públicos producido por persona encargada de su manejo causado con dolo, culpa o negligencia graves y con infracción de normas presupuestarias o contables.

Tienen la consideración como fondos públicos no sólo los del Estado y los de las Administraciones Públicas, sino también, los de los entes públicos y los de cualquier entidad pública, cuyo patrimonio o funcionamiento viene fiscalizado públicamente por la finalidad general que cumple, por la procedencia de los bienes de que se nutre y por su incorporación a las actividades encuadradas en el sector público.

El hecho de que los fondos provinieran en principio de una empresa privada no impide que una vez recibidos por la Universidad adquirieran el carácter de fondos públicos. Respecto a esta cuestión, existen criterios de carácter general para saber cuándo un caudal tiene carácter de público, es decir que existen dos conceptos jurídicos para resolver la cuestión: 1) El destino o afectación de la cosa o suma, siendo suficiente su destino en entrega, sin que sea preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos; y 2) El carácter de funcionario, que como persona individual actúa en nombre y por cuenta de la Administración. Ésta ha de actuar a través de las personas físicas que tienen como misión hacerlo en su nombre. Si dicha persona o funcionario recibe cosa o cantidad destinada al ente en cuyo nombre ejerce su

función, no es él quien la posee, sino que es la Administración la que la recibe a través de su funcionario, que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquélla.

La doctrina jurisprudencial ha dado en definir los caudales públicos como todos aquellos que hayan llegado a poder del funcionario en razón de las funciones que normalmente desempeña, pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero o los efectos a la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado «*sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario Público*».

No es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público. Así en la expresión –que tenga a su cargo– se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y significa no solo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

Constituyen caudales públicos los bienes o derechos de que sea titular la entidad pública de que se trate; pero también lo son aquellos que, perteneciendo a particulares, quedan adscritos a la Administración, o a alguno de los servicios públicos que presta a los ciudadanos, de modo tal que el funcionario correspondiente adquiere unos deberes de vigilancia y custodia que, si son infringidos, originan la correspondiente responsabilidad de la Administración.

Para que un objeto de un particular pase a formar parte de los caudales de la Administración es necesario que concurren tres requisitos: 1º. Incorporación a las actividades que la Administración desempeña. 2º. Vinculación a un funcionario o unos funcionarios públicos que adquieren unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto. 3º. Que la infracción de tales deberes origine la responsabilidad de la entidad pública.

3.2. Requisitos justificación

La justificación, en ningún caso, puede quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos, sino que ha de acomodarse a lo legal y reglamentariamente dispuesto, de suerte que los documentos que sirvan de soporte a los pagos realizados reúnan una serie de requisitos formales pero además, es imprescindible, que quede acreditado que el destino dado a los fondos públicos es el legalmente adecuado y, únicamente en tal caso puede entenderse debidamente cumplida la obligación personalísima de rendir cuentas que incumbe a todo el que tiene a su cargo la gestión de caudales o fondos públicos.

La responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales públicos en cuanto surge de las cuentas que, en sentido amplio, deben rendir quienes disponen de ellos, siendo indiferente, a estos efectos de exigencia de responsabilidad contable, que tales funciones se

desempeñen con un nombramiento formal que habilite para el desarrollo de su función o por delegación de hecho o de derecho o mediante una simple adjudicación de facto, ya que esta circunstancia no desvirtúa la condición de gestor de fondos públicos.

El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

La diferenciación entre culpa y negligencia grave ha de hacerse de acuerdo con la relevancia del deber de previsión omitido, de forma que la culpa o negligencia leve tiene lugar en los casos en los que ni siquiera es exigible la previsibilidad del resultado dañoso, siendo importante tener en cuenta que la gravedad de la negligencia no está graduada detalladamente en la Ley, por lo que su calificación como grave o leve debe hacerse por el juzgador en cada caso concreto, al interpretar y valorar los hechos probados objeto del pleito.

Los gastos de representación o en relaciones públicas, aluden a un concepto jurídico determinado, puesto que delimita la parte de la realidad a la que se refiere de forma precisa, cual es la idea de que son gastos que han de aparecer vinculados a las funciones representativas que correspondan. Aun cuando no existe una norma que haga una enumeración concreta de los gastos que son considerados como tales, sí existen numerosas normas de las que se desprenden dos premisas básicas: a) Salvo casos excepcionales los fondos públicos deben destinarse a fines públicos; b) Todo gasto exige control.

El hecho de que el Gerente tenga reconocidas unas amplias facultades dentro de una empresa pública y tenga que realizar gastos de carácter protocolario y de representación, no puede entenderse como una exoneración de dichos requisitos, sino más bien al contrario, teniendo en cuenta que los gastos a realizar en muchas ocasiones son excepcionales y de muy diversa índole, debe procederse a su adecuada justificación tanto formal como de fondo, de tal manera que pueda conocerse por el órgano de control en qué se gastaron los fondos públicos, así como su destino y finalidad. La rendición de cuentas debe permitir que quede acreditada la legalidad de los fines a los que se aplicaron los fondos públicos gestionados por el cuentadante, impidiendo la ausencia probatoria de la parte demandada conocer, no la realización del gasto, que consta acreditado, sino su aplicación a los fines de la sociedad municipal y por lo tanto su legalidad, lo que ha ocasionado un saldo deudor injustificado.

La presentación de una factura no equivale a la justificación de los gastos realizados. Es necesario que exista una funcionalidad pública y no un fin privado en dicho gasto, y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera en el proceso de justificación del gasto. Es por ello que aun con el mayor grado de flexibilidad posible debe probarse, al menos, el motivo de dicha salida de fondos, así como la identidad y la función que desempeñaron quienes participaron en la realización del gasto, sin que la factura y la declaración del demandado puedan estimarse suficientes y adecuadas para tener por justificado dicho gasto. Si no se ha probado por la parte demandada, a quien le correspondía, quiénes acompañaron al Gerente en viajes, el motivo concreto de cada uno de los desplazamientos, ni que los mismos tuvieran relación con las funciones propias del cargo que ocupaba el demandado cuando tuvieron lugar

los hechos, se ha ocasionado un daño real y efectivo en los fondos públicos de la Corporación Municipal, y procede declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos.

Para poder declarar la existencia de un alcance es esencial que se haya ocasionado un daño económico real y efectivo en los fondos públicos, siendo su resarcimiento lo que se pretende a través del proceso contable. Podemos definir el daño económico, como la pérdida patrimonial causada contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la que debe responder otra, siendo doctrina reiterada que la realización de un pago con fondos públicos que carece de causa, si no queda probada la contraprestación, da lugar a la existencia de un saldo deudor injustificado. Así, se producirá un pago indebido cuando éste se lleve a cabo sin título válido, es decir, cuando se produzca una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía del derecho del acreedor, o lo que es lo mismo, cuando carece de causa y no queda probada la contraprestación.

La responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparadora siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo, no siendo suficiente que el gestor haya realizado un acto u omisión ilegal y negligente si el mismo no ha ocasionado un daño patrimonial cierto.

3.3. Infracciones normativa contable

3.3.1. Alcance

El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

Es doctrina asentada la exigencia de un “plus” de diligencia a los gestores de fondos públicos o a quienes los manejan, en aquellos casos en que se dan deficiencias organizativas o falta de medios, en evitación de lesiones dañosas o perjudiciales al erario público (tradicionalmente se conocen en la jurisprudencia como «agotamiento de la diligencia debida»); en efecto, sobre la diligencia exigible en el manejo de caudales públicos, se ha ido formando un cuerpo de doctrina común, en el sentido de exigir al gestor de dichos caudales una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta la relevancia de su función que afecta al patrimonio de la comunidad; asimismo, sobre la detección de deficiencias organizativas en una oficina pública en relación a la apreciación de la debida diligencia en la actuación del gestor, se han fijado las siguientes exigencias:

- a) Extremar especialmente las precauciones y, en consecuencia, reforzar la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate.
- b) Comunicar a los órganos competentes las deficiencias organizativas detectadas.
- c) Desplegar medidas para paliar los daños derivados de la deficiente organización.

Aplicar los fondos a usos ajenos a su finalidad se viene considerando alcance por la Sala a través de una Doctrina uniforme y prolongada en el tiempo.

Al incumplir la finalidad que justificó la financiación pública, se produjo una salida de fondos injustificada generadora de un alcance, en cuanto se considera pago indebido *“aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro... o en cuantía que excedía del derecho del acreedor”*. La cuantía del citado alcance tendrá como principal la cifra que se haya pagado de más, como consecuencia de la irregular subida de precio, desde la fecha de la modificación del contrato.

El contrato no es la única fuente de obligaciones para la administración y se han considerado pagos indebidos, que dan lugar a una salida injustificada de efectivo de las arcas públicas, aquellos pagos realizados sin causa, es decir, sin contraprestación de utilidad pública. Efectuar un pago con fondos públicos que carece de causa, al no haber quedado probada la existencia de contraprestación alguna por la perceptora del pago, determina la existencia de un saldo deudor injustificado, calificable de alcance en los términos que se deducen del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, y determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados.

En el conflicto que se suscita entre la «estricta legalidad» de la actuación administrativa y la «seguridad jurídica» derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsos económicos, ya que la aludida doctrina acoge un principio que, aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo la denominación de la «bona fide», ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de «principio de protección de la confianza legítima del ciudadano» en el actuar de la Administración que se beneficia a su vez del principio de «presunción de legalidad de los actos administrativos».

El contrato administrativo –o de cualquier otra clase– válido no es la única fuente de obligaciones en el Derecho administrativo, ya que existe la gestión de negocios de la Administración o, al menos, la posibilidad de ejercicio de la acción "in rem verso" y en consecuencia la obligación de pago de determinados servicios es incuestionable tanto si se funda en el cuasi-contrato de gestión de servicios ajenos como en el enriquecimiento injusto que, suele incardinarse como modalidad atípica de figura cuasi-contractual. Este criterio jurisprudencial se apoya en la conveniencia de evitar los perjuicios que podrían resultar de la mecánica aplicación del dogma que predica que de lo nulo ningún efecto ha de seguirse y, en aras de los ya citados principios de buena fe y de confianza legítima, persigue satisfacer las exigencias de justicia material que en un determinado caso pueden presentarse.

La obligación que incumbe a todo gestor de fondos públicos de rendir cuentas de su gestión no puede entenderse cumplida simplemente con la justificación formal de los pagos realizados ya que es necesario que los documentos que sirven de soporte a los pagos realizados reúnan una serie de requisitos formales, pero además, es imprescindible que quede acreditado que el destino dado a los fondos públicos sea el legalmente adecuado, es decir, la justificación material.

El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

Las irregularidades en la contratación del asesoramiento, en su facturación y las importantes cantidades de dinero que se pagaron por un dictamen ajeno a la Sociedad, de discutible utilidad y contenido genérico, obliga a declarar que son constitutivos de alcance y produjeron un menoscabo a los fondos de la sociedad municipal.

La simple existencia del encargo y de la factura no se puede considerar acreditación suficiente de un pago, en el sentido material exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas. Lo que obliga a declarar que es constitutivo de alcance y produjo un menoscabo a los fondos de la Sociedad municipal.

Por el contrario en el caso de que se ha acreditado y formalizado una contratación pública de los servicios; y no se ha puesto en duda ni por el Informe de Fiscalización, ni lo que es de mayor trascendencia, por ninguna de las partes que dichos trabajos se hayan realizado, ello obliga, no obstante el defectuoso funcionamiento de la Sociedad y las irregularidades en el procedimiento de contratación, a considerar justificados estos pagos, tanto formalmente como en el sentido material.

Como ha declarado reiteradamente la Sala de Justicia, concretado el alcance al saldo deudor injustificado de una cuenta, los supuestos típicos de su existencia se reducen únicamente a dos: a) ausencia de numerario; o b) ausencia de justificación. Esta justificación no puede ser meramente formal (con facturas o minutas genéricas para el conjunto de los pagos). Debe ser una justificación material del destino dado a los fondos públicos.

La debida rendición de cuentas del gestor público no supone sólo la justificación formal de los pagos realizados, sino la debida explicación del destino o inversión dado a los fondos públicos cuya gestión tiene encomendada.

La responsabilidad contable derivada de la administración de recursos públicos sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, nace como consecuencia del vencimiento del plazo de prescripción fiscal, es decir cuando los valores de los que era titular el Ayuntamiento, y que gestionaba el Recaudador, quedan perjudicados de tal manera que no pueden ser ya exigibles a los particulares titulares de esa deuda. En caso de que efectivamente haya tenido lugar la prescripción extintiva de derechos económicos de titularidad municipal, existe un perjuicio real, evaluable económicamente e individualizado en las cuentas concretas de la recaudación de un Ayuntamiento, igualmente, debe concluirse que tal perjuicio será generador de responsabilidad contable, en la medida en que concurren los demás elementos exigidos por la legislación vigente para generar dicha clase de responsabilidad, a los cuales se ha hecho referencia anteriormente.

El alcance de una cuenta de recaudación se produce por la diferencia no justificada entre el cargo, constituido por el montante de recibos entregados para su cobro, y la data, integrada por las diferentes partidas de descargo y sus justificantes. En este sentido, la rendición de cuentas es

una obligación que, en las condiciones legales y contractualmente establecidas, corresponde al propio Recaudador, de manera que hasta que no se produce su descargo, él es el responsable de los valores confiados, y le incumbe, por tanto, dar cuenta detallada y justificada del destino dado a los valores y efectos públicos cuyo cobro le había sido encomendado. Así pues, para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesaria la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del saldo negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja fondos públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

La Sala de Justicia del TCu, tiene establecida la doctrina acerca de cuándo procede reproche contable en los llamados gastos de representación. Aun reconociendo que, en la disposición de los mismos, existe un margen de discrecionalidad a favor de las autoridades competentes a la hora de administrarlos, sí que exige un documento o soporte acreditativo del gasto para acreditar el destino y la condición social, representativa o protocolaria del gasto.

La inexistencia de consignación presupuestaria para el supuesto contrato celebrado –y recordemos que la ausencia de consignación presupuestaria da lugar a la nulidad radical del contrato conforme al artículo 41 del Reglamento de Contratos del Estado y al artículo 154.5 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales–, cuando tampoco existe constancia alguna de que se hubiera tramitado un mínimo expediente de contratación, o de que se haya justificado convenientemente –ni siquiera alegado– acerca de las causas determinantes de la ausencia de tales formalidades legalmente exigibles y si tampoco se ha acreditado la causa o motivo de emergencia justificativa de la contratación verbal, conforme a lo que dispone el artículo 56 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en definitiva, resulta inadmisibles, con tales premisas, sostener la existencia de un contrato verbal.

Las obras ejecutadas sin un contrato formalizado no exoneran del deber de su pago a la Administración en virtud de la institución del enriquecimiento injusto. El contrato válido no es la única fuente de obligaciones en el Derecho administrativo, ya que existe la gestión de negocios de la Administración o, al menos, la posibilidad de ejercicio de la acción “in rem verso” y, en consecuencia, la obligación de pago de determinados servicios es incuestionable, tanto si se funda en el cuasi-contrato de gestión de servicios ajenos, como en el enriquecimiento injusto que impone al ente público la compensación del beneficio económico recibido. Este criterio jurisprudencial se apoya en la conveniencia de evitar las iniquidades que podrían resultar de la mecánica aplicación del dogma que predica que de lo nulo ningún efecto ha de seguirse y, en aras de los principios de buena fe y de confianza legítima, con los que se persigue satisfacer las exigencias de justicia material que en un determinado caso pueden presentarse. Pero, en lo que aquí nos ocupa, será determinante para poder admitir como contrarios o no a Derecho los pagos realizados por la Administración –ya sea en virtud de la teoría de la gestión de negocios ajenos o de la prohibición del enriquecimiento injusto– que se haya acreditado, al menos, que el supuesto contratista realizó alguna prestación. Y nada de esto se ha acreditado. Por todo ello, no se puede tener por realizadas las supuestas contraprestaciones que motivaron el pago controvertido ya

que no se ha probado de manera alguna, no ya que existiera un contrato con el Ayuntamiento, sino ni siquiera la relación específica de servicios realizados por éste último, y que dieron lugar a que, indebidamente, cobrase el importe solicitado, cuantía en que ha de cifrarse el perjuicio sufrido por el Ayuntamiento en sus fondos públicos al carecer de causa justificada para su abono.

Y es que, en definitiva, toda salida de fondos públicos requiere, siempre, de una necesaria contraprestación, y si no se acredita la misma, la salida de fondos públicos carece de causa, lo que permite concluir *«la existencia de un saldo deudor injustificado, calificable de alcance en los términos que se deducen del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al no estar justificada la causa del pago, lo que es determinante de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados, según también dispone el artículo 38.1 de su Ley Orgánica»*.

El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta en sentido amplio, es decir, aquella que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de justificación por falta de los necesarios soportes documentales.

En gran número de casos, es preciso resolver si la jurisdicción contable puede o no declarar la existencia de responsabilidad contable en base a si fue o no necesario para la Administración contratar un asesoramiento jurídico externo. La exigencia de responsabilidad contable requiere que el acto generador del daño patrimonial al ente público sea constitutivo de ilícito contable, no pudiendo surgir, en el contexto de controversias relativas a la oportunidad de una decisión económica o financiera, a la eficiencia en la administración de los factores productivos, o, en fin a la eficacia en la consecución de los objetivos marcados. Pero el ejercicio de la potestad discrecional está sujeta a unos límites que sí deben ser salvaguardados por los órganos jurisdiccionales. Pues bien, de los hechos declarados probados y de la prueba practicada en autos no ha quedado acreditado que los fines a los que debía obedecer la actuación del Ministerio hubiesen quedado alterados con la contratación de la asistencia jurídica externa, ya que no hay prueba alguna de la vulneración de norma presupuestaria o contable. Por todo ello, la valoración de los distintos motivos por los que se hizo la contratación de esa asistencia jurídica entran dentro del ámbito de la discrecionalidad de la Administración y, por tanto, fuera de la competencia de la jurisdicción contable.

3.3.2. Malversación

La existencia de un saldo deudor injustificado es constitutivo de alcance de fondos públicos, con independencia de que la conducta observada por el responsable contable pueda calificarse de malversatoria por haberse apropiado de fondos públicos.

La malversación contable, es definida en el artículo 72.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas como *“sustracción (de caudales o efectos públicos), 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”*.

El concepto de cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos públicos, sino también a quienes, de una u otra forma, manejen bienes, caudales o efectos de naturaleza jurídica.

Como requisito subjetivo, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario que el agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento. Igualmente si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa.

3.3.3. Otras infracciones exigibles en vía administrativa

El cauce procedimental adecuado para la exigencia de responsabilidad contable distinta de alcance en que hubiera podido incurrir el personal al servicio de las Corporaciones Locales es el expediente administrativo regulado en el Real Decreto 700/88, cuyo artículo 1 establece que los expedientes de responsabilidad contable que se incoen en vía administrativa como consecuencia de infracciones contempladas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el mismo.

Los posibles errores e irregularidades en la aprobación del presupuesto de un Ayuntamiento y en la tramitación presupuestaria del gasto, no bastan, por sí solos, para generar responsabilidad contable, sino que para apreciar la existencia de la misma, se debe analizar la concurrencia de los demás elementos que la configuran y, especialmente, la conducta concreta de los gestores públicos y la existencia o no de perjuicio para el patrimonio municipal. La resolución del expediente de responsabilidad contable señala los requisitos para la existencia de este tipo de responsabilidad. Estos requisitos resultan de la interpretación conjunta de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas y 49.1 de su Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril que, reiteradamente, ha hecho la Sala de Justicia. En síntesis los requisitos son los siguientes:

- a) daño o perjuicio en los caudales públicos producido por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos;
- b) infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad; y
- c) relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño o perjuicio producido.

Como ha señalado reiteradamente la Sala de Justicia, si no existe un daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública no puede existir responsabilidad contable.

La Sala de Justicia también ha declarado, que siendo esta jurisdicción esencialmente reparadora, si no se acredita un daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizado, no procede realizar pronunciamiento alguno de condena, pues tal pronunciamiento produciría para la Corporación un enriquecimiento injusto al hacer que unas obras y unos gastos realmente realizados le fueran reintegrados.

Por eso, no es suficiente acreditar que se hayan cometido errores o irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que se debe probar que, como consecuencia de esas irregularidades, se ha producido un menoscabo en el patrimonio público.

Como se ha señalado anteriormente, el cauce procedimental administrativo que el Ordenamiento Jurídico ofrece para la exigencia de responsabilidad contable es el regulado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, que no prevé la necesidad de dictamen de órgano consultivo externo. No obstante, la doctrina de la Sala de Justicia admite que, para la exigencia de responsabilidades contables en vía administrativa, puede una Administración Pública valerse de “los trámites” del procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo, pero ello sólo implica la adopción de un cauce formal y no tiene efectos tales que supongan alteración desde el punto de vista de Derecho sustantivo de forma tal que se esté convirtiendo la responsabilidad contable (que tiene su regulación autónoma), en una responsabilidad patrimonial del artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El propio artículo 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dice que la responsabilidad contable se exigirá de acuerdo a su propia normativa.

En cuanto a la postulación necesaria en los procedimientos de responsabilidad contable, las partes deben conferir su representación a un Procurador o valerse tan solo de Abogado con poder al efecto, notarial o «*apud acta*». Sin embargo se habilita a comparecer por si mismos ante la jurisdicción contable a los funcionarios y al personal al servicio de las entidades del sector público legitimados para actuar ante el Tribunal de Cuentas. La jurisprudencia del Tribunal ha interpretado, con gran amplitud ésta exigencia, que permite comparecer por si mismos a las personas que en él se enumeran, en sentido antiformalista, con el objeto de facilitar a los posibles responsables contables el acceso a la justicia y el derecho a obtener una sentencia fundada sobre el fondo de las responsabilidades contables en que hayan podido incurrir.

La vulneración de la normativa contable y presupuestaria es un requisito de la responsabilidad contable y puede dar lugar también a responsabilidades jurídicas de otra índole, pero para generar responsabilidad contable tiene que ir directamente asociada a un daño, como ya se ha dicho, real y efectivo, económicamente evaluable e individualizado respecto a concretos caudales o efectos, que además deberá ser probado por quien exige la indemnización, que es a quien corresponde el *onus probandi* sobre este particular.

Un Ayuntamiento al no aplicar los fondos recibidos a atender determinados gastos, tiene que reconocer obligaciones por los mismos con cargo a su propio patrimonio y, además, como consecuencia de no haber podido justificar la aplicación de los citados fondos a los fines para los que se le otorgaron, perdió simultáneamente el derecho a disponer de ellos, pues se vio condenado a reintegrarlos, reintegro que ha sido igualmente efectivo. Nos hallamos ante un menoscabo para las arcas municipales que se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 59 de

la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Se trata de un daño real y efectivo, identificado respecto a un concreto expediente de subvención, y económicamente evaluable.

El art. 177, apdo. 1, letra d) de la Ley General Presupuestaria n1 47/2003, de 26 de noviembre, recoge, entre otros hechos que pueden generar responsabilidad contable, el de dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el art. 77; éste, por su parte, preceptúa en su apartado 1: *“A los efectos de esta Ley, se entiende por pago indebido el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor”*; el apartado 2º prescribe que *“el perceptor queda obligado a su restitución y el órgano que haya cometido el error dispondrá, de oficio, la restitución de las cantidades indebidamente pagadas”*. Pago indebido es el que se realiza sin la concurrencia de un título válido, es decir, el que da lugar a una salida de dinero (fondos o caudales públicos) o pérdida patrimonial no justificada por haber sido realizado el mismo a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía del derecho del acreedor. Desde la perspectiva del enjuiciamiento de la responsabilidad contable derivada de los hechos litigiosos, el pago no debido y realizado con cargo a los fondos públicos locales, por el hecho de carecer de causa que lo amparara, dio lugar a un saldo deudor injustificado constitutivo de alcance ex artículo 72 LFTCu.

En relación con los pagos de retribuciones al personal funcionario y laboral por encima de lo previsto en la Legislación Presupuestaria, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido sosteniendo que son pagos indebidos en cuanto que se abonan en virtud de obligaciones irregularmente contraídas con fundamento en títulos insuficientes o viciados de antijuridicidad y por tanto constitutivos de alcance.

No sólo son pagos indebidos los que se realizan sin título que los justifique, sino también los que se satisfacen con fundamento en títulos jurídicamente insuficientes o irregulares. La mera existencia material de un contrato, convenio, pacto, resolución o acuerdo no implica necesariamente la corrección jurídica de los pagos que se derivan de ellos pues, si dichos títulos adolecen de vicios jurídicos relevantes, no podrán constituirse en causa legal justificativa de las salidas de fondos que sean consecuencia de ellos.

Una cláusula contraria a Derecho, aunque esté incorporada a un Convenio colectivo aprobado por Acuerdo plenario de la Corporación, no puede constituir soporte jurídico suficiente para los pagos realizados con fundamento en la misma. Se trata de una estipulación convencional que, por su antijuridicidad, constituye una mera apariencia formal de legalidad desde luego insuficiente para dar cobertura a unos pagos que, por esa razón, deben considerarse técnicamente como pagos indebidos.

3.3.4. Algunos casos tratados por el tribunal

1) Subvenciones

Las infracciones cometidas con motivo de la percepción de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado generan responsabilidad contable determinante de la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que se hayan causado; esta responsabilidad es imputable a los perceptores de tales subvenciones, pues la responsabilidad deriva del menoscabo de los caudales públicos que son las subvenciones percibidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, menoscabo a su vez causante de una responsabilidad contable que, en cuanto responsabilidad civil, no penal ni administrativa, conlleva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Los perceptores de subvenciones pueden incurrir en responsabilidad contable cuando ocasionan un menoscabo en los caudales públicos y concurren los demás requisitos que la Ley establece.

En el procedimiento administrativo en materia de subvenciones las partes pueden recurrir en vía contencioso administrativa las resoluciones que entiendan perjudiciales a sus derechos por ser contrarias a una norma jurídica. Ahora bien, dicha atribución competencial nada obsta a la competencia plena y exclusiva del Tribunal de Cuentas para examinar y resolver acerca de las pretensiones en exigencia de la responsabilidad contable en que pudieran incurrir los perceptores de subvenciones en el caso de falta de justificación del destino dado a los fondos recibidos.

Mientras que en el ámbito contable la tutela judicial que se pretende no es sino la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados, más los intereses correspondientes, en el ámbito contencioso administrativo, sin embargo, se enjuician *“pretensiones relativas a la conformidad a derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo, disposiciones de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación y, por su parte, la jurisdicción contable conoce de pretensiones en exigencia de responsabilidad contable”*, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso administrativo conocen de los hechos, desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva.

Las partes legitimadas en el proceso contable únicamente pueden pretender el reintegro del importe en que se cifren los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública, sin que de ningún modo puedan exigir que se imponga a los gestores de los fondos públicos menoscabados penalidad o sanción alguna.

Aun cuando las cuentas de una Corporación fueron aprobadas en los respectivos ejercicios, ello no impide que el Pleno del Ayuntamiento pueda, si así lo estima oportuno, poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas, máxime si se tienen en cuenta las conclusiones de los informes de la Intervención y de la Comisión Especial de Cuentas, o ejercitar, en su caso, las

correspondientes acciones, sin que sea precisa la declaración previa de lesividad. No debe olvidarse, en este sentido, que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido reiterando que: *“la naturaleza meramente formal tanto de la cuenta propiamente dicha, como de su rendición, verificación y aprobación, no puede bajo ningún concepto enervar la posibilidad de que se exijan las responsabilidades que se desprendan de la gestión a que la cuenta se refiere”*.

La ausencia de justificación suficiente de las subvenciones recibidas constituye un supuesto de alcance en los fondos públicos, pero para que exista responsabilidad contable han de concurrir todos y cada uno de los elementos que establece el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con el artículo 49.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y que, en síntesis, son los siguientes:

- a) Daño o perjuicio en los caudales públicos producido por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos;
- b) Infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad; y
- c) Relación de causa–efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

La responsabilidad contable es, por tanto, una responsabilidad por daños y como tal, aun siendo imprescindible el incumplimiento, por parte del gestor, de las obligaciones que le competen, no deriva directamente del hecho mismo de dicho incumplimiento, sino de la probada existencia y realidad de los daños ocasionados, ya que no sería concebible que naciera un deber de resarcimiento sin haberse producido y acreditado el perjuicio, carga de la prueba que compete a quien reclama la reparación. En consecuencia, es imprescindible analizar si se ha ocasionado algún daño o perjuicio en los fondos públicos, que sea consecuencia del incumplimiento por parte de los demandados de las obligaciones que les competen, y que exista entre su actuación ilegal y culpable y el daño ocasionado el adecuado nexo de causalidad.

El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca el descargo, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas.

La aplicación de esta Jurisprudencia a un caso concreto, exige una minuciosa comprobación de todos y cada uno de los documentos obrantes en autos, al objeto de distinguir aquéllos que reúnan requisitos formales suficientes para acreditar el pago, de aquéllos otros que carecen de las formalidades mínimas exigibles para poderles reconocer dicho valor probatorio. El criterio seguido basado en la doctrina jurisprudencial antes expuesta, ha consistido en dar por justificados los gastos soportados por facturas, recibos, tickets o incluso albaranes, aun cuando presenten deficiencias de tipo formal, siempre que esté identificado el concepto, el importe, el proveedor y el destinatario (bien a través del nombre, denominación social, DNI o CIF), si bien en cuanto a los gastos en restaurantes u otros de pequeña cuantía, como gasolina, correos o desplazamientos, se han admitido las facturas, recibos y tickets de los establecimientos aun cuando no esté identificado el destinatario del servicio. No se han admiten en cambio, los justificantes que no reúnen esos requisitos, ni aquéllos que son genéricos, si no se han adjuntado las facturas, recibos o tickets correspondientes que acrediten el gasto efectivamente realizado.

En cuanto a las cantidades abonadas a las personas que han prestado servicios a los grupos municipales, se suelen admitir los justificantes correspondientes a las cantidades abonadas a quienes fueron contratados para prestar servicios a los grupos municipales, tanto si fueron pagadas sus retribuciones directamente por los citados grupos como si se abonaron a los Partidos Políticos para esta finalidad, siempre que así esté acreditado. Además se admiten, en su caso, los abonos realizados en concepto de Seguridad Social.

Por lo que se refiere a las cantidades abonadas en concepto de gastos de representación y las transferencias a los Partidos Políticos, sólo se admiten si están soportadas con documentos que acrediten el gasto final al que se han destinado, ya que de admitirse la entrega de dichos fondos a terceros como justificantes del gasto sin ningún otro documento que acredite su destino real, quedaría vaciado de contenido el control que debe realizarse de dichos fondos.

Al no ostentar los grupos municipales personalidad jurídica, es en los integrantes de los mismos en cada legislatura en quienes recae la condición de perceptores de las subvenciones percibidas. Ello nos conduce, en primer lugar, a atribuir la condición de perceptores de subvenciones a los integrantes de los respectivos grupos municipales. Los demandados serán los responsables de la gestión de las subvenciones percibidas y, en consecuencia, deben ser declarados responsables contables solidarios de la falta de justificación de la debida aplicación de las subvenciones percibidas por el grupo municipal al que pertenecían, a la finalidad para la que fueron concedidas.

2) Complementos retributivos

El complemento de productividad se configura en nuestro derecho, como un componente retributivo no periódico, de carácter personalista y subjetivo, no ligado directamente con el desempeño de un concreto puesto de trabajo, sino relacionado con el trabajo directamente desarrollado, con la finalidad de remunerar aquella actividad que se realiza más allá de la normalmente exigible, en calidad o en cantidad, y, en fin, encaminado a premiar o compensar el particular celo del funcionario. Sin embargo resulta que, en ocasiones, la Administración establece una retribución de carácter objetiva y periódica bajo el concepto de complemento de productividad. La jurisprudencia concluye que estamos ante una desnaturalización del concepto de productividad *“al punto de convertirlo en una retribución periódica, fija y objetiva cuyo derecho a su percepción nace por el mero hecho de desempeñar un concreto puesto de trabajo”*. Pero añade que, en estos supuestos, la Administración se ha *“autoimpuesto un determinado régimen jurídico que no es otro que el mismo que existe en nuestro derecho para las retribuciones complementarias periódicas, fijas, objetivas y anudadas al desempeño de un puesto de trabajo”*. Precisamente por ello, al ser su verdadera naturaleza la de una retribución fija y periódica (realmente el concepto retributivo más apropiado sería asimilarlo al Complemento Específico) la jurisprudencia ha venido admitiendo el derecho a su percepción sin ningún tipo de cortapisa. Y ha llegado incluso a admitirla en situaciones en las que no existe correlativa prestación de servicios, como los de ausencia al trabajo por vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios, traslado de domicilio habitual, asistencias a cursos, cumplimiento de deberes inexcusables o asistencia a exámenes, supuestos todos ellos que impedirían percibir el complemento de productividad.

Así, lo abonado bajo el concepto retributivo de productividad, aunque pueda no responder realmente a su naturaleza, –pues no se destinó a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa de los citados funcionarios–, es una cantidad debida, ya que el Pleno de la Corporación estableció las retribuciones señaladas de cara al futuro y sin consideración a dichas circunstancias.

Algunas consideraciones adicionales aplicables a la jurisdicción contable en el supuesto que nos ocupa: no se deduce en éstos casos la existencia de un alcance a los fondos públicos que sea efectivo y evaluable económicamente. Ni los acuerdos administrativos del Pleno se impugnaron nunca ante el orden Jurisdiccional Contencioso–administrativo. Ni se superaron los porcentajes de la masa salarial que la legislación estableció para el complemento de productividad. Ni está probado por el demandante que no existiera en los periodos objeto de controversia el especial rendimiento o dedicación de quien percibió el complemento de productividad. Ni sería factible cuantificar el “quantum” del alcance, precisamente por no conocerse los criterios de reparto establecidos, al no venir los pagos, por dicho concepto, acompañados por un certificado o acuerdo de la autoridad que proceda, que justifique el reparto de dicho complemento. En definitiva, no se producen los supuestos necesarios para el nacimiento de un alcance en los términos que la Sala lo ha configurado desde la promulgación de las Leyes propias del TCU. No es la jurisdicción contable la que debe entender de supuestos como los que ahora se comentan, que supondrían una intromisión en las facultades discrecionales de los gestores públicos, controlables, eso sí, por el orden contencioso–administrativo.

Respecto a la ausencia de justificación de determinados pagos realizados por la sociedad municipal para el pago de los incrementos retributivos del Gerente de la sociedad. En la sentencia impugnada se declaró partida de alcance por el incremento retributivo sin justificación en estas remuneraciones, en concreto en las denominadas “gratificaciones absorbibles”. La Sala de Justicia coincide con el criterio de la Consejera de instancia de entender indebidamente percibidos estos incrementos retributivos, ya que ni hay acreditación documental de los mismos, ni tampoco material puesto que nada se ha alegado y menos aún probado, que justifique un incremento en esas gratificaciones. La única alegación que se hace por el receptor de dichas cantidades es que remuneraban sus actividades de alta administración pero no se justifica porqué las gratificaciones absorbibles sufrieron un incremento tan alto cuando las funciones desempeñadas eran las mismas que cuando se firmó el contrato. La Sala procede, en tal supuesto, a confirmar respecto a esta irregularidad la declaración de alcance realizada en la sentencia apelada.

3) Dietas y gastos de viaje

En relación al abono indebido en concepto de kilometraje y dietas por desplazamiento del Alcalde, sin contar con suficiente justificación, resulta necesario acreditar, con los medios de prueba admisibles en Derecho, el carácter institucional de dichos viajes y no simplemente limitarse a afirmar que se llevaron a cabo.

Lo cierto es que los apelantes sólo aportaron una relación en los que figura el día de desplazamiento, el número de kilómetros y el lugar de desplazamiento, sin aportar la más mínima justificación –y a ellos les corresponde la carga de la prueba conforme al art. 217 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil– respecto de la relación de dichos viajes con las funciones institucionales del Alcalde. Es decir, ni en el procedimiento de instancia, ni en la apelación, han podido o sabido efectuar el más mínimo intento de justificar que dichos pagos obedecieran a actividad institucional alguna. En definitiva, nos encontramos ante una total ausencia de Comisiones de Servicio firmadas por el órgano competente y, por ende, falta el contenido mínimo esencial que justifique la salida de fondos del Ayuntamiento. Y así, aun cuando exista constancia en autos de los viajes realizados y de las dietas percibidas por el Alcalde de la Corporación municipal, no consta documentación alguna suscrita por órgano competente que acredite el carácter oficial o institucional de tales viajes. Por todo ello se procede a confirmar en este punto la Sentencia apelada y declarar la existencia de un perjuicio a los fondos públicos.

Respecto a irregularidades en el cobro de dietas y otros gastos, debe realizarse un estudio detallado de la documentación aportada durante la tramitación del recurso y del expediente administrativo. A la vista del análisis formal realizado, la consistencia de los datos cuantitativos que constan en los expedientes contables, relativos a los días de comisión de servicio y a los kilómetros recorridos, son los que deben considerarse para ver si se manifiesta insuficiente para su consideración como justificantes para el pago.

Si el formulario de convocatoria no se acompaña en ninguno de los expedientes contables correspondientes, y en lo relativo a la justificación de la realización de la comisión de servicio, no se concreta, para cada una de ellas, el motivo específico del viaje por destino, haciendo referencia en cambio únicamente, como motivo común, al objetivo general establecido en los contratos y convenios, de los que trae causa y por otra parte, tampoco se especifican, para cada uno de los destinos, los kilómetros recorridos ,de todo ello se concluye que la documentación presentada no cumple los requisitos suficientes y necesarios para su consideración como justificativa de los pagos realizados. Es la falta de justificación de los gastos y la inconsistencia de los documentos aportados por el recurrente lo que fundamentan esta conclusión. El control previo del gasto que diera por buena una determinada justificación, no impide un control a posteriori con mayor profundidad y otras criterios.

4) Gastos de representación

Los gastos de representación o en relaciones públicas, aluden a un concepto jurídico determinado, puesto que delimita la parte de la realidad a la que se refiere de forma precisa, cual es la idea de que son gastos que han de aparecer vinculados a las funciones representativas que correspondan. Aun cuando no existe una norma que haga una enumeración concreta de los gastos que son considerados como tales, sí existen numerosas normas de las que se desprenden dos premisas básicas: a) Salvo casos excepcionales los fondos públicos deben destinarse a fines públicos; b) Todo gasto exige control.

El hecho de que el Gerente tenga reconocidas unas amplias facultades dentro de una empresa pública y tenga que realizar gastos de carácter protocolario y de representación, no puede entenderse como una exoneración de dichos requisitos, sino más bien al contrario, teniendo en cuenta que los gastos a realizar en muchas ocasiones son excepcionales y de muy diversa índole, debe procederse a su adecuada justificación tanto formal como de fondo, de tal manera que pueda conocerse por el órgano de control en qué se gastaron los fondos públicos, así como su

destino y finalidad. La rendición de cuentas debe permitir que quede acreditada la legalidad de los fines a los que se aplicaron los fondos públicos gestionados por el cuentadante, impidiendo –en el caso que se comenta– la ausencia probatoria de la parte demandada conocer, no la realización del gasto, que consta acreditado, sino su aplicación a los fines de la sociedad municipal y por lo tanto su legalidad, lo que ha ocasionado un saldo deudor injustificado.

La presentación de una factura no equivale a la justificación de los gastos realizados. Es necesario que exista una funcionalidad pública y no un fin privado en dicho gasto, y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera en el proceso de justificación del gasto. Es por ello que aun con el mayor grado de flexibilidad posible debe probarse, al menos, el motivo de dicha salida de fondos, así como la identidad y la función que desempeñaron quienes participaron en la realización del gasto, sobre todo si se tiene en cuenta que se ha puesto en tela de juicio dicho abono no solo en el presente proceso, sino también anteriormente en el Informe de Fiscalización, sin que la factura y la declaración del demandado puedan estimarse suficientes y adecuadas para tener por justificado dicho gasto. Si no se ha probado por la parte demandada, a quien le correspondía ,quiénes acompañaron al Gerente en viajes, el motivo concreto de cada uno de los desplazamientos, ni que los mismos tuvieran relación con las funciones propias del cargo que ocupaba el demandado cuando tuvieron lugar los hechos, se ha ocasionado un daño real y efectivo en los fondos públicos de la Corporación Municipal, procediendo estimar la pretensión de la parte actora y declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos.

La doctrina sobre los gastos de representación y protocolo que la Sala de Justicia ha venido defendiendo, armoniza las especificidades que afectan a la justificación de este tipo de gastos con la exigencia jurídica de que se apliquen a los fines públicos de carácter institucional que caracterizan su destino.

4. Sobre los elementos procedimentales

4.1. Naturaleza del recurso de apelación

Mediante el recurso de apelación, un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la Sentencia dictada por el Juez “a quo”, extendiendo su función revisora, tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal “ad quem” examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, pues tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta, bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica.

El establecimiento de los hechos y la valoración de los medios de prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional es competencia del Juzgador de instancia, por lo que frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que

acrediten la inexactitud de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

Corresponde al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídica a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*; e incumbe al demandado, *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Además, es principio de consolidada aplicación en nuestro ámbito el del *“onus probandi”*. Lo que supone que *“las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos, o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi, como consecuencia de la facultad para proponer cuanto medios resulten adecuados”*; por tanto, únicamente si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio, habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de la prueba fueran soportados por aquel a quien le correspondía la carga de probar.

El escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante, no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser tanto errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas), sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, esto es, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

La fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia; pero la Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo». Ello permite a la Sala la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con criterio diferenciado, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre con dos limitaciones:

- a) la prohibición de la *“reformatio in peius”*; y
- b) la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*“tantum devolutum quantum appellatum”*)».

Frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud o importancia de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario.

4.2. Indefensión

Procede aquí recordar la doctrina del Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de indefensión que, en relación con la tutela judicial efectiva, exige que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado. De otra parte, la doctrina de la Sala de Justicia del TCu. ha declarado que la indefensión es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes consideraciones: que las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso; que 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; y, finalmente, que 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.

Constituye la esencia de la indefensión, la limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales o, aquella situación en la que la actuación judicial impide a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción. Por lo tanto, la indefensión constitucionalmente proscrita sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción. Ello no obstante, el derecho a la defensa no implica, en ningún caso, el derecho a que el juez coincida con la valoración de las pruebas de una de las partes, ni el derecho a obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

El Tribunal Constitucional ha mantenido, que *"el derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada..."* y la denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión. La doctrina general del Tribunal Constitucional, para apreciar la existencia de indefensión con relevancia constitucional exige, en relación con la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 de la Constitución, que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado.

El Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional conoce de las pretensiones de responsabilidad contable ejercitadas por los legitimados activos, pero no puede revisar la actuación fiscalizadora que se hubiese llevado a cabo, ya que ambas funciones, la fiscalizadora y la jurisdiccional, tienen finalidades y obedecen a principios muy distintos entre sí. *"La posible indefensión que pudiera haberse causado en el transcurso de una fiscalización nunca sería examinable en un procedimiento de reintegro por alcance, cuyo ámbito de conocimiento no puede abarcar un control de la legalidad de un procedimiento fiscalizador previo. La pretensión relativa a la indefensión en unas actuaciones fiscalizadoras tiene sus propios cauces administrativos y jurisdiccionales, ajenos a la Jurisdicción Contable que, en materia de indefensión, sólo puede conocer de la que se hubiere causado en los juicios de responsabilidad contable, no en los procedimientos de fiscalización."*

En lo que se refiere, por un lado, a la posible vulneración del principio de presunción de inocencia debe recordarse que, tal como ha declarado repetidamente la Sala, su aplicación no tiene cabida en los procedimientos de responsabilidad contable, al tratarse de un principio específico del derecho sancionador que en el enjuiciamiento contable se ve sustituido por el principio de carga de la prueba propio del derecho de obligaciones, en cuyo contexto se sitúan las pretensiones resarcitorias que se ventilan en la jurisdicción que ejerce el Tribunal de Cuentas.

De acuerdo a dicho principio de carga de la prueba resulta histórico en nuestro ordenamiento jurídico que corresponde la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento. Trasladado ello al campo de las pretensiones de responsabilidad contable se traduce en que la persona que ejerce la acción indemnizatoria debe demostrar que el sujeto de quien se pretende su declaración como responsable es alguien encargado de la gestión de los fondos públicos que han resultado menoscabados; daño cuya producción debe asimismo demostrar. Debe, por tanto, probar el cargo de fondos o valores a la persona que resulta demandada, así como el perjuicio irrogado a los caudales públicos, en tanto que el pretendidamente responsable debe, o bien contrarrestar esta prueba para producir conclusiones contrarias, o debe bien acreditar la ausencia de causalidad dañosa en su quehacer o, en su caso, la falta de dolo o negligencia grave en su actuación gestora.

4.3. Prueba

La valoración de la prueba, llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional, es competencia del juzgador de instancia, y por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no puede oponérsele sin más, ni mucho menos prevalecer, meras alegaciones de parte. Es decir, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia. Pero la Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo».

Corresponde al actor *«la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda»*, e incumbe al demandado, *«la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos»*.

El principio de carga de la prueba sustituye en el enjuiciamiento contable al principio de presunción de inocencia, ya que éste es específico del derecho sancionador. En el ámbito contable, lo fundamental es el daño producido en relación a determinados caudales o efectos públicos que, además, ha de ser efectivo y evaluable económicamente, y la obligación que incumbe a los encargados de su manejo y custodia de rendir cuentas de su gestión; sobre ello, si lo que la ley quiere es que los hechos constitutivos –los que forman parte del supuesto de hecho de forma positiva y su existencia es necesaria para la creación del derecho– sean de cargo del actor y los demás lo sean del demandado, bastará con que el demandante acredite, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, que ha tenido lugar un menoscabo en determinados fondos públicos y que las personas encargadas de su manejo y custodia, por el

sólo hecho de ser gestores de los mismos, tenían la obligación de responder de ellos y justificar su destino, para que se puedan tener por suficientemente probados los hechos constitutivos de la responsabilidad contable. En el lado contrario, son los demandados quienes han de probar que no ha existido daño alguno a los caudales públicos, que han cumplido con su obligación como cuentadantes, o que no era a ellos a quienes dicha obligación correspondía.

Reiterada jurisprudencia de la Sala de Justicia, atribuye a los informes de fiscalización en el proceso jurisdiccional un carácter cualificado, como documentos oficiales administrativos, de forma que, aunque se tengan por ciertos, pueden ser desvirtuados por otros medios de prueba, por lo que sus conclusiones pueden ser revisadas en el curso del proceso contable, pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo una apreciación conjunta de la prueba y, de manera debidamente motivada, apartarse, en su caso, del contenido del correspondiente Informe de Fiscalización.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala, que *“Es cierto que esta Sala ha tenido ocasión de reiterar que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido, pero no lo es menos que ha venido señalando que el Tribunal de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorar las fotocopias en unión de otros elementos de juicio y por ello no se impide su conjugación o valoración con otras pruebas”*.

Las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el *onus probandi*, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados.

Los tribunales no tienen por qué aceptar las conclusiones de un documento, aunque no haya sido impugnado, si entienden que entre la verdad real y la documentada no hay coincidencia.

4.4. Intereses

Debe partirse de la base de la compatibilidad reconocida legal y jurisprudencialmente a las jurisdicciones penal y contable para enjuiciar unos mismos hechos y para determinar las consecuencias jurídicas que de ellos puedan derivarse, con respeto de determinados límites que confieren prevalencia a la jurisdicción penal para la fijación de los hechos (su existencia o no) y su autoría, y a la jurisdicción contable para determinar la responsabilidad civil derivada de los ilícitos penales declarados en atención a su especialidad. Como ya se ha señalado, la parte dispositiva de las sentencias de condena, en caso de responsabilidad contable directa, deben pronunciarse sobre la especificación relativa al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios.

La función de los intereses de demora, según ha señalado el Tribunal Supremo, es la indemnización de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero. Por su

parte, el Tribunal Constitucional considera que la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente exige no sólo que se cumpla el fallo, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la “restitutio in integrum”, sentido en el que actúa el interés de demora. Su función exclusiva es esa, al margen de la eventual actualización monetaria para restablecer la depreciación permanente, que tiene otros mecanismos como las cláusulas de estabilización contractuales o las previsiones legales al respecto, en función de un punto de referencia dado; no se trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, *“sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda”*.

Los intereses, en su papel de procurar la restitución íntegra del acreedor, deben venir referidos al lapso temporal que principiándose el día en que la obligación de entrega debió cumplirse, finaliza en la fecha en que el acreedor es finalmente restituido del dinero debido, dado que éste es el período de tiempo durante el cual estuvo privado de percibir los frutos de aquél.

Frente al criterio general contenido en el artículo 1969 del Código Civil cuando establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas excepciona la aplicación de la regla de cómputo establecida en el Código Civil en consideración a las peculiaridades propias de las responsabilidades que se declaran en nuestro ámbito, fijando el criterio de cómputo de la prescripción desde el instante en que se cometen los hechos; dicha Ley 7/1988, de 5 de abril, es, por tanto, una ley especial que establece un régimen jurídico del instituto de la prescripción diferenciado del común.

Por lo que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción, la fecha en que fue emitido el informe de fiscalización, es la que debe ser tenida en cuenta para entender válidamente producida la interrupción del plazo de prescripción que se había iniciado en cada una de las fechas en que tuvieron lugar los cobros tributarios, y ello conforme a la previsión establecida en la Disposición Adicional Tercera.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, cuando dispone que dicho plazo se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad-contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad.

El fundamento de la prescripción extintiva de derechos y acciones debe buscarse, en *“la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo. Es pues, la obligación de dotar de certeza a las relaciones jurídicas, y, por tanto, de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos (art. 9.3 de la CE) la verdadera razón que justifica la existencia de esta institución jurídica aun a costa de ciertos resultados concretos injustos. De igual manera, son también razones de seguridad jurídica las que exigen que las posibles causas de interrupción figuren predeterminadas y tasadas en la Ley...”*.

En el ámbito del derecho privado, y dentro del concepto de intereses, se diferencian dos figuras: a) el interés ordinario, que responde a la voluntad de regular la productividad del dinero, que debe catalogarse dentro de los denominados frutos civiles; y b) el interés moratorio, que se enmarca dentro de la indemnización de daños y perjuicios causados por la defectuosa o imperfecta ejecución de la obligación principal, conforme al art 1108 del Código Civil. Pero en el ámbito del derecho público, es el llamado interés de demora el que cumple la finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto ha venido a enfatizar el carácter indemnizatorio del interés de demora, afirmando que la tutela judicial efectiva requiere que el fallo reconduzca al restablecimiento pleno del derecho del interesado hasta la «restitutio in integrum» como compensación específica con arreglo a un módulo objetivo por el daño sufrido, así como el lucro cesante que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda. En definitiva, la legislación propia del Tribunal de Cuentas, en concordancia con la legislación presupuestaria, es la que regula esta materia y entiende que la obligación de reparar los daños causados se concreta en el deber de restituir el importe en que se cifra la responsabilidad contable (daño emergente), y la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor (lucro cesante).

5. Sobre la referencia temporal

5.1. Prescripción

El inicio del plazo de prescripción tiene lugar en la fecha en que se hubieran cometido los hechos que originen las responsabilidades contables, y esos hechos no pueden ser otros que cuando se recibe una cantidad dineraria que debe ser reintegrada, bien por haber sido percibida indebidamente, bien por no haberse justificado su finalidad, debiendo reparar así, un daño causado al erario público.

En el caso de las subvenciones el hecho determinante del daño es la percepción de una cantidad para una determinada finalidad que no es cumplida o justificada en debida forma, lo que origina la obligación de su reintegro.

La Disposición Adicional Tercera.^{3º} de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas exige, para que la prescripción se vea interrumpida, la iniciación de «*cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable*». Esto es, el legislador impone, como único requisito para interrumpir el plazo de prescripción, la iniciación efectiva de un procedimiento (fiscalizador, jurisdiccional, disciplinario o de otra naturaleza) cuyo objeto sea examinar los hechos determinantes de la responsabilidad contable. No se exige, para el supuesto de un procedimiento fiscalizador, que la iniciación de dicho procedimiento deba notificarse a todas las personas a las que va a afectar, pues está dirigido concretamente a un sector o subsector público, o a una entidad pública o parte de ella, bastando, para que el procedimiento fiscalizador tenga fuerza interruptiva respecto a la prescripción, con comunicar su inicio a los representantes legales de la entidad fiscalizada.

En definitiva, el instituto de la prescripción cuenta con un fundamento de carácter objetivo, consistente en la seguridad jurídica, que no excluye otro de carácter subjetivo, cual es la presunción de abandono del derecho por parte de su titular que no ejercita la acción correspondiente. Por todo ello, la prescripción requiere no sólo el mero acontecer del paso del tiempo, sino también el «animus» de los interesados a hacer abandono de sus derechos, sin que ello deba entenderse como derogación de la institución prescriptiva, lo que sería contrario al ordenamiento jurídico. Consecuencia de ello es la tendencia jurisprudencial a una reinterpretación del art. 1973 del Código Civil, de acuerdo con la realidad social (art. 3.1 Código Civil) y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a que el tratamiento restrictivo de la prescripción lleva consigo implícita una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan la interrupción del plazo prescriptivo.

El requisito de la notificación formal no está previsto a propósito de la prescripción de la responsabilidad contable; este tipo de responsabilidad tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos, configurándose como «una subespecie de la responsabilidad civil» y, por lo tanto, de marcado carácter patrimonial y no sancionador. Por ello, contempla como requisito para su interrupción el inicio de un procedimiento de examen de los hechos que la originan, pero no exige su conocimiento por los presuntos responsables contables.

Hay que diferenciar entre los dos plazos de prescripción regulados en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El primero de ellos es el plazo de cinco años que se regula en el apartado primero que dispone *“Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen”*. El segundo plazo de prescripción es el previsto en el apartado segundo de la citada Disposición Adicional que dispone *“Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme”*.

La prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el “animus conservandi” deberá entenderse que queda correlativamente interrumpido el “tempus praescriptionis”. Cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Esta interpretación restrictiva exige que para acoger la prescripción ha de tomarse en cuenta no sólo el transcurso del tiempo, sino también el “animus” del afectado, de tal manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo.

La prescripción es de inexcusable observancia, que opera de forma automática y que ha de declararse incluso de oficio, puesto que su no aplicación conculcaría el principio de seguridad jurídica y sería generadora de indefensión.

6. Finales

Por último, nos quedaría responder a la pregunta que nos hicimos al comienzo de éste trabajo. Tal pregunta era dual. La respuesta a la primera cuestión – si la noción de responsabilidad contable derivada de su normativa reguladora se reconoce en la jurisprudencia analizada – entiendo que debe responderse afirmativamente.

La segunda, si la recordamos, se trataba de preguntarnos si la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, como colofón de los mecanismos de control contable existentes en nuestro Derecho, era adecuada y suficiente para garantizar que si se detecta una inadecuada gestión de fondos públicos, el ordenamiento jurídico español dispone de mecanismos para que tales conductas no queden impunes. De cuanto antecede, podemos concluir que la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se pone en marcha en cuanto se detecta una posible gestión irregular de fondos públicos. Si bien, lo complejo del procedimiento tal como se ha puesto de manifiesto en las sentencias comentadas, hace que la resolución de cualquier caso se dilate en el tiempo, perdiendo en la mayoría de las ocasiones la eficacia de la inmediatez del castigo a la comisión del acto ilícito. Ello, junto a que llega a conocimiento del Tribunal de Cuentas un número muy limitado de asuntos del total de actos con trascendencia económica de los que se desarrollan en el Sector Público español, bien a través de la función fiscalizadora del propio Tribunal, o de denuncias de otros órganos de control externo o interno de dicho sector público, hace que la respuesta afirmativa inicial a la cuestión de fondo planteada, deba ser muy matizada.

Referencias bibliográficas

Bibliografía

- Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de fecha 17 de noviembre de 1997 (ref.: AEH-Intervención General 2/97). Ponente: Don Luciano J. Mas Villarroel.
- Juan J. Barrenechea de Castro, *El Tribunal de Cuentas ante el futuro: en el XX aniversario de su Ley Orgánica*, Revista española de control externo, Año 2002, Vol. 4, núm. 12, Fascículo: 1, pág. 136.
- J. M. Blanque Avilés, *el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*. "REDA", núm. 53, 1987, págs. 64 a 66.
- C. Aragón Sánchez, *Las responsabilidades contables en la Ley General Presupuestaria y en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*, "Actualidad Administrativa", núm. 33, 1987, pág. 1918.
- Rafael M. Corona Martín, *La responsabilidad contable de los gestores de fondos públicos*, Cuenta con IGAE, nº 20, 2008, pág. 53.
- Robert P. Cortell Giner, *Los expedientes administrativos de responsabilidad contable*, Auditoría Pública nº 19, 1999, págs. 66 y 67.
- Robert P. Cortell Giner, *Subvenciones y Responsabilidad contable*, auditoría Pública Nº 38, 2006, pág. 83.
- Robert P. Cortell Giner, *Supuestos de responsabilidad contable*, Auditoría pública nº 50, 2010, págs. 56 y 57.
- Robert P. Cortell Giner, *Propuestas de reforma de la jurisdicción contable*, Auditoría Pública nº 58 (2012), págs. 81 y 82.
- Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Vol. II, 1982, pág. 604.
- Roberto Gámir Meade, *El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública*, en Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público, en las ponencias organizadas por la Fundación Democracia y Gobierno Local Institución Fernando el Católico, 2007, ISBN: 978-84-613-0017-4 pág. 531.
- J. García Torres, *Un caso de suplencia jurisdiccional de la inactividad legislativa: la sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas 4/1986, de 18 de abril*, "REDA", núm. 48, 1985, pág. 610.
- Juan J. González Rivas, *El recurso de casación contra resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas*, Revista Española de Control Externo Año 2005, Vol. 7, núm. 21 pág. 20.
- Paulino Martín Martín y Miguel C. Álvarez Bonald, *Las jurisdicciones contable y penal: su compatibilidad*, Crónica 1992-1993, Tribunal de Cuentas 1994, pág. 230.

- Paulino Martín Martín, *Crónica de la mesa redonda sobre: “posible reforma del enjuiciamiento contable”*, Revista española de control externo Año 2002, Vol. 4, núm. 12, Fascículo: 2, 2002, pág. 166.
- J. Medina Guijarro y J. A. Pajares Giménez, *La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su “propia jurisdicción” en la historia y la Constitución española*, Revista Española de Control Externo, Año 2005, Vol. 7, Número 21, pág. 61 y 62.
- R. de Mendizábal Allende, *La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas*, “RAP”, número 100-102, 1983, vol. II, pág. 1328.
- M. Núñez Pérez, *“En opinión de...”*, Revista Cuenta con IGAE, Nº 27, diciembre 2011, ed. MEyH.
- Luis Ordoki Urdaci, *Responsabilidad directa por alcance de Secretarios de Ayuntamiento por el perjuicio causado a los fondos municipales por la contratación de un asesor económico externo*, Auditoría Pública nº 46, 2008, págs. 82 y 83.
- J. A. Pajares Giménez y J. Medina Guijarro, *Novedades de la Ley de Funcionamiento en la Función Jurisdiccional I (I)* Crónica, 1990–1991, Tribunal de Cuentas, 1992, págs. 16 y ss.
- F. Pérez Royo, *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, Madrid 1991, pág. 342.
- Ana Pérez Tórtola, *Rendición de cuentas y responsabilidad contable*, V Jornadas Intosai–Olacefs, Lisboa, mayo 2007, págs. 16 y 17.
- L. Perezagua Clamagirand, *La responsabilidad contable*, “Impuestos”, tomo I, 1990, pág.1199.
- J. J. Perulles, *El control de la actividad económico–financiera (ponencia) “Relaciones entre administración local y administración de justicia”*, Barcelona, 1990, tomo II, pág. 14.
- C. Rosiñol Vidal, *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos*, Ed. Civitas, 1994, págs. 99, 100.
- P. Sala Sánchez, *Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del tribunal de Cuentas de España*, “REDA”, número 39 (1983), pág., 534.
- P. Sala Sánchez, *La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su ley de Funcionamiento*, “RAP”, núm. 122, 1990. pág. 136.
- P. Sala Sánchez, *La responsabilidad contable en la nueva Ley general presupuestaria*, *Revista Galega de Economía*, Vol. 16, núm. extraord. (2007). págs. 1 a 18.
- Mariano Sola Fernández, *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, ponencias organizadas por la Audiencia de Cuentas de Canarias, Madrid, junio 2003, págs. 32 y 33.
- Luis Vacas García-Alós, *Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 de enero de 1992. núms. 1262–1263, pág. 273.
- Ulpiano L. Villanueva Rodríguez, *Notas sobre la responsabilidad contable*, Auditoría Pública nº 55, 2011, págs. 22 y 23.

Relación de sentencias del Tribunal de Cuentas utilizadas, referenciadas a los epígrafes aplicados

1. Estructura conceptual

1.1. Concepto de responsabilidad contable

SENTENCIA 26/2009

SENTENCIA 29/2009

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 10/2012

SENTENCIA 16/2012

SENTENCIA 17/2012

1.2. Naturaleza

SENTENCIA 26/2009

SENTENCIA 28/2009

SENTENCIA 31/2009

SENTENCIA 6/2011

1.3. Elementos

SENTENCIA 14/2009

SENTENCIA 10/2010

SENTENCIA 12/2010

SENTENCIA 15/2010

SENTENCIA 1/2011

SENTENCIA 3/2011

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 6/2012

1.4. Fraude de ley

SENTENCIA 30/2009

2. Sujetos responsables

2.1. Legitimación pasiva (Cuentadantes)

SENTENCIA 14/2009

SENTENCIA 29/2009

SENTENCIA 30/2009

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 3/2012

SENTENCIA 8/2012

2.2. Diligencia exigible

SENTENCIA 30/2009

SENTENCIA 31/2009

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 6/2012

SENTENCIA 15/2012

2.3. Transmisión responsabilidad “mortis-causa”

SENTENCIA 28/2009

2.4. Compatibilidad jurisdicción contable con la penal, la contencioso-administrativa o la responsabilidad disciplinaria

SENTENCIA 14/2009

SENTENCIA 26/2009

SENTENCIA 10/2010

SENTENCIA 11/2012

3. Motivos de exigencia de la responsabilidad

3.1. Perjuicios fondos públicos

SENTENCIA 14/2009

SENTENCIA 15/2010

3.2. Requisitos justificación

SENTENCIA 30/2009

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 17/2011

3.3. Infracciones normativa contable

3.3.1. Alcance

SENTENCIA 14/2009

SENTENCIA 31/2009

SENTENCIA 4/2010

SENTENCIA 5/2010

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 23/2010

SENTENCIA 2/2011

SENTENCIA 3/2011

SENTENCIA 8/2011

SENTENCIA 7/2012

SENTENCIA 9/2012

SENTENCIA 10/2012

SENTENCIA 16/2012

3.3.2. Malversación

SENTENCIA 10/2010

SENTENCIA 11/2012

3.3.3. Otras infracciones

SENTENCIA 20/2005

SENTENCIA 3/2009

SENTENCIA 1/2011

SENTENCIA 5/2011

3.3.4. Algunos casos tratados por el tribunal

3.3.4.1. SUBVENCIONES

SENTENCIA 7/2010

SENTENCIA 12/2010

SENTENCIA 18/2011

3.3.4.2. COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS

SENTENCIA 12/2011

SENTENCIA 1/2012

SENTENCIA 4/2012

SENTENCIA 16/2012

3.3.4.3. DIETAS Y GASTOS DE VIAJE

SENTENCIA 15/2010

SENTENCIA 12/2011

3.3.4.4. GASTOS DE REPRESENTACIÓN

SENTENCIA 3/2012

4. Elementos procedimentales

4.1. Naturaleza del recurso de apelación

SENTENCIA 29/2009

SENTENCIA 30/2009

SENTENCIA 8/2011

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 5/2012

4.2. Indefensión

SENTENCIA 26/2009

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 1/2011

SENTENCIA 10/2011

4.3. Prueba

SENTENCIA 26/2009

SENTENCIA 28/2009

SENTENCIA 29/2009

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 16/2011

SENTENCIA 7/2012

SENTENCIA 8/2012

4.4. Intereses

SENTENCIA 10/2010

SENTENCIA 6/2011

SENTENCIA 8/2012

5. Referencia temporal

5.1. Prescripción

SENTENCIA 28/2009

SENTENCIA 30/2009

SENTENCIA 12/2010

SENTENCIA 18/2010

SENTENCIA 10/2011

SENTENCIA 17/2011

SENTENCIA 5/2012

SENTENCIA 10/2012

SENTENCIA 11/2012

Relación de páginas web consultadas

Intervención General de la Administración del Estado (<http://www.igae.pap.meh.es>)

Tribunal de Cuentas del Estado (<http://www.tcu.es>)

FRANCISCO J. FAJARDO FUENTES

Jaén, Noviembre de 2015

