Resoluciones

de la Sala de Justicia

del Tribunal de Cuentas

Año 2023

SUMARIO

Presentación 5

Sentencias 7

Autos 271

Índice cronológico 631

Índice de materias 637

Presentación

En la presente publicación se recogen las resoluciones definitivas dictadas por la Sala de Justicia en el año 2023, manteniéndose la estructura de Sentencias y Autos precedidos de una sucinta ficha doctrinal e, igualmente, se han incluido dos índices, uno cronológico y otro por materias.

De estas resoluciones se puede extraer la doctrina elaborada por la Sala de Justicia, en el ejercicio 2023, en relación con los diversos asuntos enjuiciados.

Aparecen, pues, resoluciones dictadas en la tramitación de los diversos procesos atribuidos a la competencia de la citada Sala en virtud del artículo 54 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

Las cuestiones tratadas son de diversa índole y abarcan los elementos subjetivos, objetivos y formales de los cauces procesales a través de los que se exige la responsabilidad contable (legitimación, requisitos de dicha responsabilidad jurídica, garantías procesales, etc.).

También destaca la amplitud del abanico de Administraciones y Entidades del Sector Público afectadas por el conjunto de resoluciones que integran la presente compilación.

Por último, es de justicia expresar el reconocimiento a los funcionarios que prestan sus servicios en la Sección de Enjuiciamiento que, con su dedicación y esfuerzo, han hecho posible la publicación de este Libro.

SENTENCIAS

Sentencia nº 1/2023, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 24/22. Procedimiento de Reintegro nº 99/21. Ramo: Sector Público Autonómico (Auditoría cuentas anuales ejercicio 2019 – Autoridad Portuaria de Melilla), Ciudad Autónoma de Melilla. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala, tras un planteamiento general acerca de la naturaleza y límites procesales del recurso de apelación, desestima uno de los recursos interpuestos y estima el recurso del Ministerio Fiscal.

En relación con el primero de ellos, después examinar los hechos acreditados en autos, puestos de relieve por el Juzgador de instancia, concluye que en la Sentencia que se recurre se valoraron adecuadamente los hechos a la vista de las pruebas documental y testifical practicadas en el procedimiento. Por lo que no cabe entender, como pretende la parte apelante, que exista defecto alguno en la confección del relato de hechos probados, ni que la prueba testifical no fuera tenida en cuenta.

En relación con el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, la Sala razona que no cabe aceptar las alegaciones realizadas en la oposición al mismo, toda vez que, como se afirma en la doctrina seguida por la Sala de Justicia, en la que cabe destacar la reciente Sentencia nº 7/2022, de 13 de mayo, "*la impericia, la falta de conocimientos o la inexperiencia profesional de los gestores de fondos públicos no son causa de exoneración de la responsabilidad contable que les pudiera ser imputada*" (Sentencia 3/1995, de 9 de marzo, y Sentencia 10/2000, de 3 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas). Asimismo, como se ha reconocido en la doctrina de esta misma Sala, por todas, Sentencia 31/2004, de 20 de diciembre, "*la aceptación y ejercicio de un puesto de trabajo sin la formación suficiente para desarrollarlo, implica una grave negligencia y no evita la responsabilidad contable*".

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 1/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 24/22, interpuesto contra la Sentencia nº 3/2022, de 17 de mayo, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-99/21, del ramo de Sector Público Autonómico (Auditoría cuentas anuales ejercicio 2019 – Autoridad Portuaria de Melilla). CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez. Consejera.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-99/21, del ramo reseñado, recurso interpuesto contra la Sentencia de 17 de mayo de 2022.

Han sido partes apelantes Don J.A.P., representado y defendido por el Letrado Don Manuel Garrido Mora, y el Ministerio Fiscal y, como parte apelada, Don L.J.A.N., representado y defendido, asimismo, por el Letrado Don Manuel Garrido Mora y el Ministerio Público.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

*"... **IV. FALLO***

***PRIMERO.-** Desestimar la pretensión formulada en la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Don L.J.A.N., que queda absuelto de la responsabilidad contable directa que se le reclama.*

***SEGUNDO.-** Estimar la pretensión formulada en la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Don J.A.P. y, en su virtud:*

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la Autoridad Portuaria de Melilla el de TREINTA MIL EUROS (30.000 €).

2ª) Declarar responsable contable directo de dicho alcance a Don J.A.P.

3º) Condenar a Don J.A.P. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

4º) Condenar, asimismo, a Don J.A.P. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Séptimo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5°) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en la cuenta que corresponda de la Autoridad Portuaria de Melilla, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

***TERCERO.-** Sin costas en esta instancia.…".*

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos de la Autoridad Portuaria de Melilla (en adelante APM), por importe de 30.000 euros, del que resulta responsable contable directo Don J.A.P., desestimándose la pretensión formulada en la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, demandante contra Don L.J.A.N.

TERCERO.- El Letrado Don Manuel Garrido Mora, en nombre y representación de Don J.A.P., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal de Cuentas, en fecha 7 de junio de 2022, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada, en el que solicitó su revocación, que se absolviera al Sr. A.P. de la pretensión ejercitada contra él, con legal pronunciamiento en cuanto a las costas.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro el 8 de junio de 2022, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de instancia en el que interesó que se estimase el primer motivo de recurso, que se revocase parcialmente la resolución apelada, condenándose al demandado Don L.J.A.N. según se pidió en

su escrito de demanda o, alternativamente, que se declarase su responsabilidad contable subsidiaria, condenándole al reintegro de la cantidad en que se cifró el alcance, en los términos del artículo 43.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

CUARTO.- La representación procesal de Don L.J.A.N. se opuso al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas el día 7 de julio de 2022, solicitando su desestimación y la confirmación de la Sentencia de instancia, respecto a la absolución de su representado, con el pronunciamiento en materia de costas que procediera en esta apelación.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 6 de julio de 2022, se opuso al recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. A.P., solicitando su desestimación y, en consecuencia, la confirmación parcial de la Sentencia apelada respecto a la condena impuesta en la instancia.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites legalmente previstos y tras las personaciones de las partes, mediante Diligencia de Ordenación de 2 de septiembre de 2022, se acordó abrir el rollo de la Sala con el número 24/22, nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y, declarando concluso el presente recurso, pasar los autos a la misma, a fin de preparar la pertinente resolución.

SEXTO.- El traslado material de las actuaciones a la Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 13 de septiembre de 2022, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SÉPTIMO.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

OCTAVO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCu), y 52.1,b) y 54.1,b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, LFTCu).

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras declarar, conforme a la doctrina de esta Sala de Justicia, que existía un alcance a los fondos públicos de la APM, conforme a lo previsto en el artículo 72 de la LFTCu, que fue cifrado en 30.000 euros, apreció la responsabilidad contable directa de Don J.A.P., quien ostentaba, en el momento de producirse los hechos, el cargo de Jefe del Departamento Económico-Financiero de la citada entidad, al concurrir en él todos los elementos definidores de dicha responsabilidad.

Por el contrario, en el caso de Don L.J.A.N., teniendo en cuenta las obligaciones derivadas de su cargo como Director de la APM y, a la luz de las pruebas practicadas en el procedimiento, el Consejero de instancia le exoneró de la citada responsabilidad. Y, si bien se consideró que había incurrido en "culpa *in vigilando* "en el desarrollo de sus funciones, pudiendo haberse declarado una responsabilidad contable subsidiaria (artículo 43.1 de la LOTCu), no cabía hacer tal declaración por no haber sido solicitada por el Ministerio Fiscal, parte actora en el procedimiento.

TERCERO.- Frente a dicha resolución interpusieron sendos recursos de apelación:

1. La representación procesal de Don J.A.P.:

a) Interesa la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Considera que el Juzgador de instancia ha omitido la referencia a las disfunciones y problemas habidos en el sistema informático de la APM, en el periodo de 21/12/2017 a 31/05/2019 que impidieron remitir las actuaciones tendentes a la recaudación ejecutiva por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante AEAT). Se remite a los hechos relatados en el ordinal Tercero del escrito de contestación a la demanda, de los que resultan las disfunciones e imposibilidad de remitir a la AEAT las providencias de apremio de deudas liquidadas por la APM por inadaptación del sistema informático, con especial énfasis a los hechos acontecidos entre el 14/03/2019 y el 11/04/2019, que constaban acreditados, tanto en el ramo documental obrante al procedimiento, como en la testifical desarrollada en la fase de prueba.

b) Sostiene que el Consejero de instancia ha incurrido en error, tanto de hecho, como de derecho, al minusvalorar o, directamente, descartar la incidencia que las dificultades técnicas habidas en el sistema informático de la APM en la prescripción de la sanción que finalmente fue declarada no se corresponde con la realidad de los hechos acontecidos ni con la prueba obrante en el procedimiento.

   Además, afirma que, atendiendo a las previsiones del Convenio suscrito entre la AEAT y la APM, aprobado por Resolución de 24 de julio de 2009, para la recaudación, en vía ejecutiva, la sanción no podría haberse recaudado y

ejecutado a través del citado Convenio, por lo que su cobro en vía ejecutiva se habría frustrado, y ello porque aunque la APM hubiere dictado la providencia de apremio de la sanción y la hubiere notificado a B.A.M., S.A., no hubiera podido remitir la providencia de apremio de la sanción a la AEAT que no habría podido proceder a la ejecución forzosa.

Sostiene, asimismo, en contra de lo que afirma la sentencia de instancia, que en el periodo comprendido entre diciembre de 2018 y abril de 2019 se efectuaron numerosas remisiones de liquidaciones por parte de la APM a la AEAT, y ello no se corresponde con la prueba documental de que fueron rechazadas o no aceptadas, de lo que ni siquiera se informó a la APM.

c) Mantiene respecto a la sentencia de instancia que el recurso de reposición se resolvió por el Consejo de Administración desestimándolo, y que el recurso estuvo desde el 27 de abril de 2018 hasta el 11 de diciembre de 2018, en el Departamento Jurídico del citado Consejo, no siendo enviado al Departamento Económico Financiero hasta esa última fecha para que iniciara la vía ejecutiva. Sobre el efecto suspensivo de la ejecutividad de la sanción del recurso de reposición, da por reproducido lo señalado en su contestación a la demanda (ordinal Cuarto). No se informó, ni se advirtió, por el Departamento Jurídico al Departamento Económico Financiero que el plazo de prescripción de la sanción seguía corriendo, comenzando el 23 de abril de 2018 y consumándose el 23 de abril de 2019.

d) Considera que en la conducta del Sr. A.P. no concurrió dolo o negligencia grave en la producción del perjuicio a los fondos públicos, que nunca se le advirtió ni se le indico que la sanción podía prescribir, ni del momento concreto en que se podía producir, esto es el día 23 de abril de 2019, cuando el Departamento Jurídico era conocedor de los problemas informáticos que se estaban produciendo en la remisión de las deudas providenciadas de apremio a la AEAT, como resulta de los correos electrónicos enviados al Jefe del departamento de Asuntos Generales y Jurídicos de la APM de 13 de febrero de 2019. Afirma que su representado no omitió las cautelas exigibles para que la sanción fuese recaudada ejecutivamente a través de la AEAT, no tuvo un descuido inexcusable, ni el daño era previsible en la esfera normal de los acontecimientos en relación con las circunstancias, cuando nunca le advirtieron al darle traslado del expediente de la sanción que podía prescribir el 23 de abril de 2019.

e) Manifiesta que tampoco concurre el nexo causal entre el hecho de no dictar la providencia de apremio y el daño inferido al Erario, ya que no fue causa directa y eficiente para su producción, debido a los motivos y circunstancias concurrentes anteriormente descritos.

f) Por último, relacionando lo dispuesto en el artículo 34 de la LFTCu con el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, TRLPEMM) el auténtico cuentadante, a efectos de legislación contable, sería el Presidente de la APM y no el Sr. A.P.

2. El Ministerio Fiscal.

a) Considera que la responsabilidad contable de Don L.J.A.N. es una responsabilidad directa y no subsidiaria, que debe incardinarse en lo previsto en el artículo 42 de la LOTCu. El Consejero de instancia basa la calificación de responsabilidad contable subsidiaria en la dejación por el citado codemandado de sus cometidos de control y supervisión de los Departamentos Jurídico y Financiero de la APM, a quienes correspondía la tramitación de la sanción impuesta a la empresa naviera, finalmente no cobrada. Por lo que incurrió en "culpa *in vigilando* ", susceptible de integrar el concepto de responsabilidad contable subsidiaria, pero no directa. Si bien, atendiendo a la descripción de las obligaciones del Sr. A.N., como Director de la APM, que realiza la sentencia impugnada, así como a las vicisitudes del expediente sancionador seguido por dicha entidad pública, entiende que la grave omisión de diligencia a que hace referencia el Juzgador permite apreciar no solo "culpa *in vigilando* "sino la cooperación directa en la causación del resultado dañoso para el Erario. Y su conducta fue causa eficiente para producir el quebranto patrimonial, de conformidad con la doctrina de la Sala de Justicia en Sentencia nº 18/2004, de 13 de septiembre, así como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998. Entiende que la actuación del demandado Sr. A.N. merece la calificación de gravemente negligente ante la falta de adopción o de impulso de las medidas que hubieran evitado el resultado dañoso, a cuya producción cooperó en los términos del artículo 42 de la LOTCu (Sentencia de la Sala de Justicia nº 20/2010, de 7 de octubre).

b) Sin perjuicio de lo anteriormente alegado, el Ministerio Público considera que, planteada la demanda frente al Sr. A.N. como responsable directo, su condena como responsable subsidiario está dentro de la pretensión ejercitada en la misma, que es de mayor entidad y de naturaleza principal. La condena por responsabilidad contable subsidiaria es factible, según lo dispuesto en el artículo 60.1 de la LFTCu. No supone que se conceda más de lo pedido, ni cosa diferente a lo instado en su demanda, porque la declaración de una responsabilidad subsidiaria comporta un gravamen menor que el que recaería si se declarara la responsabilidad contable directa. Por ello, una vez que el Juzgador ha considerado que el demandado Sr. A.N. incurría en una responsabilidad contable subsidiaria y, a la vista de la acción ejercitada en la demanda, debería haber condenado al codemandado con tal carácter, en los

términos del artículo 43.2 de la LOTCu. En apoyo de sus argumentos cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2000, de 18 de julio, y la propia doctrina de esta Sala de Justicia recogida en su Sentencia 1/2014, de 20 de abril y, asimismo, en las Sentencias nº 10/2009, de 11 de mayo; 8/2009, de 31 de marzo; 4/2009, de 17 de marzo; 18/2008, de 3 de diciembre y 10/2007, de 18 de julio.

CUARTO.- Frente al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.A.P., el Ministerio Fiscal formuló oposición al mismo, en virtud de los siguientes argumentos:

a) El recurso de apelación no recoge ninguna alegación que no haya sido ya realizada por la parte apelante en anteriores momentos procesales. Todas ellas han sido debidamente analizadas, estudiadas y resueltas por la sentencia recurrida, en cuyos fundamentos justifica su rechazo y desestimación. Se trata, en definitiva, de una discrepancia con la valoración que hace el Juzgador de toda la prueba practicada en el procedimiento, que el recurrente pretende que sea sustituida por su propia valoración.

b) En relación con las supuestas disfunciones en el sistema informático de la APM, en las conexiones con la AEAT, en modo alguno ha quedado acreditado, ni en el ramo documental, ni en la testifical, que impidieran el cobro de la sanción, cuyo importe debió ser ingresado en los fondos públicos de la entidad. El impago, por concurrir prescripción, se produjo por la actuación de los demandados. No debe olvidarse la doctrina de la Sala de Justicia acerca de que el posible incumplimiento de las obligaciones por parte de otros no puede constituir justificación para que se dejen de atender las propias, incluso, con mayor diligencia (Sentencia nº 12/2006, de 24 de julio).

c) Respecto a la ausencia de negligencia grave en la actuación del Sr. A.P., el Ministerio Fiscal se remite a la argumentación expuesta en la sentencia recurrida, en cuyo Fundamento Quinto se da respuesta a los planteamientos del apelante. La sentencia analiza el material probatorio del procedimiento y valorándolo correctamente califica su actuación de gravemente culposa. El supuesto error o desconocimiento del citado recurrente acerca del plazo de prescripción de la sanción que su departamento debía tramitar, lejos de atenuar su negligencia, la agrava, pues constituye un déficit de conocimiento de los trámites de gestión y cobro de las sanciones impuestas por la APM.

d) Por último, y con relación a la condición de cuentadante de Don J.A.P., que el recurrente niega y también alega como motivo de recurso, el Ministerio Fiscal hace suya la Fundamentación Cuarta de la Sentencia en lo relativo a dicha cuestión. La doctrina de este Tribunal de Cuentas ha elaborado en un sentido

amplio y antiformalista el concepto de cuentadante, considerando que debe predicarse tal condición no solo respecto del que formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados, sino respecto de cualquier persona que interviene en el proceso de gestión o administración de los fondos públicos (Sentencias de 29 de marzo 2006 y de 28 de mayo 2008). La extensión subjetiva de dicha responsabilidad, (Sentencia de la Sala de Justicia de 30 de septiembre de 2020), comprende "*no a cualquier persona, sino a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos*", llegando el Tribunal Supremo a precisar (Sentencia de 1 de diciembre de 2000) que "*la expresión -que tengan a su cargo- 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*". Atendiendo a ello, el Sr. A.P. era cuentadante y, como tal, era titular de una obligación de rendición de cuentas de dicha recaudación que, debido a su conducta imprudente, no tuvo lugar en relación a la cantidad a satisfacer por "B.L.M., S.A.". Debiendo ser por ello condenado en los términos contenidos en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Frente al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, la representación procesal de Don L.J.A.N. se opuso en base a las siguientes alegaciones.

a) Tras analizar la naturaleza jurídica del recurso de apelación, la parte recurrida se remite a los hechos relatados en el ordinal Tercero de su escrito de contestación a la demanda, del que resulta las disfunciones e imposibilidad de remitir a la AEAT las providencias de apremio de deudas liquidadas por la APM por razón de la inadaptación de su sistema informático a los requerimientos técnicos exigidos por la AEAT y que se prolongaron desde el 21/12/2017 hasta el 31/05/2019, resaltando, de un modo especial, lo acontecido entre el 14/03/2019 y el 11/04/2019. Estas disfunciones e inadaptación del sistema informático de la APM a los requerimientos técnicos de la AEAT están acreditados en la prueba documental incorporada al procedimiento, y en la testifical que en este procedimiento prestó Don J.C.A.O., Jefe de División de Sistemas de Información y Comunicaciones de la Autoridad Portuaria de Melilla. No se puede dar como hecho probado lo recogido en el ordinal cuarto de la sentencia de instancia por cuanto, aparte de constituir una valoración y conclusión jurídica y no un simple hecho probado, además preconstituiría el fallo de la sentencia por cuanto prejuzga de modo total y absoluto el sentido de la resolución.

b) Si el Ministerio Fiscal parte en su recurso de admitir los hechos probados en la sentencia que recurre, si fuere congruente no podría ni debería sostener este primer motivo de recurso pues aun admitiendo a título de hipótesis y a los puros

efectos dialécticos los citados hechos probados, de ellos no resulta, ni, por tanto, ha quedado probado que al Sr. A.N. le sean o puedan ser imputables alguna de las conductas que el art. 42 de la LOTC tipifica. En su demanda, el Fiscal se limita a transcribir las funciones señaladas en el artículo 33.2 de la Ley de Puertos, sin concreción alguna de hechos que pudieren integrar las conductas por las que pudiere exigirse la responsabilidad contable directa, mencionadas explícita, expresa y concretamente en el art. 42 de la LOTCu. Además, el TRLPEMM, en el apartado b) de dicho artículo 33.2 establece que, en materia o en relación con "incoación y tramitación de expedientes administrativos", la función que se atribuye al Director de una Autoridad Portuaria - y por tanto en su caso también al Sr. A. en cuanto que lo era de la APM, es "*su incoación y tramitación*" pero, y esto es esencial, "*cuando no esté atribuido expresamente a otro órgano*".

En este caso, en cuanto a procedimientos sancionadores, la competencia para su resolución, así como de todas las incidencias que de esta última se derivaran -en este caso concreto, del recurso de reposición que contra la sanción se pudiere interponer y que de hecho se interpuso- correspondía al Consejo de Administración de la APM, no a su Director. Y, sobre todo, la competencia para tramitar el expediente sancionador y también la que hubiere de darse al recurso de reposición se residenciaba en el Departamento Jurídico.

c) La parte recurrida considera que la sentencia se instancia incurre en error de hecho y de derecho, toda vez que, en ningún caso, concurre el elemento subjetivo, como requisito para declarar la responsabilidad contable por alcance, toda vez que el Juzgador no tuvo en cuenta las citadas deficiencias técnicas, de carácter informático, para valorar la conducta del Sr. A.N. Y en cuanto a la supuesta "dejación de sus cometidos de control y supervisión" del Departamento Jurídico, señala que no se corresponde con la realidad por cuanto, por un lado y sobre todo, es Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, lego, en derecho, y no podía estar sino al criterio jurídico que en la tramitación de los expedientes sancionadores y, concretamente, en este caso del recurso de reposición contra la sanción, estableciera dicho Departamento, experto y especializado en materia jurídica, que además era quien tenía la competencia en la tramitación de dicho procedimiento.

d) Respecto a la supuesta inexistente, culpa "*in vigilando*" en la que el Sr. A.N. habría incurrido respecto del Departamento Económico Financiero, reitera lo dicho respecto del Departamento Jurídico y, además, en este caso concreto, el Departamento Económico Financiero actuó de acuerdo con lo que le era exigible pues ante todo adoptó la precaución y medidas precisas para que se resolvieran los problemas habidos en el sistema informático de la Autoridad Portuaria y que impedían la remisión de las deudas apremiadas a la AEAT.

e) Considera que no concurren en la conducta del Sr. A. los elementos subjetivos de la responsabilidad contable, porque su actuación no fue en ningún caso gravemente negligente -dadas las circunstancias que concurrieron en el tiempo en que la sentencia "a quo" considera que se produjo su actuación causante de la responsabilidad por alcance-, ni negligente o que la prescripción se hubiere producido por una pasividad en su gestión, que no se produjo.

f) También se opone al segundo motivo de recurso de apelación del Ministerio Público porque, en todo momento, solo solicitó la declaración de responsabilidad contable directa y no subsidiaria. No nos encontramos aquí ante una mera inclusión de una menor pretensión en aquella principal y primera, sino, por el contrario, ante la exigencia de una responsabilidad contable distinta, que debió ejercitarse procesalmente también de forma distinta y autónoma, aunque lo hubiese sido con un carácter alternativo o subsidiario, de tal modo que si no se hizo así no puede ahora interesar un pronunciamiento que no se hizo en la instancia y en la demanda en que ejercitó su acción.

SEXTO.- Una vez resumidos los motivos que sustentan los recursos de apelación planteados, tanto por la representación procesal de Don J.A.P., como por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia recurrida, así como las alegaciones del propio Ministerio Fiscal y de la representación procesal de Don L.J.A.N., de oposición a los citados recursos, y antes de proceder a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación.

Por todas, en Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas números 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril, y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Debido a todo ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá el propio criterio expositivo de todos los temas desarrollados en la sentencia apelada y en los escritos, de apelación y de oposición a la misma, y también de las cuestiones aducidas en el proceso de instancia, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, con criterio reiterado en las Sentencias de dicho Alto Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, donde se establece que en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una “revisio prioris

instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas, para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso. Y ello 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, lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

Establecido lo anterior, cabe recordar que el Consejero de Cuentas declaró en la Sentencia de instancia recurrida, valorado el caudal probatorio desplegado en proceso, la responsabilidad contable directa del demandado Don J.A.P., que ostentaba el cargo de Jefe del Departamento Económico-Financiero de la APM, al concurrir en él todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente que configuran dicha responsabilidad, mientras que, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso de autos, entendió que debía exonerarse de tal responsabilidad a Don L.J.A.N., por cuanto aun entendiendo que la conducta de este demandado podría permitir declararle responsable contable subsidiario, entendió que no cabía la condena con tal carácter, al haber solicitado la parte actora -Ministerio Fiscal- solo la responsabilidad contable directa.

SÉPTIMO.- En cuanto al recurso de apelación de la representación procesal de Don J.A.P.:

1).- Solicita, en primer término, la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, remitiéndose a los relatados en el ordinal Tercero de su escrito de contestación a la demanda, poniendo énfasis en la descripción de las disfunciones e inadaptación del sistema informático de la APM en el periodo de 21/12/2017 a 31/5/2019, que impidieron remitir las actuaciones de recaudación ejecutiva por la AEAT.

Sin perjuicio de que se ha establecido en el precedente Fundamento Jurídico Sexto de esta misma resolución, que la naturaleza jurídica del recurso de apelación y la habilitación al Tribunal que conoce del mismo a resolver el debate que se plantea en esta fase de recurso, confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido en la instancia -aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes-, es preciso señalar que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del Juez de

instancia, sin perjuicio de que pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "*a quo*", como se ha reiterado en doctrina consolidada (entre otras, Sentencias de la Sala 4/2015, de 2 de julio, y 17/2019, de 8 de octubre).

El error en la valoración de la prueba, como infracción procesal, ha sido objeto de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, vinculada a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, destacando su relación directa con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las Sentencias 55/2001, de 26 de febrero; 29/2005, de 14 de febrero; 211/2009, de 26 de noviembre; 25/2012, de 27 de febrero; 167/2014, de 22 de octubre; y 152/2015, de 6 de julio, destacó que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico, que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones, cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración.

El Tribunal Supremo (Sala Primera) en Sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo; 714/2016, de 29 de noviembre; y 83/2017, de 14 de febrero, entre muchas otras, ha recordado que para que los errores cometidos en la valoración probatoria revistan relevancia, es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir, sobre las bases que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La Sala de Justicia de este Tribunal en doctrina consolidada y en relación con la apreciación de la prueba del Consejero de Instancia ha venido sosteniendo (Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio, F.j. Cuarto): "lo siguiente:…*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*…"

Y, como consecuencia de lo anterior, como también ha tenido ocasión de pronunciarse en Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio; nº 15/2020, de 30 de septiembre; y nº 7/2021, de 23 de julio, frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación, salvo que los juicios emitidos aparezcan claramente como infundados, irracionales o arbitrarios.

Por tanto, para que pueda esta Sala de Justicia realizar una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Consejero de Instancia. Analizada la Sentencia recurrida cabe señalar que el Consejero de Instancia valoró conjuntamente toda la prueba desplegada en el proceso, y, atendiendo a criterios de sana crítica, siguió el criterio doctrinal de esta Sala para determinar la responsabilidad contable del demandado quien, como Jefe del Departamento Económico-Financiero, dentro de la estructura organizativa de la APM, era el encargado de la coordinación y dirección de la facturación y recaudación de deudas en vía ejecutiva.

El recurrente pretende reproducir en esta instancia de apelación la totalidad del debate fáctico, e incluso jurídico sustantivo, tratando de tachar de erróneas las conclusiones alcanzadas por el Juzgador de Instancia. Fundamentalmente reitera que no ha tenido en cuenta las incidencias y dificultades existentes en el sistema informático, con el fin de imponer su propia valoración en la práctica totalidad de las pruebas más importantes practicadas en el proceso -documental y testifical-, y las afirmaciones realizadas respecto al error en que incurre el Consejero de Instancia no son más que el desacuerdo de la parte, en cuanto al fondo del litigio suscitado, con los criterios que se sustentan en la Sentencia de Instancia.

La Sentencia de Instancia en el Fundamento Jurídico Quinto identifica las causas que justificaron las pretensiones actoras de declaración de responsabilidad contable y consiguiente reintegro de la cuantía del alcance, por parte del Sr. A.P., y que fueron las siguientes:

a).- Actuación culposa del Sr. A.P. como encargado de la coordinación y dirección de los negociados de facturación y recaudación de deudas en vía ejecutiva, desde la emisión de la factura de cobro (12 de diciembre de 2018), hasta la prescripción de la sanción (23 de abril de 2019), sin constar acreditado que hubiera realizado ninguna actuación para obtener el pago mediante el dictado de la providencia de apremio o dirigida a interrumpir la prescripción de la sanción.

b).- Ausencia de dictado de providencia de apremio, sin que las incidencias y dificultades técnicas producidas para la aplicación del Convenio suscrito con la AEAT puedan considerarse atenuantes de su conducta, ya que dichas dificultades no podían considerarse atenuantes de su conducta porque faltaba una premisa previa que era la ausencia de dictado de la providencia de apremio, y sin dicha providencia, no se podía realizar el fichero comprensivo de las deudas providenciadas, ni la validación del fichero y su posterior remisión a la AEAT.

c).- Aplicación correcta del principio civil de carga de la prueba contemplado en el artículo 217 de la LEC. En el periodo comprendido entre diciembre de 2018 y abril de 2019, se efectuaron numerosas remisiones de liquidaciones por parte de la APM a la Agencia para su recaudación en vía ejecutiva y al Sr. A.P. era a quien correspondía acreditar que la AEAT hubiera rechazado el envío de la liquidación de la sanción a la empresa naviera, prueba que no se había producido.

d).- Análisis correcto del alcance jurídico que supuso la interposición de un recurso de reposición extemporáneo contra el acuerdo del Consejo de Administración que impuso la sanción suspendiendo el plazo de prescripción.

Por tanto, el Consejero de Instancia, en la Sentencia que se recurre, valoró adecuadamente los hechos a la vista de las pruebas documental y testifical practicadas en el procedimiento. No cabe entender, como pretende la parte apelante, que exista defecto alguno en la confección del relato de hechos probados, ni que la prueba testifical no fue tenida en cuenta por dicho Juzgador de instancia. El recurrente no aporta en esta apelación ningún otro documento o prueba -salvo sus alegaciones de descargo- que permita a esta Sala apartarse del criterio sostenido en la Sentencia recurrida, ni apreciar que en la valoración conjunta del material probatorio se haya comportado el órgano de instancia de forma infundada, ilógica o arbitraria, o contraria a las reglas de la sana crítica, lo que conlleva la desestimación de este motivo de apelación, siguiendo el criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, y expuesto en el fundamento jurídico anterior.

2).- Respecto a la inexistencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable por alcance, esta Sala de Justicia rechaza las argumentaciones alegadas por la parte recurrente.

El Consejero de instancia aplicó adecuadamente la doctrina reiterada mantenida por esta Sala de la diligencia exigible al gestor de fondos públicos. Sostiene que al tratarse de fondos públicos la diligencia exigible al gestor de los mismos debe ser, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, y que la obligación de rendir cuentas que incumbe a los gestores de fondos públicos deriva de una relación

jurídica que exige una especial diligencia (por todas, Sentencia nº 16/2020, de 30 de septiembre).

La falta de actuación o intervención del Sr. A.P., como jefe del Departamento Económico Financiero de la APM, como mantiene la Sentencia de Instancia debe considerarse una actuación culposa, cuyo daño era previsible, pues el hecho de no dictar la providencia de apremio una vez vencido el plazo voluntario de pago de la sanción conllevaba la imposibilidad de recaudación del derecho en vía ejecutiva con el consiguiente perjuicio a los fondos públicos. Por lo que incurrió en el ejercicio de sus funciones en una actuación negligente grave.

No puede acoger esta Sala de Justicia las valoraciones que realiza la parte recurrente, en cuanto a posibles deficiencias técnicas o disfunciones en el funcionamiento interno de los órganos gestores de la APM, o en la falta de conocimiento de resolución del recurso y de que la sanción podía prescribir como causas que exonerarían la conducta gravemente negligente del apelante, pues ha venido manteniendo esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia nº 10/2004, de 5 de abril, y Sentencia nº 4/10, de 2 de marzo) que a los gestores de fondos públicos se les exige un "*plus*" de diligencia, en el manejo y control de los fondos públicos, lo que tradicionalmente se conoce en la jurisprudencia como "*agotamiento de la diligencia debida*" (Sentencia nº 15/2020, de 30 de septiembre). Este plus de diligencia que se exige al gestor de los fondos conlleva que en su actuación se extremen las precauciones, se refuerce la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate, se comunique a los órganos competentes las eventuales deficiencias organizativas detectadas y, en definitiva, se desplieguen las medidas que sean oportunas para paliar los daños derivados de la deficiente organización, máxime cuando eran conocedores de la sanción impuesta a B. y del recurso de reposición interpuesto por la misma, pese a estar fuera de plazo fue admitido. El recurrente no ha probado que las deficiencias que alega hubieran impedido desarrollar su gestión como responsable del Departamento Económico- Financiero, pues siendo el competente para impulsar la recaudación en vía ejecutiva en cumplimiento del Convenio firmado con la AEAT y conocedor de la falta de pago de la sanción en vía voluntaria no realizó ninguna actuación encaminada a obtener el pago de la sanción mediante el dictado de la providencia de apremio o para interrumpir la prescripción, como ha reconocido la Sentencia de Instancia, por lo que la apreciación de concurrencia del elemento subjetivo del ilícito contable en la persona del Sr. A.P. resulta obligada.

Constatada la existencia de negligencia grave en la conducta del hoy apelante, en los términos que se acaban de exponer, también cabe concluir que la misma fue la causante directa del menoscabo económico producido en los fondos públicos, existiendo nexo causal, pues la falta de dictado de la providencia de apremio, una vez vencido el periodo de pago voluntario de la sanción, conlleva la imposibilidad

de la recaudación del derecho en vía ejecutiva, con el consiguiente menoscabo en los fondos de la entidad.

Lo que unido a la vulneración contemplada en el artículo 177.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria y a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que contempla el artículo 146 del citado texto legal, en relación con la aplicación de los artículos 38 de la LOTCu, y 49, 59 y 72 de la LFTCu, justifica la condena de Don J.A.P., como responsable contable directo del alcance producido en los fondos de la APM.

3).- También deben rechazarse los argumentos de la parte apelante tendentes a negar el carácter de cuentadante del Sr. A.P.

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 artículo 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*». Además de la concurrencia de los restantes requisitos de la responsabilidad contable, como se ha expuesto en el fundamento anterior.

Como expresa la reciente Sentencia de la Sala de Justicia nº 2/2022, de 1 de marzo, la doctrina de la Sala viene identificando la legitimación pasiva en un sentido amplio como aquella *"condición de gestor de fondos públicos y cuentadante respecto a los mismos, posición que ostentan quienes, por tener encomendada bajo cualquier título la recaudación, intervención, administración, custodia, manejo o utilización de bienes, caudales o efectos públicos, tienen por ello la obligación de rendir cuenta del destino dado a tales fondos públicos que les fueron encomendados al ser ajenos, y, en clara correspondencia con el derecho del titular público de los citados fondos a exigir el conocimiento de cuál ha sido su destino, sin que ello sea equiparable a la presentación de los estados económico-financieros formales para su aprobación*" (Sentencias 9/2017, de 21 de marzo; 3/2012 de 12 de febrero; 18/2004 de 13 de septiembre; 1/2005 de 3 de febrero; 4/2006 de 29 de marzo y 15/1998 de 25 de septiembre).

Pues bien, en el supuesto aquí enjuiciado ha quedado plenamente acreditada la condición de cuentadante y gestor de fondos públicos de Don J.A.P. como encargado de la coordinación y dirección de los negociados de facturación y recaudación de deudas en vía ejecutiva, como titular de la Jefatura del Departamento Económico-Financiero, encuadrado en la Dirección de la APM.

En atención a todo lo expuesto, esta Sala de Justicia debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.A.P.

OCTAVO.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Ministerio Público impugna, en su apelación, la absolución del codemandado en autos, Don L.J.A.N., toda vez que el Consejero de Instancia, en el Fundamento de Derecho Sexto de su resolución, tras afirmar que la conducta del citado demandado era constitutiva de responsabilidad contable, al apreciar culpa "*in vigilando*", esta debería calificarse como subsidiaria y no directa, como había solicitado el Ministerio Público; y teniendo en cuenta que la declaración de responsabilidad subsidiaria no fue pedida expresamente en su demanda, sólo cabía exonerarle de responsabilidad.

El Consejero de Instancia razonó su valoración jurídica de la siguiente manera:

"*…En cuanto a la valoración de la conducta del Sr. A., la prueba testifical, celebrada en la vista del juicio, constató, que la tramitación de los expedientes sancionadores de la APM, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del TRLPEMM, correspondía al Director de la APM, a través de los Departamentos Jurídico y Económico-Financiero. La intervención directa de aquel en los hechos objeto del procedimiento, consistió en la validación y elevación al Consejo de Administración de la APM del acuerdo de imposición de la sanción a B., con base en la propuesta de resolución realizada por el instructor del expediente administrativo sancionador. También declaró la prescripción de la sanción, siguiendo el criterio del correo electrónico emitido por el Abogado del Estado de Melilla a petición del propio instructor.*

Al Sr. A. le correspondía el deber de vigilancia que incumbe a los superiores jerárquicos, en este caso, respecto a la ejecución de las funciones de los Departamentos Jurídico y Económico-Financiero, que se encontraban bajo su dependencia. Incurrió por ello en una dejación de sus cometidos de control y supervisión de ambos Departamentos, tanto por las irregularidades y dilaciones consentidas en la tramitación del propio expediente jurídico sancionador, entre las que cabe destacar la resolución de un recurso de reposición extemporáneo en lugar de su inadmisión, como por no haber controlado la efectiva emisión de la Providencia de apremio, necesaria para que la AEAT efectuara, en vía ejecutiva, el cobro del derecho.

La conducta desarrollada por el Sr. A. en el ejercicio de sus funciones de dirección y control de los departamentos, como Director de la APM, se debe reputar como culpa in vigilando, susceptible de generar una responsabilidad contable subsidiaria, no directa, contra lo que sostiene el Ministerio Fiscal… Sin embargo, como el Ministerio Fiscal ha calificado su imputación como responsable

contable directo, y no como subsidiario, resulta obligado desestimar la demanda formulada por aquel, en cuanto a la pretensión dirigida contra Don L.J.A.N.".

Esta Sala de Justicia una vez valorado el material probatorio del proceso y los escritos de las partes, considera que la apreciación realizada en la Sentencia de Instancia respecto a la conducta del Sr. A. que ostentaba el cargo de Director de la APM, debe ser revisada.

La resolución de Instancia reconoce en su relación de hechos que el Sr. A.N., en su condición de Director de la APM, era el encargado de la tramitación y seguimiento de los expedientes sancionadores incoados por el órgano que dirigía, y superior jerárquico de los departamentos Jurídico y Económico Financiero que se encontraban bajo su dependencia. Asimismo, declara que tuvo conocimiento de la existencia del expediente incoado a B. en todas sus circunstancias y llegó a validar y elevar al Consejo de Administración de la APM el acuerdo de imposición de la sanción a la citada entidad, con base en la propuesta de resolución realizada por el instructor del expediente administrativo sancionador, y también declaró la prescripción de la sanción.

Reconoce asimismo la Sentencia de Instancia que el citado codemandado incurrió en una dejación de sus cometidos de control y supervisión, tanto por las irregularidades y dilaciones consentidas en la tramitación del propio expediente jurídico sancionador, como por no haber controlado la efectiva emisión de la Providencia de apremio, necesaria para que la AEAT efectuara, en vía ejecutiva, el cobro del derecho.

Estas actuaciones e intervenciones en los hechos no se concilian con la valoración que posteriormente realiza de la misma y que considera como una culpa in vigilando, susceptible de generar una responsabilidad contable subsidiaria, (art. 43 LOTCu) y no directa.

El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, (TRLPEMM) regula, a lo largo de su articulado, las competencias, funciones, órganos de gobierno de las autoridades portuarias, y respecto a las funciones del Director, el artículo 33.2 del citado precepto determina que le corresponden las siguientes:

a) La dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales que reciba de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria, así como la elevación al Presidente de la propuesta de la estructura orgánica de la entidad.

b) La incoación y tramitación de los expedientes administrativos, cuando no esté atribuido expresamente a otro órgano, así como la emisión preceptiva de informe acerca de las autorizaciones y concesiones, elaborando los estudios e informes técnicos sobre los proyectos y propuestas de actividades que sirvan de base a las mismas.

c) La elaboración y sometimiento al presidente para su consideración y decisión de los objetivos de gestión y criterios de actuación de la entidad, de los anteproyectos de presupuestos, programa de actuaciones, inversión, financiación y cuentas anuales, así como de las necesidades de personal de la entidad.

Las funciones descritas en el citado precepto otorgan al Director de la entidad funciones ejecutivas de dirección para la gestión efectiva de los asuntos y procedimientos que deben ser desarrollados por la Entidad Pública, y de control directo sobre la entidad y sus servicios. Dicho precepto le otorga una amplia asignación de facultades, que ostentaba el Sr. A.N. en el cargo que ocupaba, funciones diferentes de las descritas para el Presidente de la Autoridad Portuaria, que, al ser institucionales y de representación, sí podrían justificar la apreciación de tareas de mera supervisión o vigilancia de la gestión de la Entidad Pública, hasta el punto de que la única competencia de carácter ejecutivo que la Ley otorga al Presidente, cual es disponer los gastos y ordenar los pagos o movimientos de fondos (apartado f del artículo 31.2 TRLPEMM), no le es asignada en exclusiva, sino que es mancomunada con el Director de la Autoridad Portuaria.

Por esta atribución legal de funciones, esta Sala considera que deben ser aplicados al titular del órgano directivo superior con funciones ejecutivas dentro de la Autoridad Portuaria, los mismos criterios jurídicos que sirvieron para valorar la conducta de uno de sus subordinados, el Jefe del departamento Económico- Financiero, de quien dependía de forma directa, tanto orgánica, como funcionalmente.

Las defectuosas actuaciones seguidas en el expediente sancionador de referencia que dieron lugar a la falta de cobro de la sanción y por consiguiente al menoscabo económico en los fondos de la APM fueron debidas a un comportamiento, también, gravemente negligente, por parte del Director de la citada Autoridad Portuaria, quien en el ejercicio de sus funciones de dirección, gestión y control de la entidad, y como señala la Sentencia de Instancia, incurrió en una dejación de sus cometidos de control de la gestión de los Departamentos que estaban bajo su supervisión, al no haber controlado la efectiva emisión de la Providencia de apremio, necesaria para que la AEAT efectuara, en vía ejecutiva el cobro del derecho, ni haber impulsado actuación alguna pudiendo haberlo hecho para evitar que prescribiera el derecho a su cobro, que hubiera evitado la producción del perjuicio causado a los fondos públicos.

En efecto, las propias afirmaciones que realizó el Consejero de Instancia, ponen de relieve que el Sr. A.N., en relación con los problemas surgidos en el expediente sancionador a la empresa naviera, que llevaron, en última instancia al abono frustrado de la sanción impuesta, por prescripción, actuó de forma gravemente negligente en sus tareas ejecutivas de óptima coordinación entre los Departamentos Jurídico y Económico-Financiero que dependían de él directamente. Por tanto, tampoco agotó la diligencia debida, en los términos ya expresados en el apartado 2 del Fundamento de Derecho Séptimo de esta misma resolución. Y, por consiguiente, reuniendo, como reúne el apelado Sr. A.N., la condición de cuentadante, según ha quedado expuesto, debe ser declarada su responsabilidad contable directa, y no subsidiaria, a diferencia de lo que se afirma en la sentencia de instancia.

Asimismo, resulta obligado tener en cuenta que el artículo 33 del TRLPEMM determina funciones que obligan al Director de la Entidad, como se ha visto, a una actividad ejecutiva sobre las actuaciones tendentes a asegurar el buen fin del expediente sancionador que venía siendo incoado por sus subordinados, no ya de mera supervisión, sino de seguimiento efectivo y un plus de esfuerzo de coordinación interdepartamental (que nunca se produjo), máxime cuando resultó patente que estaban surgiendo dilaciones de relevancia (pues del estado de los trámites el Director dio cuenta al propio Consejo de Administración), lo que requería haber actuado de manera diligente, para evitar que la percepción por la APM de la sanción impuesta se frustrara. La omisión de este comportamiento no es que naciera de una mera culpa, en los términos del artículo 43 de la LOTCu, sino que resultó causa directa y eficiente para su producción, por una conducta gravemente negligente, ante la falta de adopción de medidas o de impulso de las mismas que hubieran evitado el resultado dañoso a cuya producción cooperó en los términos del artículo 42 de la LOTCu, que considera responsable directo a *"quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución"*, y concordantes artículos 49 y 72 de la LFTCu.

No cabe aceptar las alegaciones realizadas por la representación procesal del Sr. A., en su oposición al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, de que se trata de una persona lega en derecho, en atención a su formación técnica como Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos, toda vez que, como se afirma en la doctrina seguida por esta Sala, en la que cabe destacar la reciente Sentencia nº 7/2022, de 13 de mayo, "*la impericia, la falta de conocimientos o la inexperiencia profesional de los gestores de fondos públicos no son causa de exoneración de la responsabilidad contable que les pudiera ser imputada*" (Sentencia 3/1995, de 9 de marzo, y Sentencia 10/2000, de 3 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas). Asimismo, como se ha reconocido en la doctrina de esta misma Sala, por todas, Sentencia 31/2004, de 20 de diciembre, "*la aceptación y ejercicio de un puesto de*

trabajo sin la formación suficiente para desarrollarlo, implica una grave negligencia y no evita la responsabilidad contable".

En conclusión, aplicando los mismos criterios de valoración, ya tenidos en cuenta anteriormente para el otro codemandado en autos, esta Sala de Justicia considera que debe ser declarada la responsabilidad contable directa de Don L.J.A.N., con carácter solidario con el también declarado responsable contable directo, Don J.A.P., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.3 de la LOTCu.

Por lo que debe ser estimado el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, con revocación de la Sentencia dictada en Instancia, en cuanto a este punto.

NOVENO.- La estimación del motivo principal del recurso del Ministerio Público exime a esta Sala de proceder al análisis jurídico de la consideración, o no, como subsidiaria, de la responsabilidad contable del citado apelado Don L.J.A.N. al resultar irrelevante en este momento.

DECIMO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa por alcance de Don J.A.P. y de Don L.J.A.N., por lo que procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del citado Sr. A.P., contra la Sentencia de 17 de mayo de 2022, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-99/21.

Mientras que, por las razones expuestas, la Sala estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, frente a la mencionada resolución de Instancia.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas de la primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la LEC, deben ser impuestas, tanto a Don J.A.P., como a Don L.J.A.N., por haberse estimado las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal en su demanda, sin que estime la Sala que concurran dudas de hecho o de derecho susceptibles de justificar su no imposición a dichos codemandados.

Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, esta Sala hace expresa imposición de las mismas a Don J.A.P., conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación por él interpuesto.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación**.**

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Letrado Don Manuel Garrido Mora, en nombre y representación de Don J.A.P. contra la Sentencia nº 3/2022, de 17 de mayo, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-99/21, del ramo de Sector Público Autonómico (Auditoría cuentas anuales ejercicio 2019 – Autoridad Portuaria de Melilla). CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA.

SEGUNDO.- Estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, revocar, parcialmente, la expresada Sentencia nº 3/2022, de 17 de mayo, dictada en Primera Instancia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-99/21, del ramo y lugar anteriormente señalados, cuya parte dispositiva debe quedar redactada con el siguiente tenor:

*"... **IV. FALLO***

***PRIMERO.-** Estimar íntegramente las pretensiones formuladas en la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Don L.J.A.N. y Don J.A.P. de las responsabilidades contables directas que se les reclama y, en su virtud:*

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la Autoridad Portuaria de Melilla el de TREINTA MIL EUROS (30.000 €).

2ª) Declarar responsables contables directos de dicho alcance a Don L.J.A.N. y a Don J.A.P.

3º) Condenar a dichos responsables contables directos al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable, con carácter solidario.

4º) Condenar, asimismo, a los citados codemandados al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Séptimo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5°) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en la cuenta que corresponda de la Autoridad Portuaria de Melilla, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

SEGUNDO.- *Imponer las costas en esta instancia a Don L.J.A.N. y a Don J.A.P.…".*

TERCERO.- Imponer las costas de esta apelación al recurrente Don J.A.P.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos.- Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 24/22
Proc. Reintegro núm. C-99/21
SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO (Auditoría cuentas anuales ejercicio 2019 Autoridad portuaria Melilla)
CIUDAD AUTONOMA DE MELILLA

DILIGENCIA

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.

Sentencia nº 2/2023, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 30/22. Procedimiento de Reintegro nº 48/20. Ramo: Sector Público Local (Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos), Málaga. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Según aparece planteada la controversia, lo que la Sala de Justicia debe revisar es la adecuación a derecho de la solución a que llegó el órgano de instancia declarando la prescripción de las responsabilidades contables en el procedimiento de reintegro por alcance. Tanto el Ministerio Fiscal como la Junta de Andalucía son favorables a la suspensión del procedimiento contable, al apreciar la existencia de una cuestión prejudicial penal, cuya resolución se revela imprescindible para enjuiciar y decidir sobre la responsabilidad contable.

Sobre ello, ya se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1.479/2020, de 10 de noviembre, que establece que el apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, refiere la prevalencia del régimen de prescripción penal cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable y conlleva que deba suspenderse el proceso contable por existir prejudicialidad.

La aplicación de dichos preceptos al supuesto examinado conduce a la revocación de la sentencia impugnada y a la suspensión de las actuaciones para que el juzgador de instancia, una vez verificada la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento penal, o de otro modo su terminación, resuelva a tenor de su pronunciamiento la responsabilidad contable.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 2/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 30/22 interpuesto contra la Sentencia nº 5/2022, de 20 de junio, dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-48/2020, del ramo del sector público local (Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos) Málaga.

PONENTE: Excma. Sra. D.ª María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. D.ª Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. D.ª María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra. D.ª Elena Hernáez Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº C-48/2020, del ramo del sector público local (Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos, Málaga), como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia nº 5/2022, de 20 de junio, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

Han sido apelantes el Ministerio Fiscal y, en nombre y representación de Don F.G.A., la Letrada Dª Ángeles Luengo López y el Letrado D. Jorge Trujillo Pérez. Ambos recurrentes se han opuesto respectivamente al recurso formulado de contrario.

Ha actuado como ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala de Justicia de conformidad con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- Según consta en los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº C-48/2020, el mismo trae causa de las Actuaciones Previas nº 127/19, iniciadas como consecuencia de la denuncia presentada ante este Tribunal por el Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos, en la que se refiere la presunta apropiación de fondos públicos por un empleado del Patronato, en relación con operaciones de devolución de efectivo de cuotas de clientes desde 2012 a 2017.

2.- Mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2020, se presentó demanda por la representación procesal del Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos solicitando que se declarase responsable contable directo a Don F.G.A., por la cuantía de 41.732,90 €, demanda a la que se adhirió el Ministerio Fiscal. Celebrada la audiencia previa, y al no haberse personado el Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos, se le tuvo por desistido de su demanda.

3.- En la sentencia nº 5/2022, dictada en los autos de referencia y ahora recurrida en apelación, se consignaron los siguientes hechos probados:

«PRIMERO.- El demandado, Don F.G.A., comenzó a prestar servicios para el Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos (PMDT) el 3 de octubre de 2006, con la categoría profesional de administrativo en virtud de varios contratos temporales. El 30 de mayo de 2016 suscribió contrato indefinido a tiempo completo.

Desde enero de 2010 hasta junio de 2015 y desde abril de 2017 a julio de 2017, fue el responsable de recaudación. Realizaba también labores de atención al cliente, lo que implicaba el cobro de distintas actividades del PMDT, en metálico o con tarjeta. Al final de cada día hacía el arqueo de su propia caja.

Según el informe de la Jefa de Administración, de 27 de noviembre de 2019, entre las funciones del responsable de recaudación se encontraba recopilar los sobres con la recaudación de cada trabajador, incluida la suya, comprobar el cuadre de arqueo de cada trabajador con el parte de ventas diario y pasar los datos al libro de cuentas, así como realizar un estadillo diario. Estos datos del libro de cuentas eran los que posteriormente se contabilizaban.

«SEGUNDO.- Cada trabajador con funciones de recaudación, antes de empezar su jornada laboral, debía cuantificar el dinero en metálico o con tarjeta existente en la caja y al término de su turno debía cuadrar los ingresos y devoluciones producidos durante el mismo. No podía dar por finalizadas sus actividades del día hasta que las cantidades de su caja, depositadas en metálico o abonadas con tarjeta, estuvieran cuadradas.

El arqueo que realizaba cada trabajador al cierre de su jornada laboral lo emitía directamente el programa informático, con distinción de las operaciones en

metálico y con tarjeta, arrojando la totalidad del importe que debía aparecer en la caja. Gracias a ello era posible obtener una relación del día, con apuntes exhaustivos de cada operación realizada para el caso de que se produjeran discrepancias.

El programa de gestión 12A-Cronos, utilizado en el PMDT no vuelca la información de los derechos reconocidos y recaudados y los pendientes de cobro por los diversos servicios contratados por los usuarios del Patronato al programa contable, a efectos de dar cumplimiento al artículo 206 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

El programa cuenta con todas las opciones necesarias en un servicio deportivo (socios, reservas de espacios, competiciones, escuelas, eventos, control de accesos, taquillas, etc.). Dispone, dentro del apartado "APUNTES," de la posibilidad de generar listados y de consultar la información relativa a todos los apuntes que, emitidos por cualquiera de los operadores que tienen acceso con código administración, se hayan recaudado en todas las cajas.

Al realizar un apunte, con la emisión del ticket correspondiente, se produce un apunte en caja por el importe indicado. Queda registrada la forma de pago (con efectivo o con tarjeta).

«TERCERO.- El procedimiento previsto para la devolución de cuotas abonadas en días o temporadas anteriores en el PMDT (que tiene la naturaleza de un organismo autónomo administrativo, conforme a la Ordenanza General de Gestión, Recaudación e Inspección de los Tributos y Otros Ingresos de Derecho Público Locales del Ayuntamiento de Torremolinos) se iniciaba mediante una solicitud por escrito del propio usuario, que debía indicar el motivo por el que solicitaba la devolución y acompañarse del comprobante de pago. Posteriormente, el Concejal Delegado debía autorizar, en su caso, la devolución, que solamente procedía en supuestos de fuerza mayor o por falta de prestación por el Patronato del servicio contratado.

Autorizada la devolución, se anotaba como un apunte de contabilidad y se emitía un cheque a nombre del Concejal Delegado, firmado por el Presidente, el Tesorero y el Interventor contra la cuenta bancaria del Patronato.

El cheque se cobraba, la cantidad obtenida se depositaba en la caja fuerte y, tras la autorización y tramitación del expediente, se entregaba al cliente en metálico, por la Jefa de Administración o por la persona designada por ésta, contra recibí firmado por el mismo para incorporarlo a aquel.

Conforme al procedimiento indicado, ni el personal de atención al público, ni el responsable de recaudación tenían poder de decisión en la devolución de cuotas, pues se limitaban a recibir la solicitud escrita del cliente. Además, el reintegro no podía realizarse con el metálico existente en la caja del día en que solicitase.

Respecto a cuotas ingresadas en el día, los empleados de administración podían hacer solamente devoluciones inmediatas correspondientes a servicios contratados, pero no disfrutados, en el mismo día, por cambio de criterio del cliente y delante de éste, instantes después del apunte contable de ingreso.

«CUARTO.– Don F.G.A., empleado en régimen laboral de la plantilla del PMDT, destinado en los servicios de administración, recaudación y atención al cliente, llevó a cabo las siguientes actuaciones utilizando su clave de acceso en el ordenador:

«1.– Realizó novecientas ochenta y nueve (989) operaciones de devolución de cuotas ingresadas en la caja de efectivo por clientes del PMDT, de forma continuada en el tiempo, correspondientes a servicios contratados y disfrutados por los clientes en temporadas comprendidas entre el año 2012 y junio de 2017, por importe total de 41.680,90 €. No consta justificada la existencia de causa para la devolución de las cuotas. Tampoco lo hizo conforme a procedimiento administrativo alguno. Ningún empleado estaba autorizado para efectuar devoluciones de cuotas ingresadas por clientes con cargo a la caja del PMDT.

El efecto de las operaciones de devolución de cuotas de temporadas cerradas es que se detrae el importe de la cuota devuelta de la caja del día, al compensar un ingreso con una supuesta anulación. La consecuencia es una salida de caja, que da lugar a una alteración en el estado contable de ingresos y el estado de la tesorería.

Los servicios que fundamentaron el pago originalmente efectuado por el cliente en un ejercicio anterior, según el muestreo realizado para comprobar los hechos, fueron efectivamente disfrutados, sin que en su ficha correspondiente conste indicación alguna justificativa de una reclamación o solicitud de devolución de la cuota abonada, que se produjo años después de utilizar los servicios.

Además, las devoluciones de cuotas se efectuaron usualmente sobre servicios que no obedecen a una periodicidad en su contratación, esto es, de disfrute en el día, tales como acceso a gimnasio, piscina, deporte a tu aire o sesiones de fisioterapia, siempre abonadas en efectivo, de forma que no afectase al arqueo de pagos con tarjeta.

Las operaciones detalladas por ejercicios se reflejan en el siguiente cuadro:

Ejercicio 2012 (35 operaciones)	1.529,50
Ejercicio 2013 (59 operaciones)	3.443,50
Ejercicio 2014 (34 operaciones)	1.258,00
Ejercicio 2015 (109 operaciones)	5.990,10
Ejercicio 2016 (571 operaciones)	21.973,80
Ejercicio 2017 (181 operaciones hasta 01 de junio)	7.486,00

«2.- Tras la fecha de bloqueo de la posibilidad de efectuar devoluciones correspondientes a temporadas cerradas, en junio de 2017, el demandado efectuó dos operaciones más, utilizando una metodología distinta: la anulación de cuotas pagadas en el mismo día por un cliente determinado, para darle de alta de nuevo, y de forma inmediata, al servicio, para que pudiera acceder al mismo, pero a precio cero y contabilizando un posterior "abono" a dicho cliente por el mismo importe de la anulación. De esta manera se eliminaba la diferencia de recaudación. El efecto en la caja de estas actuaciones, en los días 9 y 12 de junio de 2017, implicó que se detrajeran de la misma 52 €.

En conclusión, se han efectuado por el demandado un total de 991 operaciones en perjuicio del Patronato, por importe de 41.732,90 €. El desglose de éstas figura incluido en los folios 67 a 83 de las actuaciones previas.

«QUINTO.- Por Decreto de la Presidencia del PMDT de 11 de julio de 2017 se acordó la instrucción de expediente disciplinario, con referencia nº 1/2017, al empleado Don F.G.A., en base a la denuncia efectuada por la Jefa de Administración del Patronato el 2 de junio de 2017. Aquella habría detectado operaciones de devolución de efectivo de cuotas de clientes de años anteriores, siempre realizadas por dicho trabajador, sin que constara autorización por parte de un superior, ni recibí por parte del cliente.

El 8 de septiembre de 2017 se le notificó el pliego de cargos, en el que se le imputa la comisión de sendas faltas consistentes en:

- "El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas", prevista en el apartado g), del artículo 95 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

- “La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro ", prevista en el apartado j), del artículo 92.2 del TREBEP.

- “La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo” prevista en el apartado d), del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La instructora del expediente disciplinario puso de manifiesto, en su informe de conclusiones de fecha 30 de noviembre de 2017, que de forma clara se aprecia un comportamiento irregular y continuado durante años, no autorizado por su superior jerárquico, consistente en realizar operaciones de devolución de cuotas abonadas por clientes por servicios contratados en ejercicios anteriores (y disfrutados por aquellos, en la muestra analizada), sin que exista presentada solicitud de devolución por parte de los mismos, lo que dio lugar a que se detraiga de la caja del día en el que se efectúa la operación el importe correspondiente a la anulación del servicio contratado.

El informe establece además que "con la prueba efectuada, queda acreditado que el único operador del programa que efectuaba devoluciones de cuotas de cliente de temporadas cerradas era Don F.G.A. También se comprueba que los servicios sobre los que se procedía a efectuar devolución habían sido consumidos por los clientes, por lo que no tiene fundamento jurídico la devolución anotada".

Por Decreto de 20 de diciembre de 2017 el Presidente del PMDT acordó el despido disciplinario del empleado Don F.G.A. Posteriormente, con fecha de 14 de enero de 2019, el Juzgado de lo Social número 11 de Málaga lo declara improcedente por cuestiones formales, (vulneración de los plazos previstos en el procedimiento sancionador).

«SEXTO.- La Fiscalía Provincial de Málaga remitió al Juzgado de Instrucción nº 5 de Torremolinos Diligencias de Investigación nº 62/2018 por un presunto delito de malversación de fondos que, con fecha de 1 de marzo de 2018 fueron archivadas provisionalmente hasta la confección de atestado por parte del Grupo de Fraudes de la Policía Nacional. Este fue remitido el 17 de enero de 2019, reabriéndose proceso penal.»

4.- En la sentencia recurrida en apelación se consignó el siguiente fallo o parte dispositiva:

«PRIMERO.- Estimar parcialmente la pretensión formulada por el Ministerio Fiscal en su adhesión a la demanda contra Don F.G.A. presentada, en su día, por la representación procesal del Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos, y, en su virtud:

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos del Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos el de CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (41.218,90 €).

2º) Declarar responsable contable directo de dicho alcance a Don F.G.A.

3º) Condenar a Don F.G.A. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

4º) Condenar, asimismo, a Don F.G.A. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Octavo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5º) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en la cuenta que corresponda del Ayuntamiento de Torremolinos, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

SEGUNDO.- Sin imposición de costas.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y, en nombre y representación de Don F.G.A., por la Letrada Dª Ángeles Luengo López y el Letrado D. Jorge Trujillo Pérez. Ambos recurrentes se han opuesto al respectivo recurso formulado de contrario.

2.- En el recurso de apelación interpuesto, el Ministerio Fiscal interesa que se proceda por la Sala de Justicia a la revocación del fallo de la sentencia recurrida y se dicte otro en los términos de lo solicitado en su recurso y, como consecuencia, sea estimada la demanda presentada en instancia por el Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos a la que se adhirió el Ministerio Fiscal. Fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1.º) El menoscabo de los fondos públicos no procede de un acto o conjunto de actos del demandante desconectados, sino que este utilizó el mismo sistema de devoluciones ficticias de cantidades y con conexión temporal, pues algunas se realizaron con minutos de diferencia, con una estrategia dirigida a la consecución de un objetivo, en la que cada uno de los actos estuvo dirigido a enmascarar y ocultar el daño. Como consecuencia, todos esos hechos deben apreciarse conectados y, por tanto, conformadores del denominado alcance continuado, lo que conlleva el rechazo íntegro de la excepción de prescripción que la sentencia apelada, sin embargo, aprecia en su F.D. 4.º, respecto a los hechos anteriores al 11 de julio de 2012, en aplicación del plazo de prescripción de cinco años, conforme a

la Disposición Adicional Tercera 1 LFTCu, desde el día 11 de julio de 2017, fecha en que se le notificó al demandado el expediente disciplinario.

2.º) De forma subsidiaria, para el caso de no apreciar la Sala la existencia de una acción continuada en la conducta del demandado impugna el mismo FD 4.º de la sentencia apelada y, de conformidad con la STS nº 1479/2020, de 10 de noviembre, rec. 5332/2018, solicita se estime la prejudicialidad penal, se anule la sentencia recurrida y se ordene la devolución de los autos al órgano jurisdiccional contable de primera instancia para que acuerde la suspensión de las actuaciones hasta que se pronuncie la jurisdicción penal en sentencia firme.

3.- El recurso de apelación interpuesto por la Letrada Dª Ángeles Luengo López y por el Letrado D. Jorge Trujillo Pérez en representación de Don F.G.A., demandado en primera instancia, interesa que se proceda por la Sala de Justicia a la revocación del fallo de la sentencia recurrida y se dicte otro en los términos de lo solicitado en su recurso, esencialmente, que se aprecie:

1.º) la prejudicialidad penal, dada la prevalencia del orden penal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al estar abiertas diligencias previas ante el juzgado de instrucción de Torremolinos con objeto en idénticos hechos;

2.º) de acuerdo con el art. 217.3 LEC, la falta de acreditación de la culpa del demandado;

3.º) incongruencia *extra petita* de la sentencia apelada, dado que hace referencia a la actuación dolosa del demandado cuando tal alegación no consta realizada por el Ministerio Fiscal, que meramente se adhirió a la demanda del Patronato Municipal de Deportes, única que se refiere a la actuación del demandado como dolosa;

4.º) subsidiariamente, alega error en la valoración de la prueba, pues habría resultado acreditado que D. Don F.G.A. no era el único que conocía la contraseña de acceso a su ordenador.

4.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso formulado de contrario alegando, en esencia, lo siguiente:

1.º) no resulta admisible declarar la prejudicialidad penal con base en la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, salvo subsidiariamente, en el único caso de que no se apreciara el alcance continuado, de acuerdo con la STS de 10 de noviembre de 2020, ya que sólo habría contradicción en la medida en que la sentencia apelada no acepta el alcance continuado;

2.º) de acuerdo con el art. 217.3 LEC, es a la defensa a la que corresponde acreditar su afirmación de que otros trabajadores utilizaban la clave del ordenador del demandado para acceder al contenido de su ordenador;

3.º) la adhesión a la demanda por el Ministerio Fiscal supone la asunción de todo su contenido;

4.º) conforme al criterio de esta Sala, la valoración de la prueba es competencia del juez de instancia, salvo que se acredite la inexactitud de los hechos probados y la veracidad de los alegados de contrario.

5.- La representación letrada de Don F.G.A., a su vez, se opuso al recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, al considerar que:

1.º) es innegable la correlación de los hechos ahora enjuiciados y el proceso penal pendiente, por lo que se debe reconocer la prevalencia del orden penal, y resulta contrario al razonamiento lógico que el Ministerio Fiscal lo pretenda sólo de manera subsidiaria, porque, como él mismo reconoce, efectivamente contradice la doctrina del Tribunal Supremo, STS de 10 de noviembre de 2020;

2.º) subsidiariamente, se debe mantener el criterio de la prescripción de la Sentencia de instancia, que, conforme al criterio de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, niega la existencia de alcance continuado, dado que la responsabilidad contable tiene naturaleza reparadora y no sancionadora, en cuya sede se fragua la consideración de la infracción o delito continuado.

6.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 26 de septiembre de 2022 se acordó elevar los autos a la Sala de Justicia y por diligencia de ordenación de 12 de diciembre de 2022 se remitieron a la Consejera Ponente.

7.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

8.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- La demanda rectora del procedimiento de reintegro por alcance nº C-48/2020, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal, se formuló por el Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos (PMDT) contra Don F.G.A., a quien se imputaba la realización de 991 operaciones de devolución de cuotas ingresadas en la caja de efectivo por clientes del PMDT en los ejercicios 2012 a 2017, sin que se hubiera verificado la existencia de causa que justificara su devolución, sin seguir el procedimiento establecido para ello y sin ser autorizado para realizar tales devoluciones.

2.- En breve síntesis, la sentencia recurrida rechaza la posibilidad de considerar los hechos enjuiciados como un comportamiento continuado, estima que concurren los presupuestos de la responsabilidad contable por alcance, rechaza la prejudicialidad penal alegada y aprecia la prescripción de la responsabilidad contable por hechos realizados con anterioridad al 11 de julio de 2012. Como consecuencia, estima parcialmente la demanda, cifra el importe del alcance causado en los fondos del PMDT en un monto de 41.218,90 euros, y declara responsable contable directo del alcance al Sr. G. a quien condena al pago del principal con los intereses correspondientes a calcular en ejecución de sentencia. En la resolución recurrida consta que los hechos están siendo objeto de un proceso penal por un presunto delito de malversación de fondos (hecho probado sexto).

3.- Como se ha expuesto en los antecedentes de la presente resolución, las alegaciones del recurso del Ministerio Fiscal se concretan con carácter principal, en precisar la concurrencia de un alcance continuado cuya eventual apreciación determinaría la fecha de inicio (*dies a quo*) del cómputo de la prescripción de la responsabilidad contable que se declara en la sentencia recurrida, lo que conduciría a su rechazo. De no prosperar esta pretensión principal, subsidiariamente alega que debería estimarse la existencia de una prejudicialidad penal. El demandado, condenado en la instancia, sostiene como primera causa de impugnación la prejudicialidad penal desestimada en la sentencia recurrida para pasar, seguidamente y en caso de su rechazo también en sede de apelación, a cuestionar la acreditación tanto de los hechos como del elemento subjetivo de la conducta.

4.- Pese al planteamiento del Ministerio Fiscal, razones de lógica jurídica obligan a analizar en primer lugar la prejudicialidad penal. La razón estriba en que cuando se pretende obtener una suspensión por prejudicialidad penal, para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal puede condicionar la decisión del proceso actual, pues solo obliga a suspender la exclusividad expresada en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso de instancia. En otros términos, es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal condiciona la decisión que en su día tuvo que adoptar el juzgador de instancia, teniendo en cuenta que dentro de esta decisión se incardina la excepción de prescripción con todos sus elementos (plazo aplicable, cómputo y determinación de día inicial y final). Tal razonamiento, ya anticipamos, ha de verificarse a la luz de la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, y los pronunciamientos posteriores de esta Sala de Justicia que proceden a su aplicación, tal y como alegaron y razonaron las partes en la instancia en el momento procesal correspondiente (audiencia previa y acto del juicio).

SEGUNDO.- Prejudicialidad penal y prescripción de la responsabilidad contable.

5.- Como hemos advertido, ambos recursos impugnan la sentencia apelada con base en la prejudicialidad penal. El Ministerio Fiscal solo la alega de forma subsidiaria, para el caso de que no se aprecie lo que se ha venido a denominar alcance continuado y el rechazo íntegro de la prescripción que se derivaría, una vez aceptado que existe alcance, de la naturaleza continuada de una conducta prolongada en el tiempo cuyas características nucleares podríamos resumir de la siguiente forma:

1) una pluralidad de acciones u omisiones o de hechos diferenciales;

2) infracción del mismo o semejantes preceptos contables o normas presupuestarias;

3) planificación previa de la ejecución o misma unidad de voluntad o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión, esto es, dolo unitario y homogeneidad de ejecución;

4) unidad de sujeto o sujetos activos.

6.- Para el Ministerio Fiscal, estas características concurren en el supuesto enjuiciado de tal forma que la prescripción no juega para cada hecho aisladamente considerado, pues todos ellos conforman y evidencian una conducta continuada, de tal forma que el día inicial del cómputo de la prescripción se sitúa en la última de las acciones que, integrantes de una continuidad que considera evidente, causan perjuicio a los fondos públicos.

7.- De no prosperar esta vía de impugnación principal, subsidiariamente sostiene que, de acuerdo con la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, debería apreciarse la prejudicialidad penal habida cuenta que los hechos enjuiciados son objeto de conocimiento por la jurisdicción penal. A juicio del otro recurrente, el, tal planteamiento así formulado, al situar la apreciación de la prejudicialidad penal en un nivel subsidiario, resulta contrario a la propia STS 10 de noviembre 2020, rec. 5332/2018.

8.- La Sala comparte el planteamiento del recurso del Sr. G. pues, en efecto, conforme a la indicada sentencia si los hechos objeto de enjuiciamiento contable pueden constituir una conducta delictiva, tal situación tiene trascendencia en el régimen de prescripción de la responsabilidad contable ya que, conforme a la interpretación del Tribunal Supremo, este régimen es diferente si los hechos son o no delito, por lo que es inexcusable el previo pronunciamiento del orden penal.

9.- En efecto, debemos recordar que la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, directamente aborda la

«calificación de la relevancia del régimen de prescripción de la responsabilidad contable cuando, por poder constituir los hechos objeto de enjuiciamiento contable

una conducta delictiva, ello pudiera tener trascendencia en el régimen de prescripción. Para resolver si el diferente régimen de prescripción, según los hechos pudieran ser delictivos, tiene incidencia en la prejudicialidad, al punto de convertir en necesario el previo pronunciamiento de la jurisdicción penal, hay que tener presente que el régimen de prescripción de la responsabilidad contable está regulado en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de forma diferente según que los hechos sean o no constitutivos de delito. Así, dispone el apartado 1:

"[...]1. Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen. [...]".

Pero el apartado 4 de la misma Disposición Adicional excepciona este régimen al señalar que:

"[...] 4. Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos [...]".

Luego, la eventualidad de que los hechos sean constitutivos de delito constituye un elemento determinante del régimen de prescripción, y ello resulta especialmente relevante en el caso de que, por la naturaleza continuada de las conductas, pueda dar lugar a un diferente régimen prescripción por razón, bien del concurso medial, bien, en su caso, de la continuidad delictiva».

10.- Prosigue el Tribunal Supremo indicando que

«la cuestión es capital en aquellos casos en que la conducta tenga una duración prolongada en el tiempo, lo que en el ámbito de la responsabilidad contable no es inusual y, como hemos destacado unas líneas más arriba, la naturaleza continuada de las conductas pueda dar lugar a la calificación legal de delito continuado, art. 74.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), y con ello a mecanismos de exasperación de la pena que puedan tener repercusión en el ámbito del plazo de prescripción delictiva y, por ende, de la responsabilidad civil derivada del delito que, a su vez, determina la prescripción de la responsabilidad contable.

La repercusión del régimen de continuidad delictiva en la apreciación de la prescripción -penal y por la remisión de la DA 3ª LFTC, de la contable- y lo que es más relevante en este caso, en el tratamiento procesal de la misma, a efectos de acotar el ámbito de enjuiciamiento contable -no otra cosa ha hecho la sentencia recurrida al dejar fuera del ámbito de conocimiento del Tribunal de Cuentas hechos prescritos- ha sido destacada por la jurisprudencia de la Sala Segunda de

este Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 14 de diciembre de 2018, cit., precisa que "[...] en caso de delito continuado la facultad que concede el art. 74.1 [Código Penal] de elevar la pena no deja de ser ley cierta y ley escrita en cuanto que se haya previamente establecido como posible en la propia norma preexistente, por lo que ha de ser la continuidad delictiva y hacer uso de dicha exasperación permisiva para determinar el plazo de prescripción del delito (SSTS 1104/2002, de 10 de junio; 1173/2005, de 27 de septiembre; 575/2007, de 9 de junio; 1177/2010, de 16 de diciembre). Por tanto, la pena a tener en cuenta en abstracto en los delitos continuados debe estimarse en toda su extensión, esto es, la señalada para la infracción más grave que puede ser aumentada hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 CP) [...]". Por otra parte, el cómputo del plazo de prescripción comenzaría a partir del último hecho típico integrado en el delito continuado (STS, Sala segunda, de 22 de junio de 2020 - ES:TS:2020:2835). Sin entrar ahora en el análisis acabado de cual deba ser el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito, hay que recordar que conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, resumida en la sentencia de 28 de septiembre de 2017 (ES:TS:2017:3389) cuando "[...] estamos ante una responsabilidad civil derivada del delito y por tanto con reglas sobre prescripción diferentes a las reguladas por la normativa específica (artículos 1089, 1093 y 1964 C civ: vid STS Sala 1ª de 7 de enero de 1982 [...], SSTS Sala 2ª de 9 de febrero de 1998: mientras no prescribe el delito no prescribe la acción civil dimanante del mismo) [...]" (FD séptimo). En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Penal, de 11 de septiembre de 2007 (rec. cas. 1746/2006) proclama que "[...] en cualquier caso, "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", lo cual, en el presente caso, estaba vinculado directamente al correspondiente proceso penal (v. art. 1969 C. Civil) [...]" (FD sexagésimo)».

11.- Pues bien, sobre esta concreta cuestión, esto es, la posible apreciación de la prescripción en el ámbito de la jurisdicción contable ante unos hechos que al mismo tiempo son objeto de conocimiento por la jurisdicción penal, la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, reseñada y esgrimida en los respectivos recursos, resulta de especial trascendencia, como se colige de la lectura de los párrafos que hemos transcrito puesto que en ella no se aceptó la solución entonces ofrecida por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, con la que se alinea la sentencia de instancia, al resolver el Tribunal Supremo que la jurisdicción contable no puede apreciar la prescripción de los hechos presuntamente delictivos mientras no haya resolución penal firme:

«No puede prevalecer, frente al mandato de la DA 3.ª de la LFTC la interpretación que hace la sentencia recurrida, sobre la aplicabilidad al caso del art. 49.3 LFTC... en modo alguno se excepciona con ello la aplicación del mecanismo de

prejudicialidad a efectos del régimen de prescripción de la responsabilidad contable, que consiste en que para establecer la responsabilidad contable respecto de un hecho delictivo en caso de prescripción, lo primero que ha de determinarse es si efectivamente es delictivo, siendo el Juez penal el único competente para tal declaración. Ni tampoco se altera la regla de la citada DA 3.ª de la LOTC según la cual, una vez declarado que el hecho es delictivo, la prescripción (a efectos de determinar la existencia de responsabilidad contable) se rige por las normas propias de la responsabilidad civil derivada de delito».

12.- En este sentido el FD 5º de la tan citada STS de 10 de noviembre de 2020. fija como doctrina de interés casacional:

«(…) que la aplicación del régimen de prescripción de la responsabilidad contable prevista en el apartado 4º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, exige determinar si efectivamente es delictivo, por lo que al ser la jurisdicción penal la única competente, se erige en una cuestión prejudicial penal esencial prevista en el 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de modo que el Tribunal de Cuentas no puede pronunciarse en ningún caso sobre la responsabilidad contable derivada de una conducta presuntamente delictiva mientras no exista una resolución penal firme, que declare si en efecto se trata de hechos constitutivos de delito. En consecuencia, en tanto no haya recaído resolución penal firme, no cabe aplicar en la jurisdicción contable, respecto de esos mismos hechos, de manera total o parcial la prescripción de la responsabilidad contable prevista con carácter general en el apartado 1º de la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.»

13.- La STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, ha sido ya aplicada de forma reiterada por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en sentencias posteriores a las que luego aludiremos. No obstante, hay que destacar la excepción que supone la sentencia 5/2021, de 24 de junio, la cual, precisamente, ha sido objeto del recurso de casación 7191/2021. En concreto el ATS de 29 de septiembre de 2022 admite a trámite los recursos de casación formulados contra la sentencia de esta Sala 5/2021, entre ellos el del Ministerio Fiscal, precisando en su parte dispositiva que

«la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: la determinación de los requisitos para la aplicación del apartado cuarto de la Disposición Adicional Tercera de la ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En particular, si la prescripción de la responsabilidad contable puede operar de forma total o parcial, aun cuando los hechos estén siendo objeto, o puedan serlo de un proceso penal, sin perjuicio de que la Sala pueda extenderse a otras consideraciones».

14.- Igualmente, el meritado ATS de 29 de septiembre de 2022, r. casación 7191/2021, identifica

> «como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 40.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con la Disposición Adicional Tercera, apartados 1 y 4 de la Ley 7 /1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas».

15.- Ciertamente, como se aprecia, hasta el momento presente solo ha recaído sobre la materia debatida la citada STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, por lo que, de conformidad con el artículo 1.6 del CC, no puede hablarse de la existencia de una jurisprudencia formada, al exigirse la reiteración. No obstante, lo cierto es que el criterio establecido por el Tribunal Supremo ha sido seguido de forma reiterada por esta Sala. Al respecto, cabe citar las siguientes resoluciones de la Sala de Justicia: la STCU 20/2020, de 1 de diciembre, a la que siguen las SSTCU 3/2021 y 4/2021, ambas de 23 de junio; y la 6/2021, de 23 de julio, con idéntica fundamentación, que se reproduce por su trascendencia en el caso, en los términos siguientes de la citada en último lugar:

> «SEXTO.- Entrando en el análisis del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, (apoyado por la representación de la Junta de Andalucía) fundamenta dicho recurso en un único motivo: la inaplicación indebida del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. La parte apelante justifica su recurso en una vulneración de los artículos 17.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la disposición adicional tercera, apartados primero y cuarto, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
>
> Por tanto, se trata de dilucidar si procede apreciar, en el caso contemplado por la Sentencia recurrida, la concurrencia de causa de prejudicialidad penal que, según afirma la parte apelante, deba llevar a la suspensión del procedimiento contable en el momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia, toda vez que, una vez comprobada la existencia de algunos hechos susceptibles de generar responsabilidad contable por alcance que quedan afectados por prescripción, y hallándose pendientes unas actuaciones penales (no existe Sentencia firme) seguidas contra los declarados responsables contables directos y/o subsidiarios, ello generaría una discrepancia, con las correlativas consecuencias jurídicas y económicas, sobre si se debe atender al plazo extintivo de responsabilidad previsto en el apartado primero o cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SÉPTIMO.- Para resolver la controversia es conveniente hacer una referencia al concepto, fundamento y finalidad del instituto jurídico-procesal de la cuestión de prejudicialidad penal. El ordenamiento jurídico ha venido otorgando, tradicionalmente, carácter de prevalencia al orden jurisdiccional penal, sobre otras jurisdicciones, cuando en el procedimiento de que se trate, civil, contencioso o contable, los hechos enjuiciados adopten la apariencia de delito o falta punibles susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción penal. Con ello se pretende evitar la simultaneidad de la tramitación de dos procedimientos en los que pudieran recaer sentencias contradictorias, para la óptima salvaguardia del postulado "non bis in ídem". Ahora bien, la aplicación de dicha mecánica de pronunciamiento prejudicial, en favor del orden penal, no es absoluta, y los supuestos en los que opere han de ser, necesariamente, de aplicación restrictiva. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia nº 166/1995, de 20 de noviembre, de la que se infiere, además, que dicha limitación surge a fin de evitar infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, mediante injustificadas suspensiones de pleitos no penales.

Por consiguiente, la prejudicialidad penal sólo desplegará sus efectos cuando exista una íntima conexión entre el objeto del pleito correspondiente, en este caso, contable, y la cuestión penal, bien porque el objeto del litigio contable esté inserto en el penal, bien porque la decisión que se adopte en el orden jurisdiccional penal tenga una influencia determinante en el Fallo del procedimiento contable. Asimismo, se debe subrayar que la regla que inspira la regulación normativa sobre esta materia es que la sentencia penal no tiene por qué producir, siempre, efectos vinculantes sobre el procedimiento contable, dado que el análisis de los hechos que se realiza en cada orden jurisdiccional parte de perspectivas diferentes y se basa en normas distintas y de muy diversos sentidos y finalidades. A este respecto merece destacar que la STC 166/1995, de 20 de noviembre, antes citada (F. 2 "in fine"), señala que: "… No se opone a esta conclusión el hecho de que en otros casos y concretamente en la STC 241/1991 (fundamento jurídico 4.º), donde se planteaban como excluyentes el seguir una u otra vía procesal (civil o penal), hayamos declarado que no inciden en exceso de jurisdicción las resoluciones judiciales que no suspendan la decisión de un proceso civil por inadmitir una cuestión prejudicial penal; toda vez que no se trata de un criterio general que venga impuesto por la Constitución, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución.".

OCTAVO.- Teniendo en cuenta las anteriores premisas jurídico-doctrinales, procede analizar el debate que se ha planteado y, por tanto, el principio de compatibilidad de las jurisdicciones penal y contable.

Se debe partir de la dicción del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que configura la regla general de la citada compatibilidad, al señalar que "1. 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. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia". Por lo que respecta al citado apartado 2, hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que ordena lo siguiente: "…3. 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…".

Esta normativa permite el enjuiciamiento simultáneo de los mismos hechos por las Jurisdicciones Penal y Contable. 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 ídem», 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.

Esta dualidad de jurisdicciones, lejos de menoscabar la tutela judicial efectiva, refuerza la garantía jurídica de los propios demandados, pues cabe que puedan hacer valer sus alegaciones, según corresponda, en cada una de ellas. En razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable, es legalmente posible el enjuiciamiento por ambos órdenes jurisdiccionales, cada uno de ellos dentro de su ámbito, dado que la prevalencia del orden penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y la autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984), pero no en lo referente a la apreciación de los hechos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1995), en los que regiría, para el juez contable, el principio de libre valoración de la prueba, respetando los criterios de la sana crítica.

En igual sentido, tanto la doctrina de esta Sala de Justicia como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, han establecido, de manera reiterada y de forma unánime, dicha compatibilidad (Sentencia 22/2007, de 2 de noviembre, de esta Sala de Justicia, con abundante cita, a su vez, de otras de esta misma Sala, como las de 17 de octubre de 2001, 3 de marzo y 5 de abril de 2004 y 6 de octubre de 2005, así como de las del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996, 7 de junio de 1999, 2 de julio de 2004, 27 de septiembre de 2006 y 24 de mayo de 2010).

NOVENO.- Quedando debidamente establecido el principio de compatibilidad entre ambos órdenes jurisdiccionales, penal y contable, también se debe señalar que, con carácter excepcional, se prevé la posibilidad de que concurra la previsión contenida en el apartado 2 "in fine" del artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, es decir, que aparezca una cuestión de prejudicialidad penal que constituya elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y esté directamente relacionada con ella.

En este caso, el tratamiento legal de las cuestiones prejudiciales, en el ámbito de la jurisdicción contable, se homologa al prevenido, con carácter general, por el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca».

De esta forma, inicialmente, para que procediera la suspensión del presente procedimiento contable y de la consiguiente sentencia a dictar en el mismo, por la existencia de un proceso penal pendiente, se exigiría el cumplimiento alternativo de una de las dos condiciones: a) que no pueda prescindirse de la resolución que dicte en su día la jurisdicción penal para decidir sobre la responsabilidad contable pretendida en el actual procedimiento y b) que la resolución penal condicione directamente el contenido de la decisión del juez de lo contable. Todo ello sin perjuicio de que exista una excepción establecida por la Ley que permita la continuación del juicio, pese a la existencia de una cuestión prejudicial penal.

Por su parte, el artículo 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -aplicable a nuestro caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas- al regular la prejudicialidad penal, exige la concurrencia de dos circunstancias para que pueda acordarse la suspensión del juicio (o, a los efectos que ahora se estudian, dada la fase procesal en que nos encontramos, el archivo de la causa): 1ª) Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil y 2ª) Que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Debe verificarse, de esta manera, si concurre o no, en este caso, el requisito esencial exigido por el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, para que entren en juego las previsiones del mismo, es decir, que la cuestión prejudicial penal constituya un elemento previo necesario, o decisivo, para la

declaración de responsabilidad contable. Tal presupuesto también está avalado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de la Sala tercera de dicho Tribunal, de 13 de septiembre de 2002, declaró, expresamente, en un supuesto aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa, que «...la interposición de una querella, por sí misma, no da lugar a la suspensión o paralización del recurso contencioso administrativo, que sólo se producirá cuando la causa penal ostente tal relieve que resulte imposible decidir sobre lo planteado en dicho recurso contencioso». Esta Sala de Justicia, además, en Sentencia 13/2009, de 29 de junio (F.J. 5º), consideró que tal conclusión resulta trasladable, sin condiciones, al ámbito del enjuiciamiento contable.

«DÉCIMO.- Según aparece planteada la controversia, lo que esta Sala de Justicia debe revisar es la adecuación a derecho de la solución a que llegó el órgano de instancia declarando la prescripción de las responsabilidades contables en el procedimiento de reintegro por alcance B225/15-30. Tanto el Ministerio Fiscal (como la Junta de Andalucía) son favorables a la suspensión del procedimiento contable, al apreciar la existencia de una cuestión prejudicial penal, cuya resolución se revelaba imprescindible para enjuiciar y decidir sobre la responsabilidad contable.

Así resulta que el objeto que se ha erigido en punto prejudicial penal, respecto al asunto principal que se estaba dirimiendo en el citado procedimiento de reintegro por alcance, es el relativo a la posible prescripción de las responsabilidades contables derivadas de los hechos y la procedencia, o no, de continuar dicho proceso contable.

En relación a esta cuestión, cuando la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en su apartado cuarto, establece que: “Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos”, está estableciendo una remisión normativa en bloque a la regulación sustantiva de la materia en ese ámbito penal-civil. En este sentido, de acuerdo con el artículo 1971 del Código Civil, el plazo de prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto* se inicia a partir de la firmeza de la sentencia penal condenatoria.

Por tanto, no es posible establecer la forma (ni el plazo) de prescripción sin saber antes, forzosamente, a través de la resolución del juez penal: a) si los hechos son en efecto delictivos y b) cuál es o cuáles son exactamente esos hechos delictivos (determinación histórica), a los que acto seguido hay que aplicar el régimen especial de prescripción.

La jurisdicción penal no solo califica el hecho como acontecimiento fáctico, sino que al hacerlo define el hecho delictivo con arreglo a la normativa penal. Y a ese

hecho constitutivo de delito es al que se remite la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en su apartado cuarto.

La cuestión es de gran importancia pues existen supuestos en los que la identificación del hecho constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal condicionan directa y sustancialmente no solo el plazo, sino la forma de prescripción del delito.

Es cierto que esta Sala de Justicia se ha pronunciado sobre la misma cuestión litigiosa que se suscita en la presente impugnación, desestimando la cuestión de prejudicialidad penal, por prescripción, si no existe delito declarado por sentencia penal firme. En este sentido, cabe mencionar, entre otras resoluciones, la Sentencia nº 10/2019, de 21 de junio, y el Auto de 14 de noviembre de 2019. Por otro lado, la cuestión debatida fue resuelta mediante Auto de 17 de diciembre de 2019, recaído en este procedimiento de reintegro nº B-225/15-30, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 27 de marzo de 2019, acordando la continuación del procedimiento.

No obstante, esta Sala debe apartarse del criterio seguido en actuaciones anteriores. En la Sentencia recurrida se hace referencia al Auto de 11 de febrero de 2019, por el que se admitió a trámite un recurso de casación que presentó el Ministerio Fiscal, en el que se señala que "la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: la determinación de los requisitos para la aplicación del apartado cuarto de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas". Sobre ello, ya se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1.479/2020, de 10 de noviembre, al señalar que la eventualidad de que los hechos sean constitutivos de delito constituye un elemento determinante del régimen de prescripción, y ello resulta especialmente relevante en el caso de que, por la naturaleza continuada de las conductas, pueda dar lugar a un diferente régimen prescripción por razón, bien del concurso medial, bien, en su caso, de la continuidad delictiva. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de Justicia en la Sentencia nº 20/2020, de 1 de diciembre, así como en el Auto de 25 de febrero de 2021.

Conforme a la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, lo que establece el apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, es la prevalencia del régimen de prescripción penal cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable, y cuando existan elementos que permitan concluir que la identificación del hecho constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal podría condicionar directa y sustancialmente el plazo, y

ocasionalmente, también la forma del cómputo de prescripción del delito, cabe concluir que la cuestión penal constituye un elemento que incide de forma directa en la responsabilidad contable, por lo que se trata de una cuestión prejudicial penal necesaria.

Dado que el delito solo puede ser declarado por sentencia penal firme, la tramitación simultánea de procedimientos en la jurisdicción penal y contable, sobre los mismos hechos y con incidencia en la prescripción de las responsabilidades contables, conlleva que deba suspenderse el proceso contable por existir prejudicialidad, a fin de que la jurisdicción penal determine la existencia de los hechos y su naturaleza, de acuerdo con lo previsto en los artículos 17.2 in fine de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cabría concluir y precisar que para la aplicación del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas es requisito esencial que el hecho sea, es decir haya sido declarado, constitutivo de delito, pero también lo es –requisito esencial y exigible– que, en aquellos casos en que el hecho no ha sido declarado delictivo, pero existan indicios de que pueda serlo, y tales indicios se concreten en la pendencia de un proceso penal, el Tribunal de Cuentas debe esperar a la decisión del orden jurisdiccional penal acerca de si los hechos son constitutivos de delito, y, lo que no es menos importante, acerca de cuáles son exactamente esos hechos constitutivos de delito.

UNDÉCIMO.- De acuerdo con los fundamentos jurídicos anteriores, esta Sala de Justicia no comparte el criterio adoptado por el órgano de primera instancia, al resolver sobre la prescripción de las responsabilidades contables objeto de enjuiciamiento por el mismo, sin haber contado con un previo pronunciamiento penal. Teniendo en cuenta que el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas excluye la competencia de la jurisdicción contable para conocer de las cuestiones prejudiciales penales que constituyan «elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable», la Sentencia recurrida al excluir la prejudicialidad incurre en el error de primar un elemento procedimental -un mecanismo de "cooperación jurisdiccional"- sobre un elemento sustantivo -el régimen de prescripción- y, por tanto, de existencia de responsabilidad contable. En este sentido, la sentencia objeto de este recurso de apelación ha declarado prescritos unos hechos por los que también se tramitan, en vía jurisdiccional penal, las diligencias previas 2449/2016 y tales hechos son determinantes de un régimen de prescripción que habría llevado a no declarar prescrita la responsabilidad contable como ha proclamado la sentencia de instancia. Asimismo, al no existir una resolución penal firme que se pronuncie al respecto, es requisito inherente a la aplicación del mencionado apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, ya que la suspensión constituye el único modo de poder

confirmar y asegurar que un hecho «que ofrezca apariencia de delito (…) perseguible de oficio», como señala el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ser, en su caso, por quien tiene jurisdicción y competencia para ello, declarado «constitutivo de delito» de manera formal y efectiva.

DUODÉCIMO.- Lo expuesto anteriormente, que conduciría a la revocación de la resolución impugnada y a la suspensión de este procedimiento por prejudicialidad penal, haría innecesario analizar el recurso interpuesto por la representación de Don F.J.G.B., al que se ha adherido la representación de Don S.B.H. y Doña M.D.G.P., por pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

No obstante, se va a resolver la pretensión planteada por dicha representación, que solicita la revocación de la Sentencia de instancia en lo que se refiere a las costas procesales y su imposición a la Junta de Andalucía demandante.»

TERCERO.- Aplicación de la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, y de las SSTCU, Sala de Justicia, 20/2020, de 1 de diciembre; 3/2021, de 23 de junio; 4/2021, de 23 de junio; y 6/2021, de 23 de julio.

16.- Como ya se ha expuesto al inicio de la presente resolución, en el caso que ahora enjuiciamos, los dos recursos solicitan la suspensión y declaración de prejudicialidad penal, el Ministerio Fiscal de manera subsidiaria, tras alegar, precisamente una cuestión de prescripción, como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2020, al considerar que el menoscabo de los fondos públicos procede de una estrategia dirigida a la consecución de un objetivo, en la que cada uno de los actos que la integran estuvo dirigido a enmascarar y ocultar el daño, por lo que, a juicio del Ministerio Fiscal, todos esos hechos deben apreciarse conectados, como un caso de conducta continuada mantenida en el tiempo y originador de un alcance continuado. Por ello, considera que se debe rechazar íntegramente la excepción de prescripción, que la Sentencia apelada acoge en su F.D. 4.º, respecto a los hechos anteriores al 11 de julio de 2012, en aplicación del plazo de prescripción de cinco años, conforme a la Disposición Adicional Tercera 1 LFTCu, desde el día 11 de julio de 2017, fecha en que se le notificó al demandado el expediente disciplinario. La otra parte recurrente, el Sr. G., postula la directa aplicación de la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, sosteniendo que el examen de la prejudicialidad penal se erige como cuestión previa prioritaria a la determinación de un eventual alcance continuado y que, por consiguiente, la línea argumental del Ministerio Fiscal resulta en su planteamiento contradictoria.

17.- A la vista de estas circunstancias, esta Sala considera que, en efecto, estamos en presencia de una cuestión prejudicial penal previa al tratarse de hechos que, al mismo tiempo, están bajo conocimiento de la jurisdicción penal y, además, sobre los mismos se discute y se plantea como cuestión objeto de decisión por el órgano de la

jurisdicción contable la aplicación del plazo de prescripción, conforme a la Disposición Adicional Tercera, estando condicionada bien la aplicación del apartado 1, bien del apartado 4, por la previa declaración que al efecto lleve a cabo la jurisdicción penal.

18.- Tal conclusión se obtiene en atención a la doctrina de la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018, sobre la consideración de la prescripción como cuestión prejudicial penal en relación con el ámbito contable, que establece que «en tanto no haya recaído resolución penal firme, no cabe aplicar en la jurisdicción contable, respecto de esos mismos hechos, de manera total o parcial la prescripción de la responsabilidad contable prevista con carácter general en el apartado 1º de la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas». Así como, igualmente, en coherencia con la doctrina de esta Sala de Justicia antes citada (STCU 20/2020, de 1 de diciembre, a la que siguen, las SSTCU 3/2021, de 23 de junio; 4/2021, de 23 de junio; y la 6/2021, de 23 de julio).

19.- En consecuencia, la decisión de instancia, al denegar la suspensión del procedimiento, rechazando la existencia de cuestión prejudicial penal no se ajusta al criterio de la Sala expuesto en las sentencias precedentes, criterio que trae causa de la STS de 10 de noviembre de 2020, rec. 5332/2018. Como señaló la STCU 6/2021, de 23 de julio, en relación con el caso allí enjuiciado y en palabras aquí trasladables, la sentencia ha declarado prescritos unos hechos que están siendo objeto de conocimiento por la jurisdicción penal, hechos que son determinantes de un régimen de prescripción que puede llevar a declarar no prescrita la responsabilidad contable. No existe resolución penal firme, ni el procedimiento penal ha concluido de otra forma por lo que la suspensión por prejudicialidad penal deviene requisito inherente a la aplicación del apartado 4 de la Disposición Adicional Tercera, al ser la suspensión el único modo de poder confirmar y asegurar que un hecho «que ofrezca apariencia de delito (…) perseguible de oficio», como señala el artículo 40 de la LEC, pueda ser, en su caso, declarado «constitutivo de delito» de manera formal y efectiva por quien tiene jurisdicción y competencia para ello.

20.- En tal sentido, no puede obviarse que el objeto de la cuestión prejudicial penal responde a la finalidad de garantizar la coherencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional evitando que unos mismos hechos, relevantes para el enjuiciamiento en distintos órdenes jurisdiccionales, puedan ser determinados de forma contradictoria. Son los hechos objeto del proceso, no su valoración, lo que determina la prejudicialidad penal. Esta es la razón por la que se declara la prioridad de la jurisdicción penal, bajo los presupuestos que establece el art. 17.2 en relación con el 18 ambos de la LOTCu y, a su vez, en relación con la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, apartado 4º. Por ello, aunque en este litigio no se cuestiona la existencia de una malversación, es obvio que de acreditarse y declararse por la jurisdicción penal la existencia de una actuación constitutiva de tal delito, que podría

ser incluso continuado, tal declaración tendría una influencia decisiva en la consideración y aplicación de la prescripción que ha sido expresamente alegada, pues en tal caso la responsabilidad contable prescribiría de la misma forma y en los mismos plazos que la responsabilidad civil derivada del delito (Disposición Adicional Tercera 4 LOFTCu) y no conforme a la regla general de cinco años (Disposición Adicional Tercera 1 LOFTCu) sin que este régimen se vea alterado, como pretende el Ministerio Fiscal, por la eventual apreciación de un alcance continuado, cuestión que junto a las demás planteadas en los respectivos escritos de recurso no es posible abordar, al acogerse la prejudicialidad penal invocada por ambas partes.

CUARTO.- Estimación del recurso y costas.

21.- Por cuanto antecede y se ha razonado, la Sala de Justicia concluye con la estimación del primer motivo del recurso interpuesto por la Letrada Dª Ángeles Luengo López y el Letrado D. Jorge Trujillo Pérez en representación de Don F.G.A., y asimismo con la estimación del recurso del Ministerio Fiscal en su alegación subsidiaria, al apreciar que en este caso concurre prejudicialidad penal de conformidad con el art. 17.2 LOTCu.

22.- La consecuencia que de tal declaración se deriva viene delimitada por el contenido del art. 10 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) que, en su apartado segundo, señala: «No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca». Igualmente, por el art. 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) precepto que, al regular la prejudicialidad penal distingue, con carácter general, entre hechos con apariencia delictiva (a los que se refiere el art. 40.1) y prejudicialidad penal propiamente dicha (apartados siguientes), señalando el art. 40.2, como principio general, que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias, que se tienen que dar conjuntamente:

> «1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.
>
> 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil».

23.- A su vez, caso de que concurran tales requisitos, los apartados 3 y 4 del art. 40.2 LEC distinguen dos momentos procesales diferentes para acordar la suspensión del

procedimiento civil por prejudicialidad penal: como regla general, la suspensión se acordará por auto cuando el procedimiento únicamente esté pendiente de sentencia; y como excepción, la suspensión será inmediata cuando la presunta actividad delictiva relacionada con el proceso civil afecte a la falsedad de alguno de los documentos aportados al pleito (delito de falsedad documental).

24.- Por su parte, el tratamiento de la prejudicialidad penal en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) se encuentra en sus arts. 3 y 4, preceptos que no regulan las consecuencias de la estimación de la prejudicialidad penal, por lo que habrá que acudir a los ya citados art. 10 de la LOPJ y art. 40.3 LEC, norma ésta de carácter supletorio (Disposición Final Primera LRJCA), conforme al cual la suspensión se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

25.- La aplicación de dichos preceptos al supuesto examinado conducen a la revocación de la sentencia de instancia y a la pertinente suspensión de las actuaciones para que el juzgador de instancia, una vez verificada la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento penal, o de otro modo su terminación, resuelva a tenor de su pronunciamiento la responsabilidad contable de Don F.G.A., pudiendo llevar a cabo la verificación de la firmeza en la forma que tenga por conveniente, bien recabando el auxilio y cooperación jurisdiccional pertinente, bien requiriendo a las partes la pertinente colaboración al respecto, al estar obligadas a prestar la colaboración requerida por jueces y tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), o, en fin, por cualquier otro de los mecanismos procesales que el órgano a quo estime adecuado al fin establecido.

26.- De acuerdo con el art. 139.2 LJCA en relación con el art. 80.3 LFTCu, no procede imponer las costas.

FALLO

En los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia nº 5/2022, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-48/2020, Sector público local (Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos), Málaga, esta Sala ha decidido:

PRIMERO: Estimar el motivo primero del recurso de apelación interpuesto por la Letrada Dª Ángeles Luengo López y el Letrado D. Jorge Trujillo Pérez en representación de Don F.G.A.

SEGUNDO: Estimar el motivo segundo formulado con carácter subsidiario en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

TERCERO: Declarar la existencia de una cuestión prejudicial penal y, en consecuencia, no entrar a conocer de los demás motivos aducidos en los recursos, por no haber lugar a verificar pronunciamiento alguno sobre ellos.

CUARTO: Revocar la resolución recurrida, debiendo suspenderse el procedimiento por prejudicialidad penal hasta tanto se acredite que la causa penal ha terminado por resolución firme o se pudiera encontrar paralizada por motivos que impidan su normal continuación.

QUINTO: Sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final tercera de la L.O. 7/2015.

Así lo acordamos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 30/22
Proc. Reintegro C-48/20
Ramo: Sector Público Local (Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos)
MÁLAGA

DILIGENCIA

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.

Sentencia nº 3/2023, de 22 de marzo. Recurso de apelación nº 36/22, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2022, de 29 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-123/2020, del ramo de Sector Público Local (Grupo Consejo Comarcal de El Barcelonés. Resolución 281/IX del Parlamento). Barcelona. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Una vez analizados los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado, la Sala destaca que el recurrente ha reproducido las alegaciones jurídicas que efectuó a lo largo de la tramitación del procedimiento de instancia, que no es un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, sin perjuicio de que razones de tutela judicial efectiva aconsejen entrar en sus alegatos.

Dado que en el presente caso se trata de una sociedad mercantil en la que su capital está constituido íntegramente por fondos públicos, resulta indubitada la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Cuentas para conocer del caso sometido a enjuiciamiento.

En cuanto al error en la valoración de la prueba, para que pueda realizar la Sala una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro por parte del Órgano de instancia. Y lo cierto es considera que la Consejera de instancia ha valorado adecuadamente la prueba aportada y practicada en autos.

En cuanto a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad contable por alcance, la Sala entiende que concurren todos y cada uno de ellos: menoscabo económico de fondos públicos; acción u omisión atribuible a una persona que tenga la condición de cuentadante; acción u omisión realizada por el cuentadante con vulneración de la normativa económico-financiera reguladora del Sector Público de que se trate; concurrencia del elemento subjetivo, dolo o culpa grave; y nexo causal.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 3/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 36/22, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2022, de 29 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-123/2020, del ramo de Sector Público Local (Grupo Consejo Comarcal de El Barcelonés. Resolución 281/IX del Parlamento). BARCELONA.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excmo. Sr. Don Diego Iñiguez Hernández. Consejero.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-123/20, del ramo reseñado, por el recurso interpuesto contra la Sentencia de 29 de julio de 2022.

Ha sido parte apelante Don J.V.A., representado por el Procurador de los Tribunales Don Vicente Ruigómez Muriedas y, como parte apelada, el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

*"... **FALLO***

1. Desestimo la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Don R.G.P. y Don M.J.P.F., que quedan absueltos de la responsabilidad contable que se les reclama.

2. Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Don J.V.A. y en consecuencia:

- *Se cifra en veinticuatro mil euros (24.000,00 €) el principal del alcance ocasionado en la S.U.M.R.G., S.A. (R.).*
- *Se declara responsable contable directo de dicho alcance a Don J.V.A.*
- *Se condena a Don J.V.A., como responsable contable directo del alcance, a reintegrar el principal del mismo, así como al abono de los intereses devengados desde que se produjeron los hechos hasta la completa ejecución de la presente sentencia, que se fijarán en fase de ejecución.*
- *El importe del alcance deberá contraerse en la cuenta que corresponda.*

3. Sin imposición de costas…".

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, de hechos probados y de fundamentos de derecho que se dan por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos de la "S.U.M.R.G., S.A." (en adelante, "R."), por importe de 24.000 euros, del que resulta responsable contable directo Don J.V.A., desestimándose las pretensiones del Ministerio Fiscal, demandante, respecto a la responsabilidad contable de los otros codemandados en autos, Don R.G.P. y Don M.J.P.F. y del propio Don J.V.A., en relación con el pago de las certificaciones del contrato nº 6 del Consejo Comarcal de El Barcelonès

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia, el Procurador de los Tribunales Don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación del citado Don J.V.A., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal de Cuentas, en fecha 20 de septiembre de 2022, interpuso recurso de apelación contra la misma, en el que solicitó que se dictara resolución revocatoria de la Sentencia de 29 de julio de 2022, dictada en primera instancia, absolviéndose al mencionado demandado, con devolución del aval prestado por él, en garantía del importe determinado en la liquidación provisional.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2022, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. V.A., solicitando la confirmación íntegra de la Sentencia apelada.

QUINTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos y producidas las correspondientes personaciones de las partes, por Diligencia de Ordenación de 12 de diciembre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 36/22, nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó y, declarando concluso el presente recurso, pasar los autos a la misma, a fin de preparar la pertinente resolución.

SEXTO.- El traslado material de las actuaciones a la Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 20 de diciembre de 2022, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 14 de marzo de 2023, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 21 de marzo de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

OCTAVO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, "Ley Orgánica" o "LOTCu"), y 52.1,b) y 54.1,b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, "Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas", "Ley de Funcionamiento" o "LFTCu").

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras analizar de forma pormenorizada los distintos supuestos que fueron considerados como alcance y susceptibles de generar responsabilidades contables con obligación de su reintegro, declaró, conforme a lo previsto en el artículo 72 de la LFTCu, la existencia de alcance por importe de 24.000 euros en los fondos públicos de la sociedad mercantil pública R., y apreció la responsabilidad contable directa de Don J.V.A., que ostentaba, en el momento de producirse los hechos, el cargo de gerente del Consejo Comarcal de El Barcelonés, ejercicio 2011 y, asimismo, del Consejero Delegado de la citada entidad R., a partir de su nombramiento el 29 de marzo de 2011, por cuanto concurrían en él todos los elementos definidores de dicha responsabilidad.

TERCERO.- Frente a la mencionada sentencia, la representación procesal de Don J.V.A., ha interpuesto recurso de apelación y lo fundamenta en los motivos que se resumen a continuación.

- Con carácter previo, estima necesario reiterar algunas circunstancias fácticas que fueron expuestas en la contestación a la demanda, así como en el acto de práctica

de la prueba y conclusiones orales, que considera ignoradas o analizadas erróneamente por la Sentencia apelada:

a) Respecto a la naturaleza jurídica de la entidad R. considera que es una sociedad mercantil, de capital íntegramente público, pero de naturaleza privada sin ánimo de lucro. Se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado (Ley de Sociedades de Capital y normativa asociada), salvo las materias en que les son de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. Por tanto, tiene dos fuentes normativas que le son aplicables, las de Derecho Privado y las de Derecho Público. La mercantil siempre se ha financiado con el 100% de ingresos de su actividad comercial, (es decir, de fondos de mercado, esencialmente con la venta o alquiler de vivienda protegida, así como los locales y aparcamientos de las mismas promociones) y nunca ha recibido subvenciones u otras ayudas diferentes de las que recibían otras compañías mercantiles, como promotora de viviendas de protección oficial o las bonificaciones establecidas en los créditos obtenidos para financiar la construcción de dichas viviendas. Además, en la época a que se refieren los informes de fiscalización y en concreto en el año 2011, R. no se sometía a las normas sobre el sistema de cuentas de la Administración Pública (SEC 2010), que no se implementaron hasta el 2014. Y en dicho período, la mercantil pública venía generando un grave problema de liquidez que situó a la misma en situación preconcursal.

b) En relación con las actuaciones realizadas por el Sr. V.A. a partir del cuarto trimestre de 2011, cuando asumió, el cargo de Consejero Delegado. Sostiene el recurrente que preparó un Plan de Viabilidad para el saneamiento de la empresa y la evitación del concurso de acreedores o la quiebra. Durante el último trimestre de 2011 la empresa amortizó y dio de baja 6 puestos de trabajo, entre los cuales se encontraba el de Doña R.M.V.C.

c) Sobre las consideraciones específicas de la situación laboral de la Sra. V.C. y de cómo fue determinada la indemnización por importe 24.000 euros considerada alcance contable por la Sentencia apelada. Manifiesta el recurrente, según consta en el escrito del entonces Director del Departamento Técnico de R., aportado a autos como documento nº 1 con el escrito de contestación a la demanda que, desde el punto de vista de la dirección, se había puesto de manifiesto que la permanencia en la empresa de la Sra. V.C. no era necesaria, pues, por el escaso número de obras en curso, sus tareas de supervisión y gestión podían ser asumidas por otros técnicos. Tras valorar diversas alternativas, se convino con la trabajadora causar baja a finales del año 2011 y jubilarse con la condición de que se le abonasen las cantidades que la empresa le adeudaba en concepto de antigüedad, dado que, según su criterio, persistía un error aritmético en los cálculos de sus trienios desde el año 2005. Se adjuntó a la contestación a la

demanda como documento nº 2 el cálculo, de puño y letra, realizado en su momento por la letrada responsable de la gestión de personal por el que concluyó que la Sra. V.C. tenía razón y que R. le adeudaba 18.715,69 euros. Aunque la Sentencia apelada afirma que el documento citado carece de valor probatorio, lo cierto es que el cálculo de pagos por antigüedad pendiente fue tenido en cuenta, así como la cantidad negociada con la interesada en el mes de diciembre de 2011, respecto de la cual, el Sr. V.A. aceptó adicionar unos 5.000 € a la cifra debida de 19.000 para llegar a un acuerdo "pacífico" y razonable con la trabajadora, con lo que su percepción, con independencia del finiquito, ascendió a los 24.000 €.

En definitiva, a fecha 31 de diciembre de 2011, la empleada cesó, tras más de 22 años, en su relación laboral con R. y aceptó la liquidación y finiquito que convino con la empresa, como resulta acreditado en el documento nº 4 que la parte apelante adjuntó a su escrito de contestación a la demanda.

Fundamenta su recurso en que la Sentencia incurre en grave error de apreciación de la prueba practicada y asimismo vulnera los artículos 38.1 de la LOTC y 49.1 de la LFTCu, al declarar la existencia de alcance y la responsabilidad del Sr. V.A., en una incorrecta aplicación de los requisitos exigibles por la unánime doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

- Respecto al error en la apreciación de la prueba, denuncia que la prueba practicada a instancia de dicha parte demuestra que la jubilación de la Sra. V.C. no fue voluntaria, sino convenida con la empresa, sin que exista menoscabo de los fondos públicos.

  Rebate el contenido del Fundamento Jurídico Noveno, apartado 35 de la Sentencia recurrida, que afirma que la extinción de la relación laboral de Doña R.M.V.C. estuvo motivada por su jubilación (Estatuto de los Trabajadores, art. 49.1.f) y no por la amortización de su puesto de trabajo por causas objetivas (ET, art. 52.c), toda vez que la realidad de los hechos fue muy distinta, pues la jubilación de Doña R.M.V.C. no fue fruto de su decisión espontánea y voluntaria, sino de la negociación mantenida con dicha trabajadora, que no deseaba ser oficialmente "despedida" y a su vez exigía el reconocimiento de unos atrasos debidos por trienios y algún incentivo económico para aceptar la jubilación propuesta. Y, también se opone a lo reflejado en el párrafo 47 del Fundamento Noveno de la sentencia que señala que lo que realmente se estaba ejecutando fue un despido por causa objetiva que se revistió, incorrectamente, como una jubilación al margen de cualquier procedimiento establecido. Más allá de la formalidad procedimental o encaje normativo, la prueba practicada por la recurrente en la instancia venía a demostrar, por una parte, la difícil situación económica en que se encontraba R. y el escaso volumen de trabajo, lo cual conllevaba la necesidad de reducir la plantilla y amortizar aquellos puestos de

trabajo que resultaban antieconómicos. En el caso de Doña R.M.V.C. sus tareas podían ser asumidas perfectamente por otros trabajadores.

Por otro lado, un despido por causas objetivas sin negociación hubiera supuesto una indemnización de 79.957,95 euros y, de mantener a la trabajadora en su puesto de trabajo, se hubieran sucedido varias anualidades por esa cantidad hasta que se produjera su jubilación voluntaria. Y, además, se debía a la trabajadora un importe de 18.715,69 euros en concepto de antigüedad, por un error de cálculo producido durante el período junio de 2005 a septiembre de 2011. Manifestó que dichas circunstancias se acreditaban mediante prueba documental, que no fue cuestionada por la Fiscalía demandante, y mediante la testifical de Don J.S., que fue interrogado por las partes y por la Consejera juzgadora en el acto del juicio celebrado el 6 de abril de 2022.

Sobre la valoración de los documentos no impugnados, alegó que hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que reflejan, además de la fecha y la identidad de las personas que han intervenido en su producción. Por ello, aunque es cierto que, en principio, debe primar la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de primera instancia, ello no significa que la Sala o tribunal de segunda instancia venga obligada a acatar automáticamente los razonamientos valorativos (o su ausencia) de la instancia, ya que esa valoración probatoria tiene los límites que imponen la lógica y la racionalidad.

En el presente caso, la Juzgadora de instancia ha decidido, en un exceso de jurisdicción, examinar si se contravenía la normativa laboral olvidando que ello (si es que se ha producido) no es susceptible de generar por sí solo responsabilidad contable. Con invocación de la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 6/2019, de 4 de junio, el apelante considera que es patente que la Sentencia de instancia ha confundido su función juzgadora valorando la prueba de esta parte desde la estricta óptica de su adecuación a los procedimientos o instituciones del derecho laboral, pero no analizando si con el actuar de su defendido se produjo o no un menoscabo en los fondos públicos. Además, aunque el Convenio colectivo no contemplase el premio por jubilación, nada impide su reconocimiento si así lo decide el empresario, por razones de política laboral y de gestión eficiente, pues tampoco está prohibido por el Convenio.

En cuanto a que no se hizo la oportuna retención de IRPF afirma que el Sr. V. (de formación Arquitecto y Técnico Urbanista), no tenía conocimientos suficientes, ni ese era su cometido, para determinar qué cantidades, de la total liquidación reconocida a la Sra. V.C., debían ser objeto de retención por IRPF. En cualquier caso, la Agencia Tributaria no ha reclamado a la trabajadora ni a la empresa

ningún pago fiscal derivado de dicha indemnización, coincidiendo pues, con la interpretación de la normativa del IRPF realizada por la empresa.

Invoca la Sentencia del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, Sentencia 8/2016, de 15 de marzo (Procedimiento de reintegro por alcance 262/13, que fue confirmada en apelación) y la ya citada Sentencia de la Sala de Justicia 6/2019, de 4 de junio, respecto a que la proporcionalidad de las cuantías alcanzadas en acuerdos transaccionales no se consideraban alcance.

Concluye que la prueba practicada no ha sido valorada correctamente en derecho, pues no se trataba de analizar el cumplimiento del derecho laboral sino de apreciar si la actuación realizada por el Consejero Delegado con la finalidad de amortizar un puesto de trabajo que representaba un coste anual bruto de casi 80.000 euros, indefinido en el tiempo y por unos servicios que ya no eran necesarios, mediante el pago de un incentivo de jubilación de 5.000 euros, puede considerarse un daño efectivo a la hacienda pública. La demanda de la Fiscalía descansa no en la existencia de un menoscabo (que carece de cualquier demostración), sino en la irregular conceptualización de un pago a una trabajadora desde la estricta óptica del derecho laboral y no de la jurisdicción contable. Y sólo si hay menoscabo patrimonial cabe reclamar indemnización para repararlo.

- Con carácter subsidiario, la parte apelante defiende la falta de concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad contable del Sr. V.A., a tenor de los artículos 38.1 y 49.1 de la LFTCu.

  Parte en sus alegaciones de los requisitos establecidos por la doctrina de este Tribunal de Cuentas, citando la Sentencia de 29 de abril de 2014 (Departamento Primero), en el procedimiento A8/13. Cuestiona el carácter de cuentadante del Sr. V.A. y alega que sólo desempeñó el cargo de Consejero Delegado, que puede ser asimilado a la persona que tiene a su cargo el manejo de los caudales públicos. Manifiesta que llevó a cabo la negociación con Doña R.M.V.C. pero no decidió la forma jurídica, ni el procedimiento para formalizar la finalización de la relación laboral con R., pues de todo ello se encargaron los servicios técnicos y jurídicos de gestión de personal.

  De las circunstancias expuestas y no controvertidas, sólo puede concluirse que el Sr. V. se ajustó en el desempeño de sus funciones a los principios de buena gestión financiera y de eficiencia y, sin lugar a duda, derivaron en un beneficio para la economía de R. Esta es una jurisdicción contable en la que se trata de valorar si una determinada operación, realizada en un momento dado, ha causado, o no, perjuicio a los caudales públicos, por lo que resulta, no solo necesario, sino fundamental tener en cuenta la situación económica de la empresa pública. No

cabe apreciar alcance en una operación que ayudaba a R., junto a otras acciones, a mejorar su situación económica, permitiendo su subsistencia.

En cuanto al elemento subjetivo, de existencia de dolo o negligencia grave, destaca la doctrina de la Sala de Justicia contenida en las Sentencias de 14 de marzo de 2007 y de 8 de julio de 2010. El Sr. V. siempre contó con el debido asesoramiento técnico y jurídico, y su actuación -sobre la base de un plan de reducción de costes aprobado por el Consejo de Dirección de la empresa- se caracterizó con la prudencia correspondiente a su cargo, sin que en modo alguno pudiera ser consciente de que estaba ocasionando un perjuicio a los fondos públicos, sino todo lo contrario. No concurre, por tanto, dolo o negligencia grave. La demanda de la Fiscalía carece de cualquier demostración, ni siquiera indiciaria, y la Sentencia apelada no contiene ningún razonamiento acerca de la posible negligencia o dolo del recurrente.

En consecuencia, concluye la parte apelante, que la Sentencia 6/2022 ha vulnerado los artículos 38.1 de la LOTCu y 49.1 de la LFTCu, al apreciar la existencia de alcance, pese a no existir ninguna acción u omisión susceptible de generar responsabilidad contable. El abono de la indemnización a Doña R.M.V.C. no ha supuesto daño real y efectivo en los fondos públicos, ni un saldo deudor injustificado constitutivo de alcance.

CUARTO.- Contra el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.V.A., el Ministerio Fiscal formuló oposición al mismo motivándola en las siguientes alegaciones:

- Si bien el recurrente alega la falta de competencia de este Tribunal como consecuencia de que las operaciones de la referida entidad supramunicipal se desarrollaban exclusivamente en el ámbito jurídico mercantil y sus ingresos procedían íntegramente de su actividad comercial, ello no puede prosperar, pues aunque R. operase únicamente en el ámbito mercantil -y más concretamente, en el caso que nos ocupa, en el contexto de una relación laboral- el capital de la entidad era y es 100% público y, consecuentemente, sus fondos, a efectos contables, también lo eran y lo son, puesto que sus ganancias o pérdidas repercutían directa e íntegramente en el Consell Comarcal -como lo siguen haciendo hoy en el Área Metropolitana de Barcelona- y, por consiguiente, en los balances del patrimonio, ingresos y gastos de los Ayuntamientos de Badalona, Barcelona, L'Hospitalet de Llobregat, Sant Adriá del Besós y Santa Coloma de Gramanet.

- En cuanto a la alegación del recurrente de que al hacerse cargo de la empresa en 2011, ésta se encontraba en crisis, y se hacía necesario amortizar puestos de trabajo no indispensables, por lo que propusieron a la arquitecta Doña R.M.V.C.,

de 67 años, que se jubilara, oponiéndose ella, acordando entonces la empresa satisfacerle un premio por jubilación de 24.000€ que se correspondían con los 19.000€ que se le adeudaban por antigüedad desde 2005, más 5.000€ para persuadirla de jubilarse, lo que en todo caso era mucho menor que lo que le hubiera correspondido de haber sido despedida, en cuyo caso la empresa hubiera debido abonarle una indemnización de cerca de 80.000€, el Fiscal afirma que la determinación de la responsabilidad contable, caracterizada por la doctrina de la Sala de Apelación de este Tribunal en Sentencias de 18 de Abril y de 28 de Octubre de 1986 y Autos de 11 y 18 de Enero de 1986, como una subespecie de la responsabilidad civil, supone la concurrencia de determinados requisitos:

1. La responsabilidad contable resulta de las cuentas que rindan o deban rendir quienes en sentido amplio tengan a su cargo el manejo de caudales o fondos públicos, que hayan producido una contravención legal. El carácter público de los fondos de R., a efectos contables, ha sido ya puesto de manifiesto. La contravención legal está claramente expuesta en la sentencia recurrida. No se tramitó un expediente de despido por causas objetivas, ni se justificó la necesidad de amortización del puesto de trabajo. Simplemente, se invitó a la trabajadora a jubilarse.

2. Que supongan la infracción de normas de régimen presupuestario y contable a que están sometidas las entidades del sector público. Se señala por el recurrente que la solución de la jubilación era menos gravosa que el despido, pero no consta que se optase por esa solución para, seguidamente, negociar una liquidación o indemnización por la extinción de la relación laboral, ni tampoco que se acudiese a la jurisdicción laboral. Se señala que se reconocieron importes que se le adeudaban desde 2005, pero no consta que la trabajadora hubiese reclamado nunca tales supuestos atrasos, los que, como consecuencia, estarían prescritos salvo quizá, de existir ciertamente, los del último ejercicio (artículo 59,1 del Estatuto de los Trabajadores). Se señala que se le ofreció además un incentivo para que aceptase jubilarse, pues ella no quería, ya que no había cotizado los años suficientes para recibir el 100% de la pensión. El incentivo era igualmente indebido, pues no debía recaer sobre la empresa la insuficiente cotización de la trabajadora.

3. Que la infracción se deba a dolo, culpa o negligencia grave. La negligencia grave resulta igualmente con meridiana claridad de la sentencia recurrida. No hay justificación para que la empresa no hubiera documentado la amortización del puesto de trabajo por causas objetivas de descenso de la producción, ni para que hiciera figurar como jubilación voluntaria lo que, según reconoce el recurso, era una jubilación forzada.

4. La relación de causa a efecto entre la decisión no justificada de *incentivar* indebidamente la jubilación de la empleada y el menoscabo producido en el haber de la empresa pública es, igualmente, manifiesta y está debidamente explicada en la Sentencia recurrida.

- En cuanto a la denuncia de error en la valoración de la prueba, por parte de la Juzgadora de instancia, constituye criterio doctrinal de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, (Sentencia 17/2019, entre muchas otras) que 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 el Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo».

  En el caso que nos ocupa, la valoración de las pruebas conduce a la confirmación de la Sentencia, puesto que la valoración de la prueba y la motivación están expresadas con toda claridad en el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia, la argumentación es clara y razonable, y los hallazgos probatorios no han quedado desvirtuados por ningún otro elemento de prueba ofrecido por el recurrente que, como demostración de sus afirmaciones no nos ofrece ningún documento original del expediente de 2011, sino únicamente, otros elaborados *ex post facto* a partir de la fiscalización, más una nota manuscrita sin firma ni fecha, y una carta de 2020 de la trabajadora beneficiada por la compensación indebida. Invoca, por todas, Sentencia de esta Sala 22/2020, de 17 de diciembre.

- Respecto a la infracción de normas reguladoras de la responsabilidad contable por alcance, las argumentaciones del último apartado del recurso no modifican las conclusiones ya expuestas.

  Finaliza el Ministerio Fiscal en sus alegaciones que la situación de crisis de la empresa pública, que no pone en duda, no justifica el proceder del demandado ahora recurrente, haciendo aparecer como jubilación voluntaria lo que asegura -sin sostén probatorio- se trataba de un despido por causas objetivas, o bien una jubilación forzosa. Se trató de una jubilación voluntaria, pues así se reseñó en el expediente original de 2011, y nada figura en él que lo desmienta. Y en tal modalidad de extinción de la relación laboral, no se contemplaba premio o incentivo alguno, y menos aún una retribución de conceptos salariales atrasados cuya reclamación por la trabajadora tampoco se ha acreditado, y que por ello deben reputarse inexistentes y, en todo caso, prescritos. Circunstancias de las que deriva la consecuencia lógica de la improcedencia del pago verificado y la grave negligencia de la decisión de autorizarlo.

QUINTO.- Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado por la representación procesal de Don J.V.A., así como las alegaciones del

Ministerio Fiscal, de oposición al mismo, y antes de proceder a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, respecto a la naturaleza del recurso de apelación. Por todas, en Sentencias números 8/2021, de 27 de octubre; 2/2021, de 21 de abril; y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Por ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá, en el análisis que se realizará a continuación, de todos los temas desarrollados en la sentencia apelada y en los escritos de apelación y de oposición a la misma, y también, cuestiones aducidas en el proceso de instancia, el propio criterio expositivo, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, con criterio reiterado en las Sentencias de dicho Alto Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, conforme a la cual en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso. Y ello 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, lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

A este respecto, esta Sala quiere destacar que el recurrente, en la presente apelación, ha reproducido, en gran medida, las alegaciones jurídicas que efectuó a lo largo de la tramitación del procedimiento de instancia. La técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, según ha sostenido el Tribunal Supremo y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia, en diversas sentencias, por todas, nº 9/2022, de 21 de septiembre; 7/2021, de 23 de

julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; y 15/2016, de 12 de diciembre.

Y es que, en efecto, la segunda instancia responde a la necesidad de poder confrontar los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional dictada por el órgano de instancia y por ello exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar -con base en un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que la misma ya debió de tener en cuenta -y así ocurre tato en general como en la presente litis- los hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Todo ello sin perjuicio de que razones de tutela judicial efectiva aconsejan entrar en los alegatos de la parte recurrente.

SEXTO.- Como se ha señalado en el fundamento jurídico tercero, la parte apelante dedica el primer apartado de su recurso a estudiar la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil pública R.. La argumentación reitera, casi en su totalidad, el contenido del apartado Segundo de su escrito de contestación a la demanda. Dichas alegaciones (y las que siguen en el recurso como apartados 1.2 y 1.3) obtuvieron cumplida respuesta en el Fundamento jurídico Noveno de la Sentencia apelada.

El Ministerio Fiscal ha considerado, en su escrito de oposición a la apelación, que la insistencia en el análisis de la naturaleza jurídica de R. (como una sociedad mercantil, de capital íntegramente público, pero de naturaleza privada sin ánimo de lucro que se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado [Ley de Sociedades de Capital y normativa asociada], salvo las materias en que les son de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación), supone el planteamiento por el apelante de una excepción de falta de competencia de este Tribunal de Cuentas para enjuiciar el presente caso.

La lectura del apartado 1.1 del primer motivo del recurso de apelación no parece abonar esta afirmación del Ministerio Público, toda vez que lo que parece desprenderse de aquél es razonar acerca de las difíciles circunstancias económicas de la mercantil pública que, según el recurrente, le llevaron a conceder la cuantía de 24.000 euros a la empleada Sra. V.C. Si lo que pretendía el apelante es formular una excepción de defecto de jurisdicción y/o de falta de competencia objetiva, lo ha hecho de forma implícita, si bien, dada su trascendencia jurídica, así como la potestad de este órgano jurisdiccional contable de examinar, de oficio, su propia jurisdicción y competencia para conocer del asunto que se le ha planteado, al constituir una cuestión de orden público procesal, esta Sala entiende que es pertinente (en aras, también, de la exhaustividad que debe presidir toda resolución jurisdiccional) proceder a su análisis.

La Sala de Justicia se ha pronunciado, en doctrina consolidada, pudiéndose citar las Sentencias de esta Sala 16/2012, de 17 de julio (Fundamentos jurídicos Décimo y Undécimo); 12/2012, de 19 de junio (Fundamento jurídico Duodécimo); 4/2011, de 24 de marzo (Fundamento jurídico Noveno); 16/2010, de 8 de septiembre (Fundamento jurídico Quinto); 11/2009, de 12 de mayo (Fundamento jurídico Tercero -y las resoluciones que en él se citan-); 21/2005, de 13 de noviembre (Fundamento jurídico Tercero) y Auto 26/2009, de 10 de noviembre (Fundamento jurídico Noveno), sobre la competencia de la jurisdicción contable para enjuiciar la posible existencia de responsabilidad de las sociedades mercantiles de ámbito local, dejándose establecido que el Tribunal de Cuentas no fiscaliza y enjuicia a las personas y entidades sometidas al derecho público, sino a las personas y entidades que manejen bienes, caudales o efectos públicos, sean éstas personas públicas o privadas y ya estén sometidas en el ejercicio de su actividad al derecho público o al derecho privado. El factor determinante de la competencia del Tribunal de Cuentas no es la naturaleza de la persona o entidad fiscalizada o enjuiciada o la rama del derecho por la que se rija, sino la naturaleza de los bienes, caudales o efectos que recaude, intervenga, administre, custodie, maneje o utilice dicha persona.

Dado que en el presente caso nos encontramos ante una sociedad mercantil en la que su capital está constituido íntegramente por fondos públicos -según se ha encargado de precisar la propia parte recurrente-, conforme a la línea doctrinal que se acaba de exponer, resulta indubitada la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Cuentas para conocer del caso sometido a su enjuiciamiento.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo de recurso (aunque los argumentos ya se habían prefigurado en los anteriores apartados 1.2 y -sobre todo- 1.3, del motivo primero del mismo), la parte apelante ha considerado que la Juzgadora de Instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba aportada al proceso por cuanto resultó acreditado que el Sr. V.A. acordó el abono de 24.000 euros a la trabajadora Doña R.M.V.C. al margen de cualquier procedimiento establecido, por lo cual se le consideró responsable contable directo del menoscabo en los fondos de la entidad de la cual era Consejero Delegado y que lo que indubitadamente se demostró en el presente caso era un cese por voluntad de la trabajadora que decidió pasar a la situación de jubilación, acompañado del pago de una indemnización discrecional no prevista legalmente y que originó un menoscabo en los caudales públicos. Y ello, al amparo de una presunta negociación, entre la empresa pública y la trabajadora beneficiaria de la cual no existe la más mínima documentación fechada en el año 2011.

Esta Sala debe establecer que, sin perjuicio de lo establecido en el Fundamento Jurídico Quinto de esta resolución, acerca de la naturaleza jurídica del recurso de apelación, es preciso señalar que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba 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", como se ha reiterado entre otras, en las Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre.

La razón de que prime la apreciación de la prueba del Juzgador de Instancia la encontramos expuesta en la Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto): cuando determina "…*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 obtenido en el proceso*…"

Y, como también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de Justicia (Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio, nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 7/2021, de 23 de julio) frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación.

Por tanto, para que pueda realizar este Órgano una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia.

La parte apelante (como ya hizo en la instancia) ha justificado el pago de 24.000 euros, por un lado, en las dificultades financieras que atravesaba R.; en la necesidad de reducir la plantilla y amortizar los puestos de trabajo que resultaban antieconómicos, en el caso de la Sra. V.C. además de su edad, tenía 67 años, porque sus tareas podían ser asumidas por otros trabajadores; en que el pago realizado resultaba más ventajoso para la empresa que un despido por causas objetivas sin negociación, cuya indemnización hubiera ascendido a 79.957,95 €; y en el incremento que hubiera supuesto mantener a la trabajadora en su puesto hasta su jubilación voluntaria; y, por otro lado, en que a la trabajadora se le debía un importe

de 18.715,69 € en concepto de antigüedad por un error de cálculo en sus nóminas desde junio de 2005 a septiembre de 2011.

Asimismo, ha denunciado que dos de las pruebas documentales aportadas han sido consideradas por la Consejera de instancia sin valor probatorio y las otras dos ni siquiera han sido mencionadas en la sentencia. En concreto, se refiere al documento nº 3 respecto del cual la sentencia de instancia en el apartado 40 manifiesta que no tiene fuerza probatoria bastante, por resultar incongruente la afirmación de que se acordó la extinción por causa objetiva de su puesto de trabajo a cambio de una indemnización, con el hecho cierto de que la Sra. V.C. se jubiló voluntariamente; y al documento nº 2 consistente en el cálculo, realizado a mano, sin firma, de las diferencias debidas a la Sra. V.C. por error en nómina en el concepto de antigüedad durante el periodo de junio de 2005 a septiembre de 2011.

Respecto de los documentos aportados con el nº 4 en el que la citada trabajadora expone las circunstancias de la extinción de su relación laboral y con el nº 1, relativo al Informe del Director del Departamento Técnico de R., Sr. T., de fecha 6 de febrero de 2020, que justifica la jubilación y amortización del puesto de trabajo de la Sra. V.C., alega el recurrente que la sentencia ha omitido cualquier referencia a los mismos.

Considera que la juzgadora de instancia ha valorado la prueba practicada por dicha parte desde la óptica de su adecuación a los procedimientos o instituciones de derecho laboral, pero sin analizar si con la actuación desarrollada por el recurrente se ha producido un perjuicio a los fondos públicos. Por tanto, considera que no ha sido valorada correctamente la prueba practicada, y que la amortización de un puesto de trabajo que representaba un coste anual bruto de casi 80.000 €, indefinido en el tiempo y por unos servicios que ya no eran necesarios, mediante el incentivo de jubilación de 5.000 € pueda considerarse un daño efectivo a la hacienda pública.

La sentencia de instancia con base en el Informe de Fiscalización nº 23/2016 de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, señala que en el ejercicio 2011 cuando se jubiló la trabajadora Doña R.M.V.C. se le pagó una indemnización especial de 24.000 € (Volumen II, pág. 56), sin que exista de este pago documentación justificativa, ni se haya efectuado la oportuna retención por el Impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF) (Fundamento jurídico Noveno, apartado 34 de la Sentencia recurrida).

La Consejera de instancia consideró, como hecho no cuestionado, que la extinción de la relación laboral de la Sra. V.C. estuvo motivada por su jubilación (Estatuto de los Trabajadores, art. 49.1.f) y no por la amortización de su puesto de trabajo por causas objetivas (ET, art. 52.c), como se acredita en el certificado de empresa que se emitió y en la comunicación a la Tesorería de la Seguridad Social, que emitió su resolución de baja de la trabajadora por jubilación en fecha 31 de diciembre de 2011

(folio 553 y folios 838 a 843 del Anexo II de documentación de la Pieza de Actuaciones Previas 5/2018, unidos al ramo documental del Procedimiento de reintegro por alcance). (Fundamento jurídico Noveno, apartado 35 de la Sentencia recurrida).

Asimismo, valoró que el citado pago no podía ampararse en el convenio colectivo de R. para 2010-2011, obrante en los folios 4 a 20 del Anexo VI de las actuaciones previas, al no contener ninguna previsión de que la empresa tuviera que abonar, o estuviera autorizada a abonar, algún tipo de compensación económica, indemnización o premio de jubilación a sus trabajadores por causa de su jubilación. (Fundamento jurídico Noveno, apartado 36 de la Sentencia recurrida). Y, del mismo modo, tampoco podía ampararse en las causas que la propia sentencia señala en el apartado 37 del fundamento Jurídico Noveno, por lo que al carecer de cobertura normativa o convencional, debía reputarse como un pago indebido y causante de un menoscabo a los fondos de la sociedad pública R.

Respecto a los documentos aportados por el recurrente, la sentencia de instancia en los fundamentos contenidos en los apartados 40 y siguientes, analiza cada uno de los mismos así como sus alegaciones en orden a fundamentar la extinción de la relación laboral de la trabajadora a cambio de una indemnización para concluir que lo que se había producido era una actuación discrecional del entonces consejero delegado que condujo a un pago de 24.000,00 € carente de toda justificación por tratarse de una jubilación voluntaria y que, en el momento actual, se presenta ante este tribunal como el resultado de una negociación de la cual no existe la más mínima documentación fechada en el año 2011.

OCTAVO.- Analizados los extremos alegados por la parte recurrente así como los contenidos en la Sentencia de instancia, en los términos expuestos, la Sala considera que la parte apelante ha reproducido dentro de sus motivos de apelación Primero y Segundo, la práctica totalidad del debate fáctico, e incluso jurídico sustantivo, tratando de tachar de erróneas las conclusiones fácticas alcanzadas por la Juzgadora de instancia, con el fin de imponer su propia valoración en la práctica totalidad de las pruebas practicadas en el proceso, sin que esas acusaciones de error encubran otra cosa que el desacuerdo de la parte, en cuanto al fondo del litigio suscitado, con los criterios que vienen a sustentarse en la Sentencia apelada.

La valoración de las pruebas y la motivación están expresadas con claridad en el Fundamento de derecho noveno de la sentencia de instancia, sin que las alegaciones realizadas por el recurrente desvirtúen las conclusiones alcanzadas en la misma.

Cabe señalar al respecto que los hechos objeto de las presentes actuaciones derivan del Informe de Fiscalización nº 23/2016, al que la Consejera de Instancia se ha referido y ha considerado como un medio de prueba cualificado, siguiendo la

doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal que en doctrina consolidada, por todas, en Sentencias nº 2/2015, 26 de mayo, y nº 8/2014, de 24 de julio, ha venido a reconocer su especial valor probatorio, sin perjuicio de que su contenido y conclusiones no tiene por qué vincular necesariamente al Órgano jurisdiccional y han de ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica, dentro de una valoración conjunta de la prueba practicada en el proceso.

La Consejera de instancia ha valorado adecuadamente la prueba aportada y practicada en autos, y el recurrente no ha aportado elementos fácticos ni razonamientos jurídicos distintos a los alegados en la instancia que lleven a cuestionar, como reconoce la Sentencia de instancia, que la extinción de la relación laboral de la Sra. V.C. no estuviera motivada por su jubilación, ni ha acreditado con amparo en ninguna norma legal o convencional que la salida de fondos que se produjo con el premio de jubilación que se concedió a la trabajadora estuviera justificado, o que dicha trabajadora ostentara un derecho de crédito frente a R. por el citado importe.

La Consejera de Instancia no ha incurrido en exceso de jurisdicción, al examinar si se contravenía la normativa laboral olvidando que ello (si es que se ha producido) no es susceptible de generar por sí solo responsabilidad contable…", como alega el recurrente, en primer lugar porque se han de examinar los hechos para poder determinar si concurren los elementos de la responsabilidad, habida cuenta que se ha producido un pago con cargo a fondos públicos, en concepto de premio de jubilación, que no está justificado, al no tener cobertura legal ni convencional y ser fruto de una negociación con la empresa para que se jubilara, retribuyéndose a la trabajadora unas cantidades que no había percibido en una serie de años y que la interesada no había reclamado en su momento, además de una cantidad para invitarla a la jubilación. Y, además de ello, porque la jurisdicción contable como determina el artículo 17.2 de la LOTCu se extiende a los solos efectos de su función al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales que constituyan elemento previo y necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente.

En definitiva, cabe afirmar que el recurrente no ha aportado ningún otro documento o prueba de otra índole que permita a esta Sala apartarse del criterio sostenido en la Sentencia recurrida, ni apreciar que en la valoración conjunta del material probatorio se haya comportado, el órgano de instancia, de forma infundada, ilógica o arbitraria, de forma contraria a las reglas de la sana crítica, lo que conlleva la desestimación del motivo de apelación, tal y como se ha postulado en el mismo, siguiéndose, así, el criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, según ya ha sido expuesto en precedente apartado Séptimo (Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto) y Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio; nº 15/2020, de 30 de septiembre; y nº 7/2021, de 23 de julio, entre otras).

NOVENO.- La parte apelante considera infringidos los artículos 38.1 de la LOTCu y 49.1 de la LFTCu, procediendo realizar por esta Sala un análisis de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad contable por alcance.

La responsabilidad contable surge en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de los fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia: el cargo o entrega de fondos y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos.

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. Acreditada la entrega de los fondos y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas.

Tal perjuicio es calificable de alcance, esto es, 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 tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas, surgiendo la obligación de indemnizar, a todas las personas que tengan a su cargo el manejo y custodia de los fondos públicos y resulten obligados a su justificación (artículos 15.1, 38.1, 42.1 y 43 de la LOTCu y los artículos 49.1 y 72 de la Ley de Funcionamiento, reguladores de la responsabilidad contable).

La aplicación de los citados preceptos, obliga a tener en cuenta que, para que se pueda declarar la existencia de un alcance, y por ende, el surgimiento de la acción de la responsabilidad contable, con una pretensión de reintegro indemnizatorio, no basta sólo con que se detecte un menoscabo económico en los fondos públicos, sino que, además, deben concurrir todos los requisitos o elementos configuradores de dicha responsabilidad contable, que se derivan del contenido de todos esos artículos, tanto de la LOTCu, como de la LFTCu, sistematizados por una constante línea doctrinal de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia nº 1/2004, de 4 de febrero) y, asimismo, por el Tribunal Supremo, por todas, en Sentencia de 6 de octubre de 2004 (ROJ STS 6273/2004), 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 económico-financiera 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.

Dicha doctrina ha sido seguida por la Consejera de instancia, según refleja el contenido del Fundamento jurídico Sexto, apartados 22, 23 y del Fundamento Noveno, apartado 38, de su Sentencia.

A) Menoscabo económico de fondos públicos.

Respecto a la caracterización de "públicos" de los fondos gestionados a través de la sociedad mercantil pública, ya ha realizado esta Sala de Justicia una amplia fundamentación en el ordinal Sexto de esta misma Resolución, por lo que sólo queda reiterarla aquí.

Es doctrina consolidada de la Sala de Justicia que la justificación para acreditar el destino correcto dado a unos fondos públicos no puede quedar al arbitrio de quien los gestiona, sino que debe reunir los requisitos jurídicos legalmente previstos, en particular, los que permitan identificar la finalidad pública otorgada a dichos fondos (por todas, Sentencia 7/2021, de 23 de julio).

De este modo, y como también señala la Sentencia que se acaba de señalar, constituye doctrina sentada por esta Sala de Justicia que el incumplimiento de las formalidades propias de la justificación de los gastos y de los pagos puede dar lugar, en su caso, a diversas responsabilidades jurídicas, pero para que genere responsabilidad contable por alcance tiene que ir acompañada, simultáneamente, de una falta de prueba de que el destino dado a los fondos públicos no hubiera sido el legalmente correcto. En síntesis, al margen de las consecuencias jurídicas que pueda tener una justificación formalmente inadecuada o insuficiente de gastos y pagos con fondos públicos, no puede concurrir responsabilidad contable por alcance si ha quedado probado que los fondos tuvieron el destino que justificó su salida del patrimonio público.

En el caso que nos ocupa (y como acertadamente señala la Sentencia recurrida apartado 45 del Fundamento Noveno) la decisión de amortizar un puesto de trabajo, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, ha de basarse en causas técnicas, económicas, organizativas o de producción cuya concurrencia corresponde valorar a la jurisdicción competente y que no se explicitaron en el momento en que se extinguió el contrato laboral de la Sra. V.C. siendo prueba evidente que el Informe 23/2016 no recoge ningún tipo de documentación justificativa al respecto- sino que se aducen por el hoy recurrente varios años después.

En una gestión correcta de una empresa pública, la decisión de amortizar uno o varios puestos de trabajo ha de tramitarse, justificarse y documentarse con arreglo a las previsiones normativas al respecto, puesto que el manejo de fondos públicos así lo exige a sus responsables, incluso en el caso de llegarse a un acuerdo transaccional. En el presente caso, nos encontramos con una actuación discrecional del entonces consejero delegado que condujo a un pago de 24.000,00 € carente de toda justificación por tratarse de una jubilación voluntaria -como queda meridianamente acreditado en el folio 553 y folios 838 a 843 del Anexo II de documentación de la Pieza de Actuaciones Previas 5/2018 del ramo documental unido a los autos- y que, en el momento actual, se presenta ante este tribunal como el resultado de una negociación de la cual no existe la más mínima documentación fechada en el año 2011.

Y, por otra parte, el convenio colectivo de R. para 2010-2011, obrante en los folios 4 a 20 del Anexo VI de las citadas actuaciones previas, no contiene ninguna previsión de que la empresa tuviera que abonar, o estuviera autorizada a abonar algún tipo de compensación económica, indemnización o *premio de jubilación* a sus trabajadores por causa de su jubilación. La jubilación de la trabajadora tuvo sus efectos a 31 de diciembre de 2011, por lo cual el pago de 24.000 euros que recibió no puede ampararse en las previsiones del convenio colectivo en vigor.

Coincide, por tanto, esta Sala de Justicia, con la Juzgadora de instancia en que el pago carece de cobertura normativa o convencional, por lo cual debe reputarse como causante de un menoscabo real, evaluable económicamente e individualizado en relación con los caudales o efectos públicos, conforme establece el párrafo segundo del artículo 59.1 de la LFTCu, a los fondos de la sociedad pública R.

Contra lo anterior, esta Sala de Justicia no considera asumibles las razones aducidas por la parte apelante en el previo motivo Segundo de su recurso, en relación con el criterio seguido por este Tribunal, en casos de aceptación de pago de indemnizaciones sometidas previamente a un pacto celebrado de mutuo acuerdo entre Administración y empresas, en el ámbito de la contratación pública (Sentencia 8/2016, de 15 de marzo, dictada por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y Sentencia de esta Sala 6/2019, de 4 de junio). Porque, en ambos casos, los procedimientos que llevaron a la culminación de los acuerdos, estaban plenamente documentados, en tiempo y forma y, además, en el segundo supuesto, la celebración de los pactos fue sometida a la consideración y fue autorizada la misma por los órganos administrativos competentes en materia de contratación pública, válidos, por tanto, con arreglo a Derecho, en el momento que se suscribieron (a pesar de que posteriormente fueron anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa). Extremos que, en absoluto son homologables al caso que aquí se enjuicia, como ya se ha expresado.

B) Acción u omisión atribuible a una persona que tenga la condición de cuentadante.

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 artículo 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».

Como expresa la reciente Sentencia de la Sala de Justicia nº 2/2022, de 1 de marzo, la doctrina de la Sala viene identificando la legitimación pasiva en un sentido amplio como aquella "condición de gestor de fondos públicos y cuentadante respecto a los mismos, posición que ostentan quienes, por tener encomendada bajo cualquier título la recaudación, intervención, administración, custodia, manejo o utilización de bienes, caudales o efectos públicos, tienen por ello la obligación de rendir cuenta del destino dado a tales fondos públicos que les fueron encomendados al ser ajenos y, en clara correspondencia con el derecho del titular público de los citados fondos a exigir el conocimiento de cuál ha sido su destino, sin que ello sea equiparable a la presentación de los estados económico-financieros formales para su aprobación" (Sentencias 9/2017, de 21 de marzo; 3/2012 de 12 de febrero; 18/2004 de 13 de septiembre; 1/2005 de 3 de febrero; 4/2006 de 29 de marzo y 15/1998 de 25 de septiembre).

Pues bien, en el supuesto aquí enjuiciado ha quedado plenamente acreditada la condición de cuentadante y gestor de fondos públicos, en los términos que se acaban de explayar, de Don J.V.A., en su condición de Consejero Delegado de la S.U.M.R.G., S.A. (R.) a partir de su nombramiento el 29 de marzo de 2011, en uso de las facultades que tenía asignadas para la contratación de personal y el cese de los trabajadores, que incluían la de ordenar las operaciones económicas que resultaran procedentes para llevar a efecto las liquidaciones y los pagos de las prestaciones derivadas de tal gestión, directamente, al órgano societario encargado de la dirección financiera y económica de la misma, incluyendo la gestión de las cuentas bancarias, de él dependiente (Anexo II de las actuaciones previas y Hechos Probados Quinto y Decimotercero de la Sentencia de instancia).

C) Acción u omisión realizada por el cuentadante con vulneración de la normativa económico-financiera reguladora del Sector Público de que se trate.

Esta Sala de Justicia ya ha razonado que el pago de una "indemnización especial" a la trabajadora Doña R.M.V.C. por importe de 24.000 euros, lo fue a título de jubilación voluntaria, según consta debidamente acreditado en el caudal probatorio desplegado en las presentes actuaciones, sin que el convenio colectivo de R. para 2010-2011, obrante en los folios 4 a 20 del Anexo VI de las actuaciones previas, contenga previsión alguna de que la empresa tuviera que abonar, o estuviera autorizada a abonar, algún tipo de compensación económica, indemnización o *premio de jubilación* a sus trabajadores por causa de su jubilación.

De hecho, consta el Anexo II de dicha pieza, el informe de la empresa en el sentido de que tan sólo dicha trabajadora recibió un pago por ese concepto. Y que ella no se encontraba incluida en la relación de trabajadores que vieron extinguidas sus relaciones laborales por causas objetivas, es decir, por causas relacionadas directamente con el propio trabajador, o bien por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción que afectaran directamente a la empresa, previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que fueran debidamente acreditadas ante órgano competente para apreciarlas (folios 553 y 554 y folios 836 a 838 de dicho Anexo II de documentación).

El propio recurrente asume que en todo momento se evitaron los trámites previstos en los artículos 51 a 53 del Estatuto de los Trabajadores. Él lo achaca a reducir gastos que paliaran una grave situación económica de la empresa, mediante una operación que resultó beneficiosa para la mercantil, si bien, como ya se ha visto, no ha podido acreditar mediante pruebas adecuadas en el curso del procedimiento tales extremos.

Quedan, pues, de manifiesto, las infracciones en que incurrió el recurrente de la normativa presupuestaria y contable directamente aplicable al caso de autos, que viene dada por las leyes laborales que afectaban a la trabajadora, en su condición de personal laboral al servicio de una empresa pública, cuya titularidad íntegra era de un órgano de la Administración Local. Y ello por exigencia de los ya citados Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña, en materia de función pública y el artículo 7 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, vigentes en el momento de producirse los hechos.

D) Concurrencia del elemento subjetivo: dolo o culpa grave. Nexo causal.

Respecto al elemento subjetivo de infracción dolosa o con culpa o negligencia graves, son numerosas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de esta Sala de Justicia, que analizan y gradúan el concepto de culpa y negligencia. Así, como se recoge entre otras en la Sentencia de la Sala de Justicia 3/2008, de 31 de marzo, "*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".

Esta Sala de Justicia en diversas resoluciones como la Sentencia nº 1/2007 y la nº 16/2004, 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 el presente caso, el ahora recurrente adoptó una decisión claramente perjudicial para el interés público sin ajustarse al canon de diligencia cualificado que se le exigía como cuentadante, pues la firma del documento de resolución del contrato y el pago subsiguiente de una "indemnización especial" a la trabajadora jubilada, por importe de 24.000 euros, no ha sido acreditado que tuviera amparo legal o convencional sino que fue fruto de una negociación para que dicha trabajadora, que tenía 67 años, y cuyo trabajo podía ser asumido por otras personas, se jubilara.

Por el contrario, de los hechos probados se desprende que fue el Sr. V.A. quien, además de tener competencia para gestionar y hacer uso de los caudales de la empresa pública, adoptó la decisión de resolver el contrato y asumió, en representación de la misma, con vulneración de las normas aplicables, la obligación del pago injustificado de la indemnización a la trabajadora. Se revela, así, una grave negligencia en su actuación.

Y esta conducta generó, de forma directa, el menoscabo económico constitutivo de alcance, por lo que se da, asimismo, el requisito de nexo causal entre la acción ejecutada por el causante y el resultado económico dañoso a los fondos públicos.

DÉCIMO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa por alcance de Don J.V.A., por lo que procede desestimar íntegramente el recurso de apelación por él formulado contra la Sentencia nº 6/2022, de 29 de julio, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-123/2020 .

UNDÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, esta Sala hace expresa imposición de las mismas a Don J.V.A., conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación por él interpuesto.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación**.**

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales Don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de Don J.V.A. contra la Sentencia nº 6/2022, de 29 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-123/2020, del ramo de Sector Público Local (Grupo Consejo Comarcal de El Barcelonés. Resolución 281/IX del Parlamento). BARCELONA, que se confirma en su integridad.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación al recurrente Don J.V.A.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 36/22
Proc. Reintegro A-123/20
Sector Público Local (Informe de fiscalización 23/2016, sobre el Grupo Consejo Comarcal de El Barcelonés. Resolución 281/IX del Parlamento)
Barcelona

DILIGENCIA

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto. En Madrid a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 4/2023, de 31 de mayo. Recurso Apelación nº 29/22, Procedimiento de Reintegro nº 102/21. Ramo: Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT-), Valencia. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala, tras exponer la naturaleza del recurso de apelación, desestima la alegación de falta de legitimación pasiva, toda vez que la recurrente era la Directora responsable del Negociado de Administración de la mercantil y tenía atribuida la función de preparar las transferencias de pago.

En el primer motivo de recurso, solicita a esta Sala de Justicia que realice una nueva valoración de la prueba practicada.

La Sala considera que la recurrente ha reproducido la práctica totalidad del debate fáctico suscitado en la primera instancia y la valoración de las pruebas y la motivación están expresadas con claridad en el relato de Hechos Probados y en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia apelada, sin que las alegaciones realizadas por la recurrente desvirtúen las conclusiones alcanzadas.

A continuación, la Sala pone de manifiesto que para que se pueda declarar la existencia de un alcance y, por ende, el surgimiento de la acción de responsabilidad contable deben concurrir todos los requisitos o elementos configuradores de la misma, como sucede en el presente supuesto.

En relación con la condición de cuentadante de la recurrente, debe ponerse en relación con la doctrina "del «*extraneus*»", seguida por este Tribunal de Cuentas, que vincula la condición de cuentadante a una actividad gestora de bienes y derechos de titularidad pública que tenga su fundamento "*en un vínculo jurídico funcionarial, laboral o administrativo*" con el ente titular de los fondos públicos de que se trate (S. 15/2009, de 22 de julio; 13/2008, de 20 de octubre; 27/2004, de 13 de diciembre), entendiendo, no obstante, que "*las relaciones establecidas en la legislación contractual administrativa con empresarios y profesionales que ejercen por cuenta propia no determinan la incorporación de éstos al status del empleado público.* Por consiguiente, la entidad financiera no puede ser responsable contable al no ser gestora de fondos públicos.

VOTO PARTICULAR: El disenso jurídico de la Consejera discrepante se inicia con la argumentación contenida en el fundamento séptimo porque entiende que no concurren los requisitos necesarios para considerar a la recurrente gestora de fondos públicos, por lo que procedería declarar su falta de legitimación pasiva. Asimismo, se cuestiona el elemento subjetivo de la responsabilidad contable, no apreciándose dolo o negligencia grave porque sus actos están viciados por un engaño previo suficiente y bastante, por una actuación dolosa de un tercero, determinante de error, tanto si se

aborda exclusivamente como vicio de la voluntad o desde la perspectiva de la estafa perpetrada cuya realidad y consumación se establece como premisa, lo que impide que actúen el canon de diligencia debida y el principio de autotutela como causas excluyentes de la suficiencia del engaño. Por último, discrepa acerca de la relación de causalidad existente entre la actuación de la recurrente y el daño a las arcas públicas porque el resultado no es imputable a su conducta, ya que su actuación no es la causa eficiente desencadenante del daño, sino la estafa de un tercero y el proceder del Banco.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 4/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 29/22, interpuesto contra la Sentencia nº 4/2022, de 3 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021, del ramo de Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT-). VALENCIA.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez. Consejera.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-102/21, del ramo reseñado, por el recurso interpuesto contra la Sentencia de 3 de junio de 2022.

Ha sido parte apelante Doña C.Z.R., representada por el Letrado Don Rafael Guía Llobet y, como partes apeladas, la mercantil Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT- (en adelante, "EMT"), representada por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Fernández de las Heras y el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

*"…**IV. FALLO***

***PRIMERO.-** Estimar las demandas interpuestas por la representación procesal de la EMT y el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021, Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. – EMT-) Valencia, y en su virtud:*

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT- el de CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON NOVENTA Y OCHO CENTIMOS (4.054.971,98 €).

2º) Declarar responsable contable directa de dicho alcance a Doña C.Z.R.

3º) Condenar a Doña C.Z.R. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

4º) Condenar, asimismo, a Doña C.Z.R. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Décimo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5º) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en la cuenta que corresponda de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT-, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar.

***SEGUNDO.-** Imponer las costas causadas en esta instancia a Doña C.Z.R.…".*

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos de la mercantil pública EMT, por importe de 4.054.971,98 euros, del que resulta responsable contable directa Doña C.Z.R., por entender que concurren en ella los elementos definidores de tal responsabilidad, lo que motiva su obligación de reintegro de la citada cantidad, más los intereses y costas correspondientes.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia, el Letrado Don Rafael Guía Llobet, en nombre y representación de Doña C.Z.R., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal de Cuentas, en fecha 24 de junio de 2022, interpuso recurso de apelación contra la misma, en el que solicitó que se dictara resolución revocatoria de la dictada en primera instancia, absolviéndose a la demandada, en los términos que expuestos en su escrito de contestación a la demanda.

En Otrosí, pidió la celebración de vista para resolver el presente recurso. Dicha petición fue denegada por esta Sala de Justicia, mediante Auto de 13 de diciembre de 2022.

CUARTO.- Mediante escrito de 28 de julio de 2022, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Sra. Z.R., solicitando la desestimación del mismo y la confirmación íntegra de la Sentencia apelada.

QUINTO.- Por escrito que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el día 29 de julio de 2022, el Procurador de los Tribunales Don Jesús Fernández de las Heras, actuando en nombre y representación de la EMT, formuló oposición al recurso de apelación planteado y solicitó, asimismo, su desestimación, la confirmación de la resolución recurrida y la imposición de costas a la apelante.

SEXTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 7 de octubre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 29/22 y nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SÉPTIMO.- Producidas las correspondientes personaciones de las partes, se dictó Diligencia de Ordenación de fecha 23 de diciembre de 2022, por la que, declarando concluso el presente recurso, se acordó pasar los autos a la Excma. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

OCTAVO.- El traslado material de las actuaciones a la Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 16 de enero de 2023, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

NOVENO.- Por Providencia de 28 de mayo de 2023, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 8 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

DÉCIMO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, "Ley Orgánica" o "LOTCu"), y 52.1,b) y 54.1,b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, "Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas", "Ley de Funcionamiento" o "LFTCu").

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras desestimar la excepción procesal de falta de legitimación pasiva invocada por Doña C.Z.R. declaró, conforme a lo previsto en los artículos 49.1 y 72 de la LFTCu, la existencia de alcance en los fondos públicos de la EMT por importe de 4.054.971,98 euros, y apreció la responsabilidad contable directa de la Sra. Z.R., que ostentaba, en el momento de producirse los hechos, el cargo de Directora del Negociado de Administración de la citada entidad, por cuanto concurrían en ella todos los elementos definidores de dicha responsabilidad. Y ello porque, alterando el procedimiento de pago establecido en la sociedad pública, remitió, sin informar a sus superiores, documentos que permitieron la falsificación de firmas y órdenes de pago con la consecuencia de la realización de ocho transferencias de elevada cuantía a una cuenta en Hong Kong, a nombre de sociedades extranjeras desconocidas para la EMT de Valencia. Con su conducta gravemente negligente, provocó un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en los fondos públicos de la citada entidad.

TERCERO.– Frente a la mencionada sentencia, la representación procesal de Doña C.Z.R. ha interpuesto recurso de apelación y lo fundamenta en los motivos que se resumen a continuación.

1º.- Disconformidad con los hechos probados de la Sentencia.

Afirma que, como es doctrinal y jurisprudencialmente reconocido, el recurso de apelación constituye una revisión completa del procedimiento y, por tanto, puede realizarse una nueva valoración del conjunto de la prueba y de los hechos probados.

- Sobre el hecho probado primero manifiesta que se debería haber hecho constar que Doña C.Z.R. sí realizó una gestión para averiguar quién era el abogado de D., Don J.P., pues así consta en el documento n° DOS de la contestación a la demanda.

- Sobre el hecho probado segundo, cuestiona las afirmaciones en él contenidas, al haber sido mantenidas por los empleados de la EMT en el juicio, y considerar que al seguir siendo responsables en dicha empresa están interesados en que se dicte una sentencia favorable a la EMT de Valencia.

- Respecto al hecho probado tercero y cuarto, considera que la sentencia de instancia no ha dado debida respuesta a las cuestiones formuladas, relativas a la vulneración por la entidad bancaria de la norma por la que solo se podían hacer pagos mediante banca electrónica y sí a la falta de acción por parte de la EMT contra el banco.

2º.- Disconformidad con los fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia.

- Sobre el Fundamento jurídico quinto.- Considera que la Sentencia recurrida afirma, de modo erróneo, que la recurrente puede incurrir en responsabilidad contable, al intervenir en la decisión del gasto, y estar involucrada en la actividad económica de la entidad, o funciones directivas, para luego reconocer que lo que originó el desfalco a la EMT fue el engaño al que fue sometida por los estafadores.

Manifiesta asimismo, que la excepción procesal de falta de legitimación pasiva debió estimarse pues si la estafa se produjo por un engaño, como es el caso, no se puede ser susceptible de responsabilidad como cuentadante de los fondos, dado que la demandada no tenía ninguna capacidad para ordenar los pagos o acordar los gastos de la entidad, limitándose a enviar al Banco la orden de pago, en la creencia de que era legítima. Si el pago se produjo, se debería buscar la responsabilidad del Banco que no cumplió sus protocolos de seguridad, por lo que procede dictar una sentencia absolutoria, en la que se indicara a la EMT que la demanda debía dirigirse contra el banco, en el ámbito civil, y que el lugar donde presentar la demanda, no es el Tribunal de Cuentas.

- Sobre el Fundamento jurídico sexto.– Considera que, dada la especificidad del caso planteado, en el que media la comisión de un delito de estafa, se debió absolver a la recurrente, y dejar a la EMT expedita la vía civil o penal contra los responsables, no siendo justo que su representada que fue engañada por los estafadores sea la responsable del perjuicio producido.

- Sobre el Fundamento jurídico séptimo.– No comparte que se esté comparando el requisito de la vulneración una norma presupuestaria o contable con la existencia de unas instrucciones para que el pago se hiciera únicamente a través de banca electrónica. Sostiene que el sector público en España, de acuerdo con la organización establecida por la Constitución, se divide en tres subsectores -estatal, autonómico y local-, que están integrados por un conjunto amplio y heterogéneo de entidades de diferente naturaleza. Y en ninguna de las normas que integran el subsector público estatal se habla de pagos en línea, o así no ha sido señalado por la Sentencia recurrida. Por tanto, su representada no ha vulnerado la normativa presupuestaria y contable, al hacer lo que se le ordenaba.

- Alega asimismo que la sentencia comete un error porque la Sra. Z.R. no subió nada a la banca en línea, sino que se limitó a enviar al Banco las facturas recibidas, siendo obligación de éste comprobar si eran correctas, y realizada tal comprobación ordenar la transferencia de modo manual. El banco puso reparos en la primera de las órdenes de pago, pero procedió a su abono. Considera que la recurrente debió quedar exenta de responsabilidad pues la prueba practicada ha acreditado que Doña C.Z.R. puso en conocimiento de la responsable el problema

de la firma, y los responsables y superiores de las cuentas veían las transferencias y no dijeron nada al respecto.

- Sobre el Fundamento jurídico octavo.- Con base en el dictamen pericial de Don J.C.G., obrante en las actuaciones, considera que en el presente caso existió una estafa realizada mediante ingeniería social, por lo que no concurre en la actuación desarrollada por la Sra. Z.R. la existencia de negligencia grave, en todo caso sería de culpa leve, por prescindir de las cautelas que no le eran exigibles. Y ello, por su desconocimiento del tipo de delito cometido, y carecer los empleados de la EMT de formación en materia de ciberseguridad, algo que solo en los últimos dos o tres años se ha empezado a hablar en la Administración por casos como el que ahora nos ocupa. Por tanto, no es posible exigirle más nivel de diligencia, como hace la sentencia recurrida, por ser imposible la exigencia de una mayor cautela como la que desplegó, al comprobar que el abogado trabajaba en D., informar a sus superiores del problema de la firma y verificar que el banco pese a sus cautelas con las firmas no dudó en hacer las transferencias.

- Sobre el Fundamento jurídico noveno.- Respecto a la existencia del nexo causal considera responsable a la entidad bancaria por más que la resolución diga que no es posible juzgarlo en esta jurisdicción, pues si los mecanismos de seguridad hubieran funcionado nada se hubiera realizado. Si se hubiera tenido una orden estricta de pagar solo por banca en línea y con firma electrónica, no se hubieran hecho las transferencias manualmente como se hicieron y no se hubiera procedido a cumplimentar la estafa. Igualmente alega que, si la directora financiera hubiera comprobado, de un modo diligente -como se le debió exigir-, a qué se refería la Sra. Z.R. con el problema de su firma, nada hubiera ocurrido o, al menos, solo se habría verificado la primera transferencia y no el resto. Por tanto, no puede considerarse que Doña C.Z.R. sea la única responsable.

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Don Jesús Fernández de las Heras, actuando en nombre y representación de la EMT, se opuso al recurso de apelación formulado en virtud de las siguientes alegaciones:

1. En una alegación previa, manifiesta que la apelante trata de introducir elementos que no deben enjuiciarse en esta jurisdicción, como la actuación de los supuestos estafadores o la intervención de la entidad bancaria, con el fin de descargar su responsabilidad y las consecuencias que debe tener su actuación. Considera que de admitirse las confusiones introducidas por la parte recurrente en cuanto al conocimiento de cuestiones que deben ventilarse ante la jurisdicción penal o civil, se estaría dejando de conocer la conducta llevada a cabo por una gestora de fondos públicos que extralimitándose de sus funciones, sin seguir la operativa de pagos establecida, facilitando documentos internos que han posibilitado la falsificación de las firmas de los directivos de la empresa, y sin informar en

ningún momento a sus superiores, ha causado un alcance contable de más de cuatro millones de euros, como quedó acreditado en la Sentencia recurrida.

Considera que no existe discrepancia en los hechos sino en la concurrencia o no de los elementos para que pueda exigirse la responsabilidad contable de Doña C.Z.R.

2. En la alegación primera, y respecto a la discrepancia de la recurrente con el hecho primero, manifiesta que la recurrente no ha llevado a cabo ninguna actividad probatoria encaminada a demostrar la certeza de comprobación de que el supuesto estafador suplantaba la identidad del abogado de la empresa D., Don J.P., al constar únicamente en su escrito de contestación a la demanda que únicamente comprobó la existencia del citado abogado y que trabajaba en D.

- En relación con la alegación de la recurrente frente al hecho probado segundo, manifiesta, como establece la sentencia que ha quedado probado que desde 2018 el procedimiento de pago a proveedores en la EMT se realizaba siempre a través de la *banca on-line.* Afirma que la parte recurrente no ha llevado a cabo actividad probatoria que lo contradiga, que fue corroborado por los testigos traídos a la causa. Respecto a la prueba testifical y a las alegaciones realizadas de que la declaración de los empleados de la EMT viene motivada por el interés en que se dicte una sentencia estimatoria de las pretensiones de la empresa, alega que dicha parte obvia que el testigo Don J.E.G.A. ya no presta servicios en la EMT y no tiene relación alguna con la empresa y que las testigos Doña M.R.A., Doña E.A.y Doña F.L. fueron propuestas por la Sra. Z.R. Y que además, en ningún momento, ni en la audiencia previa ni en el acto del juicio hizo manifestación alguna al respecto, y las realiza ahora cuando el resultado de la prueba no le favorece.

Considera la representación de la EMT que la recurrente más que contradecir o sostener una valoración de la prueba conducente a poner en duda el hecho probado segundo, trata de confundir mezclando a la entidad financiera como responsable. La entidad bancaria, al apartarse del contrato de *banca on-line* y realizar unas transferencias con las cartas de pago no originales enviadas por correo electrónico, incumplió su contrato con la EMT, pero el daño a los fondos públicos lo causó Doña C.Z.R., con su proceder. La entidad bancaria no tiene la consideración de gestora fondos públicos, no ha infringido la normativa contable y presupuestaria y no puede ser demandada ante esta jurisdicción.

- En la alegación segunda, manifiesta que la Sra. Z.R. tiene la condición de cuentadante, a efectos de la jurisdicción contable. De conformidad con los hechos que han quedado acreditados en las actuaciones, Doña C.Z.R. tuvo, en el momento de realización de las transferencias, la consideración de gestora de fondos públicos, con arreglo a lo establecido en la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 22/2009, de 29 de septiembre de 2009. Además, alega diferentes

resoluciones de la Sala de Justicia, Sentencias de 25 de septiembre de 1998, 29 de marzo de 2006, 24 de abril de 2007, 13 de octubre de 2008, 12 de febrero de 2012, 6 de julio de 2020, para acreditar que la recurrente, en tanto que intervenía en la disposición de los depósitos de la EMT en la cuenta bancaria en la que se ha producido el daño, tiene la consideración de gestora de fondos públicos al participar en la administración, custodia y manejo de los fondos públicos de la empresa y haber quedado dichos fondos perjudicados con ocasión del ejercicio de sus funciones. Debe por ello, responder como cuentadante por el saldo negativo causado en las cuentas de esta sociedad pública como consecuencia de haber propiciado que se realizasen ocho transferencias por más de cuatro millones de euros a unas cuentas chinas.

- En la alegación tercera, afirma que se ha producido una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público. Como se recoge en los hechos probados de la sentencia, la declarada responsable contable, infringió el procedimiento de pagos establecido para proveedores no realizándolo a través de la banca online. Además no preparó los pagos que era su función, sino que envió a la entidad financiera cartas de pago no originales con las firmas falsificadas y facturas mal emitidas para que realizaran las transferencias, y ordenó por correo electrónico a la entidad bancaria la realización de las ocho transferencias. Como resulta probado en la sentencia la Sra. Z.R. previamente había enviado a los supuestos estafadores los documentos en que constaban las firmas de los directivos que debían autorizar la operación y que posibilitó la falsificación de las firmas del Gerente y de la Directora del Área de Gestión. Además de ello, en ningún momento informó a sus superiores de las actuaciones contrarias a la operativa de pagos de la sociedad ni les comentó nada al respecto, pese a que desde la entidad bancaria ya se le advirtió tras la primera transferencia que debía enviar las cartas de pago originales y que había un problema con la firma de Doña M.R.A. Y, a tenor de las testificales de Doña M.R.A. y Doña E.A., Doña C.Z. no solo vulneró el procedimiento de pago posibilitando que las transferencias pudieran realizarse sin la firma electrónica de sus superiores, sino que evitó que las facturas entraran por los cauces habituales, acaparando todas las funciones, no solo las de pago, sino también las de conciliación de las cuentas bancarias.

- En su alegación cuarta, (el escrito refiere quinta), mantiene que se produjo negligencia grave en la conducta desarrollada por Doña C.Z.R. Sostiene que como responsable contable descuidó sus más elementales deberes de custodia de los fondos públicos. Ello ocurrió, no solo por las cinco razones señaladas por la sentencia, sino que, además, conocedora como era del procedimiento de pagos, contravino el mismo, propiciando que tuvieran lugar mediante el envío de cartas de pago no originales con las firmas falsificadas y con las facturas mal emitidas. Por ello, concurre en su conducta la existencia de culpa o negligencia grave

conforme a lo exigido por la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. La Sra. Z.R., Directora del Negociado de Administración, tenía la cualificación profesional suficiente para haber observado unas mínimas cautelas en el desempeño de sus funciones que hubieran evitado el cuantioso perjuicio a los fondos públicos. Por el contrario, no se ajustó al canon de diligencia cualificado exigible en la gestión de fondos públicos (por todas, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 15/04, de 26 de julio), no agotó los medios a su alcance profesional para prevenir y evitar el menoscabo del patrimonio público puesto a su cargo (Sentencias de esa misma Sala de Justicia, entre otras, 2/03, de 26 de febrero y 4/06, de 29 de marzo), ni adopto las mínimas cautelas necesarias para no incurrir en un descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones (Sentencia de la Sala de Justicia 11/04, de 6 de abril).

- En su alegación quinta (el escrito refiere sexta), la representación de la EMT considera que se produjo nexo causal entre la conducta gravemente negligente desarrollada por la Sra. Z.R. y el daño ocasionado a los fondos públicos. El nexo causal apreciado se ajusta a los requisitos que, para la responsabilidad contable, exige la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencias como la 10/02, de 18 de diciembre.

- En la alegación final, la EMT concluye que se dan todos los elementos exigidos legal y jurisprudencialmente para declarar la responsabilidad contable directa de la Sra. Z.R., tal y como recoge la Sentencia impugnada, por lo que solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia con imposición de costas a la recurrente.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal formuló, asimismo oposición al recurso de apelación planteado, en base a las siguientes alegaciones:

1) Entiende que no es posible la estimación de las causas de revocación que en el recurso de apelación se alegan y que vienen a poner de manifiesto una general discrepancia con la valoración que el Juzgador realiza en la sentencia de la prueba practicada, que la recurrente pretende sea sustituida por su propia valoración.

Tras resumir las causas de apelación manifestadas por la recurrente, manifiesta que el recurso de apelación no recoge ninguna alegación que no hubiera sido realizada en el escrito de contestación a la demanda, en el acto de la Audiencia Previa o en el Juicio Oral, y todas ellas han sido debidamente analizadas, estudiadas y resueltas por la sentencia objeto de apelación, en cuyos fundamentos se justifica su rechazo y desestimación.

Afirma que, en modo alguno, se han desvirtuado en este momento los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de las circunstancias que se alegan de contrario.

2) Considera que la sentencia recurrida analiza minuciosamente el material probatorio aportado al procedimiento, y ha realizado una valoración con argumentaciones que el Ministerio Fiscal comparte, en las que se considera probado que la Sra. Z.R., en su condición de autorizada a disponer de los depósitos de la Empresa Municipal de Transporte de Valencia, tenía la condición de gestora de los mismos y participaba de su administración, custodia y manejo. Ostentando, por tanto, la condición de cuentadante.

Asimismo constata, tras el examen de la prueba, que alterando el procedimiento ordinario de pagos establecido por la empresa, y obviando el cumplimiento de los mínimos deberes de custodia y confidencialidad exigidos en su relación laboral, facilitó la documentación necesaria, sin más comprobaciones a los desconocidos que se la requirieron, realizando posteriormente personalmente y de forma sucesiva hasta ocho transferencias al Banco de China en Hong-Kong, causando, con tal proceder y de forma directa, un gravísimo perjuicio a los caudales públicos de la entidad en la que prestaba sus servicios, incurriendo en una conducta gravemente negligente por los motivos que se detallan en la sentencia de instancia y que también comparte el Ministerio Fiscal.

3) El Fiscal considera que la conclusión a la que llega el Juzgador de instancia es la acertada, tal y como se desenvolvió la práctica de la prueba, y que no pueden prevalecer frente a ella meras alegaciones de parte, como las que se contienen en el recurso presentado, relativas a la concurrencia de otros supuestos responsables. En dicha resolución en la que se procede al análisis detallado de estas circunstancias, concluye que la única responsable es la recurrente con fundamentaciones que el Fiscal hace suyas. Y a este respecto, hace referencia a la reiterada doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal acerca de que el posible incumplimiento de sus obligaciones por parte de otros no puede constituir justificación para que se dejen de atender las propias, incluso con mayor diligencia.

SEXTO. Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado por la representación procesal de Doña C.Z.R., así como las alegaciones de oposición al mismo, y antes de proceder a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, respecto a la naturaleza del recurso de apelación.

Por todas, en Sentencias números 8/2021, de 27 de octubre; 2/2021, de 21 de abril; y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación

diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Por ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá, en el análisis que se realizará a continuación, de todos los temas desarrollados en la sentencia apelada y en los escritos de apelación y de oposición a la misma, y también, cuestiones aducidas en el proceso de instancia, el propio criterio expositivo, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, con criterio reiterado en las Sentencias de dicho Alto Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, conforme a la cual en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso. Y ello 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, lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

A este respecto, esta Sala quiere destacar que el recurrente, en la presente apelación, ha reproducido, en gran medida, las alegaciones jurídicas que efectuó a lo largo de la tramitación del procedimiento de instancia. La técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, según ha sostenido el Tribunal Supremo y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia, en diversas sentencias, por todas, nº 9/2022, de 21 de septiembre; 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; y 15/2016, de 12 de diciembre.

Y es que, la segunda instancia responde a la necesidad de poder confrontar los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional dictada por el órgano de instancia y por ello exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar -con base en un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que la misma ya debió de tener en cuenta los

hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Todo ello sin perjuicio de que razones de tutela judicial efectiva aconsejan entrar en los alegatos de la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Establecido lo anterior, es preciso comenzar analizando la alegación realizada por la parte recurrente sobre la concurrencia de la excepción procesal de falta de legitimación pasiva, por cuanto constituye una cuestión que requiere un pronunciamiento previo, por parte de esta Sala de Justicia.

A este respecto, es preciso recordar, como ha manifestado esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, desde la Sentencia de 14 de julio de 2004 (como señala la Sentencia nº 16/2019, de 2 de octubre y más recientemente las Sentencia nº 10/2022 y 13/2022, de 21 y 22 de septiembre, respectivamente), que el artículo 15 de la LOTCu clarifica el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable en relación con los artículos 2.b) y 38.1 de la citada 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; 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 artículo 49 de la LFTCu 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.

El artículo 55.2 de la LFTCu, considera legitimados pasivos a los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

Por ello, para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener condición, sea o no funcionario, de gestor de fondos públicos y, cuentadante de los mismos, habida cuenta que la responsabilidad contable se deriva de las cuentas que deban rendir quienes manejan caudales o efectos públicos, y las infracciones legales que la determinan han de merecer el carácter de económico financieras. 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.

Por tanto, 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, naturalmente, deben constar de forma patente en el procedimiento, conforme a los principios de la carga de la prueba.

Consta acreditado en autos que Doña C.Z.R. era la Directora responsable del Negociado de Administración de la citada mercantil, y tenía, en dicha condición, atribuidas en relación con los protocolos de pago de la EMT, la función de preparar las transferencias de pago. Debía, por tanto, preparar los ficheros con todos los datos necesarios para realizar las transferencias, subirlos a la plataforma de la banca en línea, avisando a continuación a la Directora del Área de Gestión para que de manera mancomunada con el Gerente autorizaran con sus firmas las transferencias.

Por tanto, nos encontramos que, independientemente del carácter de la trabajadora, la Sra. Z.R. intervenía en la disposición de los depósitos de la EMT y realizaba tareas comprendidas, sin lugar a duda, en la administración y gestión de efectos y caudales públicos, convirtiéndola en cuentadante de los mismos, por lo que esta Sala confirma el criterio mantenido por el Consejero de instancia en la sentencia recurrida.

OCTAVO.- En el primer motivo de recurso, la parte recurrente ha considerado que el Juzgador de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba aportada al proceso, solicitando a esta Sala de Justicia que realice una nueva valoración. Justifica dicha pretensión en el hecho de que es criterio doctrinal y jurisprudencialmente reconocido, que el recurso de apelación constituye una revisión completa del procedimiento y por tanto puede realizarse una nueva valoración de la prueba en conjunto y de los hechos probados.

En relación con esta cuestión, la Sala de Justicia ha venido manteniendo de manera reiterada, que sin perjuicio de lo establecido en el previo Fundamento jurídico Sexto de esta resolución acerca de la naturaleza jurídica del recurso de apelación, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del Juez de instancia, aunque la Sala pueda valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a quo", como se ha reiterado entre otras, en las Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre.

La razón de que prime la apreciación de la prueba del Juzgador de instancia la encontramos expuesta en la Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto): cuando determina "…*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…"

Y, como también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de Justicia (por ejemplo, en Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio, nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 7/2021, de 23 de julio) frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación.

Por ello, para que pueda realizar este Órgano "ad quem" una nueva valoración, es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia.

La parte apelante (como ya hizo en la instancia) ha tratado de justificar el pago de 4.054.971,98 euros, por suplantación de la personalidad de un abogado de la sociedad D., Don J.P., con la que tenía una relación de servicio, y del Presidente del Consejo de Administración de la EMT. Sostiene en su escrito que los estafadores se dirigieron a la Sra. Z.R., empleada de la citada entidad, para obtener una colaboración que permitió la realización de ocho transferencias bancarias a favor de dos supuestas empresas extranjeras, sin relación comercial alguna con la misma. Considera que la sentencia de instancia debía haber hecho constar que la expresada recurrente sí realizó una gestión para averiguar quién era el "abogado Parada", pues así consta en el documento n° DOS de la contestación a la demanda.

En relación con esta cuestión, ha quedado acreditado (hecho probado tercero de la sentencia) que la Sra. Z.R. sin realizar otras comprobaciones remitió, a los desconocidos que se la requirieron, documentos de la EMT que les facilitaban muestras de las firmas del Gerente, y de la Directora del Área de Gestion así como sus DNI escaneados, y elaboró y les proporcionó un borrador de carta de ordenación de transferencia de pago de una factura correspondiente a la supuesta operación.

Asimismo, la recurrente ha denunciado que el Hecho Probado Segundo de la Sentencia recurrida describe con minuciosidad el procedimiento de pago a los proveedores que se llevaba a cabo en la EMT desde el año 2018, que fue corroborado por sus empleados y responsables de la citada entidad en la testifical practicada, siendo interesados en que se dicte una sentencia favorable a sus intereses. La representación procesal de la EMT ha destacado que alguno de los testigos ya no presta servicios en la EMT y que además no tiene relación alguna con la empresa y que las otras dos testigos fueron propuestas por la propia parte ahora recurrente (lo que se acredita en los documentos obrantes a los folios 374, 400, 402 y 403, de la pieza principal del procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021), lo que, resta credibilidad y consistencia a las afirmaciones que formula.

Al margen de lo anterior, lo que ha quedado probado en la sentencia de instancia es que, existiendo un único procedimiento de pago a proveedores, la Sra. Z.R. llevó a cabo una operativa diferente, que dio lugar a que se tramitaran transferencias en un total de ocho, sin comunicar ninguno de estos hechos ni informar a sus superiores.

Considera la recurrente que no han sido acertadamente valorados los Hechos Probados Tercero y Cuarto, insistiendo en la responsabilidad en que hubiera podido incurrir la entidad bancaria, por su proceder. Manifiesta que la Sra. Z.R. no subió nada a la banca on line como determina la sentencia de instancia, sino que se limitó a enviar al Banco las facturas recibidas, siendo el Banco el que tenía la obligación de comprobar las mismas, así como las órdenes de pago y realizadas las comprobaciones realizaba la transferencia de modo manual.

Esta Sala de Justicia coincide con el criterio mantenido por el Consejero de Instancia sobre la imposibilidad de enjuiciamiento por esta jurisdicción contable de la actuación de la entidad bancaria, correspondiendo, en su caso, a otros órdenes jurisdiccionales distintos. Y, además, se ha puesto de manifiesto que existen en tramitación, ante tales órganos judiciales, otras actuaciones legales para determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la operativa del banco en cuestión, que llevó a cabo las transferencias de las cantidades abonadas de forma ilícita.

La Sala, analizados los extremos alegados por la parte recurrente, los contenidos en la Sentencia de instancia, y las alegaciones contenidas en los escritos de oposición, considera que la recurrente ha reproducido la práctica totalidad del debate fáctico suscitado en la primera instancia, tratando de tachar de erróneas las conclusiones fácticas alcanzadas por el Juzgador de instancia, con el fin de imponer su propia valoración en la práctica totalidad de las pruebas practicadas en el proceso, sin que esas acusaciones de error encubran otra cosa que el mero desacuerdo de la parte, en cuanto al fondo del litigio suscitado, con los criterios que vienen a sustentarse en la Sentencia apelada.

Esta Sala considera que la valoración de las pruebas y la motivación están expresadas con claridad en el relato de Hechos Probados y, en los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada, sin que las alegaciones realizadas por la recurrente desvirtúen las conclusiones alcanzadas en la misma.

El Consejero de instancia ha valorado adecuadamente la prueba aportada y practicada en autos, conforme a las reglas de la sana crítica, dentro de una valoración conjunta de la prueba practicada en el proceso. La parte recurrente no ha aportado elementos fácticos ni razonamientos jurídicos distintos a los alegados en la instancia, no ha aportado ningún otro documento o prueba que permita a esta Sala apartarse del criterio sostenido en la Sentencia recurrida, ni apreciar que en la valoración conjunta de la misma, se haya comportado, el órgano de instancia, de forma infundada, ilógica o arbitraria, o de forma contraria a las reglas de la sana crítica, lo que conlleva la desestimación del motivo de apelación, tal y como se ha postulado en el mismo, siguiéndose, así, el criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, según ya ha sido expuesto en precedente apartado Octavo (Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto) y Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio; nº 15/2020, de 30 de septiembre; y nº 7/2021, de 23 de julio, entre otras).

NOVENO.- La responsabilidad contable surge en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de los fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia: el cargo o entrega de fondos y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos.

El que recibe fondos debe justificar la lícita 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. Acreditada la entrega de los fondos y constatada la falta de justificantes o de dinerario, aparece un descubierto en las cuentas.

Tal perjuicio es calificable de alcance, esto es, 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 tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas, surgiendo la obligación de indemnizar, a todas las personas que tengan a su cargo el manejo y custodia de los fondos públicos y resulten obligados a su justificación (artículos 15.1, 38.1, 42.1 y 43 de la LOTCu y los artículos 49.1 y 72 de la Ley de Funcionamiento, reguladores de la responsabilidad contable).

La aplicación de los citados preceptos, obliga a tener en cuenta que, para que se pueda declarar la existencia de un alcance, y por ende, el surgimiento de la acción de la responsabilidad contable, con una pretensión de reintegro indemnizatorio, no

basta sólo con que se detecte un menoscabo económico en los fondos públicos, sino que, además, deben concurrir todos los requisitos o elementos configuradores de dicha responsabilidad contable, que se derivan del contenido de los citados artículos, tanto de la LOTCu, como de la LFTCu, sistematizados por una constante línea doctrinal de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia nº 1/2004, de 4 de febrero) y, asimismo, por el Tribunal Supremo, por todas, en Sentencia de 6 de octubre de 2004 (ROJ STS 6273/2004).

Dichos elementos que deben concurrir para que pueda declararse la responsabilidad contable son los expresados en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia de Instancia.

Pues bien, la parte apelante ha dedicado todo el motivo segundo de su escrito de recurso a tratar de rebatir la fundamentación jurídica de la Sentencia que impugna, en diversos subapartados, reproduciendo en ellos, como ya se ha dicho anteriormente, los mismos o muy análogos argumentos alegados en la instancia.

Las partes no discrepan sobre el cuantioso perjuicio causado como consecuencia de un fraude en los fondos de la EMT, la recurrente considera que no se reúnen los requisitos para declarar su responsabilidad contable.

Para dar una adecuada respuesta es preciso analizar los hechos que han dado lugar a las presentes actuaciones, para determinar si los mismos fueron susceptibles de generar la responsabilidad contable.

La existencia de un cuantioso menoscabo económico producido en los fondos públicos de la entidad EMT, por importe de 4.040.898,22 euros resulta indubitado y no ha sido objeto de discrepancia por ninguna de las partes intervinientes, por lo que resulta claramente cumplido el requisito de la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública.

En relación con la condición de cuentadante, cuestión que está vinculada con la legitimación pasiva, se ha dado debida respuesta en el fundamento de derecho Séptimo, argumentos que se dan por reproducidos, si bien la parte recurrente fundamenta sus alegaciones en que fue la actuación de la entidad bancaria, quién vulneró la normativa de pagos de la EMT y prescindió de la operativa de pagos y transferencias, la que permitió los desembolsos de numerario obtenidos de forma fraudulenta.

Conforme ha quedado expuesto en la propia sentencia de instancia, no compete a este Tribunal de Cuentas conocer de aspectos ajenos a esta jurisdicción, como la certificación penal de la operativa fraudulenta llevada a cabo por terceras personas o la actuación de la entidad financiera, en la que la recurrente basa sus alegaciones

para justificar la inexistencia de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 16 de la LOTCu, y la doctrina uniforme de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, (entre otras, Sentencia 10/2005, de 14 de julio).

Este razonamiento debe ponerse en relación con la doctrina denominada "del «*extraneus*»", seguida por este Tribunal de Cuentas. Así, debe establecerse que la calificación que realiza la Sentencia es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala de Justicia acerca de la condición de cuentadante como elemento determinante de la legitimación pasiva ante esta jurisdicción contable, en los términos expuestos. Debe recordarse que esta doctrina, con carácter general, vincula la condición de cuentadante a una actividad gestora de bienes y derechos de titularidad pública que tenga su fundamento "*en un vínculo jurídico funcionarial, laboral o administrativo*" con el ente titular de los fondos públicos de que se trate (S. 15/2009, de 22 de julio; 13/2008, de 20 de octubre; 27/2004, de 13 de diciembre), entendiendo, no obstante, que "*las relaciones establecidas en la legislación contractual administrativa con empresarios y profesionales que ejercen por cuenta propia no determinan la incorporación de éstos al status del empleado público, por lo que son ajenos a la estructura organizativa de la correspondiente Administración Pública y únicamente su responsabilidad vendrá dada por lo específicamente pactado en el contrato administrativo en vigor y en la propia legislación contractual administrativa relativa a los contratos de obras, servicios, suministros y consultorías y asistencias en que se fundamente*" (S. 22/2007, de 1 de noviembre).

Por consiguiente, en este caso concreto, la entidad financiera no puede ser responsable contable al no ser gestora de fondos públicos, ser ajena a la estructura organizativa de la EMT y no haber vulnerado una norma contable o presupuestaria, sino, en su caso, contractual, ya sea mercantil o administrativa, de conformidad con las reglas estatutarias que rijan sobre esta materia, o, incluso, penal si así se desprendiera de las correspondientes investigaciones, por lo que carece de legitimación "ad causam" en este procedimiento de reintegro por alcance.

En consecuencia, y conforme consta acreditado en autos y así se determina en la sentencia de instancia, la Sra. Z.R. en ausencia de los autorizados a ordenar los pagos en la EMT, esto es el Gerente y la Directora del Área del Gestión y sin previa consulta a los mismos, facilitó a los defraudadores información y documentación en la que aparecían las firmas de aquellos, sus DNI escaneados y ejemplares de las órdenes de pago dirigidas al banco sin firmar, con cuyos documentos pudieron elaborar una orden o carta de pago fraudulenta, que posteriormente la recurrente remitió a la entidad bancaria para que procediera a su abono. Por tanto, la Sra. Z.R., en su condición de autorizada a disponer de los depósitos de la EMT, tenía la condición de gestora de los mismos y participaba de su administración, custodia y manejo. En el ejercicio de las mismas, se extralimitó en sus funciones, y con la actuación realizada por su cuenta y decisión, y sin autorización de sus superiores,

dio lugar a que se realizaran hasta ocho transferencias, causando un grave perjuicio a los fondos públicos.

La recurrente alega, como ya hizo en instancia, que no se ha infringido la normativa económico-financiera reguladora del Sector Público. Sostiene que la propia Sentencia habla solo de vulnerar la práctica habitual de los pagos en línea, que no existía como instrucción especifica, pero no habla de ninguna norma en concreto que haya sido vulnerada.

En los ramos de prueba obrante en autos ha quedado acreditado que desde el año 2018 existe en la EMT un procedimiento regular de pago a proveedores, diseñado con las oportunas prevenciones de riesgo, a partir de las facultades de autoorganización que a dicha empresa pública otorgan las normas legales y estatutarias, en especial, las contenidas en los artículos 14,15 y 20 de sus Estatutos Sociales -que obran unidos al Anexo II de la documentación de las Actuaciones Previas nº 23/2020-. Dicho procedimiento interno tiene indudable relevancia en el estado contable de la empresa pública perjudicada. A tal fin, y como sostiene la sentencia de instancia, en el hecho probado segundo, desde dicha fecha, el pago a los proveedores de la EMT se llevaba a cabo a través de transferencias, por un sistema que requería la preparación de los pagos mediante la banca en línea de la entidad, requiriéndose que los pagos fueran autorizados de manera electrónica y mancomunada por el Gerente y Directora de Gestion, y para el abono de las nóminas se seguía un sistema especial mediante la presentación material en la entidad bancaria, de las cartas de pago ya firmadas.

La Sra. Z.R. con su modo de proceder, vulneró la normativa, debido a su inobservancia e incumplimiento, dando lugar a un alcance en los fondos de la EMT. El propio Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, en la redacción vigente al momento de producirse los hechos, artículo 48 bis apartado 1 determina que "…*1. Todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera…/…Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste*…". Teniendo en cuenta que se entiende por "operaciones financieras", también, (artículo 48 bis.2, párrafo b) "…*Pasivos financieros. Están incluidos en este concepto deudas representadas en valores, operaciones de crédito, operaciones de derivados y cualquier otra obligación exigible e incondicional de entregar efectivo u otro activo financiero a un tercero o de intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones desfavorables*…".

En el presente caso y conforme ha quedado expuesto, la recurrente con una clara vulneración de normas contables y presupuestarias actuó de un modo opuesto a lo

que aconsejan los criterios de prudencia en la administración de los caudales públicos y en la conducta profesional de una gestora de los mismos, lo que dio lugar a la producción de un cuantioso perjuicio a los fondos públicos.

En relación con la concurrencia del elemento subjetivo, sostiene la recurrente que en su actuación no concurre dolo, ni culpa o negligencia grave al tratarse de una estafa, realizada mediante ingeniería social como consta en la pericial de Don J.C.G., prueba que viene a determinar que no participó de manera activa o pasiva en el ataque y que carece de conducta negligente.

Considera que en todo caso concurriría culpa leve en su actuación, tanto por el desconocimiento del tipo de delito en que estaba siendo utilizada y la falta de formación de los empleados de la EMT en ciberseguridad, no pudiéndosele exigir más cautela que la tuvo en comprobar que el abogado trabajaba en D., en informar a sus superiores de los problemas de las firmas y en comprobar que el banco pese a sus cautelas originales con las firmas no dudó en seguir haciendo las transferencias.

Conforme consta en los hechos probados, la Sra. Z.R. omitió en su actuación y modo de proceder las cautelas mínimas que le eran exigibles, por el carácter público de los fondos y con arreglo al comportamiento exigible a un buen funcionario que es el de un buen padre o madre de familia, sin que puedan acogerse las alegaciones realizadas por la recurrente.

La Sala de Justicia en diversas resoluciones, Sentencia nº 1/2007 y la nº 16/2004, 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.

Del mismo modo ha mantenido en Sentencias nº 8/2019, de 21 de junio, nº 8/2008, de 28 de mayo, y nº 12/2006, 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, incluso con mayor diligencia, y que las irregulares actuaciones imputadas por el demandado a terceros, ni afectan a su condición de gestor 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. Y, además, que las eventuales deficiencias de organización, lejos de ser una causa moderadora de la responsabilidad, exigen un refuerzo en la diligencia aplicable.

Finalmente, la Sala de Justicia ha reconocido en Sentencias 3/1995, de 9 de marzo; 10/2000, de 3 de julio, y 7/2022, de 13 de mayo, que "*la impericia, la falta de conocimientos o la inexperiencia profesional de los gestores de fondos públicos no son causa de exoneración de la responsabilidad contable que les pudiera ser imputada"*. Y, en la Sentencia 31/2004, de 20 de diciembre, ha determinado que *"la*

aceptación y ejercicio de un puesto de trabajo sin la formación suficiente para desarrollarlo, implica una grave negligencia y no evita la responsabilidad contable".

Esta Sala de Justicia valoradas las alegaciones y la prueba practicada considera que la Sra. Z.R. de modo opuesto a lo que aconsejan los criterios de prudencia en la administración y en la conducta profesional, con su forma de actuar, que se prolongó desde el 3 de septiembre hasta el 23 del citado mes, asumió funciones que correspondían a otros cargos directivos de la sociedad sin tener atribuidas las competencias, remitió documentación e información sin conocimiento de sus superiores y causó de forma directa un gravísimo perjuicio a los fondos públicos de la entidad en la que prestaba sus servicios. Por tanto, actuó de manera gravemente negligente, como se determina en el fundamento octavo de la sentencia de instancia que se comparte en su totalidad.

Respecto a la existencia de nexo causal alega la recurrente que si los mecanismos de seguridad del banco hubieran funcionado no se hubiera producido el perjuicio, si el banco hubiera tenido una orden estricta de pagar solo por banca en línea y con firma electrónica no se hubieran hecho las transferencias manualmente como se hicieron y no se hubiera procedido a cumplimentar la estafa, y del mismo modo si la directora financiera hubiera comprobado el problema de firma que refirió la recurrente solo hubiera ocurrido con la primera transferencia y no con el resto.

Dichas alegaciones ya fueron analizadas y resueltas en la sentencia por el Consejero de instancia que esta Sala de Justicia comparte en su totalidad, por lo que como sostiene la Sala de Justicia en la sentencia 10/02, de 18 de diciembre, concurre el nexo causal en las presentes actuaciones ya que el irregular cumplimiento de las funciones de la recurrente es lo que ha desencadenado que se produzca el menoscabo en los fondos públicos.

DÉCIMO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa por alcance de Doña C.Z.R., por lo que procede desestimar íntegramente el recurso de apelación por él formulado contra la Sentencia nº 4/2022, de 3 de junio, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-102/2021.

UNDÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, esta Sala hace expresa imposición de las mismas a Doña C.Z.R., conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación por ella interpuesto.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación**.**

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Letrado Don Rafael Guía Llobet, en nombre y representación de Doña C.Z.R. contra la Sentencia nº 4/2022, de 3 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021, del ramo de Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT-). VALENCIA, que se confirma en su integridad.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación a la recurrente Doña C.Z.R..

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Consejera de Cuentas Dª María del Rosario García Álvarez a la sentencia dictada por la Sala de Justicia en el recurso de apelación nº 29/2022, interpuesto contra la sentencia nº 4/2022, de 3 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021, del ramo de Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -E.M.T.-), Valencia.

Mi respetuosa discrepancia con la opinión de la mayoría se expone a continuación como fundamento de mi voto particular.

1.- En primer lugar, se aceptan los antecedentes y los fundamentos primero a sexto por cuanto en los mismos se recoge, por un lado, detalle del *iter* procesal y, por otro, cabal resumen de las alegaciones de la partes y exposición del criterio sostenido por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas respecto de la naturaleza del recurso de apelación.

2.- Mi disenso jurídico se inicia con la argumentación contenida en el fundamento séptimo porque, contrariamente a lo sostenido por la mayoría, considero que la demandada no ostenta la condición de gestor de los fondos públicos y cuentadante.

3.- Ciertamente, como afirma la mayoría, para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener la condición, sea o no funcionario, de gestor de fondos públicos y cuentadante, habida cuenta que la responsabilidad contable se deriva de las cuentas que deban rendir quienes manejan caudales o efectos públicos. A mi entender, en la persona de la demandada y en su condición de Directora responsable del Negociado de Administración de la mercantil demandante no concurrían tales circunstancias tal y como, entre otras muchas, aparecen definidas en la STCu 14/2009, de 8 de julio, FD 5º:

«…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».

4.- Al mismo efecto debe traerse también a colación la STS de 17 de abril de 2002, rec. 7452/2002, cuando, con cita de la de 8 de noviembre de 2006, rec. 4048/2001, señala lo siguiente:

"2. Es de recordar que los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes:

En primer lugar, que sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

En tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestado aplicables al sector público de que se trate o a las personas o entidades perceptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.

3. El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art. 38.1 de dicha Ley establece que quien 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, y el art. 15 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 art. 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 preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurran el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, cabe resaltar que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades

como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

Resulta, pues, obligado concluir 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 u otras ayudas del sector público.

Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces 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. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 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 y en la solvencia de los reparos --art.- 39.2--, a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionales --art. 40--. A mayor abundamiento, el art. 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...", debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que

corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Como ha dicho este Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de "responsabilidad civil frente a la Administración pública", para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999)».

5.- Como se ha dicho, la demandada ostentaba la condición de Directora del Negociado de Administración y su labor consistía en preparar la documentación necesaria para realizar la transferencia que, sin embargo, en modo alguno autorizaba ella. De hecho, la sentencia de instancia recoge como hecho probado no cuestionado por la mayoría que «en el momento de las actuaciones, la autorización electrónica y mancomunada para los pagos recaía en la Gerente de la E.M.T. y la Directora del Área de Gestión. A Doña C.Z.R., como Directora de Negociado de Administración, solamente le correspondía la preparación material de los pagos y la subida de los correspondientes ficheros a la plataforma de la banca en línea».

6.- Si estas eran sus funciones, en mi opinión la trabajadora no tenía una encomienda en la que concurrieran los dos actos que el Tribunal Supremo califica de vital trascendencia y que el criterio de la mayoría se encarga de recordar en el fundamento noveno pero que, a mi parecer, no examina debidamente: 1) cargo o entrega de fondos; y 2) data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos.

7.- No se examina debidamente ni en consecuencia se aplica de forma correcta la jurisprudencia y la propia doctrina de la Sala de Justicia tanto por el voto mayoritario como por la sentencia de instancia que se confirma, porque la demandada no tenía a su cargo la gestión de fondos, no ordenaba, autorizaba, reconocía, liquidaba o pagaba, sino que, como se afirma en la resolución recurrida y se acepta, preparaba una documentación para un pago que otros autorizaban. Llevaba a cabo una labor administrativa más o menos cualificada relacionada con la

documentación y su preparación, lo que es muy diferente a una labor de disposición y de administración de fondos o caudales.

8.- Dicho de otra forma, se confunde tanto en la instancia como en sede de apelación lo que son actos de administración cuya finalidad es la gestión patrimonial, con actos de tipo o naturaleza administrativa más o menos cualificados consistentes en la gestión, preparación y tramitación de documentos. Esta confusión se observa ya en el acta de liquidación pues, al tiempo que se afirma que es una mera preparadora de actuaciones, que no autoriza ni ordena pagos, que es una administrativa que asume funciones que no le corresponden (consideración tercera del acta de liquidación, F. 103 y 103 vuelto de las Actuaciones Previas, en referencia a la documentación remitida el 20 de noviembre de 2020), también se afirma por la delegada instructora (folios 105 a 106, vuelto) que es cuentadante por tener poder de decisión. La confusión entre estos elementos (mera administrativa, extralimitación de funciones, poder de disposición y cuentadante) se evidencia también en la sentencia de instancia y en el voto mayoritario.

9.- En mi opinión, además, la demandada no estaba obligada a rendir cuentas porque no se le entregaban fondos. Como señala la STS de 30 de enero de 2012 al examinar la de esta Sala de fecha 8 de julio de 2009 «la condición de gestor de fondos públicos (…) solo concurre en quien tiene capacidad de disponer sobre ellos» lo que no concurre en quien lleva a cabo una actividad meramente administrativa, porque la disposición está vinculada a la entrega, a la capacidad de gestión, de verificar actos de disposición y de administración del patrimonio.

10.- Así lo ha entendido también la STCu 6/22, de 11 de mayo, que cita la sentencia de instancia, y la STS 1 de diciembre de 2000, Sala de lo Penal, rec. 4657/1998, al señalar esta última que «… tener a su cargo significa, no sólo 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».

11.- No es este el caso, en mi opinión, de la demandada quien no tenía esa capacidad de disposición sobre los fondos de la E.M.T., no era gestora de sus fondos, ni como consecuencia estaba obligada a justificar el destino de unos caudales que no había recibido. La autorización de los pagos recaía en el Gerente de la E.M.T. y en la Directora del Área de gestión, de forma mancomunada, no en la demandada quien carece, por ello, de legitimación pasiva ante el Tribunal de Cuentas.

12.- En cualquier caso, y aun cuando hipotéticamente se aceptara un concepto amplio de gestor de fondos públicos y de cuentadante para llegar a admitir que lo es quien prepara la documentación y la sube en línea para que otros, concretamente el Gerente de la E.M.T. y la Directora del Área de Gestión autoricen electrónica y

mancomunadamente el pago, considero que, en el caso examinado, están ausentes algunos de los requisitos básicos para la exigencia de la responsabilidad contable que el criterio mayoritario recoge a lo largo del fundamento noveno. Concretamente, y dejando de lado el relativo a la infracción de normativa contable al compartir la existencia de un procedimiento interno que pudiera reputarse como tal, del contenido del art. 48 bis apartado 1 y 48 bis.2 párrafo b) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, citados por el voto mayoritario, considero que la imputación de daños a la demandada no supera los tres filtros necesarios de la regla de responsabilidad por negligencia: la causalidad de hecho, la causalidad jurídica y la propia negligencia.

13.-En primer lugar, no puede desconocerse que tanto la sentencia de instancia como el criterio que la confirma dan por establecido y cierto que ha existido una estafa en virtud de la cual la demandada ha sido inducida a colaborar en el fraude a la E.M.T. mediante técnicas de ingeniería social (usurpación de personalidad), habituales en este tipo de ataques. Se afirma, no obstante, que dada la condición de la demandada de gestora de los fondos públicos le era exigible una especial diligencia, prudencia en la administración, de tal forma que debió desplegar una actuación, a tenor de la sentencia de instancia la propia del buen padre o madre de familia, un comportamiento cauteloso conducente a la protección del propio patrimonio, lo que se traslada a los funcionarios. Así, se concluye que, si bien no ha existido dolo, concurre culpa grave introduciendo la diligencia debida como causa excluyente del engaño.

14.- A mi entender, lo que se verifica con esta afirmación es un desplazamiento de la responsabilidad del engaño al sujeto pasivo, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela, de diligencia debida, que eliminaría la perpetración y en última instancia el propio tipo penal de la estafa pues, como señala la STS 630/2009, de 19 de mayo, de la Sala de lo Penal, «una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado».

15.- También recuerda la STS de 23 de diciembre de 2013, de la misma Sala de lo Penal, rec. 593/2013, con cita de las sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, que

«…"un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la

idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa".

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria».

16.- Si se acepta que ha existido estafa (así se inicia el hecho probado primero) es porque se acepta que el engaño ha sido bastante, suficiente e idóneo para provocar el error de actuación que contribuyó a la injusta disminución del patrimonio ajeno. Y si se acepta que hay estafa cuyo elemento esencial es el engaño bastante, no puede acudirse al principio de autotutela y al de especial diligencia para excluir la suficiencia del engaño, para traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a la demandada, sujeto pasivo de un error bastante que le ha llevado a realizar actos que han concluido en el perjuicio de un tercero, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberle permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los estafadores. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es contundente al respecto, sirviendo de ejemplo la STS de 23 de diciembre de 2012, con cita de otras muchas.

17.- No es obstáculo a todo lo anterior el argumento de que nos movemos en el ámbito de la responsabilidad contable y no en el ámbito penal. No lo es porque, en última instancia, se trata de un principio básico del derecho: el sujeto pasivo de una conducta jurídicamente ilícita y dolosa no es culpable de la misma ni debe responder de sus consecuencias.

18.- En efecto, el ordenamiento protege y otorga tutela en sus diferentes vertientes cuando la voluntad se forma viciosamente porque en tal formación concurre un elemento cuya intervención considera el derecho inadmisible. Desde luego existe la tutela penal, como hemos visto, pero también sucede y se otorga en el ámbito puramente civil cuando al sujeto se le engaña dolosamente, cuando con

maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración de voluntad o a realizar actos que sin ellas no hubiera emitido o llevado a cabo (art. 1269 Código Civil).

19.- En el presente supuesto, la demandada sufrió un error provocado por un comportamiento engañoso para conseguir la realización de unos actos preparatorios de documentación que se verificaron solo a consecuencia del error. Concurre un elemento objetivo (el comportamiento engañoso), el ánimo de engañar para obtener bien la emisión de voluntad o la realización de la conducta (*animus decipiendi* o elemento subjetivo), la producción del engaño o error, y, por último, su carácter determinante, es decir, que el error sea determinante de los actos. El error podrá ser la causa inmediata de los actos de la demandada, pero el dolo de un tercero es la causa inmediata del error y mediata de los actos. Se trata, además, de un *dolus malus* y causante del daño (*causam dans*) porque es determinante, puesto que sin él no se hubiesen realizado los actos.

20.- Por ello, considero que, si la demandada ha resultado engañada a través de un engaño bastante y suficiente, desplegado con intención maliciosa y el propósito de obtener un lucro y causar un perjuicio en el patrimonio de la E.M.T., siendo víctima así aquélla de un error, este error sería en todo caso excusable e impeditivo de la exigencia de responsabilidad contable que se demanda. Si el engaño ha producido sus efectos defraudadores ha de reputarse bastante porque sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado una estafa.

21.- En mi opinión no hay elemento alguno que obligue a entender que en materia de exigencia de responsabilidad contable no deba tenerse en cuenta el comportamiento doloso de un tercero, el comportamiento delictivo, y que la conducta de la demandada aparece viciada por la estafa, por el engaño previo. Considero por ello, y con todo el respeto que su decisión me merece, que tanto la sentencia de instancia como el criterio de la mayoría no aciertan al no valorar la incidencia que la estafa, cuya existencia y realidad expresamente reconocen y admiten, ha tenido en la causación del perjuicio patrimonial. Al hacerlo así, además de no valorar la totalidad de los elementos y circunstancias concurrentes, se desplaza la responsabilidad del delito o, en contornos civiles la responsabilidad del dolo, de la maquinación insidiosa, sobre la conducta del sujeto pasivo, de la víctima, culpabilizándola con una exigencia excesiva de autoprotección y de diligencia debida cuando, en realidad, su participación incluso necesaria, fue involuntaria por causa del error producido dolosamente por un tercero (voluntad viciada). La involuntariedad por causa del error elimina la culpabilidad del acto y elimina, como consecuencia, la causalidad jurídica y la aplicación del art. 1902 del Código Civil que exige la prueba directa no sólo del daño, sino de la culpabilidad del acto.

22.- Se ha de insistir en que el engaño es el elemento esencial de la estafa cuya existencia se declara al inicio del hecho probado primero y que el criterio

mayoritario de la Sala no cuestiona, y que el engaño es el que ha ocasionado el error en el sujeto pasivo, la demandada, cuyos actos han estado determinados o causados por ese error, actos que han contribuido a la disposición patrimonial causante del perjuicio pero que, sin embargo, a mi entender no han sido la causa directa del mismo.

23.- Me adentro así aún más en el examen de la relación de causalidad que tampoco considero debidamente cumplida. Por un lado, porque no todos los elementos que condicionan o contribuyen a la producción de un resultado pueden ser jurídicamente considerados como causas del mismo, habida cuenta que no todas las condiciones que integran la secuencia de causalidad material forman parte del reproche objetivo (juicio de imputación, causalidad jurídica), pues no cabe confundir lo que incide o facilita, con lo que produce o determina. Por otro, y como consecuencia, porque es necesario examinar con criterios jurídicos cuál de las condiciones concurrentes es la causa eficiente del daño.

24.- Desde mi punto de vista, la condición más eficaz, la causa eficiente o próxima ha sido el actuar del Banco que no se ajustó al protocolo establecido, consistente en una autorización o firma electrónica y mancomunada por el Gerente y la Directora de Gestión pues, a pesar de que no correspondía a la práctica bancaria establecida por la E.M.T. con C., la entidad bancaria aceptó y tramitó manualmente las transferencias, esto es, con firma manual (hechos probado segundo, tercero y cuarto). Sin este proceder del Banco el daño no se hubiera producido pues, por mucho que hubiera mediado la maquinación dolosa, la estafa no se habría consumado. De hecho, en la única ocasión en que se pusieron en contacto con la E.M.T. se detuvo la novena transferencia (hecho probado quinto). Por consiguiente, es esta condición (no seguir el protocolo bancario establecido) la que tiene una consideración preeminente y jurídicamente relevante como causa del hecho dañoso, aun cuando fueran varias las concurrentes (hechos previos realizados por engaño), al ser la decisiva porque es la realmente determinante del daño, del perjuicio patrimonial.

25.- Para imputar el resultado, de acuerdo con la Sentencia Sala TCu 4/2006, de 29 de marzo, FD 7.º, se debe tratar de una causa eficiente, esto es, necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende, en cuanto el mismo no se habría producido sin la concurrencia de aquélla, de la suficiente importancia para que pueda considerarse como desencadenante del mismo:

«Existe en consecuencia, en el presente caso, un encadenamiento de circunstancias que dieron lugar al daño indemnizable, y como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de septiembre de 1988, en ese necesario encadenamiento de presupuestos básicos para que el resultado resarcible se produzca, se hace precisa una conducta de la suficiente importancia para que pueda considerarse como

desencadenante del mismo, dando lugar con ello a lo que por la doctrina científica civilista se viene denominando causa eficiente, no siendo por tanto preciso, a tales efectos, que el daño originado sea consecuencia directa de dicha causa, siendo suficiente con que la misma fuera necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende».

26.- En el mismo sentido se puede citar la Sentencia de la Sala TCu 6/2012, de 27 de marzo, FD 7.º:

«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 de1 de diciembre de 2005 y de11 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"».

27.- En mi opinión, el hecho relevante por sí mismo que produce el resultado final es el proceder de la entidad bancaria y no los hechos previos llevados a cabo por la demandada, pues su poder causal queda roto por la intervención del dolo de un tercero determinante del engaño que produce un error que vicia la voluntad y que los tiñe de involuntarios.

28.- En definitiva, para concluir y recapitulando, considero que la demandada carece de legitimación pasiva al no ostentar la condición de gestor de fondos públicos y cuentadante, ya que no dispone de los fondos ni los gestiona, sino sus superiores, el Gerente y la Directora del Área de Gestión, pues solo ellos pueden ordenar y ejecutar el pago (junto al Banco como *extraneus*). En todo caso, aun cuando lo fuera y ostentara legitimación, no hay relación de causalidad porque el resultado no es imputable a su conducta, ya que su actuación no es la causa eficiente

desencadenante del daño, sino la estafa de un tercero y el proceder del Banco. Tampoco existe culpa porque sus actos están viciados por un engaño previo suficiente y bastante, por una actuación dolosa de un tercero, determinante de error, tanto si se aborda exclusivamente como vicio de la voluntad o desde la perspectiva de la estafa perpetrada cuya realidad y consumación se establece como premisa, lo que impide que actúen el canon de diligencia debida y el principio de autotutela como causas excluyentes de la suficiencia del engaño. No se superan, por tanto, los tres filtros para exigir la responsabilidad por culpa grave: la causalidad de hecho, la causalidad jurídica y la negligencia. Procedería, en consecuencia, estimar el recurso formulado por la representación de Doña C.Z.R., revocar la sentencia de instancia, estimar la excepción de falta de legitimación pasiva y desestimar la demanda formulada por la empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U. -E.M.T.- y por el Ministerio Fiscal, absolviendo a la demandada, la Sra. Z.R., de los pedimentos en su contra formulados.

En este sentido formulo este Voto Particular, en Madrid a la fecha de la firma electrónica.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 29/22
Procedimiento de Reintegro nº C-102/21
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. -EMT)
VALENCIA

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia, con Voto Particular, dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 5/2023, de 12 de julio. Recurso de apelación nº 39/22 interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre de 2022, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guaro), Málaga. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica en primer lugar la doctrina sobre la naturaleza y límites del recurso de apelación (Sentencias 15/2020, de 30 de septiembre, 2/2021, de 21 de abril, y 8/2021, de 27 de octubre). Respecto a la prescripción acoge la doctrina sobre la determinación del "dies a quo" para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad contable, que se fija en el momento en el que se hacen efectivos los daños a los caudales públicos, con independencia de la fecha en que se hayan realizado los actos que han provocado el menoscabo (Sentencias 5/2019, de 16 de mayo, 5/2021, de 24 de junio y 7/2021, de 23 de julio).

En segundo término, aplica la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo relativa a la existencia de incongruencia mixta o por error en la sentencia de instancia, que establece que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y petitum), y, asimismo, la referente a la incongruencia interna de la sentencia recurrida.

Aplica, asimismo, la doctrina de la Sala de Justicia respecto a los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la existencia de responsabilidad contable por alcance (por todas, Sentencias 3/2009, de 29 de junio, 20/2010, de 7 de octubre, 1/2011, de 28 de febrero, y 3/2023, de 22 de marzo).

Por último, se refiere a la valoración de la prueba por el juzgador de instancia (por todas, Sentencias 26/2017, de 13 de julio, 13/2022, de 22 de septiembre y 3/2023, de 22 de marzo, así como Sentencias 14/2019, de 26 de julio, 15/2020, de 30 de septiembre, y 7/2021, de 23 de julio) y de la facultad de la Sala de Justicia para su revisión (Sentencias 4/2015, de 2 de julio, 17/2019, de 8 de octubre, y 3/2023, de 22 de marzo).

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA nº 5/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 39/22 interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre de 2022, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guaro), Málaga.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó - Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández - Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente sentencia

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021, como consecuencia de los recursos interpuestos contra la sentencia 8/2022, de 26 de septiembre, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento. Han sido apelantes Don S.R.R., representado y defendido por la letrada doña Laura Gurrea Martínez, y Don I.M.S., representado y defendido por el letrado don José Carlos Aguilera Escobar; y apelados el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Guaro.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021 se dictó la sentencia 8/2022 de 26 de septiembre, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"**(1)** Se estiman parcialmente las demandas de responsabilidad contable por alcance interpuestas por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Guaro, y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

1.- Se cifra en DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS DE EURO (261.468,10 €), el principal de los perjuicios ocasionados por alcance a los caudales municipales.

2.- Se declaran responsables contables directos de dicho alcance a DON S.R.R. Y DON I.M.S.

3.- Se condena a los responsables contables directos al pago de la suma de 261.468,10 €, así como al de los intereses legales devengados hasta la completa ejecución de esta sentencia.

4.- El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta del organismo perjudicado.

(2) Sin costas.

SEGUNDO.- La sentencia contiene la relación de hechos probados numerados del primero al decimosexto, que se tienen por reproducidos, y se apoya jurídicamente en los fundamentos enumerados en los correspondientes apartados del primero al séptimo, para concluir en el referido fallo estimatorio parcial de las pretensiones de las demandas presentadas por el Ayuntamiento de Guaro y por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, Don S.R.R., representado y defendido por la letrada doña Laura Gurrea Martínez, y Don I.M.S., representado y defendido por el letrado don José Carlos Aguilera Escobar, interpusieron sendos recursos de apelación contra la misma por escritos de 17 y 18 de octubre de 2022.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento de 27 de octubre 2022 se acordó admitir a trámite los recursos interpuestos y dar traslado de los mismos a las demás partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran, en su caso, formalizar su oposición.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 16 de noviembre 2022, se opuso a los recursos interpuestos e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento, de 24 de noviembre de 2022, se acordó: **1)** Tener por unidos a los autos el escrito de

oposición a los recursos de apelación remitido por el Ministerio Fiscal, con traslado al resto de las partes intervinientes y **2)** Elevar los autos a esta Sala, emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), bajo apercibimiento de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarasen desiertos los recursos y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la citada LJCA.

La personación en esta Sala se produjo por escritos de:

- El Ministerio Fiscal de fecha de 28 de noviembre de 2022.

- El Letrado don José Carlos Aguilera Escobar, en nombre y representación de Don I.M.S., de fecha 1 de diciembre de 2022.

- La Letrada doña Laura Gurrea Martínez, en nombre y representación de Don S.R.R., de fecha 2 de diciembre de 2022.

- Los Letrados doña Marta Rodríguez Vives y don Antonio Martín-Lomeña Guerrero, en nombre y representación del Ayuntamiento de Guaro, de fecha 6 de febrero de 2023.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, al constar la comparecencia de todas las partes y concluso el presente recurso; por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 7 de febrero de 2023 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente. La remisión de estos autos se realizó el 16 de febrero de 2023, conforme consta en la diligencia de la Secretaria de la Sala, expedida en dicha fecha.

OCTAVO. - Por providencia de 3 de julio de 2023 esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 10 de julio de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO. - En la tramitación de estos recursos, rollo 39/22, se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver los presentes recursos de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LOTCu), y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (LFTCu).

SEGUNDO.- Son hechos relevantes que constan de la sentencia recurrida:

1) El 14 de diciembre de 2005 se firmó entre el Ayuntamiento de Guaro y las mercantiles "P.R., S.L." y "P.M.P.M., S.L." un convenio Urbanístico de planeamiento para la clasificación del sector urbanizable "S. Y U.-1", en virtud del cual se ingresaron por las citadas sociedades en la tesorería del Ayuntamiento cuatro talones, por importe total de 871.374,00 €, durante los ejercicios 2005 a 2007.

2) En la gestión de las cantidades ingresadas por las sociedades descritas se infringió la normativa de ordenación urbanística de Andalucía (Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, actualmente derogada en virtud de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de sostenibilidad del territorio de Andalucía), porque dichas cantidades: a) fueron contabilizadas como ingresos presupuestarios bajo el principio de caja única, y no como patrimonio separado del resto de los bienes de la administración municipal; b) no se constituyeron depósitos, que eran indisponibles hasta la aprobación definitiva del planeamiento; y c) no se sujetaron al cumplimientos de gastos de financiación afectada, sino que se destinaron a asumir diversas obligaciones de la entidad municipal.

3) El convenio suscrito no se pudo ejecutar en los términos pactados como consecuencia de las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana de Guaro, que fue aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga el 23 de diciembre de 2009, pues se establecían en él unos parámetros urbanísticos que hacían inviable su desarrollo conforme a lo estipulado. Esta circunstancia motivó que las sociedades solicitaran al Ayuntamiento, con fecha 8 de agosto de 2011, la devolución de las cantidades anticipadas y que interpusieran posteriormente recurso contencioso-administrativo, con fecha 27 de marzo de 2012, contra la desestimación presunta de la reclamación, solicitaban en él que se dejara sin efecto el Convenio, así como la devolución de las cantidades ingresadas en la tesorería municipal.

4) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga resolvió en favor de la pretensión de las sociedades, mediante su sentencia nº 169/2015, de 19 de junio, y declaró, el derecho de las recurrentes a la devolución de 891.374,00 €, más los intereses legales sobre las cantidades entregadas. Contra esta sentencia, el Ayuntamiento de Guaro interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Este recurso fue desestimado por la sentencia nº 2741/2018, de 26 de noviembre, que fue recurrida por el Ayuntamiento en casación ante el Tribunal Supremo. El alto Tribunal inadmitió el recurso mediante providencia de 20 de junio de 2019.

5) La sentencia de la jurisdicción Contencioso-administrativa condena al Ayuntamiento de Guaro a devolver a las sociedades las cantidades que habían sido anticipadas a cuenta del Convenio (871.374,00 €), más los intereses devengados desde que las empresas solicitaron su devolución al Ayuntamiento (8 de agosto de 2011), cuyo importe fue cifrado en la demanda de dichas sociedades en 261.468,10 €, a fecha de 29 de enero de 2020.

6) Las cantidades anticipadas por las sociedades urbanísticas ya no se encontraban en la tesorería municipal, por lo que, por resolución de la Alcaldía de 31 de enero de 2020, se acordó que se comunicaran los hechos al Tribunal de Cuentas, para la posible exigencia, en su caso, de responsabilidad contable.

7) Tras las fases procedimentales de diligencias preliminares y actuaciones previas, se levantó acta de liquidación provisional, de fecha 10 de marzo de 2021, en la que se cuantificó el principal del presunto alcance en 345.000 €, al considerar que los ingresos efectuados en fechas 14 de noviembre de 2005 y 27 de junio de 2006, por los importes respectivos de 346.374 € y 200.000 €, estaban prescritos.

8) Incoado el correspondiente procedimiento jurisdiccional de reintegro por alcance se interpusieron sendas demandas por el Ayuntamiento de Guaro y por el Ministerio Fiscal, en virtud de las cuales se solicitó la condena de Don S.R.R. y Don I.M.S., quienes, como alcalde e interventor, habían gestionado los fondos ingresados por las sociedades urbanísticas durante los ejercicios 2005 a 2007; y la restitución al Ayuntamiento de Guaro del importe de las cantidades gastadas en su totalidad, que ascendieron 871.374,00 €, más los intereses legales devengados desde su cuantificación incrementados con los intereses judiciales desde su interpelación.

9) La resolución recurrida desestimó las demandas en cuanto a la solicitud de reintegro al Ayuntamiento de Guaro de 871.374,00 €, pero condenó a los demandados, de forma solidaria, al pago de 261.468,10 €, en concepto de principal del alcance, que se corresponde con los intereses solicitados por las sociedades "P.R., S.L." y "P.M.P.M., S.L.", en la demanda ejecutiva presentada en la vía contencioso-administrativa, desde el 8 de agosto de 2011 al 29 de enero de 2020.

10) El Sr. R. ocupó el cargo de alcalde del Ayuntamiento de Guaro desde el 21 de diciembre de 1991 hasta el 16 de junio de 2012. El Sr. M.S. fue interventor de dicho Ayuntamiento del 21 de diciembre de 1991 al 30 de abril de 2018.

TERCERO.- Las representaciones procesales de los apelantes en sus respectivos escritos de impugnación solicitan que se dicte sentencia en la que se estimen

íntegramente los recursos y se declare la inexistencia de responsabilidad contable de sus representados.

Ambas representaciones sustentan sus recursos, de contenido casi idéntico, en las siguientes consideraciones: 1ª) La prescripción de la posible responsabilidad contable; 2ª) Incongruencia mixta o por error en que ha incurrido la sentencia; 3ª) Incongruencia interna de la sentencia; y 4ª) No concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad contable por alcance. La representación de Don I.M.S. añade a lo anterior que se ha producido un error, por omisión, en la valoración de la prueba.

Fundamentan las consideraciones expuestas en las siguientes alegaciones:

1ª) SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Los recurrentes oponen a la sentencia de instancia que, como se expuso en el acta de liquidación provisional, el perjuicio a los caudales públicos determinante de la responsabilidad contable por alcance se originó con los ingresos sucesivos de los cuatro talones en la tesorería del Ayuntamiento, durante los ejercicios 2005 a 2007, con infracción en su contabilización y gestión de la normativa de Ordenación Urbanística de Andalucía. En consecuencia, alegan que la fecha para iniciar el cómputo de la prescripción no es el día en que adquirió firmeza la sentencia contencioso-administrativa, que condena al Ayuntamiento de Guaro a la devolución de las cantidades ingresadas en aplicación del Convenio urbanístico suscrito, sino la fecha del último talón ingresado en la Tesorería del Ayuntamiento (30 de febrero de 2007). Consideran que interrumpe la prescripción la resolución de la Alcaldía de 29 de enero de 2020, por la que se acuerda que los hechos se pongan en conocimiento de este Tribunal, aunque reconocen que dicha actuación no llegó a su conocimiento hasta que se les comunicó el inicio de las actuaciones previas en enero de 2021.

Sostienen que esta divergencia permite impugnar la decisión de la sentencia sobre la prescripción, porque: sea porque no cabe hablar de prescripción de responsabilidad contable con relación a hechos que no han generado un daño a los caudales públicos del Ayuntamiento; o bien porque la responsabilidad contable, en el caso de que se hubiera derivado de dichos hechos algún daño antijurídico y culpable desde el punto de vista contable y presupuestario, habría prescrito.

2ª) SOBRE LA INCONGRUENCIA MIXTA O POR ERROR

En relación con este motivo de recurso, las partes alegan que:

a) La sentencia de instancia, al condenar al pago de los intereses generados por no haber sido devueltas a tiempo las cantidades ingresadas a cuenta del convenio urbanístico, resuelve fuera del límite de las pretensiones de las partes y condena por algo distinto a lo solicitado.

b) La "ratio decidendi" de la sentencia, en cuanto a que "los intereses se han generado por no haber procedido a la devolución de las cantidades cuando fue solicitado por las mercantiles", se apoya en una pretensión ajena al debate procesal planteado, situándose al margen del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes.

3ª) SOBRE LA INCONGRUENCIA INTERNA

Las partes alegan que la resolución recurrida ha incurrido en una contradicción interna entre su fundamentación y su parte dispositiva, ya que en algunos párrafos de la misma establece literalmente que no es posible hablar de un perjuicio económico cuyo resarcimiento quepa exigir a los demandados, a los que, sin embargo, se condena como responsables del daño causado a los caudales públicos por su mala gestión.

4ª) SOBRE LA FALTA DE PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

Las partes alegan que en el "análisis de la efectividad del daño antijurídico", del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de instancia no se aprecia vulneración de normas presupuestarias y contables; tampoco que se haya producido un menoscabo efectivo e individualizado con relación a determinados caudales públicos y evaluable económicamente; y tampoco que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño efectivamente producido.

5ª) SOBRE EL ERROR POR OMISIÓN EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La representación procesal de Don I.M.S. alega que la sentencia de instancia no ha valorado los documentos que obran en el procedimiento sobre el destino concreto otorgado por los demandados a las cantidades ingresadas por las sociedades en la Tesorería del Ayuntamiento de Guaro, como consecuencia del convenio urbanístico.

CUARTO.- La oposición del Ministerio Fiscal a los recursos de apelación se fundamenta en las siguientes razones:

a) El perjuicio en los fondos municipales no se originó con el ingreso de los talones en las arcas municipales, sino cuando adquirió firmeza la sentencia de lo contencioso-administrativo (25 de junio 2019) que obligó al Ayuntamiento de Guaro a restituir las cantidades recibidas, que ya no se encontraban en la Tesorería municipal. La consecuencia es que la responsabilidad contable derivada de ese proceder no está prescrita.

b) El pago de los intereses, por importe de 261.468,10 €, que en la sentencia se declara alcance, había sido solicitado en las demandas por el Ayuntamiento de Guaro en condición de intereses legales y por el Ministerio Fiscal como intereses del artículo 71.4 de la LFTCu.

c) No se ha producido contradicción entre los fundamentos jurídicos y fácticos de la sentencia y el fallo.

d) El destino dado a los fondos es irrelevante, dado que el alcance no deriva de la aplicación de éstos, sino del hecho de que se hayan debido pagar los intereses, que es el que ocasiona el perjuicio a las arcas municipales.

QUINTO.- Para resolver las impugnaciones planteadas, resulta obligado partir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias 436/2020, de 15 de julio, 419/2021, de 21 de junio, 611/32021, de 20 de septiembre, y 308/2022, de 19 de abril), conforme a la cual el recurso de apelación es un recurso ordinario, que permite al Tribunal competente para resolverla abordar la cuestión fáctica y jurídica planteada en la instancia.

Esta Sala de Justicia (Sentencias 15/2020, de 30 de septiembre, 2/2021, de 21 de abril, y 8/2021, de 27 de octubre) ha establecido que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del órgano de instancia; resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido; e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Para resolver los recursos interpuestos, es preciso abordar en primer lugar es si se ha producido la prescripción de la responsabilidad contable como argumentan las representaciones de los apelantes.

La sentencia impugnada imputa a los demandados (hoy apelantes) una conducta antijurídica y culpable en la gestión de los fondos provenientes de los aprovechamientos a cuenta del convenio urbanístico. Concurren en ella dos elementos que se produjeron en fechas distintas y a los que se atribuye distinta eficacia desde el punto de vista de la responsabilidad contable. A saber:

a) La infracción presupuestaria y contable durante los ejercicios 2005 a 2007. De ella no cabe derivar responsabilidad contable por alcance, pues aunque en la gestión de los fondos ingresados no se observaron las obligaciones legalmente impuestas por la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (derogada con efectos de 23 de diciembre de 2021 por la Disposición derogatoria única de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la

sostenibilidad del territorio de Andalucía), no se asocia a la producción de un daño antijurídico: no hubo menoscabo de los caudales públicos por el importe de los ingresos percibidos.

La sentencia apelada establece que "el Ayuntamiento recibió dichas cantidades como aprovechamientos urbanísticos en virtud de un acuerdo entre las partes, el ingreso de los talones incrementó el patrimonio municipal, pero ninguno de estos actos por sí sólo es generador de un daño (…)".

b) El daño a los caudales públicos que se produjo (en el año 2019) cuando adquirió firmeza la sentencia 17242/2018, de 26 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirma la sentencia condenatoria 169/2015, de 19 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga, que condenó al Ayuntamiento de Guaro a la devolución de las cantidades recibidas de las sociedades que suscribieron el convenio más los intereses, y se constató que dichas cantidades no estaban en la tesorería.

Desde este punto de partida y conforme a la doctrina establecida por esta Sala (Sentencias 9/2011, de 29 de junio; 9/2015, y 10/2015, ambas de 15 de diciembre) de que el elemento determinante de la responsabilidad contable es el detrimento patrimonial real, efectivo, evaluable económicamente e identificado en caudales o efectos públicos, la sentencia de instancia consideró que la responsabilidad contable no había prescrito, pues desde que se ocasionó el daño efectivo a los caudales públicos (2019) hasta la resolución de la Alcaldía de Guaro de 29 de enero de 2020, por la que se pusieron los hechos en conocimiento de este Tribunal, no había transcurrido el plazo de cinco años establecido en la Disposición Adicional Tercera.1 de la LFTCu. El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición a los recursos interpuestos, sostiene el mismo criterio.

Los recurrentes, se oponen a esta interpretación, que sitúa el daño a los caudales públicos doce años después de que se cometieran las infracciones contables y presupuestarias, pues en dicho momento ya no eran ni alcalde ni secretario-interventor, no cabía atribuirles participación alguna en el devenir del recurso contencioso-administrativo y tampoco en el fallo de éste. Sostienen, en similares términos a lo argumentado por la delegada instructora en el acta de liquidación provisional suscrita el 10 de marzo de 2021, que el hecho determinante de la responsabilidad contable viene constituido por el ingreso sucesivo de los cuatro talones en la Tesorería del Ayuntamiento por las empresas firmantes del convenio urbanístico (2005, 2006 y 2007). Y concluyen, que:

1.- O bien no cabe hablar de prescripción, pues se trata de hechos que según la sentencia de instancia no han generado responsabilidad contable.

2.- O, en el caso de que de dichos hechos se hubiera derivado un perjuicio a los fondos del Ayuntamiento de Guaro, susceptible de generar responsabilidad contable por alcance, la exigibilidad de este daño en la vía contable habría prescrito, pues desde la fecha del último talón ingresado en la Tesorería del Ayuntamiento (30 de febrero de 2007) hasta la resolución del Alcalde que acordó que los hechos se pusieran en conocimiento del Tribunal de Cuentas (29 de enero de 2020), habían transcurrido más de cinco años a los que se refiere la Disposición Adicional Tercera. 1 de la LFTCu.

La Disposición Adicional Tercera de la LFTCu establece que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos. Regula también 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.

Esta Sala de Justicia ha establecido que el "*dies a quo"* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad contable es el momento en el que se hacen efectivos los daños a los caudales públicos, con independencia de la fecha en que se hayan realizado los actos que hayan provocado el menoscabo. Con arreglo a este criterio ha considerado que, en materia de gastos injustificados, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad contable por haber pagado con fondos públicos cantidades no adeudadas comienza a correr, no con la emisión de la factura, ni con el vencimiento del plazo para su pago, sino cuando éste se hace efectivo (Sentencias 5/2019, de 16 de mayo, 5/2021, de 24 de junio y 7/2021, de 23 de julio).

El artículo 1969 del Código Civil, sin embargo, fija como día inicial para el ejercicio de las acciones personales aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir], es decir: que para que comience a correr la prescripción es necesario que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (STS 6/2015, de 13 de enero, 279/2020, de 10 de junio y 326/2020, de 22 de junio).

Para resolver si se ha producido la prescripción alegada en los recursos de autos y dilucidar si existe la responsabilidad contable que se reclama en las demandas, es preciso partir de que la sentencia de instancia distingue, en su fundamento jurídico quinto, relativo al análisis de la efectividad del daño antijurídico, dos hechos:

a) El gasto de las cantidades anticipadas a cuenta del convenio durante los ejercicios 2005 a 2007, que se llevó a cabo sin cumplir lo previsto en la LOUA. Y

b) La vía contencioso-administrativa abierta como consecuencia de la posible ineficacia del convenio, por efecto de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbanística de Guaro (2009).

Del primer hecho, según la sentencia apelada, no se desprende daño alguno a los caudales públicos del que nazca una obligación de reintegro a favor del Ayuntamiento de Guaro, ya que.

"**(40)** (…) lo que queda afectado a finalidades concretas es el ingreso, no el dinero en metálico, en virtud del principio de unidad de caja que es de aplicación a la gestión financiera de las entidades locales, esto es, que los fondos líquidos que entran en la tesorería están destinados a satisfacer el conjunto de necesidades de pago de la entidad (…).

(42) (…) los cobros se han integrado en la tesorería del Ayuntamiento y se han destinado a la realización de los pagos derivados de las distintas obligaciones asumidas por la entidad, por lo que no habría menoscabo de los caudales públicos en el importe de los cobros percibidos.

(49) (…) no habría menoscabo de los caudales públicos en el importe de los cobros recibidos porque los gastos se realizaron para satisfacer necesidades municipales, aunque haya quedado incierto su destino concreto, dada la imposibilidad de trazabilidad del dinero por el principio de Caja única.

(50) (…) exigir a los demandados el reintegro al Ayuntamiento de esas cantidades dispuestas para finalidades públicas supondría un desplazamiento del patrimonio personal de los gestores públicos a la Corporación municipal que provocaría un aumento de la tesorería municipal sin que haya existido un daño patrimonial o económico que resarcir (…). Reintegrar al Ayuntamiento las cantidades que recibió de las mercantiles supondría enriquecimiento injusto (…).

(52) (…) una Administración que sirve con objetividad los intereses generales y debe ajustar su actuación a la Ley y al Derecho, como es el Ayuntamiento demandante, no puede desconocer que con los ingresos recibidos satisfizo necesidades públicas (…). Por ello, es el Ayuntamiento y no los demandados quien debe responder de la devolución del importe de los ingresos efectuados por las empresas (…)".

De lo anteriormente expuesto, esta Sala debe concluir que no opera la prescripción de la responsabilidad contable que alegan los apelantes respecto de la gestión de los ingresos efectuados en la tesorería del Ayuntamiento durante los ejercicios 2005 a

2007, ya que tales hechos no han generado dicha responsabilidad conforme a la propia sentencia de instancia.

El segundo hecho sobre el que se pronuncia la resolución recurrida es el resultado de la vía contencioso-administrativa a la que acudieron las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L. "para dejar sin efecto el convenio urbanístico suscrito el 14 de diciembre de 2005, una vez aprobado el Plan General de Ordenación Urbana de Guaro el 23 de diciembre de 2009 y requerir la devolución por parte del Ayuntamiento de Guaro de las cantidades ingresadas en la tesorería municipal (891.734 €), más los intereses legales..

Conforme a los hechos probados de la resolución recurrida, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dichas sociedades contra la desestimación presunta de la reclamación de devolución de las cantidades ingresadas planteada el 8 de agosto de 2011, se resolvió por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº 2741/2018, de 26 de noviembre, que confirmó la sentencia nº 169/2015, de 19 de junio de 2015, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 7 de Málaga. Dicha resolución adquirió firmeza el 25 de junio de 2019, tras la desestimación por el Tribunal Supremo del recurso de casación interpuesto por providencia de 20 de junio de 2019.

La citada sentencia firme declara ineficaz el convenio suscrito en 2005 y condena al Ayuntamiento de Guaro a la devolución a las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L." de las cantidades que habían sido anticipadas a cuenta (871.374,00 €), más los intereses devengados desde el día en que dichas sociedades solicitaron al Ayuntamiento de Guaro su devolución (8 de agosto de 2011). El importe de estos intereses fue cifrado, a fecha de 29 de enero de 2020, en la demanda ejecutiva presentada por dichas sociedades ante la jurisdicción contencioso-administrativa en la cantidad de 261.468,10 €.

La sentencia apelada considera que "(…) el perjuicio causado a los caudales públicos ocasionado por la mala gestión de los responsables se corresponde, en consecuencia, con el importe de los intereses que se hayan generado desde que se debió proceder a la devolución de las cantidades, puesto que este pago sí representa un menoscabo efectivo e individualizado en relación con determinados caudales o efectos, y evaluable económicamente. (…) . (…) El pago por la Corporación municipal de esa cantidad en concepto de intereses sí constituye a juicio de esta Consejera, y como se ha expresado, un daño indemnizable".

La exigibilidad en la vía contable de la responsabilidad que se pudiera derivar de este hecho no habría prescrito, en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, porque desde la condena al Ayuntamiento de Guaro a devolver las cantidades ingresadas en virtud del convenio urbanístico suscrito, más los intereses

devengados, por sentencia firme de (25 de junio de 2019) hasta que tuvieron conocimiento de la existencia de las actuaciones previas de (enero de 2021) no habrían transcurrido los cinco años a los que se refiere el número 1. de la citada Disposición Adicional. Tampoco habrían transcurrido los tres años desde la sentencia firme dictada en vía contenciosa a los que se refiere, como plazo excepcional de prescripción, el número 2 de dicha disposición.

Todo ello al margen de lo que se resuelva sobre la efectiva concurrencia del daño a los fondos públicos que pueda dar origen a la exigencia de responsabilidad contable.

SEXTO. - Como segundo motivo de apelación, los recurrentes argumentan que la sentencia adolece de incongruencia mixta o por error.

Consideran que la resolución impugnada, al cifrar el principal del alcance en los intereses generados como consecuencia de no haberse devuelto a las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L. " los aprovechamientos del convenio urbanístico cuando fueron solicitados, incurre en incongruencia, porque: a) resuelve fuera del límite de las pretensiones de las partes; y b) no ha sido objeto de debate procesal la fundamentación jurídica que establece la sentencia, en virtud de la cual "los intereses se han generado por no haber procedido a la devolución de las cantidades cuando fue solicitado por las mercantiles".

El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición a los recursos, niega que se haya incurrido en dicho defecto procesal, al considerar que el alcance se origina, según la sentencia de instancia, por el pago de los intereses que derivan de una conducta gravemente negligente; y que dichos intereses sí que habían sido solicitados en las demandas del Ayuntamiento de Guaro, como intereses legales, y del Ministerio Fiscal, como intereses del artículo 71.4 de la LFTCu.

El artículo 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone que "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito". Asimismo, establece que "el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y petitum). Respecto a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la motiva, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, ni alterar de oficio la acción ejercitada, pues ello supondría que se dictaran sin

oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi» (sentencias del Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo, 169/2013, de 7 de octubre, y 61/2019, de 6 de mayo).

Este deber de congruencia, sin embargo, ha sido atemperado por el Tribunal Supremo que ha ido matizando este deber, en el sentido de que "dentro del mismo la respuesta judicial se mueve con flexibilidad siempre que se produzca conforme a esos límites (sin otorgar más de lo pedido -pero sí menos- y sin conceder algo no pedido o fuera del contenido de la pretensión" (STS: 562/2021, de 26 de julio, 611/2021, de 20 de septiembre, y 14/2022 de 24 marzo). La congruencia, como ha establecido el Tribunal Supremo en sus Sentencias 419/2021 de 21 junio, y 14/2022 de 24 marzo, es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con la adopción de un punto de vista jurídico distinto, con tal de que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión, como establece la LEC.

A efectos de concluir si concurre o no en el presente caso una extralimitación del fallo de la sentencia recurrida en relación con la pretensión deducida en las demandas, causante de indefensión, resulta obligado partir de las consideraciones siguientes:

-Tanto la demanda del Ministerio Fiscal como la del Ayuntamiento de Guaro consideraron que se había producido un perjuicio económico a la entidad municipal ante la falta de justificación del destino dado a los ingresos provenientes del Convenio urbanístico (suscrito el 14 de noviembre de 2005 por las mercantiles "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L.." y la citada corporación) por importe de 871.374,00 €.

-Según las demandas, en la gestión de esos fondos, los anteriores alcalde e interventor del Ayuntamiento habían infringido la normativa presupuestaria y contable establecida en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), debido a que:

a) Las cantidades entregadas se contabilizaron como ingresos presupuestarios que se incluyeron en las partidas presupuestarias del capítulo IV y V, sin que se asignaran a un gasto concreto, sin haber constituido un patrimonio separado, y, como consecuencia de lo anterior, sin posibilidad de controlar el empleo de dichos fondos, en los términos del artículo 70.2 de la LOUA.

b) Las cantidades ingresadas en virtud del convenio urbanístico se gastaron en virtud del principio de caja única, cuando eran ingresos afectados que sólo podían reinvertirse en patrimonio público del suelo (artículo 39 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo, -derogado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

c) Con el gasto realizado con dichos ingresos, se infringió el artículo 30.3 de la LOUA, que obliga a constituir un depósito, que deviene indisponible hasta la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento.

El resultado de esta actuación motivó, tal y como refirió la Interventora del Ayuntamiento de Guaro en su informe de 14 de diciembre de 2021, la falta de constancia del destino dado a los referidos ingresos, ya fuera para fines urbanísticos, o para otros fines municipales. Esta circunstancia dio lugar a que en los escritos de demanda se solicitara la condena a los demandados al pago de 891.374,00 €, más los intereses legales devengados desde la fecha de su cuantificación, incrementados en los intereses judiciales desde la interpelación, cantidades que serían determinadas en ejecución de sentencia, en el caso de la presentada por la representación del Ayuntamiento de Guaro. En la interpuesta por el Ministerio Fiscal, además del pago de los 891.374,00 €, se solicitaba que se condenara a los demandados al pago de los intereses de demora, según el artículo 71.4ª. e) de la LFTCu.

La sentencia recurrida parte de los hechos recogidos en las demandas y las contestaciones sobre los que versó el juicio, y establece que de los mismos no se desprende responsabilidad contable alguna, pues aunque en la gestión de los fondos ingresados se había incumplido la obligación legal de afectación de los ingresos procedentes del Convenio Urbanístico; no se constituyó el depósito exigido legalmente, los ingresos no se afectaron a ningún gasto concreto de los previstos en la legislación del suelo y se destinaron a pagos derivados de obligaciones asumidas por la entidad, lo cierto es que dicha infracción legal no produjo un daño antijurídico. Estableció por ello que no existió menoscabo de los caudales públicos por el importe de 891.374,00 €.

También puso de manifiesto que al haberse gastado en diversas finalidades públicas ingresos que debieran haber constituido depósitos afectados al cumplimiento del Convenio, el Ayuntamiento de Guaro no pudo devolver las cantidades anticipadas a las sociedades urbanísticas cuando le fueron solicitadas. La consecuencia fue que la sentencia contencioso-administrativa condenó por una cantidad mayor de la que había sido anticipada, por efecto de los intereses devengados, cuantificados en la demanda ejecutiva de aquellas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en la cantidad de 261.468,10 €. Como consecuencia, responsabilizó a los demandados por la condena al Ayuntamiento al pago de estos intereses, que consideró como principal del alcance, y les condenó a reintegrar a los fondos municipales dicha cantidad, más los intereses legales devengados hasta la completa ejecución de la sentencia.

De lo expuesto, esta Sala concluye que la resolución recurrida no resuelve dentro del límite de las pretensiones de las partes, por cuanto:

a) El Ayuntamiento de Guaro interpuso su demanda contra Don S.R.R. y Don I.M.S., como responsables solidarios por la suma total de OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS (891.374,00 €) de principal más los intereses legales devengados desde la determinación del alcance hasta la fecha de su efectivo pago.

b) El Ministerio Fiscal, en su escrito de demanda, solicitó que se cifraran los perjuicios causados a los caudales públicos en 891.374,00 €; que se declarara a los demandados responsables contables directos y solidarios de dicha cantidad; que se condenara a los declarados responsables contables a su pago para su reintegro al Ayuntamiento de Guaro; y que se condenara a los demandados al pago de los intereses de demora, según el artículo 71.4ª. e) de la LFTCu.

Sin embargo, la sentencia concluye con relación a los ingresos efectuados en la tesorería del Ayuntamiento durante los ejercicios 2005 a 2007, que constituye el objeto del proceso de instancia, que no ha existido daño a los caudales públicos y, en consecuencia, que no cabe apreciar responsabilidad contable.

Esta Sala de Justicia se ha pronunciado sobre los intereses a los que se refiere el artículo 71.4ª. e) de la LFTCu. En la Sentencia 26/2004, de 9 de diciembre, estableció que << (…) junto con la obligación de reintegro, los alcances causados a los caudales o efectos públicos producen el devengo "ope legis" de intereses desde el día en que tuvieron lugar, los cuales han de calificarse como "compensatorios" (…), dado que se conciben como la retribución o el rendimiento correspondiente a la Hacienda Pública perjudicada por la circunstancia de encontrarse ilícitamente desprovista de los caudales o efectos públicos durante un tiempo determinado, como consecuencia de que el responsable contable ha estado gozando y disponiendo de su uso".

En términos similares, la Sentencia de esta Sala 25/2009, de 11 de noviembre, dispuso que "A propósito de los intereses (…) en el ámbito de la responsabilidad contable es aplicable el principio de "restitutio in integrum" como derecho de la Hacienda Pública (…).La legislación propia del Tribunal de Cuentas, en concordancia con la legislación presupuestaria, 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-.

En consecuencia, la incorporación de los intereses a las cantidades alcanzadas tiene por objeto obtener el total resarcimiento de los daños y perjuicios causados, pues sólo de esta manera se restituyen íntegramente los fondos alcanzados".

De lo expuesto se concluye que los intereses del artículo 71.4ª. e) de la LFTCu son consecuencia de la condena al pago del importe en que se cifren los daños y perjuicios causados a los bienes, caudales o efectos públicos.

Para condenar al pago de los intereses generados desde que las sociedades urbanísticas solicitaron la devolución de las cantidades anticipadas en virtud del convenio suscrito (8 de agosto de 2011), hubiera sido preciso que la resolución apelada condenara al principal del alcance y a los intereses de éste en concordancia con lo solicitado en las respectivas demandas.

La resolución recurrida, al condenar al pago de los intereses que las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L.." habían solicitado en la demanda ejecutiva presentada en la vía contencioso-administrativa, introdujo un hecho nuevo, porque:

-La apertura de la vía contencioso-administrativa, base de la condena por alcance de la sentencia recurrida, figura en la demanda presentada por el Ayuntamiento de Guaro únicamente como un elemento del que derivar el *dies a quo* del plazo de la prescripción. Con la sentencia firme dictada en lo contencioso (20 de junio de 2019) el Ayuntamiento demandante se hizo consciente, conforme a su demanda, de que las arcas estaban vacías, e instó la tutela en la vía contable. Por ello, las defensas de los demandados en sus contestaciones a la demanda se dirigieron a impugnar dicho hecho como determinante del plazo de prescripción, y a demostrar que con anterioridad el Ayuntamiento pudo y debió obtener conocimiento de que los ingresos se habían gastado conforme a la práctica de la caja única.

-En el juicio se practicaron todas las pruebas admitidas en la audiencia previa por la Consejera de instancia: los interrogatorios de los dos demandados y la testifical/pericial de las dos interventoras que habían participado en la elaboración de los Informes aportados a las actuaciones a instancias de la delegada instructora en relación con la reconstrucción de la contabilidad presupuestaria en los ejercicios 2005 a 2007, elaborada a partir de un programa informático. La prueba versó sobre: a) si era posible comprobar el destino que se había dado a los fondos provenientes de los aprovechamientos urbanísticos en los ejercicios 2005 a 2007; b) si los gastos financiados con ellos tenían un respaldo presupuestario y contable; y c) si se habían formulado reparos a dicha gestión o se habían establecido mecanismos de corrección presupuestaria.

La condena al pago de los intereses solicitados en la demanda ejecutiva presentada por las sociedades "P.R., S.L." y "P.M.P.M., S.L." en la vía contencioso-administrativa infringió el principio de contradicción, modificó los términos del debate procesal, y produjo indefensión a los demandados, que no tuvieron conocimiento del alcance de la controversia y no pudieron actuar adecuadamente en

defensa de sus intereses (STS 91/2010, de 15 de noviembre, 61/2019, de 6 de mayo y 207/2022 de 15 marzo).

SÉPTIMO.- Los recurrentes alegan también la incongruencia interna de la sentencia por existir una contradicción entre su fundamentación y su parte dispositiva. Argumentan que la resolución recurrida elimina toda responsabilidad contable derivada de la gestión de los fondos provenientes de los aprovechamientos, efectuada en los ejercicios 2005 a 2007 por los anteriores alcalde e interventor, puesto que los ingresos realizados se gastaron en necesidades municipales y, por tanto, no hubo pagos indebidos. Consideran que tal conclusión debería reflejarse en el fallo de dicha resolución, que debería por ello desestimar íntegramente las demandas formuladas por los demandantes, en vez de condenar por un alcance cifrado en el importe de los intereses generados como consecuencia de esa supuesta mala gestión.

El Tribunal Supremo ha establecido que la llamada congruencia interna se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo (Sentencias 215/2020, de 1 junio, 2/2021 de 12 febrero, y 595/2022 de 6 septiembre).

Esta contradicción puede originarse "por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -*ratio decidendi*- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos" (STS 278/2022, de 31 de marzo, y 672/2022, de 17 octubre).

Estos supuestos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo 215/2020, de 1 junio, "como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero, 140/2006, de 8 de mayo, y 127/2008, de 27 de octubre)".

La Sentencia del Tribunal Supremo 595/2022, de 6 septiembre, ha establecido que la exigencia del artículo 218.2, in fine, de la LEC, de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón, debe referirse a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si son lógicas la interpretación jurídica y la conclusión de tal naturaleza efectuadas por la resolución recurrida.

La Sentencia del Tribunal Supremo 215/2020, de 1 de junio, aclara que la lógica a la que se refiere el artículo 218.2 de la LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de éstas.

En el presente caso, esta Sala no aprecia tal contradicción, pues con independencia del acierto o no de la resolución impugnada, en sus fundamentos jurídicos queda adecuadamente razonado su fallo. En efecto, para la determinación de la responsabilidad contable de los gestores de los fondos provenientes de los aprovechamientos, la resolución distingue entre:

a) Los gastos financiados con los ingresos provenientes de los aprovechamientos, consecuencia del Convenio urbanístico durante los ejercicios 2005 a 2007, sin el respaldo presupuestario y contable, a los que no atribuye responsabilidad contable, por tratarse de infracciones de la normativa de ordenación urbana que, por sí solas, no llevan aparejado daño a los caudales públicos.

b) Los intereses generados, por importe de 261.468,10 €, como consecuencia de no encontrarse las cantidades ingresadas por las sociedades urbanísticas a disposición del Ayuntamiento cuando se solicitó su devolución, y a cuyo pago fue condenado aquél en la vía contencioso-administrativa, que conforme a la resolución recurrida sí han generado un daño efectivo a los caudales, que debe ser indemnizado.

OCTAVO.- Los apelantes discrepan también del contenido de la resolución de primera instancia, en lo que se refiere a "la condena al ayuntamiento a devolver no solo la cantidad que recibió de las mercantiles, sino la obligación de pagar los intereses de esa cantidad, genera un daño económico, efectivo, y real en el patrimonio municipal, que es lo que constituye la base de la pretensión de los demandantes y provoca el efecto indemnizatorio que deriva de la responsabilidad contable". Alegan que en dicho alcance no concurren los elementos necesarios de la responsabilidad contable.

Esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 3/2009, de 29 de junio, 20/2010, de 7 de octubre, 1/2011, de 28 de febrero, y 3/2023, de 22 de marzo), ha establecido los requisitos necesarios que se han de dar para la exigencia de responsabilidad contable, que son los siguientes:

a) Daño o perjuicio en los caudales públicos, que resulte de las cuentas que rindan o deban rendir quienes en sentido amplio tengan a su cargo el manejo de caudales o fondos públicos.

b) Que el alcance contable esté originado por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de dichos caudales.

c) Infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad.

d) Relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido;

El artículo 72.1 de la LFTCu regula el concepto de alcance en los siguientes términos: "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".

Aplicando lo anterior, en el presente supuesto, falta un requisito esencial para que quepa constatar la existencia de alcance, es decir, para que se haya producido un daño que revista la forma de un saldo deudor injustificado.

Este Sala ha reiterado (Sentencias 16/2009, de 22 de julio, 6/2015, de 11 de noviembre, 18/2016, de 14 de diciembre, 26/2017, de 13 de julio, y 34/2017, de 28 de noviembre) que es necesario, para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance**,** 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.

En el proceso contable, la carga de la prueba recae sobre quien afirma los hechos, conforme al artículo 217 de la LEC, de forma que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba recaerán en quien tenga la carga de la misma. Así lo recogen, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 144/2014, de 13 de marzo, 473/2015, de 31 de julio, o, más recientemente, 221/2022, de 22 de marzo, 358/2022, de 4 de mayo; 493/2022, de 22 de junio, y 653/2022, de 11 de octubre.

No consta acreditado en los autos que el Ayuntamiento de Guaro haya abonado la cantidad de 261.468,10 €, correspondiente a los intereses solicitados por las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L." en la demanda ejecutiva presentada en la vía contencioso-administrativa. No existe en los autos constancia alguna de que se haya producido una salida de fondos de las arcas municipales o desembolso efectivo por este concepto, del que pudiera responsabilizarse a los anteriores gestores de los fondos ingresados en la tesorería del Ayuntamiento. Únicamente consta en las actuaciones que se interpuso la demanda ejecutiva en la vía contenciosa con fecha 29 de enero de 2020 y que se procedió a la apertura de la fase de ejecución. Pero no que se formalizara pago alguno por el Ayuntamiento en concepto de adelanto, consignación, o embargo de bienes o derechos que pudieran asimilarse a una salida de fondos o a un saldo deudor injustificado.

La pérdida patrimonial que se pudiera ocasionar por el cumplimiento por el Ayuntamiento de Guaro de la condena al pago de los intereses solicitados en la demanda ejecutiva por las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L.." en la vía contencioso-administrativa no procede de las cuentas que deban rendir los que

manejan caudales públicos, sino de un título válido: la sentencia contencioso-administrativa que condena a la devolución de las cantidades depositadas por dichas sociedades en virtud del Convenio urbanístico suscrito, más el pago de los intereses devengados.

También falta el nexo causal entre la actuación de los demandados y el daño patrimonial que se pudiera producir, ya que para que exista aquél es necesario que los hechos les sean directamente atribuibles. Es causa eficiente para producir el daño aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, de manera que sea por sí misma suficiente y adecuada para dar lugar al quebrantamiento patrimonial injusto.

En el presente supuesto no se produce la necesaria relación de causa efecto entre la actitud de los demandados al gastar los ingresos recibidos de las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L.." en los ejercicios 2005 a 2007 sin el respaldo presupuestario y contable y los intereses generados como consecuencia de no devolver las cantidades a tiempo cuando fueron solicitadas por aquéllas, porque:

a) Dichos intereses se generaron como consecuencia del proceso contencioso-administrativo incoado, en el ejercicio de la acción para obtener la tutela judicial efectiva de los gestores de los aprovechamientos anticipados, para determinar si la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, el 23 de diciembre de 2019, condicionaba la aplicación del Convenio urbanístico suscrito, de forma que procediera declarar su ineficacia y la consiguiente restitución de las cantidades adelantadas por las sociedades suscriptoras del mismo. El desarrollo de este proceso nada tiene que ver con que el Ayuntamiento de Guaro gastara en otras finalidades públicas los ingresos provenientes de los aprovechamientos, con infracción de la normativa contable y presupuestaria. Aunque no se hubiera dispuesto de los fondos que debieron conservarse como depósitos afectos, se podría haber iniciado la vía contencioso-administrativa para determinar la validez del Convenio suscrito y generados también intereses, cuyo pago no puede constituir alcance porque considerarlo tal penalizaría el derecho a recurrir.

b) Los demandados no fueron los únicos gestores que intervinieron en el resultado del fallo contencioso-administrativo que condena al Ayuntamiento de Guaro a la devolución de una cantidad mayor de la anticipada por las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L." por efecto de los intereses. Así, junto con los demandados, que denegaron en vía administrativa la devolución de las cantidades ingresadas por dichas sociedades a cuenta del convenio, intervinieron los alcaldes que se sucedieron en el cargo desde el 16 de junio de 2012, que recurrieron en apelación la sentencia 169/2015, de 19 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Málaga y en

casación la sentencia 2741/2018, de 26 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En consecuencia, no concurren los requisitos para que los demandados sean declarados responsables contables directos por la cantidad de 261.468,10 €, a cuyo reintegro les condenó la sentencia de instancia apelada.

NOVENO.- En lo que se refiere a la alegación planteada por la representación procesal de Don I.M.S. del error, por la omisión en que a su parecer ha incurrido el Órgano "a quo" en la apreciación de la prueba, el apelante argumenta que no se han tenido en cuenta documentos que obran en el procedimiento (liquidaciones de los presupuestos de ingresos y gastos del Ayuntamiento de Guaro, de los años 2005, 2006 y 2007 (ramo de prueba del alcalde don Sebastián Rueda) que demuestran que mediante los pagos realizados con cargo a los ingresos efectuados por las sociedades "P.R., S.L. " y "P.M.P.M., S.L.." se atendieron finalidades municipales. También alega que en la resolución recurrida se ha ignorado la enorme incidencia que sobre los hechos debatidos en el proceso tuvieron las inundaciones catastróficas en el municipio de Guaro a finales del año 2004, y que hicieron que se aprobara el Real Decreto Ley 6/2004, de 17 de septiembre, por el que se adoptaron medidas urgentes para reparar los daños causados por los incendios e inundaciones acaecidas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y otras, al que se hizo referencia en el acto del juicio.

Como ha establecido reiteradamente esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 26/2017, de 13 de julio, 13/2022, de 22 de septiembre y 3/2023, de 22 de marzo) la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde al órgano de instancia. Frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte. Sería necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de éstos y la veracidad de los alegados en contrario (Sentencias 14/2019, de 26 de julio, 15/2020, de 30 de septiembre, y 7/2021, de 23 de julio).

Pero esta Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia; corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a quo" (Sentencias 4/2015, de 2 de julio, 17/2019, de 8 de octubre, y 3/2023, de 22 de marzo); y 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.

Con base en lo anterior, resulta obligado concluir que las alegaciones del recurrente no desvirtúan la valoración de la prueba que ha realizado la Consejera de instancia, ya que ha tenido en cuenta, como se deduce de los propios fundamentos jurídicos de

la sentencia, que los ingresos depositados en virtud del Convenio urbanístico suscrito se destinaron a satisfacer finalidades públicas, razón por la cual no apreció que se hubiera producido daño alguno por la aplicación de dichos ingresos, por importe de 891.374 €, a cubrir necesidades municipales.

DÉCIMO.- Conforme a lo expuesto, esta Sala de Justicia estima los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Don S.R.R. y Don I.M.S., contra la sentencia nº 8/2022, de 26 de septiembre de 2022, recaída en el procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021. En consecuencia, modifica el fallo de dicha resolución en el sentido de desestimar las demandas de responsabilidad contable por alcance interpuestas por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Guaro, sin que proceda la imposición de costas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, ya que el supuesto ofrecía dudas de hecho sobre el destino de las cantidades ingresadas en la tesorería municipal en concepto de aprovechamientos urbanísticos.

UNDÉCIMO.- En aplicación del régimen jurídico supletorio establecido en el artículo 80 de la LFTCu, la Disposición Final. Segunda.2 de la LOTCu, y el artículo 139 de la LJCA, no procede la imposición de las costas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.-Estimar los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Don S.R.R. y Don I.M.S. En consecuencia, modificar el Fallo de la Sentencia 8/2022, de 26 de septiembre, dictada en primera instancia en el procedimiento de reintegro por alcance nº A97/2021, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guaro) Málaga, que debe quedar redactado en los siguientes términos:

> "Se desestiman las demandas de responsabilidad contable por alcance interpuestas por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Guaro. Sin costas".

SEGUNDO.- Sin imposición de costas en esta instancia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, con la indicación de que, contra la misma, si a su derecho conviniere, y siempre que exista interés casacional, podrán presentar recurso de casación, que se deberá preparar conforme a lo establecido en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 23 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 39/22
Procedimiento de Reintegro nº A-97/21
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayuntamiento de Guaro)
MÁLAGA

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 6/2023, de 11 de julio. Recurso de apelación n.º 2/23, interpuesto contra la Sentencia 4/2022, de 21 de julio, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance n.º A8/2018, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica la doctrina según la cual, la técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, según ha sostenido el Tribunal Supremo y así lo ha mantenido la Sala de Justicia, en diversas Sentencias (por todas, n.º 9/2022, de 21 de septiembre; 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; y 15/2016, de 12 de diciembre).

En cuanto a la posible indefensión producida en el seno del procedimiento jurisdiccional, aplica la doctrina del Tribunal Constitucional (acogida por la Sala de Justicia) que establece que la indefensión ha de ser material y reunir las características que dicha jurisprudencia constitucional establece.

También se aplica en cuanto a la falta de motivación de la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia (Sentencia del Tribunal Supremo n.º 495/2009, de 8 de julio -Sala de lo Civil, Sección Primera-), que viene siendo acogida por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

En cuanto a la pretendida caducidad del procedimiento de Actuaciones Previas aplica la doctrina de la Sala de Justicia (Autos 25/2018, de 6 de octubre; 6/2018, de 28 de febrero; 18/2013, de 17 de septiembre) según la cual, el plazo establecido en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento tiene carácter orientativo.

Respecto a la revisión de hechos probados y valoración de la prueba en la sentencia recurrida, tiene en cuenta la doctrina establecida por la Sala de Justicia sobre la materia (Sentencias 16/2008, de 1 de diciembre; y 16/2005, de 26 de octubre), que atribuye al órgano jurisdiccional la apreciación judicial de las pruebas aportadas por cada parte, así como la valoración en conjunto de su resultado (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de octubre y de 31 de diciembre de 1997).

Aplica, asimismo, la doctrina de la Sala de Justicia que establece que la jurisdicción contable, por ser especializada, no precisa de dictamen pericial alguno para valorar la fiabilidad de la documentación contable incorporada a los autos y la virtualidad de las alegaciones vertidas por las partes (Sentencias 8/2005 y 1/2000 de la Sala de Justicia).

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 6/2023

ASUNTO: Recurso de apelación n.º 2/23, interpuesto contra la Sentencia 4/2022, de 21 de julio, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance n.º A8/2018, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. - Presidenta
Excma. Sr. Diego Íñiguez Hernández. – Consejero
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. - Consejera

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme se expresa en el margen, ha pronunciado, en nombre del Rey, la siguiente

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 4/2022, de 21 de julio, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance n.º A8/2018, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas.

Ha sido parte apelante Don J.H.C.L., representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Miguel Deleito García; y partes apeladas, el Ayuntamiento de La Oliva, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Miguel Araque Almendros, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Dª. Elena Hernáez Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 21 de julio de 2022, la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Sentencia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance n.º A8/2018, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas, por la que se estimaron las demandas interpuestas por el Ayuntamiento de La Oliva y el Ministerio Fiscal contra Don J.H.C.L.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2022, la representación procesal de Don J.H.C.L. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 26 de septiembre de 2022, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado del mismo a las partes para que pudieran formular su oposición.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal ha formulado oposición al recurso de apelación mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2022.

QUINTO.- A su vez, mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2022, la representación procesal del Ayuntamiento de La Oliva se opuso al recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de noviembre de 2022, se acordó admitir a trámite los precitados escritos de oposición; dar traslado de los mismos a los demás intervinientes; elevar las actuaciones a la Sala de Justicia; y emplazar a las partes para comparecer en el plazo de treinta días, haciéndoles saber que la incomparecencia determinaría, en su caso, que se declarase desierto el recurso y firme la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia y los escritos de personación de las partes, por Diligencia de Ordenación de fecha 16 de enero de 2023, se acordó nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas Excma. Sra. Dª. Elena Hernáez Salguero, y, encontrándose concluso el recurso, pasar los autos a la Consejera Ponente para preparar la pertinente resolución.

OCTAVO.- Mediante Providencia de fecha 3 de julio 2023, se señaló para votación y fallo el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales en vigor.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación, rollo n.º 2/2023, es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCU), y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (en adelante, LFTCU).

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida, así como su fundamentación jurídica, **salvo la relativa a la condena en costas de la primera instancia (fundamento de derecho undécimo, parágrafo n.º 78, de la sentencia apelada), que se rechaza.**

TERCERO.- El recurso de apelación de Don J.H.C.L. se fundamenta, esencialmente, en los siguientes motivos:

1. Indefensión, ocasionada tanto en fase de actuaciones previas, por no haberse incorporado la contabilidad municipal a pesar de haber sido pedido por el ahora apelante, como en la fase jurisdiccional del procedimiento, aduciendo que los escritos de demanda no identifican ni aportan documentación acreditativa de la existencia de alcance. Asimismo, en relación con la fundamentación del alcance causado a los fondos públicos municipales, alega que la sentencia de instancia habría vulnerado el principio de congruencia y carecería de motivación suficiente, ya que, por un lado, priva de eficacia probatoria a los informes de la Intervención en los que el Ayuntamiento de La Oliva fundamenta sus pretensiones; y, por otro lado, se basa en un acta de arqueo "*cuya certeza no está confirmada por un análisis completo de la contabilidad".*

2. Caducidad del procedimiento de instrucción, por considerar que las diligencias previstas en el artículo 47 de la LFTCU se practicaron excediendo el plazo de dos meses contemplando en el apartado cuarto de dicho precepto, así como el plazo de tres meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En apoyo de la pretensión impugnatoria, se cita determinada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que considera aplicable a las Actuaciones Previas, al entender que éstas tienen naturaleza administrativa y no procesal; y, por lo tanto, concluye que debería haberse apreciado la caducidad de las Actuaciones Previas y la consecuente nulidad de las actuaciones.

3. Omisiones en la sentencia de instancia, por no pronunciarse sobre la alegación de inexistencia de documentación que sirva de soporte al informe del interventor municipal, y no efectuar ninguna valoración de la contabilidad del Ayuntamiento, respecto de la que el apelante considera acreditado que es errónea y no cuenta con los debidos soportes contables.

4. Errores en la valoración de los informes aportados: el apelante indica que la sentencia no debería haber atribuido eficacia probatoria al informe del interventor municipal en cuanto a la existencia de alcance. Por otro lado, en relación con el informe pericial que aportó en la instancia, rebate la afirmación de la "*falta de uniformidad en la metodología de análisis empleada*" en que se basa la sentencia apelada para privarlo de eficacia probatoria y, además, añade que la cualificación profesional de la perita autora del informe es incuestionable.

5. Error en la valoración de la prueba testifical, de cuyo análisis se concluye, según aduce, que las insuficiencias e irregularidades contables eran una constante y que la fiabilidad de la contabilidad municipal es nula.

6. Error de la sentencia en la valoración del acta de arqueo a fecha 31 de diciembre de 2015, ya que, a juicio del apelante, carece de valor probatorio en relación con el importe real del efectivo depositado en la "cuenta 570" a dicha fecha.

7. Finalmente, el apelante alega que no procede que se le imponga la condena en costas de la primera instancia, al haberse producido una estimación parcial de las demandas.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2022, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.H.C.L., pidiendo la confirmación de la sentencia apelada, en atención a los siguientes motivos:

1. Respecto de la indefensión alegada por el apelante, reitera que para que la indefensión exista es preciso que se haya producido una disminución de los medios de defensa que ocasione un perjuicio real y efectivo en la parte que lo alega.

   Indica que en este caso las partes demandantes acompañaron a las demandas los documentos en los que basaban sus pretensiones, que fueron debidamente valorados por el Departamento. Añade que, igualmente, el recurrente ha practicado los medios de prueba que ha estimado convenientes; ha presentado toda la documentación; ha recurrido las resoluciones en infinidad de ocasiones; y también se ha admitido el dictamen pericial que aportó.

   Considera que, por lo tanto, como se recoge en la sentencia recurrida, no existe vulneración del derecho de defensa.

2. En cuanto a alegación sobre la caducidad del procedimiento por el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 47.4 de la LFTCU, el Ministerio Público, con cita del Auto de 24 de julio de 2013, invoca la doctrina pacífica de la Sala de apelación del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la cual, el citado

plazo tiene un carácter meramente indicativo y no determina ni la caducidad del trámite ni la de la instancia, ni tampoco la del procedimiento.

3. Sobre la hipotética omisión en la relación de hechos probados de la sentencia, relativa a la falta de documentos de soporte de los informes del interventor, el Ministerio Fiscal entiende que las afirmaciones del apelante no se ajustan a la realidad, ya que, en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia de instancia, parágrafo n.º 45, se recoge que en el saldo contable figuran apuntes incorrectamente realizados; y en el parágrafo n.º 47, se corrigen dichos errores en la contabilidad al objeto de reflejar la situación real de la tesorería.

   Destaca que lo determinante es que el Departamento ha llegado a unas determinadas conclusiones, tras una valoración conjunta de todas las pruebas periciales, según las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la LEC), tanto de los informes del interventor municipal como los de la parte demandada.

   Respecto de las alegaciones planteadas en el recurso acerca de los hechos probados segundo y tercero, sobre la participación del demandado en la elaboración de la contabilidad municipal y sobre la incompetencia del tesorero para elaborar por sí solo el arqueo, el Ministerio Público alega que las testificales de la Sra. D. y del Sr. B. acreditan que el tesorero llevaba la contabilidad; que la responsabilidad de la "cuenta 570" correspondía al demandado; y que éste tenía acceso al sistema informático de contabilidad municipal. Además, añade que el arqueo forma parte de la prueba documental correctamente valorada por el Departamento.

4. Sobre el valor probatorio de los informes aportados y de las testificales, el Ministerio Fiscal reitera que el fallo de la sentencia es el resultado de una valoración conjunta de la prueba, en la que se ha tenido en cuenta los posibles errores en la contabilidad y la mayor o menor cualificación de la perita aportada por la parte demandada.

5. Finalmente, respecto de la existencia de alcance y su cuantificación, el Ministerio Público entiende que la sentencia está correctamente motivada y muestra su conformidad con los argumentos relativos a ambos aspectos.

QUINTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de La Oliva, mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2022, se ha opuesto al recurso de apelación presentado, formulando, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. Sobre la caducidad del procedimiento de instrucción, precisa que la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019 (recurso 676/2018)- que el apelante cita para fundamentar su alegación- no resulta aplicable al caso que nos ocupa porque, a diferencia del procedimiento enjuiciado

por el Alto Tribunal en dicha sentencia, en el supuesto de autos no estamos ante un procedimiento o expediente administrativo de responsabilidad contable-regulado con carácter general en el artículo 41 de la LOTCU, el título VII de la LGP y el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio-, que es el supuesto respecto del que la citada sentencia declara de aplicación supletoria el artículo 42.3 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A lo anterior, añade que, cuando se trata de la fase actuaciones previas de un procedimiento contable, si bien el artículo 47.4 de la LFTCU establece un plazo de dos meses para su práctica, prorrogables por otro mes con justa causa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 estableció que se trata de un término señalado al delegado instructor por la Ley, que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha entendido que tiene carácter meramente indicativo, y cuyos efectos y consecuencias están limitados al ejercicio de las funciones de los instructores, pero cuyo incumplimiento no determina la caducidad del trámite ni tampoco la caducidad de la instancia o del procedimiento.

2. En cuanto a la indefensión alegada por el recurrente en la fase de instrucción, por no haberse incorporado a la misma la contabilidad municipal, el Ayuntamiento de La Oliva precisa cuál es la naturaleza de las actuaciones previas y, con cita del Auto de la Sala de Justicia de 25 de julio de 2008, niega que se haya producido indefensión por el hecho de no haberse practicado todas las diligencias solicitadas por las partes.

   A su vez, niega la pretendida indefensión del recurrente durante la tramitación del proceso declarativo, remitiéndose al fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada que se pronuncia sobre esta cuestión. A continuación, se refiere a la ingente documentación aportada durante la tramitación del procedimiento que, a su juicio, pone de manifiesto que no se ha producido ningún tipo de indefensión.

3. En cuanto a los hechos probados y la valoración de la prueba, el Ayuntamiento de La Oliva precisa que la responsabilidad contable debe quedar circunscrita a los apuntes contables referidos a la "cuenta 570", y no a referencias genéricas del carácter deficiente e irregular de la contabilidad, como pretende el recurrente.

   Añade que, de acuerdo con las declaraciones de los testigos en el acto del juicio, el recurrente tenía una participación activa, inmediata y directa en el sistema de contabilidad de la citada "cuenta 570", tanto desde un punto de vista normativo como desde un punto de vista fáctico, ya que participaba en su elaboración y tenía en su poder las claves para acceder a la misma, disponiendo también del control físico de las cajas y del cuarto donde se encontraba el efectivo.

A continuación, procede a desvirtuar la afirmación del recurrente relativa a que "*la demanda se basa en el Informe del interventor que carece de documentos que le sirvan de soporte, y, por tanto, el Tribunal de Cuentas basa su análisis contable en documentación que no ha sido aportada*" [sic]. En este sentido, indica que la demanda se basa y se remite a todas las actuaciones previas realizadas en la fase de fiscalización, entre las que se incluyen la contabilidad, las actas de arqueo, varios informes del interventor y de Secretaría, así como una cantidad ingente de documentación contable, soportes, extractos, etc., además de la documentación aportada como consecuencia de la prueba documental admitida en la audiencia previa.

Además, el Ayuntamiento de La Oliva incide en la presunción de certeza del informe de fiscalización y de la liquidación provisional, así como en el dato objetivo y acreditado del saldo contable existente en las cuentas examinadas a 31 de diciembre de 2015, mostrando su total conformidad con la sentencia respecto de la incidencia jurídica de la firma del tesorero y la vinculación a los actos propios. En este sentido, considera que el informe del interventor fija acertadamente como punto de partida la contabilidad a 1 de enero de 2017 y su correlación con el efectivo obrante en la Caja, precisando que, como señaló el propio interventor en su declaración, no le correspondía ni debía efectuar una suerte de auditoría con examen puntual de todos y cada uno de los apuntes contables, puesto que la contabilidad proyecta la presunción de legalidad y veracidad de lo que diariamente se recoge en la misma, y que es verificado por los órganos competentes. Por lo demás, precisa que es al demandado a quien corresponde probar que las irregularidades denunciadas no son tales o, en su caso, justificarlas.

Por otro lado, en relación con el informe pericial aportado por el demandado, el Ayuntamiento de La Oliva pone de manifiesto las siguientes deficiencias en su contenido: que no se analizan la totalidad de los estados contables; la inexistencia de elementos contradictorios para efectuar una adecuada valoración; y la falta de análisis del acta de arqueo de metálico a 31 de diciembre de 2015. Por lo que se refiere a la cualificación de la perita autora del informe, reproduce el contenido del fundamento de derecho séptimo, parágrafo n.º 36, de la sentencia de instancia, que recoge el hecho de que la autora del informe de referencia no consta inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC).

Finalmente, en relación con la existencia del perjuicio patrimonial a los fondos públicos municipales, si bien participa de los fundamentos de la sentencia de instancia relativos a la confirmación de la existencia de un menoscabo a las arcas públicas del Ayuntamiento de La Oliva, discrepa del importe en que se ha cifrado por la juzgadora *a quo.* No obstante, señala expresamente que no impugna la sentencia en este extremo.

SEXTO.- Una vez expuestos los diferentes motivos en los que se fundamentan las pretensiones de las partes, antes de comenzar el análisis pormenorizado de aquéllos que fundamentan el recurso de apelación de Don J.H.C.L., resulta obligado advertir que **el apelante se ha limitado a reproducir en esta segunda instancia el contenido de las alegaciones relativas a la indefensión y a la caducidad del procedimiento en la fase de actuaciones previas,** que ya realizó en la instancia ante la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento.

La técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, según ha sostenido el Tribunal Supremo y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia, en diversas Sentencias, por todas, n.º 9/2022, de 21 de septiembre; 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; y 15/2016, de 12 de diciembre. En efecto, la segunda instancia responde a la necesidad de poder confrontar los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional dictada por el órgano de instancia y, por ello, exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar- con base en un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, puesto que la misma ya debió de tener en cuenta- y así ha ocurrido en la presente litis- los hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Sin perjuicio la anterior precisión, **razones de tutela judicial efectiva aconsejan entrar a resolver,** en cualquier caso, las referidas alegaciones del apelante relativas a la indefensión y a la caducidad del procedimiento en la fase de actuaciones previas.

En primer lugar, debe comenzarse por **el análisis del primer motivo del recurso de apelación consistente en que, a juicio del recurrente, se le habría generado indefensión tanto en fase de actuaciones previas,** por no haberse incorporado la contabilidad municipal a pesar de haber sido pedido por el ahora apelante, **como en la fase jurisdiccional del procedimiento,** aduciendo que los escritos de demanda no identifican ni aportan documentación acreditativa de la existencia de alcance. Asimismo, en relación con la fundamentación del alcance causado a los fondos públicos municipales, alega que la sentencia de instancia habría vulnerado el principio de congruencia y carecería de motivación suficiente, ya que, por un lado, priva de eficacia probatoria a los informes de la Intervención en los que el Ayuntamiento de La Oliva fundamenta sus pretensiones; y, por otro lado, se basa en un acta de arqueo "*cuya certeza no está confirmada por un análisis completo de la contabilidad"*.

1.- En primer lugar, en cuanto a la pretendida indefensión aducida por el recurrente como consecuencia de la forma en que se han tramitado las Actuaciones Previas, concretamente, por no haberse incorporado la contabilidad municipal a pesar de haberlo solicitado expresamente, procede reiterar lo ya señalado en la sentencia de instancia (v. fundamento de derecho quinto, parágrafo n.º 21). En efecto, la vía prevista por el legislador para hacer valer una pretensión consistente en una pretendida indefensión sufrida como consecuencia de la tramitación de la fase de actuaciones previas es **el artículo 48.1 de la LFTCU,** en virtud del cual: "*contra las resoluciones dictadas en la pieza separada a que hace referencia el artículo 45 o en las actuaciones prevenidas en los artículos 46 y 47, todos de la presente Ley, en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren* ***o en que se causare indefensión,*** *se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días".*

Pues bien, la representación procesal de Don J.H.C.L. ya formuló en su momento la referida pretensión por la vía del artículo 48.1 de la LFTCU, **que esta Sala de Justicia desestimó mediante Auto n.º 11/2018, de 22 de marzo, dictado en el Recurso n.º 56/17 del artículo 48.1 de la LFTCU, a cuyo contenido debe hacerse remisión en este momento procesal.**

2.- Por otro lado, el apelante también alega haber sufrido indefensión, a su vez, en la posterior fase jurisdiccional del procedimiento, basándose en que "*las demandas rectoras del presente procedimiento no identificaban, ni aportaban, documento alguno que recogiera un saldo contable que permitiera soportar la imputación de existencia de un alcance*" [sic], y, por ello, considera infringido el artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del precitado artículo, en el escrito de demanda "*los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante".* Y, en relación con lo anterior, el artículo 265 de la LEC precisa que a toda demanda o contestación habrán de acompañarse, entre otros, *"****los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones****".* Pues bien, esto es lo que ha ocurrido en el supuesto aquí enjuiciado, en el que el Ayuntamiento de La Oliva **adjuntó con su escrito de demanda los informes de la Intervención en los que se ponía de manifiesto la existencia del alcance.**

El hecho anterior determina por sí mismo la falta de virtualidad de la alegación formulada por el apelante. Pero, además, también debe destacarse que, durante la tramitación posterior del procedimiento en la instancia, **la representación procesal de Don J.H.C.L. pudo solicitar la práctica de cuantas pruebas consideró oportunas,** incluida la prueba documental que valora como esencial en la presente fase de apelación para desvirtuar las pretensiones de los demandantes sobre la existencia de alcance. En este sentido, tal y como precisa la sentencia de instancia, consta en autos, **como prueba admitida a instancia del apelante, la documental que se solicitó en la instancia al Ayuntamiento de La Oliva (folio 828 de la Carpeta PR8-18 PPAL-PARTE IV). Esto es:**

- El certificado o testimonio del saldo de la "cuenta 570", de la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación" y de la "subcuenta 570 0002 caja 2. Recaudación", en las siguientes fechas: 31 de diciembre de 2011; 31 de diciembre de 2012; 31 de diciembre de 2013; 31 de diciembre de 2014; 31 de diciembre de 2015; 31 de diciembre de 2016; y 23 de marzo de 2017.

- El certificado o testimonio del extracto (todos los apuntes contables) de la "cuenta 570", de la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación" y de la "subcuenta 570 0002 caja 2. Recaudación", desde el 1 de enero de 2012 hasta el 23 de marzo de 2017.

- El certificado o testimonio de los documentos de ingreso y pago que soportan los documentos contables de la "cuenta 570", de la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación" y de la "subcuenta 570 0002 caja 2. Recaudación", desde el 1 de enero de 2012 hasta el 23 de marzo de 2017.

Asimismo, **también se admitió la prueba pericial solicitada por el recurrente** consistente en la presentación de un dictamen pericial que analizara la contabilidad municipal, una vez remitida la documentación contable solicitada, sin que quepa por tanto apreciar vulneración alguna del derecho de defensa del apelante.

Según reiterada doctrina de esta Sala de Justicia, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la indefensión es una noción material que, para que tenga relevancia jurídica, ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas:

a) 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 3º).

b) 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 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a

la defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º).

c) Finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

En definitiva, debe concluirse que ninguna de las circunstancias recogidas por la precitada jurisprudencia ha tenido lugar en el presente procedimiento, **en el que Don J.H.C.L. ha dispuesto de todos los medios de defensa legalmente previstos, por lo que no cabe apreciar la existencia de indefensión en modo alguno.**

3.- Finalmente, el apelante alega que, a su juicio, en relación con la fundamentación del alcance causado a los fondos públicos municipales, **la sentencia de instancia habría vulnerado el principio de congruencia y carecería de motivación suficiente,** ya que, por un lado, priva de eficacia probatoria a los informes de la Intervención en los que el Ayuntamiento de La Oliva fundamenta sus pretensiones; y, por otro lado, se basa en un acta de arqueo "*cuya certeza no está confirmada por un análisis completo de la contabilidad".*

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al analizar la valoración de la prueba practicada por la juzgadora *a quo,* baste ahora realizar las siguientes consideraciones para rechazar estas últimas pretendidas causas de indefensión que alega el apelante.

En relación con la pretendida falta motivación de la existencia de alcance en los caudales públicos del Ayuntamiento de La Oliva, debe partirse de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 495/2009, de 8 de julio (Sala de lo Civil, Sección Primera), que se pronunciaba en los siguientes términos literales:

"[...] motivar significa expresar los elementos y razones de juicio que permitan ***conocer*** *cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo,* ***la "ratio decidendi". La resolución debe contener una fundamentación en Derecho, que supone la garantía de que la decisión no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni incurre en un error patente.*** *En tal sentido, se expresa la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en Sentencias 60/2008, de 26 de mayo; 89/2008, de 21 de julio; 112/2008, de 29 de septiembre; 61/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo.* ***La motivación habrá de ser, además, suficiente.*** *El juicio de suficiencia hay que realizarlo atendiendo, no sólo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino, también, dentro del contexto global del proceso, valorando todas las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes,*

expresa o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (Sentencias del Tribunal Supremo 66/2009, de 9 de marzo; 114/2009, de 14 de mayo); […] el discurso argumentativo ha de ser formalmente coherente, y no incurrir en irrazonabilidad, que se produce (Sentencias del Tribunal Constitucional 186/2002, de 14 de octubre y 109/2006, de 3 de abril) cuando "a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental se comprueba que se parte de premisas inexistentes, o patentemente erróneas, o se sigue un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas, de tal magnitud, que las condiciones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas […]".

En efecto, de acuerdo con los parámetros establecidos en la precitada jurisprudencia, **si se analiza el contenido del fundamento de derecho octavo de la sentencia de instancia, puede comprobarse cómo se desarrollan pormenorizadamente los fundamentos que conducen a la conclusión de la existencia de un alcance causado a los fondos públicos del Ayuntamiento de La Oliva, que se cifra en la concreta cantidad de 303.430,10 euros;** y, todo ello, poniendo de manifiesto que se han valorado de manera conjunta todos los medios probatorios aportados a la causa, e incidiendo en el carácter especializado de esta jurisdicción contable a la hora de valorar cualquier tipo de documentación contable y/o presupuestaria, sin necesidad de auxilio por parte de ningún tipo de prueba pericial de naturaleza contable (v. parágrafos n.º 42 a 44 del citado fundamento de derecho octavo de la sentencia apelada).

Finalmente, en cuanto a **la pretendida falta de congruencia en la sentencia de instancia a la hora de la fundamentar existencia de alcance en los caudales públicos del Ayuntamiento de La Oliva,** en relación con el valor probatorio conferido a los informes del interventor municipal y al acta de arqueo de fecha 31 de diciembre de 2015, la alegación debe ser igualmente rechazada a la vista de **los exhaustivos razonamientos contenidos en los parágrafos n.º 45 a 48 de la sentencia de instancia,** a los que se hará referencia en posteriores fundamentos de la presente resolución, y en los que se vienen a explicar detalladamente los presupuestos fácticos y los razonamientos jurídicos por los que la Consejera de instancia, **tras una valoración conjunta de toda la documentación obrante en autos y del resto de la prueba practicada,** determina que se ha producido un alcance a los fondos públicos del Ayuntamiento de La Oliva, y lo cifra en la concreta cantidad de 303.430,10 euros.

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la pretendida existencia de indefensión causada al recurrente tanto en la fase de actuaciones previas como en la fase jurisdiccional del procedimiento.

SÉPTIMO.- Como segundo motivo del recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don J.H.C.L., se plantea que se habría producido la caducidad del procedimiento de instrucción, por considerar que las diligencias previstas en el artículo 47 de la LFTCU se practicaron excediendo el plazo de dos meses contemplado en el apartado cuarto de dicho precepto, así como el plazo de tres meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En apoyo de la pretensión impugnatoria, se cita determinada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que considera aplicable a las Actuaciones Previas, al entender que éstas tienen naturaleza administrativa y no procesal; y, por lo tanto, concluye que debería haberse apreciado la caducidad de las Actuaciones Previas y la consecuente nulidad de las actuaciones.

La cuestión planteada por el apelante ya ha sido resuelta por esta Sala de Justicia precisando, conforme a reiterada doctrina, **que el plazo previsto en el artículo 47.4 de la LFTCU es meramente orientativo y no un plazo de caducidad** (Por todos, v. Autos 25/2018, de 6 de octubre; 6/2018, de 28 de febrero; 18/2013, de 17 de septiembre), **conforme a los siguientes razonamientos jurídicos:**

"*Esta Sala de Justicia ha venido manteniendo de forma reiterada y uniforme que* ***el plazo para la instrucción de las actuaciones previas que se establece en el artículo 47.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, tiene carácter meramente indicativo y sus efectos y consecuencias están limitados al ejercicio de las funciones de los instructores, pero su incumplimiento no determina ni la caducidad del trámite ni la caducidad de la instancia o del procedimiento,*** *porque ello significaría atribuir a las actuaciones de instrucción, y a las incidencias en ellas acaecidas, efectos que excederían del ámbito asignado a su propia naturaleza preparatoria o previa, impidiendo a las partes perjudicadas o demandadas el ejercicio de sus pretensiones de resarcimiento u oposición y la iniciación del procedimiento de enjuiciamiento del que aquellas actuaciones forman parte y porque no existe precepto alguno que sancione la no terminación de las actividades del órgano instructor en los plazos establecidos, con la preclusión del trámite o la caducidad del procedimiento…* ***el plazo establecido en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento tiene carácter orientativo en la medida en que se corresponde con actuaciones de investigación y averiguación de hechos susceptibles de generar responsabilidad contable sin que pueda ser asimilado al plazo de algún procedimiento administrativo que expresamente prevea la caducidad por su incumplimiento, como ocurre en el procedimiento sancionador (Autos de 17 de octubre de 2001, de 5 de julio de 2002 y 29 de marzo de 2006).*** *El mero hecho de que las actuaciones hayan rebasado el plazo del artículo 47.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, no supone por sí mismo la indefensión de los interesados que, a lo largo del procedimiento y con*

independencia de la duración del mismo, han gozado de todas las garantías procedimentales legalmente previstas […]".

Por el contrario, **en el caso de los expedientes administrativos de responsabilidad contable,** que se regulan en el artículo 41 de la LOTCU, el título VII de la LGP y el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, **a los que se refiere la jurisprudencia de la Sala Tercera que invoca el apelante, sí se les aplica un plazo de caducidad para su tramitación,** ya que su naturaleza jurídica es diferente a la de las Actuaciones Previas; concretamente, se trata de procedimientos administrativos contradictorios en los que, tras una fase plena de alegaciones y prueba, se concluye con una resolución definitiva en vía administrativa que se pronuncia sobre la existencia, o no, de responsabilidad contable.

En definitiva, mientras que los expedientes administrativos de responsabilidad contable son **procedimientos administrativos autónomos** cuyas resoluciones definitivas son recurribles en única instancia ante esta Sala de Justicia; por el contrario, las *"actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables"*- como se denomina en la LFTCU a esta fase del procedimiento contable- **son diligencias *"orientadas"* al procedimiento jurisdiccional (Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 18/1991, de 31 de enero) y *"soporte"* del mismo (Exposición de Motivos de la LFTCU).** La distinta naturaleza jurídica de unos y otras es lo que impide que la existencia de un plazo de caducidad en los primeros pueda, sin más, trasladarse a las segundas.

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la pretendida caducidad de la fase de actuaciones previas.

OCTAVO.- Con carácter previo al análisis de los restantes motivos planteados en el recurso de apelación, **en los que esencialmente se viene a cuestionar la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y la valoración de la prueba practicada por parte de la juzgadora *a quo*,** debe hacerse referencia a la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia en relación con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, pudiendo citarse, por todas, las Sentencias n.º 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98, en las que se razona que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes. **Sin embargo, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia**, sin perjuicio de que, sobre la base de la naturaleza del recurso de apelación, que permite

un *novum iudicium,* pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevaba a cabo por el juez a quo. No obstante, **frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.**

Igualmente, la propia Sala ha razonado en Sentencia n.º 16/08, de 1 de diciembre (FD 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 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 procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso".*

Y, finalmente, también debe destacarse que **en la jurisdicción contable rige igualmente la doctrina jurídico-procesal de la *"valoración o apreciación conjunta de la prueba",* reiteradamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.** Como exponente de esta doctrina, puede citarse la Sentencia de la Sala n.º 16/2005, de 26 de octubre (FD 7º), que atribuye al órgano jurisdiccional la apreciación judicial de las pruebas adoptadas por cada parte, así como la valoración en conjunto de su resultado (entre otras, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de octubre y de 31 de diciembre de 1997); en tal ponderación considerará también la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en el litigio.

NOVENO.- Una vez realizadas las anteriores consideraciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del recurso de apelación, deben analizarse los restantes motivos planteados por el apelante, en los que esencialmente viene a cuestionar la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y la valoración de la prueba practicada por parte de la juzgadora *a quo*. **En primer lugar, por lo que se refiere a la impugnación de la declaración de los hechos probados de la sentencia de instancia, el recurrente realiza las siguientes alegaciones:**

1.- En cuanto a **la presunta "*omisión en la relación de hechos probados*"** alegada por el apelante, basada en que no se ha advertido de la inexistencia de soporte

documental en los informes emitidos por el interventor municipal, **debe rechazarse teniendo en cuenta el valor probatorio que la sentencia de instancia confiere a dichos informes,** a los que priva expresamente de "*plena eficacia probatoria en cuanto a la cifra del alcance*" **(v. fundamento jurídico séptimo, parágrafo n.º 40).**

Asimismo, tampoco puede admitirse que la juzgadora *a quo* no haya efectuado una valoración de la contabilidad municipal. Basta con analizar **el fundamento de derecho octavo de la sentencia de instancia (parágrafos n.º 42 y ss.)** para comprobar que se examina detalladamente la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación". **Concretamente, el parágrafo n.º 45** se refiere expresamente al "*análisis de la documentación contable municipal (hecho probado noveno) realizado por este órgano jurisdiccional* "; **y el parágrafo n.º 47** a los concretos apuntes mal contabilizados que se han detectado como consecuencia del análisis de dicha documentación contable municipal.

2.- En relación con **el "hecho probado segundo", según el cual, el demandado, en su condición de tesorero, "*participaba en la elaboración de la contabilidad municipal*" y le correspondía la responsabilidad de la "cuenta 570",** el recurrente alega que dichas afirmaciones no se corresponden con las declaraciones testificales.

Sin perjuicio de incidir en los criterios jurisprudenciales ya expuestos en el anterior fundamento, en relación con la valoración de la prueba en fase de apelación respecto de la efectuada en primera instancia, **donde opera la inmediación del juzgador, procede añadir que la valoración efectuada en la sentencia objeto de recurso, atendiendo a las declaraciones de los testigos en su conjunto, en ningún caso puede tildarse de "*ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica*".** Todo ello, teniendo en cuenta, no sólo la declaración testifical de Dña. R.D. en su condición de secretaria del Ayuntamiento de La Oliva, sino también la de Don M.A.G.- interventor municipal- o Don G.M.- ingeniero informático del Ayuntamiento-, de las que resulta que el apelante, Don J.H.C.L., sí intervenía en los términos indicados en tales declaraciones, en determinados aspectos relacionados con la contabilidad municipal, sin perjuicio, obviamente, de las competencias propias del interventor municipal.

Además, desde un punto de vista normativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional- vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos objeto del procedimiento:

1. La función de Tesorería comprende:

a) ***El manejo y custodia de fondos, valores y efectos de la Entidad local, de conformidad con lo establecido por las disposiciones legales vigentes****.*

b) La Jefatura de los Servicios de recaudación.

2. El manejo y custodia de fondos, valores y efectos comprende:

a) La realización de cuantos cobros y pagos corresponda a los fondos y valores de la Entidad, de conformidad con lo establecido por las disposiciones legales vigentes.

*b**) La organización de la custodia de fondos, valores y efectos de conformidad con las directrices señaladas por la Presidencia**.*

c) Ejecutar, conforme a las directrices marcadas por la Corporación, las consignaciones en Bancos, Caja General de Depósitos y establecimientos análogos, autorizando junto con el Ordenador de pagos y el Interventor los cheques y demás órdenes de pago que se giren contra las cuentas abiertas en dichos establecimientos.

d) La formación de los planes y programas de tesorería, distribuyendo en el tiempo las disponibilidades dinerarias de la Entidad para la puntual satisfacción de sus obligaciones, atendiendo a las prioridades legalmente establecidas, conforme a las directrices marcadas por la Corporación.

Ha quedado por tanto acreditado, tanto desde un punto de vista fáctico como normativo, que las funciones desempeñadas por Don J.H.C.L., como tesorero del Ayuntamiento durante el periodo temporal en que se produjeron los hechos, **determinaban que éste tenía acceso al sistema informático de contabilidad municipal y que era responsable de la "cuenta 570".**

3.- Finalmente, sin perjuicio de que **el recurrente valore como "*anómala*" la actuación del alcalde a que se refiere el hecho probado tercero de la sentencia apelada,** se trata de un hecho probado que no altera la fundamentación y las conclusiones alcanzadas por la Consejera de instancia en cuanto a la determinación y la cifra del alcance causado a los fondos públicos municipales.

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la impugnación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia.

DÉCIMO.- Por otro lado, en cuanto al motivo del apelante por el que viene a impugnar **la valoración que la Consejera de instancia ha realizado de los informes periciales aportados a los autos**, en primer lugar, en relación con la valoración del informe del interventor municipal, afirma que no sólo no puede considerarse prueba plena en relación con la cifra del alcance- como se reconoce la sentencia impugnada-, sino tampoco en relación con la propia existencia de alcance.

Por otro lado, respecto del valor probatorio del informe pericial aportado en la instancia por el propio recurrente, considera que la perita que elaboró el dictamen sí utilizó un criterio uniforme para el análisis de la totalidad de los ejercicios contables, y que su cualificación profesional es incuestionable.

Como punto de partida del análisis del presente motivo del recurso de apelación, debe precisarse que, en relación con la valoración del informe del interventor municipal y la valoración del informe pericial aportado en la instancia por la representación procesal de Don J.H.C.L., **la Consejera de instancia realizó su propia valoración, al margen de ambos informes, a efectos de determinar la existencia de alcance a los fondos públicos y la cifra del mismo.** En efecto, de acuerdo con el contenido de su fundamento de derecho octavo, parágrafos n.º 41 a 44, en la sentencia de instancia se razona sobre esta cuestión en los siguientes términos literales:

"41.- Por todo lo anterior y ***tras valorar conjuntamente la totalidad de los medios probatorios aportados a la causa,*** *este órgano jurisdiccional ha podido extraer conclusiones propias en relación con la llevanza de la contabilidad y con la cifra de alcance y* ***debe apartarse de los resultados obtenidos, tanto por la perita en el dictamen pericial, como por el Interventor en su informe de marzo de 2018.***

42.- En particular, ***este Tribunal ha procedido a valorar conjuntamente, para la determinación del alcance,*** *la documental consistente en los saldos y apuntes contables de la cuenta 570 0001 "caja 1. Corporación" de los ejercicios 2015 a 2017, así como los soportes documentales de los mencionados apuntes y actas de arqueo, las declaraciones del Interventor Don M.A.G.N. ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Puerto del Rosario el 13 de julio de 2018, y ante la Fiscalía Provincial de Las Palmas el 13 de septiembre de 2017 (aportadas como documental por el demandado junto con la contestación a la demanda) y las declaraciones en el acto del juicio de los testigos y del testigo-perito, el Interventor Don M.A.G.N.*

43.- Debemos detenernos, en particular, en el análisis de la contabilidad realizado por este órgano jurisdiccional. El Tribunal de Cuentas, como órgano encargado de enjuiciar las pretensiones de responsabilidad que, por vulneración de la normativa presupuestaria o contable, se desprenden de las cuentas que deben rendir todos los que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ***no precisa de un peritaje específico para la realización de cualesquiera análisis de la contabilidad, sino que puede valorar por sí mismo, pues se encuentra especialmente cualificado, la documentación pública contable traída al proceso sobre la que las partes sostienen sus concretas pretensiones de responsabilidad.***

44.- En este sentido, la doctrina de la Sala de Justicia recuerda que ***"la jurisdicción contable, por ser especializada, no precisa de dictamen pericial alguno para valorar la fiabilidad de la documentación contable incorporada a los autos*** *y la virtualidad de las alegaciones vertidas por las partes para poner en tela de juicio dicha fiabilidad (Sentencias 8/2005 y 1/2000 de la Sala de Justicia)*".

En concreto, por lo que se refiere a **las consideraciones contenidas en el parágrafo n.º 36 de la sentencia de instancia,** en relación con la metodología seguida en el informe pericial aportado en la instancia por la representación procesal de Don J.H.C.L., y con la cualificación profesional de la perita autora del mismo, esta Sala de Justicia también coincide con los razonamientos de la Consejera de instancia.

Efectivamente, tal y como se recoge en el referido parágrafo n.º 36 de la sentencia apelada, la perita autora del referido informe **no habría utilizado un criterio uniforme para examinar la totalidad de los ejercicios contables** puesto que *"[...] en el ejercicio 2015 analiza la totalidad de los apuntes contables que suponen cargos y abonos de la cuenta 570 0001 "caja 1. Corporación", sobre la base de los extractos contables de los movimientos del ejercicio, proponiendo ajustes, tanto respecto de los cobros, como respecto de los pagos. Sin embargo, en los ejercicios 2016 y 2017, a pesar de contar con los mismos extractos contables del ejercicio relativos tanto a los cobros como a los pagos, únicamente realiza un análisis de los cobros o ingresos, pero omite la realización de valoración alguna respecto de los pagos [...]".*

La anterior afirmación contemplada en la sentencia apelada se corresponde con el examen de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, que consta en las páginas 26 y 27 del dictamen pericial de parte (v. folios 1356 y 1357 del procedimiento de reintegro por alcance, CARPETA PR A8-18-PARTE V), **pudiendo comprobarse que, en efecto, constan los ingresos y pagos totales correspondientes al ejercicio 2015 pero, sin embargo, en los ejercicios 2016 y 2017, solo se indican los ingresos totales.**

Además de lo anterior, debe advertirse que **las múltiples limitaciones que el propio dictamen especifica en su página 9** (v. folio 1347, CARPETA PR A8-18-PARTE V), incluso indicando expresamente que, al menos alguna de ellas, **"*dificulta y limita el estudio sobre la valoración de la realidad de las transacciones contables registrada en la cuenta contable de la Caja de la Corporación",*** refuerza el criterio adoptado por la sentencia de instancia en el citado parágrafo n.º 36, en cuyo inicio se indica que **"*no atribuye a este informe valor probatorio suficiente para conferir certeza a los hechos analizados".***

Por otro lado, **en cuanto a la cualificación profesional de la perito,** la sentencia recurrida no indica en ningún momento que, con carácter general, para emitir un informe pericial de carácter contable sea necesaria la inscripción en el Registro de

Auditores de Cuentas (ROAC), **sino que dicha inscripción es necesaria para ejercitar la función de auditoría de cuentas,** "*entendiendo por tal aquélla que- de acuerdo con* ***la descripción realizada en el preámbulo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas-*** *a través de la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de la información económica- financiera auditada*" (v. parágrafo n.º 36 *in fine* de la sentencia de instancia).

En este sentido, debe añadirse que **el artículo 1.2 de la precitada Ley 22/2015, de 20 de julio,** establece que "*se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros".*

Por todo lo anterior, resulta incuestionable que **la actividad de auditoría de cuentas coincide plenamente con el *"alcance del informe"* pericial aportado en la primera instancia por la representación procesal de Don J.H.C.L.;** *"alcance del informe"* que se detalla en su página 2 (v. folio 1344, CARPETA PR A8-18-PARTE V), refiriéndose, entre otros aspectos, al "*estudio, análisis y valoración de los registros contables en la cuenta contable "Caja Corporación" […] valoración contable de los registros contables realizados en dicha cuenta, en función de la legislación vigente y de obligado cumplimiento […] valoración del impacto en la compatibilidad y cálculo de las diferencias en el resultado de tesorería […]".*

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la impugnación de la valoración de los informes periciales realizada en la sentencia de instancia.

UNDÉCIMO.- A continuación debe ser objeto de análisis el motivo del apelante por el que viene a impugnar **la valoración que la Consejera de instancia ha realizado de la prueba del interrogatorio de los testigos que declararon en el acto del juicio.** Para ello, procede a realizar un extracto de las declaraciones testificales de Doña R.D.U., Don J.C.C., Don P.A.J. y Don M.A.G.N., reproduciendo frases concretas y efectuando una valoración distinta de la alcanzada por la Consejera de instancia sobre cada una de dichas declaraciones.

Para resolver el presente motivo planteado por el apelante, en primer lugar, debe hacerse nuevamente remisión a los criterios jurisprudenciales ya expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución, en relación con la valoración de la prueba en fase de apelación respecto de la efectuada en primera instancia. En este sentido, debe insistirse en que **la fijación de los hechos y la**

valoración de los medios de prueba es competencia del Juez de instancia, aunque la Sala pueda valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*, como se ha reiterado entre otras, en las Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre.

La razón de que prime la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de Instancia la encontramos expuesta en la ya citada Sentencia de esta Sala n.º 8/2005, de 17 de junio (FD 4º), cuando determina expresamente 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 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 procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso".*

A su vez, debe reiterarse que, como también ha tenido ocasión de establecer reiteradamente esta Sala de Justicia (por todas, v. Sentencias n.º 14/2019, de 26 de julio, n.º 15/2020, de 30 de septiembre y n.º 7/2021, de 23 de julio), frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones **debe prevalecer**, como ya se ha subrayado, **el criterio del órgano jurisdiccional que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación.**

Por tanto, para que esta Sala de Justicia pudiera realizar una nueva valoración de cualquiera de las pruebas practicadas en la primera instancia, resultaría necesario que alcanzase la convicción de que, en la valoración conjunta del material probatorio, la Consejera de instancia se hubiera comportado de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica.

En relación con la valoración de la prueba testifical, concretamente, el apelante alega lo siguiente: "*de las testificales practicadas, se desprende que las insuficiencias e irregularidades contables eran una constante y que la fiabilidad de la contabilidad municipal es nula, por lo que, en su opinión, no puede afirmarse la existencia de un alcance dando por supuesto que la referencia contable es fiable y*

veraz" [sic]. Y añade que "*las declaraciones testificales permiten acreditar que existen errores contables graves y que el Acta de arqueo mecánica de 31.12.2015 no está soportada en un estudio serio, completo y riguroso del examen y verificación de las cuentas como exigen las sentencias del Tribunal de Cuentas"* [sic].

Las anteriores alegaciones deben ser desestimadas, aplicando la referida jurisprudencia al supuesto aquí enjuiciado. **En efecto, en el parágrafo n.º 42 de la sentencia de instancia, que se ha trascrito en el anterior fundamento, se efectúa una detallada referencia a todos los medios probatorios que la Consejera de instancia ha valorado conjuntamente para determinar la existencia del alcance causado a los fondos públicos.**

Además, frente a lo alegado por el recurrente, en ningún momento la Consejera de instancia ha dado por supuesto que la contabilidad municipal era *"fiable y veraz",* **sino que ha verificado un exhaustivo análisis de toda la documentación contable municipal que se recoge en el hecho probado noveno (v. parágrafo n.º 45 de la sentencia de instancia),** y que precisamente fue aportada a los autos tras haber sido admitida su incorporación en el acto de la audiencia previa, a instancia de la representación legal de Don J.H.C.L. **Posteriormente, en el parágrafo n.º 47 de la sentencia de instancia,** se recogen pormenorizadamente todos los concretos apuntes que se consideran mal contabilizados en la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación" porque, si bien no suponían verdaderos movimientos de efectivo, fueron contabilizados como "cobros y pagos", por lo que dichos "cobros y pagos" debían detraerse o adicionarse a los saldos finales de la cuenta de "caja 1" de cada ejercicio para poder reflejar la realidad de la tesorería de la corporación. **Finalmente, en el subsiguiente parágrafo n.º 48,** quedan reflejados, mediante una tabla, las correcciones referentes a dichos apuntes contables.

Por lo anterior, debe concluirse que en ningún caso la Consejera de instancia ha valorado la prueba de interrogatorio de testigos- ni ninguna otra- de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, **entendiendo esta Sala que la apreciación conjunta de la prueba que se ha realizado en la instancia es procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.**

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la impugnación de la valoración de la prueba de interrogatorio de testigos realizada en la sentencia de instancia.

DUODÉCIMO.- Como último motivo del recurso de apelación por el que se viene a impugnar la valoración de la prueba realizada por la Consejera de instancia, el recurrente alega que, a su juicio, **se ha valorado erróneamente el acta de arqueo a fecha 31 de diciembre de 2015 y que ésta carece de valor probatorio en relación**

con el importe real de efectivo que estaba depositado en la "cuenta 570" a dicha fecha. En este sentido, precisa que el valor probatorio reconocido a dicha acta de arqueo contraviene la doctrina del Tribunal de Cuentas en la materia; que dicho arqueo se realizó de manera mecánica, esto es, sin efectuar las comprobaciones materiales del efectivo realmente depositado en la Caja de la Corporación; y que la interpretación contable del acta es errónea por cuanto contradice un arqueo físico anterior firmado por los tres claveros municipales y los apuntes contables posteriores al mismo.

Las anteriores alegaciones del apelante deben ser desestimadas.

Si se analiza el contenido de la Sentencia de la Sala de Justicia n.º 2/1996, de 11 de febrero, invocada por el recurrente en apoyo de su pretensión, **se comprueba que no existe identidad de razón entre los hechos enjuiciados por dicha resolución judicial y los que constituyen el objeto del presente recurso de apelación.**

En efecto, en el caso analizado por la precitada Sentencia n.º 2/1996, de 11 de febrero, se hacía referencia a unas actas de arqueo que se habían confeccionado con la exclusiva finalidad de cuadrar los distintos débitos o pagos, sin hacer comprobación alguna sobre las existencias reales en Caja y Bancos, y sin salvar las numerosas enmiendas y tachaduras que aparecían en las mismas. De esta manera, se venía a alterar la función propia de las actas de arqueo como actos testimoniales de verificación material y formal conciliada del saldo disponible.

Sin embargo, en el supuesto ahora enjuiciado se analiza un acta de arqueo en la que no concurren las características referidas por la precitada sentencia. Concretamente, conforme razona la Consejera de instancia en el parágrafo n.º 45.2 de la sentencia apelada, **tras haber realizado una valoración conjunta de toda la documentación y el resto de la prueba practicada (v. el citado parágrafo n.º 42 de la sentencia de instancia),** consta incorporada al expediente *"como documental aportada por el Ayuntamiento,* ***a petición del demandado, tanto el estado de tesorería del ejercicio 2015 como el acta de arqueo metálico a 31 de diciembre de 2015 (documento 16 del CD que consta en el folio 935 de la parte IV de la Pieza Principal; en el índice de la documentación, aparecen en los folios 3801 y 3802).*** *Conforme consta en ambos documentos, el saldo contable de la cuenta 570 0001 y las existencias finales de efectivo que figuran en el acta de arqueo metálico, coinciden en la cantidad de 138.113,83 euros.* ***Dichos documentos constan firmados por el Alcalde, el Interventor y el Tesorero, ahora demandado, y fueron rendidos, junto con las cuentas del ejercicio, tanto a la Audiencia de Cuentas de Canarias como al Tribunal de Cuentas".***

Además, como se añade en la parte final del citado parágrafo n.º 45.2 de la sentencia recurrida, *"una sólida doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal determina*

que el gestor de fondos públicos se responsabiliza con su firma de los concretos actos de gestión realizados quedando vinculado a los efectos que se pudieran derivar de los mismos. Por ello, la firma de estos documentos por el demandado, en los que acredita, como Tesorero de la Corporación, que a 31 de diciembre de 2015 el saldo de la cuenta «caja 1. Corporación» era coincidente con el efectivo existente en la caja fuerte en cantidad de 138.113,83 euros, ***permite a este tribunal tener plena certeza de ese hecho en lo que respecta a la determinación de un posible alcance contable y de la responsabilidad derivada del mismo".***

En efecto, la mencionada doctrina viene a señalar que *"esta Sala de Justicia, rechaza sin paliativos la interpretación que formula el apelante en el sentido de que su firma en las actas debe considerarse como una mera formalidad, es decir, como un trámite mecánico vacío de contenido. 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 Publico, 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 Publico al principio de legalidad, sujeción supervisada por el Tribunal de Cuentas tanto en su vertiente fiscalizadora como jurisdiccional"* **(por todas, v. Sentencias de la Sala de Justicia 14/06 y 19/2019).**

Por todo lo anterior, debe concluirse que, efectivamente, ha resultado acreditado que, a fecha 31 de diciembre de 2015, el saldo de la "subcuenta 570 0001 caja 1. Corporación" era coincidente con el efectivo real de la caja fuerte de la estancia de tesorería del Ayuntamiento.

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos anteriormente, se desestima el presente motivo de la apelación consistente en la impugnación del valor probatorio del acta de arqueo a fecha 31 de diciembre de 2015, que se realiza en la sentencia de instancia.

DECIMOTERCERO.- En conclusión, una vez analizados los razonamientos alegados por la parte apelante, así como los contenidos en la Sentencia de instancia, en los términos que se han expuesto anteriormente, la Sala de Justicia considera que la parte apelante ha reproducido dentro de sus motivos de apelación la práctica

totalidad del debate fáctico, e incluso jurídico-sustantivo, tratando de tachar de erróneas las conclusiones fácticas alcanzadas por la juzgadora de instancia, con el fin de imponer su propia valoración en la práctica totalidad de las pruebas practicadas en el proceso, sin que esas acusaciones de error encubran otra cosa que el desacuerdo de la parte recurrente con los criterios que vienen a sustentarse en la sentencia apelada.

La valoración de las pruebas y la motivación están expresadas con precisión y claridad en el fundamento de derecho octavo de la sentencia de instancia, sin que las alegaciones realizadas por el recurrente desvirtúen las conclusiones alcanzadas en la misma.

Cabe reiterar que la existencia y el concreto importe del alcance causado a los fondos públicos fueron comprobados por la juzgadora de acuerdo con las consideraciones efectuadas en los parágrafos 43 y 44 de la sentencia de instancia, citando expresamente la doctrina de esta Sala de Justicia de acuerdo con la cual, ***"la jurisdicción contable, por ser especializada, no precisa de dictamen pericial alguno para valorar la fiabilidad de la documentación contable incorporada a los autos y la virtualidad de las alegaciones vertidas por las partes para poner en tela de juicio dicha fiabilidad"*** **(Sentencias 8/2005 y 1/2000 de la Sala de Justicia).**

La Consejera de instancia ha valorado adecuadamente la totalidad de la documentación obrante en autos y el resto de la prueba practicada, mientras que el recurrente no ha acreditado elementos fácticos ni ha aportado razonamientos jurídicos distintos a los alegados en la instancia que lleven a cuestionar las conclusiones alcanzadas en la sentencia apelada.

En definitiva, cabe afirmar que el recurrente no ha aportado ningún otro documento u otro medio probatorio que permita a esta Sala apartarse del criterio sostenido en la sentencia recurrida, ni tampoco apreciar que en la valoración conjunta del material probatorio se haya comportado la juzgadora *a quo* de forma infundada, ilógica o arbitraria, o de forma contraria a las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, deben desestimarse todos los motivos de apelación referidos a la valoración de la prueba por la Consejera de instancia, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que se ha expuesto detalladamente en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución (por todas, v. Sentencias n.º 8/2005, de 17 de junio; n.º 14/2019, de 26 de julio; n.º 15/2020, de 30 de septiembre; y n.º 7/2021, de 23 de julio).

DECIMOCUARTO.- Finalmente, el apelante plantea como último motivo de su recurso que, a su juicio, **no procede que se le imponga la condena en costas de la primera instancia, al haberse producido una estimación parcial de las demandas.**

Efectivamente, si se analiza el suplico de los escritos demanda del Ayuntamiento de La Oliva y del Ministerio Fiscal, de fechas 16 de abril y 8 de junio de 2018, respectivamente, se comprueba que en ambos casos se pide que **se cifren los perjuicios ocasionados a los caudales públicos en la cantidad de 619.469,07 euros (en concepto de principal)** y que se declare responsable contable directo de dicho alcance a Don J.H.C.L., condenándole al pago de la citada cantidad a favor del Ayuntamiento de La Oliva, así como al pago de los intereses de demora, ex artículo 71.4 e) de la LFTCU, y de las costas procesales.

En relación con los anteriores pedimentos, comunes a ambos demandantes, el fallo de la Sentencia 4/2022, de 21 de julio, que puso fin a la primera instancia, dispuso lo siguiente:

"Estimo las demandas interpuestas por el procurador de los tribunales don Antonio Araque Almendros, en nombre y representación del Ayuntamiento de La Oliva, y por el Ministerio Fiscal y formulo, en su virtud, los pronunciamientos siguientes:

- ***Se cifra en 303.410,30 euros el principal del alcance** ocasionado en el Ayuntamiento de La Oliva.*

- *Se declara responsable contable directo de dicho alcance a Don J.H.C.L.*

- *Se condena a Don J.H.C.L., como responsable contable directo del alcance, a reintegrar el principal del mismo, así como al abono de los intereses devengados desde que se produjeron los hechos hasta la completa ejecución de la presente sentencia, que se fijaran en fase de ejecución.*

- *El importe del alcance debe contraerse en la cuenta que corresponda.*

- *Con condena en costas al demandado".*

Por lo tanto, dado que la sentencia de primera instancia ha cifrado el principal del alcance ocasionado en el Ayuntamiento de La Oliva en 303.410,30 euros, que es menos de la mitad de la cantidad en la que lo cifraban los demandantes, **resulta incontrovertible que las demandas del Ayuntamiento de La Oliva y del Ministerio Fiscal fueron estimadas parcialmente, y que el demandado no vio rechazadas todas sus pretensiones de oposición a dichas demandas,** ya que finalmente vino obligado a soportar una sentencia de condena, pero por un importe económico sensiblemente inferior **(menos de la mitad)** a lo solicitado por ambos demandantes.

En definitiva, debe concluirse que, en relación con las costas de la primera instancia, **no resultaría de aplicación el criterio del vencimiento que se regula en el**

artículo 394.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil- LEC-, y que se aplica en el fundamento de derecho undécimo, parágrafo n.º 78, de la sentencia apelada cuyos razonamientos deben ser rechazados en este punto.

Por el contrario, habiendo sido estimadas parcialmente las demandas del Ayuntamiento de La Oliva y del Ministerio Fiscal por la Consejera de instancia, procede que, **de acuerdo con lo previsto en el artículo 394.2 de la LEC,** cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse que haya litigado con temeridad ninguna de ellas.

DECIMOQUINTO.- Finalmente, respecto a las costas causadas en **esta segunda instancia,** conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede su imposición al recurrente al haberse estimado parcialmente su recurso de apelación.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.H.C.L. contra la Sentencia 4/2022, de 21 de julio, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en el Procedimiento de Reintegro por Alcance n.º A8/18, Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas, debiendo quedar redactada la parte dispositiva de la citada sentencia en los términos siguientes:

"Estimo en parte las demandas interpuestas por el procurador de los tribunales don Antonio Araque Almendros, en nombre y representación del Ayuntamiento de La Oliva, y por el Ministerio Fiscal y formulo, en su virtud, los pronunciamientos siguientes:

- *Se cifra en 303.410,30 euros el principal del alcance ocasionado en el Ayuntamiento de La Oliva.*

- *Se declara responsable contable directo de dicho alcance a Don J.H.C.L.*

- *Se condena a Don J.H.C.L., como responsable contable directo del alcance, a reintegrar el principal del mismo, así como al abono de los intereses devengados desde que se produjeron los hechos hasta la completa ejecución de la presente sentencia, que se fijaran en fase de ejecución.*

- *El importe del alcance debe contraerse en la cuenta que corresponda.*

- *Sin condena en costas".*

SEGUNDO.- No imponer las costas de esta apelación al recurrente Don J.H.C.L.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 7/2015.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 2/2023
Proc. Reintegro: A-8/2018
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Aytº de la Oliva)
LAS PALMAS

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 7/2023, de 11 de julio. Recurso de apelación nº 5/23, interpuesto contra la Sentencia nº 9/2022, de 25 de noviembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-133/21, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de La Taha-Pitres), Granada. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Tras un planteamiento general acerca de la naturaleza y límites procesales del recurso de apelación, se enjuicia la pretendida infracción de los artículos 18 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu y se aplica, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de la Sala de Justicia de este Tribunal, en relación con la compatibilidad de jurisdicciones, manteniendo la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas para conocer de la responsabilidad civil cuando los hechos delictivos son también constitutivos de responsabilidad contable.

Respecto a la alegación de "*mutatio libelli*" realizada por el Ministerio Fiscal para oponerse al recurso de apelación, se atiende a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo distinguiendo entre lo que es una mera argumentación jurídica nueva, para desde ella efectuar la crítica a la sentencia apelada, y lo que auténticamente es una cuestión nueva y que, como tal, cambia cualitativamente la pretensión y que debe llevar a su inadmisión y en este supuesto no concurre.

En cuanto a la alegación relativa al error en la valoración de la prueba, se desestima el motivo de apelación, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

La sentencia analiza sistemáticamente la existencia de los requisitos concurrentes en la apreciación de responsabilidad contable por alcance, particularmente los daños derivados de la conducta antijurídica y culposa de los demandados, producidos por unas operaciones de crédito al margen de la legalidad material y formal que era exigible, sin control por los órganos de supervisión competentes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 7/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 5/23, interpuesto contra la Sentencia nº 9/2022, de 25 de noviembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-133/21, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de La Taha-Pitres), GRANADA.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excmo. Sr. Don Diego Iñiguez Hernández. Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-133/21, del ramo reseñado, recurso interpuesto contra la Sentencia de 25 de noviembre de 2022.

Ha sido parte apelante Doña M.R.F.Q., representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Marín Iribarren y, como partes apeladas, el Ayuntamiento de La Taha-Pitres, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Rodríguez Teijeiro, Don D.S.T., representado y defendido por el Letrado Don Juan Antonio Luque Maza y el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

*"... **IV. FALLO***

***(1)** Estimo íntegramente la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y parcialmente la demanda formulada por el Ayuntamiento de La Taha, y formulo, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:*

1. Se cifra en DOSCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS VEINTE EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (212.220,80 euros), el daño ocasionado a los caudales municipales en concepto de responsabilidad civil derivada de delito más los intereses correspondientes desde el día en que se produjeron los daños y perjuicios hasta la fecha de esta sentencia.

2. Se declaran responsables contables directos y solidarios de dicho alcance a DOÑA M.R.F.Q. Y A DON D.S.T.

3. Se condena a DOÑA M.R.F.Q. Y A DON D.S.T. como responsables contables directos a reintegrar el principal del daño, así como los intereses devengados desde el día en que se produjeron los daños y perjuicios hasta la fecha de esta sentencia.

4. El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta del organismo perjudicado.

***(2)** Sin costas…".*

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de La Taha-Pitres, por importe de 212.220,80 euros, del que resultan responsables contables directos Doña M.R.F.Q. y Don D.S.T., allanándose este último a la demanda promovida por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Marín Iribarren, en nombre y representación de Doña M.R.F.Q., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal, con fecha 12 de enero de 2023, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada, en el que solicitó su revocación, con legal pronunciamiento en cuanto a las costas.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2023, se opuso al recurso interpuesto por la representación procesal de la Sra. F.Q., solicitando su desestimación y, en consecuencia, la confirmación de la Sentencia apelada.

La representación procesal del Ayuntamiento de La Taha-Pitres se opuso al recurso de apelación, mediante escrito recibido en fecha 9 de febrero de 2023, solicitando la íntegra desestimación del recurso de apelación, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

Asimismo, en idéntica fecha se recibió escrito de la representación Letrada de Don D.S.T. en el que efectuó alegaciones solicitando que, en caso de prosperar el recurso de apelación, el eventual pronunciamiento absolutorio alcanzara también a su representado.

QUINTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 6 de marzo de 2023, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 5/25, constatar la composición de la misma, y nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

SEXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 14 de marzo de 2023, se declaró concluso el presente recurso, así como pasar los autos a la Excma. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

SÉPTIMO.- El traslado material de las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 23 de marzo de 2023, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

OCTAVO.- Por Providencia de 3 de julio de 2023, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCu), y 52.1, b) y 54.1, b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, LFTCu).

SEGUNDO.- La sentencia de instancia consideró que concurrían en el supuesto enjuiciado los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad contable, al haber quedado probada la conducta culposa y antijurídica de los demandados y la existencia de un daño real y efectivo en los fondos públicos, cuyos hechos habían sido declarados probados y constituían los tipos delictivos descritos en sentencias

penales que habían devenido firmes. Por ello, estimó íntegramente la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y parcialmente la formulada por el Ayuntamiento de La Taha-Pitres declarando la responsabilidad directa y solidaria de los demandados en la cuantía de 212.220,80 € en que se cifró el alcance, más los intereses correspondientes.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación de Doña M.R.F.Q., con base en los motivos que seguidamente se resumen:

1. Infracción del artículo 18.2 de la LOTCu, en relación con el artículo 49.3 de la LFTCu.

Considera que la conclusión a la que llega la Consejera de instancia en los fundamentos Quinto y Sexto que condicionan el fallo de la resolución es errónea, porque no advierte que la Audiencia Provincial de Granada debió abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre la responsabilidad civil al ser ambos condenados personas que debían de rendir cuentas o que tenían a su cargo el manejo de fondos públicos, y no meros particulares. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo, deja sin efecto la dictada por la Audiencia Provincial de Granada, en lo que a la responsabilidad civil se refiere, cuando declara que la Audiencia se excede de sus competencias, pues quien ostenta la competencia para determinar el perjuicio es el Tribunal de Cuentas.

Con base en la STS núm. 257 de 18 de febrero de 2003, manifiesta que cuando no se aprecie una causa que justifique, en el caso específico, la diferenciación entre la responsabilidad civil *«ex delicto»* y la responsabilidad contable (lo que concierne valorar al Tribunal Penal), por concurrir las tres identidades de sujeto responsable, entidad perjudicada y conducta dolosa que constituya la fuente de la responsabilidad, y dado que la cuantificación de la responsabilidad contable corresponde al Tribunal de Cuentas, el Tribunal Penal debe abstenerse de realizar una condena por responsabilidad civil, respetando la competencia del Tribunal de Cuentas para su cuantificación.

En relación con lo anterior, y con base en diversas resoluciones que refiere, concluye manifestando que en ningún momento se han discutido los hechos declarados probados por las resoluciones de los tribunales penales, esto es, que las contrataciones de las pólizas se realizaron sin el adecuado respeto a la normativa aplicable en cada momento, pero existe una competencia exclusiva de la jurisdicción contable y el Tribunal de Cuentas dispone de plena autonomía para determinar si los mismos son generadores de daño o perjuicio a los fondos públicos. Por ello, entiende que cumpliendo el mandato legal y siguiendo el traslado del Tribunal Supremo se determine el alcance contable o la responsabilidad civil con base en la prueba

practicada y en las alegaciones de las partes, por lo que procede la revocación de la sentencia recurrida y estimación del presente motivo de recurso.

2. Error en la valoración de la prueba. Vulneración de los artículos 109 y 116.1 del Código Penal y de la jurisprudencia que los interpreta. Inexistencia de daño ocasionado a los fondos públicos municipales.

Sostiene la apelante que ninguna de las partes demandantes ha probado realmente la existencia del daño. Alega que la única prueba desplegada ha sido la practicada por su representada mediante el informe pericial, elaborado por Don J.L.Z., que realizó, con absoluto respeto a la declaración de hechos probados de las sentencias penales, la comparativa, cálculos y comprobaciones, teniendo en cuenta las distintas situaciones posibles de actuación, para determinar si el coste o el impacto económico de los diversos préstamos, había provocado un daño a los fondos municipales.

Con base en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 228, de 22 de marzo de 2013y de la Sala de Justicia 1, de 25 de julio de 2019, sostiene que sólo procederá la reparación si del hecho se derivan daños o perjuicios. Mantiene que no es cierto que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente la responsabilidad civil, y ello porque la sentencia penal que condena por un delito no presupone, sin más, la existencia de dicha responsabilidad, dado que ésta nace de la producción de un daño y, este daño, unos delitos pueden producirlo y otros no, no pudiéndose admitir para el cómputo de daños y perjuicios, datos que se refieran a cantidades dudosas, inseguras o hipotéticas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones, o sea, carentes de certidumbre.

Relata que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada consideró probada la situación económica de ruina que arrastraba el Ayuntamiento de La Taha- Pitres, que fue heredada del antiguo Regidor de la Corporación, y ante la cual, la Alcaldesa y el Secretario Interventor realizaron los actos que consideraron necesarios, y decidieron renovar las pólizas de crédito en la cuantía y plazos oportunos para conseguir financiación con la que poder hacer frente a los gastos municipales. Asimismo, manifiesta que no ha quedado probado que hubiera habido apropiación, ni propia, ni de terceros, del dinero municipal, o que dicha cantidad hubiera sido destinada a fines ajenos, sino municipales.

Mantiene en sus alegaciones que ante la mala situación económica que arrastraba el Ayuntamiento era necesario recurrir a la financiación externa, como acredita el informe del Jefe de la Sección de Asistencia Económica del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de Granada, y aunque lo adecuado habría sido recurrir al endeudamiento, siguiendo el procedimiento legal, ese incumplimiento ya había sido sancionado penalmente, por lo que el presente procedimiento se debería centrar

en determinar si el coste de la refinanciación había provocado un perjuicio económico en las arcas municipales.

Tras una minuciosa exposición de los distintos escenarios económicos derivados de la hipotética asunción de diferentes opciones financieras, concluye alegando que, salvo los incumplimientos, los datos económicos y financieros avalaban que había que solicitar financiación, no existiendo opciones gratuitas a coste cero, y que había que pagar una comisión e intereses, no existiendo prueba alguna que constate la existencia de perjuicio económico alguno para el Ayuntamiento de La Taha-Pitres, y, por ende, su representada no debía asumir pago alguno en concepto de responsabilidad civil.

Sostiene que la responsabilidad civil y la contable tienen un carácter reparador, y no sancionador, y, si no hay perjuicio económico no hay daño que reparar. Si los demandados pagan los intereses y comisiones que, en cualquier caso, regular o irregularmente habría que pagar, constituiría un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento, verdadero beneficiario de la financiación obtenida, y una sanción, para los demandados.

Por todo ello, considera que la sentencia dictada ha de revocarse, ante la inexistencia de responsabilidad civil derivada de delito.

CUARTO.- Frente al recurso de apelación interpuesto, el Ministerio Fiscal, tras realizar unas consideraciones previas sobre el contenido y argumentación del recurso, se opuso al mismo, en virtud de los siguientes argumentos:

1. Sobre la pretendida vulneración de los artículos 18.2 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu

a) Considera el Ministerio Público que el recurso altera el planteamiento que se mantuvo en la contestación a las demandas, e introduce una cuestión nueva y además contradictoria.

Manifiesta que el apelante en la contestación a la demanda en ningún momento afirmó, con base en los preceptos que ahora cita como vulnerados, que la jurisdicción penal no pudiera pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los hechos enjuiciados. Por el contrario, su planteamiento consistió en aceptar los pronunciamientos penales sobre la responsabilidad civil derivada del delito, y afirmar, en primer lugar, que los órganos penales, al pronunciarse sobre los perjuicios derivados de los delitos cometidos, había establecido unos límites máximos en cuanto a importe y concepto, que le resultaban favorables y que no se habían producido perjuicios de ninguna clase, por lo que procedía la absolución.

Estos planteamientos son por completo diferentes a las alegaciones contenidas en el recurso de apelación, en el que afirma que el TS dejó sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada en cuanto a la responsabilidad civil, al entender que se excedía de su competencia, por corresponder la determinación del perjuicio al Tribunal de Cuentas y que la jurisdicción penal, en realidad, no afirmó la existencia de perjuicio por la comisión de los delitos que juzgó, y la remisión a la jurisdicción contable tenía por objeto que ésta se pronunciase sobre la existencia de tal perjuicio.

Sobre la introducción de cuestiones nuevas en apelación, y la procedencia de su rechazo, por vulnerar las normas que regulan el recurso, la Sala de Justicia se ha pronunciado reiteradamente, siendo muestra de sus decisiones la Sentencia 5/2022, de 11 de mayo. De ello resulta la procedencia de rechazar este primer motivo de recurso, por introducir una cuestión nueva no planteada en la instancia.

b) Discrepa asimismo el Ministerio Publico de la afirmación según la cual el Tribunal Supremo casó y dejó sin efecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada en lo relativo a la responsabilidad civil, por ser dicha afirmación contraria a la realidad.

De la lectura de las dos sentencias y del auto de aclaración, resulta que el Tribunal Supremo solo casó el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil en cuanto a la introducción de la cantidad correspondiente al inicial endeudamiento autorizado por el Pleno Municipal, manteniendo la existencia de perjuicio en los demás conceptos, los importes, y las personas obligadas a su pago, y remitiendo al Tribunal de Cuentas los particulares correspondientes para la determinación del alcance causado.

Tampoco coincide con el recurso cuando sostiene que la jurisdicción penal no afirmó la existencia de perjuicio, y remitió a la jurisdicción contable el pronunciamiento sobre si tal perjuicio existía o no. La sentencia apelada, ha valorado el contenido de las resoluciones penales, de las que resulta que fueron realizados hechos delictivos, cuyas consecuencias económicas no tenían que ser soportadas por el Ayuntamiento, y constituían un perjuicio para sus fondos. Por tal razón, la pretensión del recurso resulta contraria al contenido de los artículos 9 y 24 de la Constitución, y al artículo 222 LEC, por vulnerar el principio de cosa juzgada, y la interpretación que hace el Tribunal Constitucional (STC 62/1984).

A esos argumentos el Ministerio Fiscal añade que, toda vez que el contenido de las resoluciones penales se encuentra recogido en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, las afirmaciones del recurso constituyen también un intento de sustituir la apreciación de la prueba realizada en la instancia por otra favorable a sus posicionamientos, y tal posibilidad ha sido rechazada reiteradamente por la Sala de Justicia, en Sentencias como la 8/2022, de 22 de septiembre.

c) Por último, señala que, cuando el recurso afirma la vulneración de los artículos 18.2 de la Ley Orgánica y 49.3 de la Ley de Funcionamiento, lo que en realidad está reprochando a la sentencia de instancia es que los ha aplicado de manera no conveniente a sus intereses.

La cuestión sobre las relaciones entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contable, y entre la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad contable, abierta a muchas consideraciones en otros supuestos, no lo está en el presente caso, en el que los pronunciamientos firmes de los órganos penales han establecido la existencia de perjuicio, el concepto al que responden los daños y las personas responsables. Se han cumplidos los parámetros legales aplicables en este procedimiento, con ejercicio pleno de la jurisdicción contable, lo demuestra cumplidamente el que la sentencia apelada ha fijado la cuantía de la responsabilidad contable en aplicación del ordenamiento vigente, rechazando tomar en consideración los importes, no contemplados en las sentencias penales, y reclamados por el Ayuntamiento de La Taha- Pitres al margen de ellos.

2. Sobre la pretendida inexistencia de perjuicio para los fondos públicos, error en la apreciación de la prueba y vulneración de los artículos 116.1 y 109 del Código Penal y de la jurisprudencia que los interpreta.

El Ministerio Público alega que, dada la interconexión entre los dos argumentos del recurso, la desestimación del primero impone el rechazo del segundo, toda vez que, afirmada por sentencia firme de la jurisdicción penal la existencia de perjuicio como consecuencia de los delitos cometidos, la pretensión del recurso no puede ser acogida y ello determina su intrascendencia.

Además, este segundo motivo de recurso se limita a reproducir el contenido de la contestación a la demanda, incurriendo así en un modo de proceder rechazado de manera reiterada por la doctrina de la Sala de Justicia, como muestra la Sentencia 9/2022, de 21 de septiembre.

El argumento del recurso se basa en un informe pericial, aportado como documento 11 anejo a la contestación a la demanda que, desde una pretendida pureza económica, realiza afirmaciones inasumibles en el ámbito jurídico, puesto que está realizado desde el consciente olvido de la naturaleza delictiva de los comportamientos que presenta como más adecuados para resolver la situación económica del Ayuntamiento de La Taha-Pitres. Con ello, lo que se intenta es presentar como argumento jurídico demostrativo de la no concurrencia de uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad contable, como es el perjuicio para los fondos públicos, la conveniencia de la comisión de un delito Y, al constituir una contradicción insalvable la pretensión de que un comportamiento delictivo resulta

conforme a derecho, la trascendencia del informe que se invoca en el recurso de apelación es nula, y obliga también a rechazar lo alegado.

QUINTO.- También se ha opuesto al recurso de apelación la representación procesal del Ayuntamiento de La Taha-Pitres alegando resumidamente lo siguiente:

a) Con carácter previo, puso de manifiesto que el recurso no hace sino reiterar los mismos argumentos que fueron aportados en la primera Instancia, sin aportar nada nuevo y basándose en todo momento en el único informe pericial que se aportó junto con la contestación a la demanda. Motivo por el cual, interesa se condene en costas a la recurrente, dada la manifiesta ausencia de fundamento en este recurso de apelación y la táctica de dilación del procedimiento con un recurso que carece manifiestamente de fundamento, como lo prueba que la otra parte demandada se ha allanado a la demanda.

Además, en el recurso de apelación ni siquiera se contradicen, con argumentos concretos, los hechos probados de la sentencia recurrida que, a su vez, se basan en los hechos firmes probados contenidos en la Sentencia de 20 de febrero de 2020 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que sirve de fundamento a la Sentencia de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas que ahora se recurre.

b) Respecto al primer motivo del recurso denuncia que el recurrente para determinar, que la conclusión a la que llega la Juzgadora de instancia, recogida en el apartado 32 de la sentencia recurrida, es errónea, extracta una serie de sentencias del Tribunal de Cuentas, sin aplicarlas a los hechos que se aclaran en el presente procedimiento, no rebate con argumentos concretos el contenido de los hechos probados que integran el recurso, ni aporta prueba alguna que los desvirtúe.

En relación con este motivo de recurso hace suyos los razonamientos expresados por el Ministerio Fiscal, sin que puedan tenerse en cuenta los argumentos de la parte apelante, en el sentido de que la opción más rentable es la que constituye la realización de los delitos por los que los demandados han sido condenados en Sentencia firme de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Sostener que los actos realizados por el Alcalde falsificando las actas del Pleno y prevaricando en la adopción de acuerdos, con la intención de obtener la renovación de unos prestamos firmados en representación de la Corporación que generan intereses y comisiones innecesarias, no dañan al Ayuntamiento, carecen de la más elemental fundamentación y, por lo tanto, esas razones no deben de ser atendidas.

c) Respecto al segundo motivo del recurso, niega que no se haya ocasionado daño a los fondos públicos y que exista un error en la valoración de la prueba.

Alega que el apelante para fundamentar este motivo del recurso se apoya en el contenido de un informe pericial que se basa en documentos sin fecha, firma, sello y

sin ningún tipo de signos de autenticidad para poder defender su validez. Considera que dicho documento carece de fiabilidad para resolver este asunto, dado que propone como línea de defensa para justificar el descargo de la actuación de los demandados, que los delitos cometidos eran la solución más rentable, por lo que no tuvieron más opción que llevarlos a efecto.

Manifiesta que las afirmaciones de dichos argumentos son tan débiles que no pueden rebatir los hechos considerados firmes por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Cuentas, y hace suyo el contenido de la sentencia recurrida, que recoge la doctrina del Tribunal de Cuentas, en el punto 33, respecto a los elementos que configuran la responsabilidad contable. Coincide con el pronunciamiento de instancia en cuanto a las partidas que deben incluirse en la cuantificación del daño ocasionado al Erario municipal, que ha quedado debidamente probado, más los intereses correspondientes y las costas.

SEXTO.- La representación letrada de Don D.S.T. en el trámite de alegaciones ha manifestado que se allanó a la demanda del Ministerio Fiscal, y añadió con invocación de pronunciamientos del Tribunal Supremo que si, como consecuencia del recurso interpuesto, se revocara en todo o en parte la sentencia recurrida, el allanamiento de dicha parte sería ineficaz y el pronunciamiento que pudiera hacer la nueva sentencia que se dicte en segunda instancia debería hacerse extensiva a su representado.

SÉPTIMO.- Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso, así como las alegaciones de oposición al mismo, antes de proceder a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación.

En Sentencias de esta Sala, por todas, números 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril, y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Debido a todo ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá el análisis, que se realizará a continuación, de todos los temas desarrollados en la sentencia apelada y en los escritos, de apelación y de oposición a la misma, y también cuestiones aducidas en el proceso de instancia, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de

enero, con criterio reiterado en las Sentencias de dicho Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, donde se establece que en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos; como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso. Y ello 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, lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la LEC, aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la LFTCu.

OCTAVO.- Establecido lo anterior, es preciso comenzar señalando que la Consejera de instancia una vez valorado el caudal probatorio, a la vista de las alegaciones de las partes, declaró la responsabilidad contable directa de los demandados Doña M.R.F.Q. y de Don D.S.T., que fueran Alcaldesa y Secretario-Interventor respectivamente, del Ayuntamiento de La Taha-Pitres.

Los términos del debate desarrollado en la instancia quedaron delimitados, como claramente se expresa en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia recurrida, a la cuantificación de la responsabilidad civil derivada del delito a la que debían hacer frente los demandados en el proceso contable, conforme declararon las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada número 212/2018, de 26 de abril y del Tribunal Supremo número 57/2020, de 20 de febrero.

Los hechos de los que deriva la responsabilidad contable, en el presente caso, son los declarados probados en las citadas sentencias y en virtud de los cuales se condenó de manera firme a los demandados como autores de un delito de prevaricación y falsedad documental.

En el primer motivo de recurso la parte recurrente entiende que se han vulnerado los artículos 18.2 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu, en los términos que han quedado expuestos en el Fundamento Tercero de esta Sentencia.

En esencia, considera que la Consejera de instancia se ha equivocado al sentirse vinculada por el pronunciamiento que respecto a la responsabilidad civil realiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, cuando el Tribunal Supremo dejó sin efecto la citada sentencia, derivando al Tribunal de Cuentas la fijación del importe de la indemnización civil, por ser competencia exclusiva de la jurisdicción

contable y disponer el Tribunal de Cuentas de plena autonomía para determinar si los hechos son generadores de daño o perjuicio a los fondos púbicos, con base en la prueba practicada y en las alegaciones de las partes realizadas en el presente procedimiento.

Para dar una adecuada respuesta al primer motivo del recurso es preciso recordar que los artículos 18 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu, disponen la compatibilidad de la jurisdicción contable, con la penal, estableciendo, que cuando los hechos fueran constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, debiendo el Juez o Tribunal que entendiere de la causa abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado de los antecedentes necesarios al Tribunal de Cuentas al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas sentencia de 21 de mayo de 1984) como la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal (por todas 21 de mayo de 1994) coinciden en señalar que, en razón de la distinta naturaleza de la jurisdicción penal y contable, es legalmente posible, y lógicamente aceptable, el enjuiciamiento de unos mismos hechos por ambas jurisdicciones, con plena autonomía jurisdiccional, si bien 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 el órgano jurisdiccional penal, 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 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 Justicia 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, no correspondiendo a la jurisdicción penal entrar en la cuestión de las consecuencias civiles derivadas del delito, que son competencia del Tribunal de Cuentas. 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.

No obstante, como se recoge en la sentencia de la Sala de Justicia 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, 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.

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 las sentencias penales, dictadas por la Audiencia Provincial de Granada y del Tribunal Supremo y en virtud de los cuales se ha condenado a los demandados como autores de un delito de prevaricación y falsedad documental.

No resulta aceptable la alegación de la parte apelante respecto a que la Juzgadora "a quo" yerra porque no ha advertido en su resolución que la jurisdicción contable tiene competencia exclusiva y que el Tribunal de Cuentas dispone de plena autonomía para determinar el alcance contable o la responsabilidad civil con base en la prueba practicada y en las alegaciones de las partes.

Esta Sala de Justicia considera que la sentencia impugnada razona y analiza con solidez el alcance y efectos jurídicos que derivan de la compatibilidad legalmente reconocida en los artículos 18.2 de la LOTCu, y 49.3 de la LFTCu, la autonomía de la jurisdicción contable para valorar los hechos probados y determinar sus consecuencias jurídicas, con absoluto respeto a la fijación y declaración de hechos probados en las sentencias penales así como a su autoría, y la pertinencia de la jurisdicción contable para declarar la responsabilidad civil derivada del delito.

El Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia (apartado 17) así lo determina cuando dispone que la responsabilidad civil no deriva del tipo delictivo, que es una figura jurídica, sino de los hechos que lo integran y cuya comisión, además de configurar el tipo penal, da lugar a la reparación del daño causado. En el caso de autos los hechos de los que deriva la responsabilidad contable objeto del presente procedimiento a cuya cuantificación han remitido al Tribunal de Cuentas los órganos penales, son exclusivamente los declarados probados en las sentencias números 212/2018, de 26 de abril y 57/2020, de 20 de febrero, de la Audiencia Provincial de Granada y del Tribunal Supremo, y en virtud de las cuales se condena de manera firme a los demandados como autores de un delito de prevaricación y falsedad documental.

En dicha resolución, una vez valoradas las alegaciones de las partes y la prueba practicada, declaró que había quedado probada la realidad de los daños derivados de la conducta antijuridica y culposa de los demandados que eran quienes debían responder de los fondos municipales y por ende concurrían todos los elementos que configuran la existencia de responsabilidad contable.

Cuestión distinta representa la alegación de la parte apelante que niega la concurrencia del requisito de daño real, efectivo y evaluable económicamente a los fondos públicos, discrepando del sentido del fallo condenatorio, alegaciones que serán analizadas en el segundo motivo de impugnación.

En cualquier caso, la apelante utiliza en su recurso como argumento para justificar la pretendida vulneración de los artículos 18.2 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu, el hecho de que la jurisdicción penal no podía pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito, contrariamente a lo esgrimido en la instancia.

Así, en su contestación a la demanda, la ahora recurrente en ningún momento afirmó que, con base en los preceptos que ahora cita como vulnerados, la jurisdicción penal no pudiera pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los hechos enjuiciados, sino que aceptó los pronunciamientos penales sobre responsabilidad civil derivada del delito, afirmando en primer lugar que los órganos penales al pronunciarse sobre los perjuicios derivados de los delitos cometidos, habían establecido unos límites máximos en cuanto a importe y concepto, sin establecer un

límite inferior o cuantitativo; y, en segundo lugar, que no se habían producido perjuicios de ninguna clase, por lo que procedía la absolución.

Tal alegación, distinta a las contenidas en el escrito de contestación a la demanda, no procede por la vía del recurso de apelación, dado que vulnera el principio de preclusión de las alegaciones establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de septiembre de 1999, deja claro que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, significando ello que las alegaciones de las partes en primera instancia que confirman el objeto procesal, impide que no se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación.

Por todo ello, el primer motivo de recurso debe ser desestimado.

NOVENO.- En el segundo motivo del recurso la parte apelante sostiene que no ha existido daño ocasionado a los fondos públicos municipales, incurriendo la Sentencia de instancia en error en la apreciación de la prueba.

Considera que, no ha existido perjuicio económico real y efectivo en los fondos municipales por lo que su representada no debe asumir pago alguno en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. Alega que el daño solo puede derivar de la acción u omisión penada, que, en este caso, ha sido la contratación de unas pólizas de crédito y dada la situación económica del Ayuntamiento no había otra alternativa, como estableció la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada. Mantiene en sus alegaciones que fue la opción menos perjudicial para el Ayuntamiento y que tanto los informes de los distintos Técnicos de Administración Local como el informe pericial aportado en la instancia, concluían sobre la necesidad de acudir al endeudamiento por la inexistencia de fondos propios en la citada Corporación para afrontar determinados pagos, no existiendo ninguna otra opción por la que no hubiese que abonar comisiones e intereses.

Alega asimismo que al ser la responsabilidad contable una responsabilidad por daños la responsabilidad no deriva directamente del hecho mismo del incumplimiento por parte del gestor de sus obligaciones sino de la prueba de la existencia y realidad de los daños individualizados que se hubieran ocasionado a los fondos públicos, y que, recayendo la carga de la prueba sobre los demandantes, éstos no han practicado prueba alguna que realmente determine la existencia de daño.

Manifiesta que la única prueba practicada ha sido la realizada por dicha parte mediante el correspondiente informe pericial elaborado por Don J.L.Z., y con base en el mismo y en el del jefe de Sección de Asistencia Económica del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de Granada de 9 de diciembre de 2011,

obrante en autos, sostiene que lo adecuado era recurrir al endeudamiento. Alega que el incumplimiento ya había sido sancionado penalmente, y tras analizar los diferentes escenarios financieros, manifiesta que la consecución de financiación no supuso un sobrecoste para las arcas municipales por el solo hecho de que no se cumpliera la legislación vigente en ese momento. Por ello considera que de las operaciones de crédito no se ha derivado daño económico alguno al Ayuntamiento de La Taha-Pitres que se deba resarcir, incurriendo la Consejera de instancia en error en la valoración de la prueba. Y, si los demandados pagan los intereses y comisiones que en cualquier caso tendrían que pagar, ello constituiría un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento.

Procede en primer lugar analizar las alegaciones realizadas sobre el error en la valoración de la prueba en que incurre la Consejera de instancia en la sentencia apelada.

Como infracción procesal, el error en la valoración de la prueba ha sido objeto de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, vinculada a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero; 29/2005, de 14 de febrero; 211/2009, de 26 de noviembre; 25/2012, de 27 de febrero; 167/2014, de 22 de octubre; y 152/2015, de 6 de julio, dicho Tribunal destacó que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico, que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones, cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración.

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala Primera) en sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo; 714/2016, de 29 de noviembre; y 83/2017, de 14 de febrero (entre muchas otras), ha recordado que los errores cometidos en la valoración probatoria, para que revistan relevancia, es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir, sobre las bases que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En el supuesto objeto del presente recurso de apelación la sentencia de instancia parte de que los hechos de los que deriva la responsabilidad contable que se dirime en el proceso, son los declarados en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Granada número 212/2018, de 26 de abril y del Tribunal Supremo número 57/2020, de 20 de febrero, en virtud de las cuales se condenó de manera

firme a los demandados como autores de un delito de prevaricación y falsedad documental, a indemnizar los daños causados a los fondos públicos.

La Consejera de Instancia teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y la prueba practicada declaró que concurrían en el presente procedimiento los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad contable de los demandados. (Fundamento de derecho Séptimo).

Lo que la apelante viene a pretender no es fundamentar que la Juzgadora de instancia ha cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba, tratando de tachar de erróneas las conclusiones fácticas alcanzadas, sino el desacuerdo de la parte, en cuanto al fondo del litigio suscitado, con los criterios mantenidos en la Sentencia recurrida, y el intento de sustituir la apreciación de la prueba realizada en la instancia por otra favorable a sus posicionamientos, porque considera que, en el supuesto enjuiciado, no se ha producido un daño real y efectivo en los caudales públicos del Ayuntamiento de La Taha -Pitres. No aporta ningún otro documento o prueba de los ya alegados en la instancia, y el informe pericial con el que intenta justificar la inexistencia del daño, se olvida de la naturaleza delictiva de los comportamientos de los demandados, que presenta como los más adecuados para resolver la situación del Ayuntamiento.

Siguiendo la doctrina reiterada de la Sala de Justicia, (entre otras, Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio; nº 15/2020, de 30 de septiembre; y nº 7/2021, de 23 de julio) para que pueda este Órgano realizar una nueva valoración de la prueba practicada, es necesario que se detecte un error patente y claro en su apreciación por parte del Órgano de instancia, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa.

Analizada la sentencia apelada, se ha comprobado que las conclusiones de la Consejera de instancia no son ilógicas, arbitrarias ni absurdas, ni conculcan principios generales del derecho, sino al contrario se razona y analiza con solidez el alcance y efectos jurídicos que derivan de la compatibilidad legalmente reconocida en los artículos 18.2 de la LOTCu, y 49.3 de la LFTCu, la autonomía de la jurisdicción contable para valorar los hechos probados y determinar sus consecuencias jurídicas, con absoluto respeto a la fijación y declaración de hechos probados en las sentencias penales así como a su autoría, y la pertinencia de la jurisdicción contable para declarar la responsabilidad civil derivada del delito y la concurrencia de los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad contable de los demandados.

Por ello, el motivo de recurso debe ser desestimado.

Seguidamente procede analizar si concurren en las presentes actuaciones los elementos configuradores de la responsabilidad contable.

Para determinar si los hechos son generadores de responsabilidad contable por alcance hay que estar a los dispuesto en los artículos 2.b) 15.1 y 38.1 de la LOTCu en relación con lo preceptuado en los artículos 49.1 y 72 de la LFTCu.

La responsabilidad contable es una responsabilidad por daños, que conforme al artículo 59 de la LFTCU deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados con relación a determinados caudales o efectos púbicos, y los autores, responsables de esos fondos y gestores de los mismos deben rendir cuentas de su gestión. En el ámbito de la responsabilidad contable el que recibe los fondos debe justificar su inversión, y en el caso de que no sea así aparece un descubierto en las cuentas dando lugar a un alcance.

El perjuicio en los fondos calificable de alcance, es el concepto jurídico que se contempla en el artículo 72 de la citada LFTCu, y ha sido matizado por la Sala de Justicia de este Tribunal en doctrina reiterada, por todas en Sentencia núm. 16/2009, de 22 de julio; nº 26/2017, de 13 de julio; y nº 34/2017, de 28 de noviembre, que considera incluido, no sólo los casos de ausencia de numerario en una cuenta o de su justificación, sino también aquellos en que resulta imposible la justificación de la inversión o que el destino dado a los fondos no sea el legalmente previsto. Todos los pagos procedentes de los fondos públicos, independientemente de su destino y de la persona que los ordene, han de estar respaldados por una justificación y ésta no puede quedar al arbitrio del que los gestiona o maneja (Sentencias de la Sala de Justicia 6/2018, de 30 de mayo y 5/2020, de 6 de julio).

El apelante, sostiene que la parte demandante no ha aportado prueba alguna en el procedimiento y que la única prueba practicada ha sido la suya, en la que, con base en el informe pericial aportado, se ha acreditado que las operaciones de crédito concertadas no supusieron un sobrecoste para las arcas municipales por el solo hecho de que no se cumpliera la legislación vigente, y de las mismas no se había derivado daño económico alguno al Ayuntamiento de La Taha-Pitres que se debiera resarcir. Justifica la inexistencia del daño, en que no hubo apropiación de los fondos, que el dinero fue destinado a fines municipales, y que no existía otra alternativa para afrontar determinados pagos que el endeudamiento.

En el presente caso, no hay lugar a duda, y así lo han declarado las resoluciones penales que se han producido unos daños derivados de la conducta antijurídica y culposa de los demandados que el Ayuntamiento no debía soportar. La conducta delictiva aparece reflejada en las páginas 15 a 20 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada número 212/2018, de 26 de abril y en las páginas 3 a 10 de la Sentencia del Tribunal Supremo número 57/2020, de 20 de febrero, contenido que se da aquí ahora por reproducido, en aras de la economía procesal. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada condenó a los demandados a indemnizar conjunta y solidariamente las cantidades determinadas como consecuencia de las

operaciones de endeudamiento. El Tribunal Supremo ordenó que fuera el Tribunal de Cuentas quien determinara el alcance de los perjuicios causados a la Corporación dentro de los limites decretados en la sentencia, pronunciamiento que posteriormente fue ratificado en el Auto de aclaración de sentencia de fecha 27 de julio de 2020.

Coincide por tanto esta Sala de Justicia con la Consejera de instancia en afirmar que en las presentes actuaciones se han realizado operaciones de crédito al margen de la legalidad material y formal que era exigible, sin control por los órganos de supervisión competentes y sin garantías de su relación con el interés público.

Dichas actuaciones han sido realizadas por los demandados, Doña M.R.F.Q. en su calidad de Alcaldesa del Ayuntamiento de La Taha-Pitres y Don D.S.T., como Secretario-interventor de la citada Corporación, quienes como gestores y responsables de los fondos públicos tenían que responder de los mismos, y habiendo sido condenados en sede penal por sus actuaciones delictivas, concurre cuando menos en sus actuaciones una conducta gravemente culposa. Dichas actuaciones han provocado un perjuicio a los fondos del Ayuntamiento de la Taha-Pitres, que el Ayuntamiento no debía ni tenía que soportar, lo que ha producido un daño real, efectivo y evaluable económicamente, en los fondos municipales por importe de 212.220,80 euros, cuya cuantificación ha sido debidamente razonada en el fundamento sexto de la sentencia de instancia.

Concurren por ello las previsiones establecidas en el artículo 59.1 de la LFTCu, en relación con los artículos 49.1 y 72 del mismo texto legal, anteriormente citados, para considerar que se dan todos y cada uno de los requisitos exigibles para establecer la responsabilidad contable por alcance de Doña M.R.F.Q. y Don D.S.T., en la cuantía fijada en el fundamento de derecho de la sentencia impugnada y sin que ello suponga un enriquecimiento injusto como sostiene el recurrente, al venir obligados al reintegro tanto del principal como de los intereses.

Por ello, este motivo de recurso también debe desestimarse.

DÉCIMO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado y como conclusión, esta Sala de Justicia entiende que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa por alcance de Doña M.R.F.Q. y de Don D.S.T., por lo que procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la citada Sra. F.Q., contra la Sentencia nº 9/2022, de 25 de noviembre, dictada en el Procedimiento de reintegro por alcance nº A-133/21, debiéndose confirmar la misma.

Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a Doña M.R.F.Q., conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación por ella interpuesto.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación**.**

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Marín Iribarren, en nombre y representación de Doña M.R.F.Q., contra la Sentencia nº 9/2022, de 25 de noviembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-133/21, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de La Taha-Pitres), GRANADA.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación a la recurrente Doña M.R.F.Q.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos.- Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 5/23
Procedimiento de Reintegro nº A-133/21
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayuntamiento de La Taha)
GRANADA

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 8/2023, de 12 de julio. Recurso de apelación nº 11/23 interpuesto contra la sentencia 1/2023, de 19 de enero, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local. Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona). Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que distingue entre la valoración de la prueba por el juzgador y, en ausencia de prueba suficiente, las consecuencias de la misma, según la cual, sólo es posible aplicar el art. 217 LEC cuando el Tribunal llega a la conclusión de la inexistencia de prueba, pero no cuando realiza una valoración probatoria de los hechos basándose en los distintos medios probatorios desplegados. Así la STS 505/2020 de 5 de octubre de 2020, Sala 1.ª, rec. 92/2018, en su FD 3.º.

Aplica, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de fecha 18 de enero de 2012, rec. nº 11/2010, FD 11.º) según la cual, el concepto de "pagos indebidos" no puede identificarse a efectos de responsabilidad contable, con el de pagos efectuados bajo la cobertura presupuestaria y contable de acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, por el hecho de que esos acuerdos del Pleno puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado. La ilegalidad de los acuerdos del Pleno tiene su ámbito de planteamiento en el de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 8/2023

ASUNTO: Recurso de apelación Nº 11/23 interpuesto contra la sentencia 1/2023, de 19 de enero, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local. Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona).

PONENTE: Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local, Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona), como consecuencia del recurso interpuesto contra la sentencia 1/2023 de 19 de enero dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

Ha sido apelante el Ministerio Fiscal, al que se opusieron D. Rodolfo González García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Doña R.H.S.; D. José Ramón Couto Aguilar, Procurador de los Tribunales y de Don R.M.A.; y D. Javier Lorente Zurdo, Procurador de los Tribunales y de Don A.A.S.

Ha actuado como ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- Según consta en los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local, Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona), el mismo trae causa de las Actuaciones Previas nº 55/2020, seguidas como consecuencia del pago de retribuciones a algunos miembros del equipo de gobierno del citado Ayuntamiento entre los años 2015 y 2019.

2.- En el acta de liquidación provisional de 25 de junio de 2021, la delegada instructora concluyó que los hechos reunían los requisitos establecidos en los artículos 49, 59.1 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, para generar responsabilidad contable por alcance. En concreto, estableció el presunto alcance en los caudales del Ayuntamiento de Canyelles en 133.285,71 euros (122.740 euros de principal y 10.545,71 euros de intereses). Consideró responsable directa a Doña R.H.S., por la cuantía de 133.285,71 euros (122.740 euros de principal y 10.545,71 euros de intereses). En solidaridad con la anterior, a Don R.M.A., hasta la cuantía de 10.589,14 euros (9.333,75 euros de principal y 1.255,39 euros de intereses), y a Don A.A.S., hasta la cuantía de 119.019,86 euros (113.406,25 euros de principal y 5.613,61 euros de intereses).

3.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 31 de mayo de 2022, interpuso demanda de responsabilidad contable contra Doña R.H.S., Don R.M.A. y Don A.A.S., como responsables directos del perjuicio ocasionado en los caudales públicos del Ayuntamiento de Canyelles.

4.- En la Sentencia 1/2023, dictada en los autos de referencia y ahora recurrida en apelación, se consignaron los siguientes hechos probados:

> «PRIMERO.- La demandada Doña R.H.S. fue Alcaldesa de Canyelles entre el 13 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2019. Su nombramiento se produjo en la sesión extraordinaria de constitución del Pleno del Ayuntamiento celebrada el 13 de junio de 2015. En dicho periodo ejerció el cargo con dedicación exclusiva.
>
> El demandado Don R.M.A. fue el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Canyelles entre el 13 de junio de 2015 y el 18 de marzo de 2016.
>
> El demandado Don A.A.S. fue el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Canyelles entre el 21 de marzo de 2016 y el 14 de marzo de 2017, y entre el 28 de marzo de 2017 y el 15 de junio de 2019.
>
> SEGUNDO.- El 30 de junio de 2015 el Pleno del Ayuntamiento de Canyelles acordó el régimen de retribuciones por asistencia a las siguientes reuniones:

Reunión	Euros por asistencia
Pleno del Ayuntamiento	118,75
Junta del Gobierno Local	95,00
Junta de Portavoces Consultivos	47,50
Comisión Especial de Cuentas	118,75
Sesiones de equipo de gobierno	118,75
Otras reuniones de trabajo de áreas de gestión/de coordinación	47,50
Actos/asistencias órganos externos/participación ciudadana	95,00

TERCERO.- En la misma reunión del Pleno, el 30 de junio de 2015, se acordó la creación de tres órganos colegiados: la Junta de Gobierno Local, la Junta de Portavoces-Consultiva y la Comisión Especial de Cuentas.

CUARTO.- Tras el requerimiento efectuado por la Oficina Antifraude de Cataluña el 8 de febrero de 2017, para que le fueran remitidas las resoluciones de creación de los órganos complementarios de la Corporación, el Pleno del Ayuntamiento de Canyelles creó el 14 de febrero de 2017 un cuarto órgano, complementario, denominado “otras reuniones–equipo de gobierno/áreas de gestión/coordinación”.

QUINTO.- Las cantidades satisfechas por el Ayuntamiento por el concepto “actos/asistencias órganos externos/participación ciudadana” entre 2015 y 2019 ascendió a 3.420 euros.

Como consecuencia del Dictamen 305/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya emitido el 14 de octubre de 2021, el Pleno del Ayuntamiento de Canyelles, en su reunión de 24 de noviembre de 2021, declaró la nulidad parcial del acuerdo de 30 de junio de 2015, en lo relativo a las indemnizaciones por asistencia a “actos/órganos externos/ participación ciudadana”.

Según consta en el Decreto de la Alcaldía de 4 de mayo de 2022 y en la documental obrante en autos, el 4 de abril de 2022 se produjo el reintegro a las arcas municipales de los 3.420 euros mediante transferencia bancaria.

SEXTO.- El importe satisfecho por el Ayuntamiento a los concejales en concepto de asistencias "otras reuniones de trabajo–de áreas de gestión/coordinación" entre 2015 y 2019 ascendió a 118.655 euros. Los pagos eran ordenados por la Alcaldesa. En ninguno de ellos consta reparo alguno de los Secretarios-Interventores.

SÉPTIMO.- No constan en las actuaciones actas acreditativas de la celebración de "otras reuniones de trabajo de áreas de gestión/coordinación".

En la etapa en la que el Secretario-Interventor del Ayuntamiento fue Don R.M.A. (entre el 13 de junio de 2015 y el 18 de marzo de 2016), según se ha acreditado en autos, el demandado asistía a dichas reuniones, tomaba razón de los acuerdos y cada mes formalizaba una hoja resumen con los datos económicos a favor de los concejales asistentes.

En la etapa en la que el Secretario-Interventor del Ayuntamiento fue Don A.A.S., (entre el 21 de marzo de 2016 y el 14 de marzo de 2017, y entre el 28 de marzo de 2017 y el 15 de junio de 2019), según consta acreditado en autos, se aprobó un formulario-tipo en el que se hacían constar los asistentes a la reunión. Era firmado por ellos en el momento de la reunión o en días posteriores, pues quedaba a disposición en la Secretaría del Ayuntamiento. El Secretario-Interventor no asistía a estas reuniones y era el Concejal Don J.G.E. la persona encargada de recopilar la información de las asistencias. El pago de las asistencias a estas reuniones se realizaba a partir de las relaciones de asistentes».

5.- En la Sentencia de instancia nº 1/2023, consta el siguiente Fallo: «Desestimo la demanda interpuesta en el procedimiento de reintegro por alcance nº C16612021.1, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Canyelles), BARCELONA. Sin imposición de costas».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 30 de enero de 2023, en el que interesa que se dicte nueva sentencia por la que, con revocación de la apelada, declare la responsabilidad por alcance y condene a los demandados al pago de las cantidades reclamadas en los términos establecidos en el suplico de la demanda. Fundamenta su recurso en que la sentencia hace recaer sobre el Ministerio Fiscal la carga de la prueba, de manera que vulnera e interpreta erróneamente el art. 217 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC, pues debe probar quien afirma y no quien niega, en el caso, que los pagos estaban justificados con arreglo al art. 217.3 LEC.

Considera asimismo inidóneas e insuficientes las aportaciones documentales y testificales, por lo que probada sólidamente la causa determinante de la responsabilidad contable y no probado de manera aceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica el hecho extintivo, la demanda debería haber sido estimada.

2.- En este sentido, alega el Ministerio Fiscal que la sentencia en el ejercicio de la sana crítica ha dado por buena la documental aportada, «a pesar de la sorprendente uniformidad de las grafías», como consta en la misma sentencia, y que habría sido elaborada *ex post facto* y *ad hoc* para este juicio, por lo que su valor probatorio debe reputarse nulo.

3.- La testifical carecería, asimismo, a su juicio, del mínimo rigor para ser tenida en cuenta a los efectos de exonerar de su responsabilidad a los demandados: formalmente, porque los testigos son los concejales que se beneficiaron de los pagos indebidos, los propios demandados, un único concejal que no cobraba, que es personal de confianza de la Alcaldesa y percibía otras retribuciones, y el conserje del Ayuntamiento. A su juicio, el contenido material de los testimonios sería igualmente irrelevante a efectos probatorios y no podría ser tomada en serio dadas sus contradicciones.

4.- Tampoco procedería, a su entender, la impugnación de los documentos y la tacha de los testigos que reprocha la sentencia al Ministerio Fiscal, pues lo notorio, por definición, está exento de prueba, y, en todo caso, se trataría de una prueba que no debe ser objeto de valoración libre por el juzgador, sino legal y tasada, en cuya virtud, el Secretario de la corporación es el que debe levantar acta de todas las sesiones que celebren los órganos colegiados, y en ella debe hacer constar el orden del día, los asistentes, las circunstancias de tiempo y lugar, las deliberaciones y los acuerdos adoptados: así, de conformidad con los arts. 13ss Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Catalunya; el art. 18 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); y los arts. 109 y 137 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. En ausencia de tales certificaciones extendidas por el Secretario, habría que concluir, según el Ministerio Fiscal, que tales reuniones no existieron y que la prueba articulada por los demandados sería notoriamente insuficiente para dar entrada a la presunción conforme al art. 386 LEC. Todo ello le lleva a afirmar que la sentencia incurre en error manifiesto al interpretar las reglas de la carga de la prueba.

5.- Respecto a los Acuerdos del Pleno de 2015 y 2017, que respectivamente establecen las retribuciones para los concejales por reuniones que no correspondían a los órganos colegiados de la corporación y la creación de un órgano colegiado complementario llamado equipo de gobierno, y tras la advertencia de la Agencia

Antifraude de Catalunya, discrepa de la sentencia al sostener que el acuerdo del 2015 vulneraba el art. 75.3 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL). Asimismo, que tras aquella advertencia y a pesar de ella, reincidieron en un fraude de ley conforme al art. 6.4 Código Civil (CC), creando otro órgano colegiado al que llamaron equipo de gobierno.

6.- Sostiene el Fiscal, igualmente, que no habría introducido ninguna cuestión nueva, sino que, en virtud del art. 412.2 LEC, habría formulado alegaciones complementarias resultado de la práctica de la prueba. Añade que no pretende la declaración de nulidad de tales acuerdos, dada la interpretación restrictiva del art. 17.Dos Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu), por el Tribunal Supremo, sino que el Departamento de instancia emita un juicio sobre la adecuación a la legalidad de la actuación de los demandados, por ser contraria al art. 75.3 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y constitutiva de fraude desde 2017, conforme al art. 6.4 CC, alegación que no requiere del planteamiento de una cuestión prejudicial conforme a los arts. 42.1 LEC y art. 17.Dos LOTCu, pues facultan al Tribunal de Cuentas a resolver la cuestión prejudicial contencioso-administrativa sometida a su conocimiento, que en el caso es la interpretación a los solos efectos del presente proceso de los arts. 20.3 y 75.3 LRBRL en relación con el art. 6.4 CC y art. 11 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

7.- Mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2023, el procurador de los tribunales y de Don R.M.A., se opuso al recurso. Alega que el material probatorio existe (actas validadas por el secretario y confirmadas por la testifical) y que la sentencia lo valora y concluye que las reuniones se celebraron. Asimismo, opone que en apelación sólo excepcionalmente pueden prevalecer las alegaciones de parte si se desvirtúan los hechos declarados probados con medios que lo acrediten, dado el principio de inmediación del juzgador de instancia, y ello si fuera ilógica o hubiera error en la valoración, medios que no han sido aportados por el Ministerio Fiscal, al margen de sus apreciaciones valorativas. Finalmente, alega la legalidad del Acuerdo de 30 de junio de 2015, de conformidad con el art. 75.3 LRBRL, pues sólo eran retribuidos los concejales sin dedicación exclusiva o parcial, acuerdo que, por otra parte, no fue impugnado ante la jurisdicción contenciosa.

8.- La representación procesal de Doña R.H.S., presentó igualmente escrito de oposición al recurso de apelación de fecha 21 de marzo de 2023. En él se alega que el recurrente pretende sustituir el criterio del juzgador en la valoración de la prueba por el suyo propio sin otro argumento que acusar de falta de rigor a los testigos, que no fueron tachados ni discutidos durante el juicio, y de falta de veracidad de los documentos aportados, que fueron aceptados en la audiencia previa sin reservas y sin impugnación, y sin alegación al respecto durante todo el juicio por el propio Ministerio Fiscal, cuando además es quien sostiene su pretensión el obligado a

probar. Finalmente, considera que el recurrente cambia su *causa petendi*, de nuevo, al alegar ahora fraude de ley al crear órganos complementarios, lo que no puede enjuiciar el Tribunal de Cuentas, sino la jurisdicción contenciosa.

9.- La representación de Don A.A.S., presentó escrito de oposición al recurso de apelación de fecha 23 de marzo de 2023, en el que alega que la sentencia no absuelve por falta de prueba, como erróneamente afirma el recurrente, sino porque expresamente se considera probada la celebración de las reuniones, con base en la documental y corroborada por la testifical. De esta forma, opone que, de una parte, procesalmente se deben rechazar estos motivos de recurso, ya que el Ministerio Fiscal no impugnó ni manifestó queja alguna en la audiencia previa (como determina el art. 427.1 LEC), ni en la fase de juicio oral, sobre la documental que ahora pretende calificar como falsa, ni tampoco realizó valoración alguna en el juicio sobre la testifical. Asimismo, desde un punto de vista material relaciona detalladamente la documentación encontrada sobre las reuniones objeto de discusión, y su sucesiva puesta a disposición de la Oficina Antifraude de Cataluña (como constan en las diligencias preliminares, y aportación a las Actuaciones Previas) y en la fase de audiencia previa celebrada. Por tanto, sostiene que no se puede afirmar que haya habido ocultación sospechosa, ni construcción a posteriori para la fase de audiencia previa al juicio, como afirma el Ministerio Fiscal. Sobre la mayor o menor uniformidad de las grafías, manifiesta que podría ser sólo de algunas y que eso, aunque no se puede pronunciar como perito al respecto, dependerá de los sujetos a lo largo del tiempo.

10.- En este escrito de oposición, asimismo, y respecto a la testifical, se alega que han declarado todos los concejales que se reunieron y el conserje, y las mínimas contradicciones puestas de manifiesto en la sentencia son consecuencia del transcurso de los años en que se celebraron, desde 2015 a 2022, y la multitud de reuniones sobre las que se les preguntaron de forma conjunta. Asimismo, refiere la literalidad de las declaraciones según constan en la grabación, para apreciar, explicar y minimizar los detalles de cada divergencia, y cómo todas refieren la realidad de las reuniones celebradas los martes o jueves, normalmente por la tarde, sin asistencia del secretario y justificándose de tres formas distintas, según el tiempo en que tuvieron lugar, al día siguiente o en la primera ocasión que el concejal acudía al Ayuntamiento, y cuyos justificantes obraban en poder del secretario, sin perjuicio de que en algún momento pudiera haberlos tenido en su poder el Sr. Ruiz. En ningún caso, tal valoración por el tribunal de instancia, según afirma, puede considerarse como irracional, arbitraria o carente de lógica o de sentido común.

11.- Sobre las irregularidades alegadas por el recurrente en la certificación de las reuniones, opone que es objeto propio de la jurisdicción contenciosa y que además no obsta a la realidad de su celebración, que es lo que constituiría alcance como objeto propio de esta jurisdicción. Asimismo, considera una desviación procesal la

nueva alegación del Ministerio Fiscal acerca del supuesto fraude de ley en la creación de este órgano lo que, además, es asimismo ajeno a esta jurisdicción. En todo caso, se realizaron los pagos a concejales que no tenían dedicación exclusiva ni parcial, por lo que no se vulneraba la limitación del art. 75.3 LRBRL.

12.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 28 de marzo de 2023 se acordó elevar los autos a la Sala de Justicia y conforme se ordenaba en la diligencia de 24 de abril, mediante la posterior de fecha 3 de mayo de 2023, se remitieron a la Consejera Ponente.

13.- Mediante Providencia de fecha 4 de julio de 2023 , esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 10 de julio de 2023 fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y antecedentes del recurso.

1.- Constituye el objeto litigioso del procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local, Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona), el examen del pago a algunos miembros del equipo de gobierno del citado Ayuntamiento entre los años 2015 y 2019, de retribuciones por asistencia a reuniones, que la sentencia de primera instancia da por probadas y correctas, desestimando así la demanda.

2.- Como se ha expuesto en los antecedentes, en su recurso de apelación el Ministerio Fiscal muestra su disconformidad con la decisión absolutoria, esencialmente, al considerar que el juzgador de instancia ha vulnerado las reglas sobre distribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, pues atribuiría al demandante la carga de probar hechos que corresponden a los demandados. Al mismo tiempo, discrepa con la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia al señalar que en ejercicio de la sana crítica se apoya, por un lado, en una documental que debería reputarse de nulo valor probatorio por haber sido construida *ex post facto y ad hoc*; y por otro, en una testifical que carecería del mínimo rigor, porque los testigos son los mismos concejales beneficiados por los pagos indebidos, lo que evidencia un interés en el pleito, que también tienen los demandados así como el otro concejal, perceptor de otras retribuciones, careciendo igualmente de veracidad el conserje del Ayuntamiento al que se presenta como si de un fedatario público se tratase. Tras cuestionar la valoración judicial de la prueba, el recurrente ofrece a la Sala la que, a su entender, debe darse a cada uno de los medios probatorios practicados para

finalizar su recurso insistiendo en la corrección de su cuestionamiento de la legalidad de los Acuerdos del Pleno de 2015 y 2017, cuestionamiento que se sustenta materialmente en la denuncia de un fraude de ley cometido por los demandados por lo que, como tal, no implica alteración de los sujetos y del objeto del proceso, sino una alegación complementaria permitida por el art. 412.2 de la LEC y que, por lo tanto, deviene innecesario acudir a la vía de la cuestión prejudicial de orden contencioso-administrativo.

3.- Del anterior planteamiento se coligen las dos líneas argumentales principales a través de las cuales se estructura el recurso de apelación: (i) infracción de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y (ii) cuestionamiento de la valoración judicial de la prueba llevada a cabo en la instancia. Se trata de supuestos distintos que, se advierte, se formulan ambos con carácter principal, es decir, al mismo nivel argumentativo y de oposición, no con carácter subsidiario el segundo para el caso de rechazo del primero. Ambos supuestos serán analizados a continuación para abordar, en último lugar, la pretendida alegación complementaria representada por la legalidad de los Acuerdos de 2015 y 2017.

SEGUNDO.- Distinción de supuestos: error en la distribución de la carga de la prueba como regla procesal o de juicio; y error en la valoración de la prueba, como valoración del proceso lógico deductivo llevado a cabo en la sentencia de instancia.

4.- Conforme a lo indicado, debemos centrar el inicio de nuestro análisis en la alegada vulneración del art. 217 LEC, dadas las graves consecuencias que la jurisprudencia atribuye a la errónea aplicación de este precepto por el juzgador de instancia, pues el art. 217 LEC constituye la garantía de una sentencia de *non liquet,* como deber inexcusable de los jueces de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, establecida en los arts. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 1.7 CC, garantía debemos recordar que no se dicta como disposición general en materia de prueba (arts. 281 a 298 LEC), sino sólo para el caso de incertidumbre por no estar suficientemente probados unos hechos y hacer recaer el perjuicio de la falta de prueba de los hechos relevantes en el proceso, esto es, como regla procesal o de juicio. Como tal regla, el *onus probandi* no posee más alcance que determinar las consecuencias de la falta de prueba porque, acreditados los hechos constitutivos del presupuesto fáctico, resulta irrelevante qué parte los probó. Y como tal regla, de *ius cogens*, destinada a vencer incertidumbres sobre los hechos al establecer la parte que ha de resultar perjudicada por la falta de prueba, el *onus probandi* debe distinguirse de la valoración probatoria, esto es, de la actividad judicial en búsqueda del convencimiento o del rechazo de un medio probatorio aplicando el sistema de valoración libre o tasado establecido por el legislador.

5.- Se deben así diferenciar estos dos supuestos: la valoración de la prueba por el juzgador y, en ausencia de prueba suficiente, el de las consecuencias de la falta de prueba suficiente. En este sentido, como decimos, se reitera en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sólo es posible aplicar el art. 217 LEC cuando el tribunal llega a la conclusión de la inexistencia de prueba, pero no cuando realiza una valoración probatoria de los hechos basándose en los distintos medios probatorios desplegados. Así la STS 505/2020 de 5 de octubre de 2020, Sala 1.ª, rec. 92/2018, en su FD 3.º, resuelve que:

> «1.- Como hemos declarado reiteradamente (por todas, vid. sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3.º LOPJ y 1.7º Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.
>
> Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.
>
> Sólo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril)».

6.- En el mismo sentido recoge la STS 211/2010, de 30 de marzo de 2010, rec. nº 326/2006, FD 6.º:

> «A) Carga de la prueba. La jurisprudencia ha destacado -con referencia a la norma contenida en el derogado artículo 1214 CC sobre reparto del *onus probandi* [carga de la prueba] que hoy regula el artículo 217 LEC - que no es aplicable en aquellos casos en los que el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba, sino solamente cuando el tribunal, no

obstante llegar explícita o implícitamente a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba. No se produce la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba (STS de 31 de enero de 2007, RC n.º 937 / 2000, 9 de mayo de 2007, RC n.º 2448 /2000 y 4 de febrero de 2009, RC n.º 462/2003).

En la sentencia impugnada no existe un desplazamiento o inversión de la carga de la prueba en sentido procesal porque no hay ausencia de prueba sobre el hecho controvertido, ya que se ha declarado probado…».

7.- En atención a tal delimitación de supuestos, la Sala aprecia que en el caso de autos no hay ausencia de prueba suficiente sobre los hechos controvertidos, sino que, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, la sentencia ha declarado que aquéllos han quedado demostrados, por lo que carece de sentido denunciar un deficiente reparto de la carga de la prueba (como resuelve la STS 445/2014, de 4 de septiembre, rec. 2733/2012, FD 7.º.2). En efecto, si como veremos a continuación se declara probada en la sentencia la celebración de las reuniones del denominado equipo de gobierno conforme a los Acuerdos de 2015 y 2017 del Ayuntamiento de Canyelles (hechos probados sexto y séptimo), y así se admite incluso por el recurrente en su escrito de apelación al cuestionar esta declaración probatoria, de acuerdo con la inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, no es posible aplicar al presente recurso, por contradictorio, la vulneración del art. 217 LEC.

TERCERO.- Sobre el alegado error en la valoración de la prueba, en la lógica deductiva de la sentencia de instancia, y su eventual control por la Sala de Justicia en el recurso de apelación.

8.- Toda vez que no resulta admisible delimitar el supuesto como error en la atribución de la carga de la prueba conforme al art. 217.2 LEC, al dar por probada en la sentencia de instancia la celebración de las reuniones del equipo de gobierno, debemos pronunciarnos ahora sobre la segunda línea argumental del recurso de apelación, esto es, sobre la discrepancia que alega el Ministerio Fiscal con la valoración de la prueba que lleva a cabo el juzgador de instancia. El propio Ministerio Fiscal en su escrito refiere cómo la sentencia recurrida constata la celebración de las reuniones (alegación 4.ª), pero posteriormente pasa a denunciar error en la valoración de la prueba (alegaciones 5.ª a 7.ª). Así, considera que la parcialidad y falta de idoneidad de la documental y la testifical, al estar groseramente articuladas, deberían haberse reputado, de oficio, de nulo valor probatorio desde la sana crítica por la sentencia recurrida, y que su impugnación y la

tacha de los testigos resultarían ociosas, pues, según alega, lo notorio, por definición, estaría exento de prueba.

9.- Como análisis previo lógico-jurídico, tales alegaciones (5.ª a 7.ª del recurso), que muestran discrepancias sobre la valoración llevada a cabo por la sentencia recurrida de la prueba documental y testifical, resultan, a juicio de esta Sala de Justicia, contradictorias con la alegada vulneración de la carga de la prueba conforme al art. 217 LEC, pues como asimismo ha afirmado el Tribunal Supremo, STS citada 505/2020, de 5 de octubre, Sala 1.ª, rec. 92/2018, en su FD 5.º, «es contradictorio que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido con base en una determinada valoración de la prueba (por todas, *vid.* sentencia 484/2018, de 11 de septiembre)», y «carece de sentido denunciar un deficiente reparto de la carga de la prueba en casos en que tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, la sentencia recurrida ha basado su decisión en que los hechos controvertidos han quedado demostrados… No habiéndose dispensado al demandado de ninguna 'carga' ni habiéndosele conferido ninguna otra ventaja, el principio de igualdad de armas en el proceso no ha sido vulnerado» (STS 445/2014, de 4 de septiembre, rec. 2733/2012, FD 7.º.2, citada).

10.- El análisis por esta Sala de Justicia respecto al alegado error en la valoración de la prueba por el departamento de instancia, se debe enmarcar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que reconoce cómo el derecho a la tutela judicial efectiva comporta una resolución motivada, conforme a los arts. 24.1 y 120 de la Constitución, que sólo tiene relevancia cuando se trata «de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable» (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, FJ 3.º, y STC 47/2009, de 23 de febrero, FJ 4.º).

11.- Asimismo, la Sala de Justicia, al respecto, debe recordar cómo esta jurisprudencia delimita la revisión de la prueba por la segunda instancia judicial. Así, la STC nº 212/2000, de 18 de septiembre, determina los límites de esta revisión con base en la prohibición de *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación en la primera instancia: «Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una 'revisio prioris instantiae', en la que el Tribunal Superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a

las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la 'reformatio in peius', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ('tantum devolutum quantum appellatum')...».

12.- En el presente caso, las alegaciones del Ministerio Fiscal sobre el carácter grosero de la prueba practicada que debería haberse apreciado de oficio por el Departamento de instancia, no pueden compartirse, y ello, como punto de partida, porque la notoriedad se predica en el art. 281. 4 LEC respecto de unos hechos que no requieren probarse, porque gocen de notoriedad absoluta y general, esto es, para eximir de prueba a determinados hechos. Como afirma la STS 24/2016, de 3 de febrero de 2016, rec. 1990/2015, FD 5.º.2, que aplica a su vez la STS 241/2013, de 9 de mayo, porque «se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho --límite temporal--, entre los ciudadanos medios, miembros [de] la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan --ámbito de la difusión del conocimiento--, en la que se desarrolla el litigio --límite espacial--, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, quedan exentos de prueba».

13.- En nuestro ordenamiento jurídico no precisan prueba los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos por las partes, pero la notoriedad no se predica, como alega el Ministerio Fiscal en contra de la jurisprudencia constitucional referida, para eximir a las partes de la impugnación de las pruebas, pues ésta corresponde a las partes, de conformidad con los arts. 317ss LEC, mientras que el tribunal lo que debe es valorar la prueba documental conforme a los arts. 319.2 y 326 LEC, y la testifical conforme a la sana crítica, de acuerdo al art. 376 LEC.

14.- Efectivamente, a juicio de esta Sala y según se adelanta y se detallará a continuación, el juzgador de instancia, FD 7.º de la sentencia recurrida, adopta una decisión justificada conforme a los postulados de la razón, como requiere la jurisprudencia, así, por todas, y en los términos de la STS 141/2021, de fecha 15 de marzo de 2021, rec. 1235/2018, FD 3.º. 2 (siguiendo, a su vez, la STS 468/2019, de 17 de septiembre):

> «La valoración probatoria se concibe como la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en

la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón --sana crítica--, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración... Las reglas de la sana crítica no son normas que se encuentren codificadas, sino que están conformadas por las más elementales directrices de la lógica humana. Comprenden las máximas o principios derivados de la experiencia, obtenidos de las circunstancias y situaciones vividas a través de la observación de hechos, conductas y acontecimientos. Implican un sistema de valoración racional y razonable de la actividad probatoria desplegada en el proceso, que permite efectuar un juicio prudente, objetivo y motivado, de corroboración de las afirmaciones fácticas efectuadas por las partes mediante el examen de las pruebas propuestas y practicadas, todo ello con la finalidad de huir de los riesgos derivados del acogimiento de meras hipótesis intuitivas o conclusiones valorativas absurdas, y prevenir, de esta forma, decisiones arbitrarias. La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón».

15.- Asimismo, sobre el error en la valoración de la prueba por el órgano de instancia, esta Sala de Justicia en reiterados pronunciamientos requiere que se hayan aportado medios de prueba que desvirtúen la valoración realizada por la instancia o acrediten error patente en la misma, así en la Sentencia de esta Sala de Justicia 11/2018 de 20 de julio, FD 5.º, en la Sentencia 8/2022, de 22 de septiembre, FD 5.º o, entre los más recientes, en la Sentencia 3/2023, de 22 de febrero, rec. apelación 36/2022, en los términos siguientes:

«Esta Sala debe establecer que, sin perjuicio de lo establecido en el Fundamento Jurídico Quinto de esta resolución, acerca de la naturaleza jurídica del recurso de apelación, es preciso señalar que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba 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", como se ha reiterado entre otras, en las Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre.

La razón de que prime la apreciación de la prueba del Juzgador de Instancia la encontramos expuesta en la Sentencia de esta Sala nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto): cuando determina "…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 obtenido [s] en el proceso…"

Y, como también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de Justicia (Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio, nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 7/2021, de 23 de julio) frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación.

Por tanto, para que pueda realizar este Órgano una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia».

16.- En similares términos, en la Sentencia de esta Sala de Justicia 8/2022, de 22 de septiembre, FD 5.º:

«Y, como consecuencia de lo anterior, como también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de Justicia (entre otras, Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio; nº 15/2020, de 30 de septiembre; y nº 7/2021, de 23 de julio) frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte, presidido por el principio de inmediación, salvo que los juicios emitidos aparezcan claramente como infundados, irracionales o arbitrarios.

> Por tanto, para que pueda este Órgano realizar una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa, pues analizada la Sentencia recurrida no cabe duda alguna que la Consejera de Instancia valoró conjuntamente toda la prueba practicada en el proceso».

17.- En el caso de autos, precisamente en función de la prueba aportada por los demandados en consideración a la regla *reus in excepcione actor est* en virtud del art. 217.3 LEC, quedó acreditado el pago en el hecho probado sexto de la sentencia recurrida, y ésta, en virtud de la sana crítica, considera probada la celebración de las reuniones «equipo de gobierno/áreas de gestión/coordinación» que dieron lugar al pago de las retribuciones objeto del análisis de este recurso, con base en diversos razonamientos y mediante una valoración de la que deja sobrada constancia en el citado FD 7.º, con base en los argumentos explicitados siguientes: la ratificación en el juicio del Sr. M.A.; en la documentación elaborada por este y la documentación del anterior secretario-interventor, documentos que, además, no han sido impugnados de contrario; la celebración de tales reuniones según ha sido corroborada por las declaraciones testificales, valorada según consta por el juzgador de instancia, en su coherencia, claridad de las respuestas; y las dudas que suscita esta testifical sólo, en su caso, acerca de en qué días u horas o con qué periodicidad tuvieron lugar, pero la celebración de tales reuniones se considera constatada, como, en suma, han expuesto todos los demandados en sus escritos de oposición al recurso. La sentencia, tras esta valoración, da así por probada la celebración de las reuniones, por lo que, aunque incluya una referencia adicional y, en este sentido, superflua, al art. 217 LEC, no aprecia esta Sala de Justicia que sólo por ello se haya vulnerado tal precepto, conforme a la concisa interpretación del precepto en la jurisprudencia referida del Tribunal Supremo.

18.- En el presente caso, el Ministerio Fiscal, en la instancia, no impugnó la documentación aportada, y ahora en apelación no ha aportado medios que desvirtúen la valoración realizada por la instancia o acrediten error patente en la misma. Por el contrario, constan en los autos (folios 313 a 392 PR Tomo II) y el órgano de instancia valora, las referidas actas y listados de asistentes a las reuniones del equipo de gobierno del Ayuntamiento de Canyelles, que certifica el Concejal del Ayuntamiento con base en los listados de asistencia, Don J.G.E., adjuntadas a la contestación a la demanda como documento nº 1 una vez halladas y según consta en la diligencia firmada por el Secretario-interventor del Ayuntamiento Don A.A.S. (folio 474 PR Tomo II), el mismo Secretario-Interventor que certificó en las actuaciones previas (según consta en el «folio 24B», 87 páginas, remitidas en fecha 12 de agosto de 2020, CD de AP), las percepciones económicas de los concejales desde 2015 a 2019, documentación y testifical, cuya fuerza probatoria valora *in extenso* en el referido FD 7.º, de manera prudente, objetiva y motivada.

19.- Así las cosas, las alegaciones referidas por el Ministerio Fiscal (alegaciones 5.ª a 7.ª) sobre el error en la valoración de la prueba respecto a la veracidad de la celebración de las reuniones del equipo de gobierno del Ayuntamiento de Canyelles, tampoco pueden ser estimadas, cuando en el caso de autos, el recurrente no ha aportado medios de prueba que desvirtúen tal valoración o acrediten error patente en la misma, y además se encuentra amparada en la lógica, ciencia y experiencia del juzgador de primera instancia, esto es, en la sana crítica o lógica deductiva en que se debe fundar la sentencia, conforme al test de racionalidad que exige el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, y la consecuente valoración y motivación conforme al art. 120.3 de la Constitución y al art. 218.2 LEC.

20.- Toda vez que se desestiman las alegaciones del Ministerio Fiscal sobre la celebración de las reuniones de equipo que la sentencia de instancia da por probadas, con base en la documental y corroborada por la testifical analizada, no procede que esta Sala realice reproche alguno sobre si la certificación de las reuniones de equipo corresponde exclusivamente a los secretarios municipales o sobre la legalidad de los Acuerdos de 2015 y 2017 del Ayuntamiento de Canyelles, esto es, si son conformes o no a la legalidad vigente o si tales reuniones suponen un fraude de ley, pues, en primer término, la celebración de las referidas reuniones de equipo, se aprecia por la sentencia de instancia con base en la valoración conjunta de la prueba documental y testifical practicada, lo que resulta acorde a la doctrina de esta Sala sobre la acreditación suficiente de los gastos municipales mediante documentación justificativa u otros medios de prueba que pudieran suplir esa falta de documentación justificativa (FD 4.º 2, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 19/2019, de 13 de noviembre, rec. nº 28/19); asimismo, dada la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*), de conformidad con la referida STC nº 212/2000, de 18 septiembre; ante la resolución al respecto en la sentencia de instancia conforme al art. 412 LEC, al considerarla una alteración posterior del objeto del proceso (FD 8.º); y, en cualquier caso, ante los límites jurisdiccionales al eventual control que se realizara por la jurisdicción contencioso-administrativa previo el recurso contencioso-administrativo procedente, todo ello de conformidad, en nuestro ámbito, con los arts. 15, 16 y 17 LOTCu, y con la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, STS de fecha 18 de enero de 2012, rec. nº 11/2010, FD 11.º, so pena de extralimitarnos en el ejercicio de nuestra jurisdicción:

> «El concepto de "pagos indebidos" no puede identificarse a efectos de responsabilidad contable, con el de pagos efectuados bajo la cobertura presupuestaria y contable de acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, por el hecho de que esos acuerdos del Pleno, puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado.

> La ilegalidad de los acuerdos del Pleno tiene su ámbito de planteamiento en el de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al que la recondujo la Abogacía del Estado mediante los oportunos recursos, y no el de la exigencia de responsabilidad en un procedimiento de reintegro por alcance, dirigido contra el que ordenó los pagos amparados por aquellos acuerdos, a los que, con arreglo a la normativa aplicable, estaba vinculado».

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación nº 11/23 interpuesto contra la sentencia 1/2023, de 19 de enero, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C166/2021.1, Sector Público Local, Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona), que queda confirmada. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final tercera de la L.O. 7/2015.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 11/23
Procedimiento de Reintegro nº C-166/2021.1
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayuntamiento de Canyelles)
BARCELONA

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 9/2023, de 2 de noviembre. Recurso de Apelación nº 12/23, Procedimiento de Reintegro nº 76/21, Administración de la Seguridad Social (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, Ej. 2017. "M. M."), Madrid. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala alude en primer término a la naturaleza, extensión y límites del recurso de apelación y a continuación al criterio sobre desestimación de alegaciones que constituyen reproducción de las ya manifestadas en primera instancia.

Asimismo, aplica la doctrina de la Sala de Justicia respecto a la valoración de la prueba en la fase de instancia, por la que se establece (Sentencias 3/2023, de 22 de marzo; 13/2022, de 22 de septiembre; 6/2015, de 11 de noviembre; y 26/2017, de 13 de julio) que fijar los hechos y valorar los medios de prueba corresponde al Departamento de instancia, sin perjuicio de que el Órgano *"ad quem"* pueda corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *"a quo"* (sentencias 3/2023, de 22 de marzo, 4/2015, de 2 de julio, y 17/2019, de 8 de octubre) si la valoración conjunta del material probatorio se ha realizado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, sin que puedan prevalecer meras alegaciones de parte.

A la hora de analizar la posible vulneración del artículo 45 de la LFTCu, como denuncian los recurrentes, la Sala lleva a cabo una diferenciación entre la función fiscalizadora y la función de enjuiciamiento que son desarrolladas por este Tribunal de Cuentas, siguiéndose el criterio doctrinal reflejado en las Sentencias 3/2014, de 18 de marzo, y 7/2019, de 21 de junio.

Asimismo, desarrolla los criterios diferenciadores entre las fases preparatorias de los juicios declarativos contables y la fase puramente jurisdiccional, todo ello adecuando dicha exposición a la doctrina constitucional de proscripción de la indefensión, como derecho integrado en el de tutela judicial efectiva, conforme ha asumido la Sala de Justicia.

Aplica, además, la doctrina, tanto del Tribunal Supremo, como de la propia Sala de Justicia, respecto a la configuración jurídica de todos los requisitos para apreciar la concurrencia de alcance en los fondos públicos, realizando un minucioso estudio de los hechos más relevantes y de la normativa específica atinentes al caso planteado.

Por último, sigue la doctrina de la Sala respecto a los criterios a seguir, en cuanto a la imposición de costas a los litigantes (especialmente, Sentencias 3 y 4/2021, de 23 de junio y 6/2021, de 23 de julio).

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA nº 9/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 12/2023 interpuesto contra la sentencia de 31 de octubre de 2022, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-76/2021, ADMÓN. SEGURIDAD SOCIAL (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017. "M.M."), MADRID.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez -Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente sentencia

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-76/2021, como consecuencia de los recursos interpuestos contra la Sentencia nº 4/2022, de 31 de octubre, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento. Han sido apelantes Don R.F.G., representado y defendido por el Letrado don Martí Rius Coma; y la M.M., representada y defendida por el Letrado don José Manuel Fernández Gutiérrez, y apelados el Ministerio Fiscal y la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance nº B- 76/2021 se dictó la sentencia 4/2022, de 31 de octubre, cuyo fallo reza literalmente:

> "Estimo la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia:
>
> **PRIMERO.-** Declaro como importe total en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos de la Seguridad Social, el de VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (21.248,82 €).
>
> **SEGUNDO.-** Declaro responsables contables directos del alcance a M.M. y a Don R.F.G. en la cuantía de VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (21.248,82 €).
>
> **TERCERO.-** Condeno a M.M. y a Don R.F.G. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.
>
> **CUARTO.-** Condeno a M.M. y a Don R.F.G. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico sexto de esta resolución.
>
> **QUINTO.-** Condeno a M.M. y a Don R.F.G. al pago de las costas del procedimiento.
>
> **SEXTO.-** Acuerdo la contracción de la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública".

SEGUNDO.- La sentencia contiene la relación de hechos probados, numerados del primero al quinto, que se tienen por reproducidos, y se basa en los fundamentos enumerados en los correspondientes apartados, del primero al séptimo, para concluir en el referido fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, Don R.F.G., representado y defendido por el Letrado don Martí Rius Coma, y la M.M., representada y defendida por el Letrado don José Manuel Fernández Gutiérrez, interpusieron sendos recursos de apelación por escritos de 24 y 28 de noviembre de 2022.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento, de 12 de enero de 2023, se acordó admitir a trámite los recursos interpuestos y dar traslado de los mismos a las demás partes, a fin de que en el plazo de quince días pudieran, en su caso, formalizar su oposición.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 17 enero de 2023, se opuso a los recursos interpuestos e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, también se opuso a los recursos de apelación, por escrito de 19 de enero de 2023.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento, de 21 de marzo de 2023, se acordó:1- Dar traslado de los escritos de oposición del Ministerio Fiscal y del Letrado de la Administración de la Seguridad Social a las demás partes y 2- Elevar los autos a la Sala de Justicia y emplazar a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar a que se declarase desierto el recurso, y en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la citada Ley.

La personación en la Sala de Justicia se efectuó mediante escritos de:

- El Ministerio Fiscal, de fecha 22 de marzo de 2023.
- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, de fecha 22 de marzo de 2023.
- El Letrado don Martí Rius Coma, en nombre y representación de Don R.F.G., de fecha 30 de marzo de 2023.
- El Letrado don José Manuel Fernández Gutiérrez, en nombre y representación de M.M., de fecha 27 de abril de 2023.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la secretaria de la misma de 19 de abril de 2023 se acordó: 1- Abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 12/2023; 2- Constatar la composición de la Sala y nombrar ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y 3- Pasar los autos al Consejero ponente a fin de que se preparase la pertinente resolución.

OCTAVO.- Recibido, el 2 de agosto de 2023, escrito del Letrado don José Manuel Fernández Gutiérrez, en nombre y representación de la M.M., por el que solicitaba la incorporación a los autos de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social 508/2023, de 12 de julio, a fin de ser tenida en cuenta en relación con el recurso interpuesto; por providencia de esta Sala de 7 de septiembre de 2023 se dio traslado de la documentación recibida a las demás partes, por plazo común de cinco días, para que

manifestaran lo que estimaran pertinente de acuerdo con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El Letrado don Martí Rius Coma, en nombre y representación de Don R.F.G., por escrito de 12 de septiembre de 2023, solicitó la incorporación a los autos de la precitada sentencia. En el mismo sentido se pronunció el Ministerio Fiscal, por escrito de 13 de septiembre de 2023. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, sin embargo, por escrito de 19 de septiembre de 2023, interesó que se acordara la improcedencia de su incorporación por no resultar ni condicionante ni decisiva para la resolución del recurso interpuesto.

NOVENO.- Por providencia de 17 octubre de 2023, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo de los recursos interpuestos, el día 30 de octubre de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

DÉCIMO.- En la tramitación de estos recursos se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver los recursos de apelación, rollo nº 12/2023, es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

SEGUNDO. Los recursos interpuestos se fundamentan en consideraciones similares, a saber:

1ª) La incompleta y errónea relación de los hechos probados en la sentencia impugnada; **2ª)** La vulneración del artículo 45 de la LFTCu; **3ª)** La infracción del artículo 47 de la LFTCu, por omisión del trámite de audiencia y posible indefensión; **4ª)** La inexistencia de daño a los caudales públicos al estar permitida, según doctrina del Tribunal Supremo, la mejora por parte de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social de las condiciones establecidas en el convenlo colectivo; **5ª)** La falta de motivación e incorrecta apreciación de la concurrencia de los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad contable; y **6ª**) La errónea condena en costas de instancia ante la acreditada existencia de dudas de derecho en la cuestión planteada.

Fundamentan las consideraciones expuestas en las siguientes alegaciones:

a) La sentencia de instancia no ha valorado como hechos probados: - Que el Acta de Liquidación Provisional suscrita el 10 de marzo de 2021 concluyó que los

hechos no eran susceptibles de generar un presunto alcance; -Que la Sección de Fiscalización de este Tribunal, la delegada instructora en las actuaciones previas nº 128/20, la Intervención General de la Seguridad Social, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y el Ministerio de Hacienda y Función Pública no apreciaron la existencia de responsabilidad contable; -Que no se procedió a la notificación de la liquidación provisional a Don R.F.G.

b) El objeto de la condena por alcance de la sentencia de instancia -importes del alquiler de viviendas de cuatro trabajadores desplazados durante el ejercicio 2017-, fue puesto de manifiesto de forma novedosa en el escrito de alegaciones del Letrado de la Seguridad Social de 30 de abril de 2021. No había sido apreciado como constitutivo de responsabilidad contable en el informe de fiscalización, ni por el Ministerio Fiscal en la fase previa al procedimiento de enjuiciamiento, ni durante las diligencias preliminares, ni en las actuaciones previas de instrucción. Existió en consecuencia una manifiesta incongruencia entre los hechos motivadores de la demanda y las fases de fiscalización e instrucción.

c) Cuando se decidió seguir con el procedimiento a la vista de las imputaciones del Letrado de la Seguridad Social, no se procedió a subsanar la liquidación provisional, confiriendo el preceptivo trámite de audiencia a Don R.F.G. para que pudiera alegar cuanto a su Derecho considerara pertinente en la fase de Actuaciones Previas. Esta circunstancia ha originado una clara indefensión, porque el carácter punitivo del procedimiento de declaración de responsabilidad contable, en uso de la potestad sancionadora de la Administración, exige que las garantías aplicables al mismo sean análogas a las del procedimiento sancionador.

M.M. aduce, además, que, aunque fue citada a la liquidación provisional y se le concedió un trámite para formular alegaciones, no pudo ser oída con anterioridad sobre el hecho respecto al que finalmente recayó la demanda. Afirma que la delegada instructora le conminó a no asistir a dicho acto como medida preventiva ante la situación derivada de la pandemia del Covid-19, y a la vista del contenido del acta de liquidación, que había resultado negativo.

d) La mejora del régimen de ayudas para vivienda en los supuestos de traslado (subvencionando el 100% del importe del alquiler de la vivienda a cuatro trabajadores durante los dos primeros años y el 50% para los dos siguientes), por encima de lo que establecía el Convenio Colectivo General de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros, reaseguros y Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, años 2016 a 2019, aprobado por Resolución de la Dirección General de Empleo de 18 de mayo de 2017, estaba prevista en los acuerdos firmados por empresa y trabajador con ocasión del traslado y nuevo puesto.

Los contratos individuales, plenamente válidos y eficaces, tienen la condición de fuente del Derecho social, conforme al artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), como estableció la Sala de los Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 517/2021, de 11 de mayo, en la que específicamente se recoge la

posibilidad de que una Mutua pudiera mejorar toda remuneración o ventaja no contemplada en el convenio colectivo sectorial.

Además, a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, por su especial naturaleza jurídica, les eran aplicables los límites de la masa salarial establecidos en la normativa presupuestaria de aplicación, pero no las condiciones sobre la modificación de retribuciones de personal contenidas en los artículos 32 y 34 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el ejercicio 2017.

e) No existe acción u omisión que les sea imputable como gestores de caudales públicos. Tampoco vulneración de la normativa contable y presupuestaria, pues el propio Tribunal Supremo ha establecido que es conforme a Derecho que se mejoren por parte de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social las condiciones del convenio mediante pactos individuales con trabajadores.

La Mutua no ha rebasado el presupuesto asignado a gastos de personal (capítulo I), ha seguido las normas establecidas en la normativa aplicable (TRLGSS, LPGE para 2017 y Orden HAP/1057/2013) para solicitar la masa salarial, constando expresamente en esa solicitud las cuantías necesarias para hacer frente a los compromisos adquiridos con los trabajadores que perciben el "complemento vivienda", y la Dirección de Costes de Personal y Pensiones del Ministerio de Hacienda autorizó la masa salarial solicitada sin recortes o salvedades. Por tanto, no cabe apreciar menoscabo.

No existe finalmente relación de causalidad entre la actuación de la Mutua y el supuesto daño.

f) Las cuentas de la M.M. del ejercicio 2017 fueron auditadas por la Intervención General de la Seguridad Social, analizadas en profundidad por el Tribunal de Cuentas en la fiscalización y finalmente por la delegada instructora, sin objeciones en relación con la imputación de alquileres. Esta circunstancia, unida a la existencia de un acuerdo laboral individual que acordaba la mejora de las cuantías de ayudas para vivienda a los trabajadores trasladados, y al hecho de que dichas ayudas respondían a la actividad y fines de la Mutua como entidad colaboradora de la Seguridad Social, abona la conclusión de la falta de dolo, culpa o negligencia grave, ni siquiera leve.

g) La imposición de las costas por aplicación del principio de vencimiento no responde a lo establecido en el artículo 394 de la LEC, porque es preciso concluir que, si durante toda la fase de fiscalización e instrucción ni los órganos de fiscalización, ni el Ministerio Fiscal ni la delegada instructora apreciaron conducta alguna que pudiera ser objeto de reproche, existían al menos razonables dudas de Derecho en relación con el caso de instancia.

TERCERO.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social se opone a los recursos presentados por lo siguiente:

1) Consta en las actuaciones previas incorporadas al procedimiento de reintegro por alcance que, con fecha 1 de marzo de 2021, la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) presentó escrito de alegaciones, en cuyo apartado segundo se advertía de una presunta responsabilidad contable por el concepto enjuiciado, que fue tratada en el acta de liquidación provisional practicada el 10 de marzo de 2021.

La TGSS, como entidad pública perjudicada por el presunto alcance contable, puede ejercer la pretensión para su reparación, al tener interés directo en el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LOTCu. Este hecho no supone indefensión alguna para los interesados, que han podido contestar a la demanda de responsabilidad contable formulada, seguida de un juicio justo, en el que han dispuesto de todos los medios de prueba a su alcance, finalizado con sentencia contra la que han podido recurrir, como efectivamente han hecho mediante las presentes apelaciones.

2) Si la Mutua conviene con sus trabajadores desplazados una compensación de gastos de traslado por importe superior al establecido en convenio, será plenamente válida siempre y cuando se abone con cargo al patrimonio privativo de la Mutua. Pero si, como ocurre en el presente caso, se pretende imputar al patrimonio público de la Seguridad Social, dicho convenio requerirá para su plena efectividad el informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 3/2017 de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

En los autos no consta que el pacto relativo a los gastos de compensación por dicho traslado haya sido informado favorablemente por el Ministerio de Hacienda, por lo que dichos pagos, en la cuantía en la que excedieron del límite cuantitativo establecido por el convenio colectivo que resultaba de aplicación (esto es, en la cuantía de 21.248,82 euros), causaron un alcance a los fondos públicos, por haberse imputado indebidamente al patrimonio de la Seguridad Social, en lugar de al patrimonio histórico de la M.M.

3) La autorización de la masa salarial conferida el 26 de octubre de 2017 estaba limitada a comprobar un límite global máximo que las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social deben observar para las retribuciones de sus cargos directivos y del resto de su personal, pero no a la imputación de las retribuciones de su personal al patrimonio de la Seguridad Social, que es lo que origina el alcance en los fondos públicos. Además, dicha autorización no se pudo pronunciar sobre el coste total que el "Complemento Vivienda" tenía para la M.M. durante el ejercicio 2017, sino solamente sobre el coste parcial de dicho "complemento", con relación a un número de tres perceptores, en lugar de los cuatro que realmente percibieron el importe del alquiler por traslado, como ha quedado acreditado en autos como hecho incontrovertido y no discutido por ninguna de las partes.

4) La apreciación de circunstancias que pudieran conllevar la no aplicación del principio del vencimiento objetivo para la condena en costas corresponde al órgano de instancia y no a la Sala.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se opuso a los recursos interpuestos por las razones siguientes:

1) En el apartado correspondiente a los "Hechos probados" no se recogen los que la Juzgadora de instancia no entiende por tales, como la afirmación de que desde el Tribunal se contactó con la M.M. en los días previos al acto de la liquidación provisional y se la conminó a que no asistiera, ante la situación de pandemia.

2) El artículo 45 de la LFTCu se aplica a los supuestos en los que los hechos pudieran originar responsabilidades contables distintas al alcance a los caudales o efectos públicos.

3) Según la doctrina de la Sala de Justicia, no se produce indefensión porque no se cite en las actuaciones previas a quienes el delegado instructor no considere inicialmente presuntos responsables contables.

Los demandados pudieron alegar cuanto a su defensa les convino, al habérseles dado traslado de la demanda, y, por tanto, no se han vulnerado los principios fundamentales de contradicción y de tutela judicial efectiva.

4) El alcance se ha producido por el pago de unas cantidades superiores a las establecidas, en concepto de ayudas al alquiler, a cuatro trabajadores.

5) Concurren todos y cada uno de los requisitos que la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal ha establecido para que se origine la responsabilidad contable:

- Tanto la Mutua, al formar parte del sector público estatal y administrar fondos públicos de la Seguridad Social, como Don R.F.G., director gerente de la misma, tienen la condición de cuentadantes.

- Ambos demandados realizaron los pagos en exceso respecto al límite de la cuantía que establecía el convenio colectivo y lo hicieron no con cargo al patrimonio de la Mutua sino al de la Seguridad Social, dando lugar al perjuicio de ésta.

Se constata una negligencia grave en la conducta de los demandados, ya que cualquier persona física o jurídica mínimamente diligente debe evitar el actuar o adoptar compromisos al margen de todo procedimiento, y especialmente

comprometer caudales públicos mediante subvenciones o ayudas laborales sin concurrencia de los requisitos necesarios para su otorgamiento.

6) En relación con las costas, el Tribunal se ha limitado a aplicar el artículo 394 de la LEC, al entender que el caso no presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

QUINTO.- Para resolver las impugnaciones planteadas, resulta obligado partir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias 436/2020, de 15 de julio, 419/2021, de 21 de junio, 611/32021, de 20 de septiembre, y 308/2022, de 19 de abril), conforme a la cual el recurso de apelación es un recurso ordinario, que permite al Tribunal de apelación abordar la cuestión fáctica y jurídica planteada en la instancia.

Esta Sala de Justicia (sentencias 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril, y 15/2020, de 30 de septiembre) ha establecido que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del órgano juzgador de instancia. También confirmar, corregir, enmendar o revocar lo decidido y recurrido, incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, con dos limitaciones: la prohibición de la "reformatio in peius" y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos, por no haber sido objeto de impugnación.

Los recurrentes han reproducido, en gran medida, las alegaciones jurídicas que efectuaron a lo largo de la tramitación del procedimiento de instancia y sobre las cuales ya se ha pronunciado la Consejera en la sentencia apelada.

La técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de las partes apelantes, según ha sostenido el Tribunal Supremo. Así lo ha mantenido también esta Sala de Justicia (sentencias 9/2022, de 21 de septiembre; 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; y 15/2016, de 12 de diciembre).

Los razonamientos en que se funda la apelación tienen que desvirtuar -con base en un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirvió de soporte a la resolución impugnada, dado que la misma ya debió de tener en cuenta -y así ocurre tanto en general como en la presente litis- los hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Los representantes procesales de Don R.F.G. y de la M.M. alegan, en primer lugar, error de la Consejera de instancia en la valoración de la prueba, al no haber sido tenidos en cuenta como hechos probados algunos que obran en el procedimiento, tanto en las diligencias preliminares como en la fase de actuaciones previas.

Argumentan que ninguna de las instancias administrativas con competencia en materia de gastos de personal, ni el Tribunal de Cuentas en la fase de fiscalización, ni la delegada instructora en el procedimiento previo al juicio de reintegro por alcance, apreciaron irregularidades en los hechos de las que se pudieran derivar responsabilidad contable. Además, ninguna de las partes demandadas compareció en las actuaciones previas al enjuiciamiento: Don R.F.G., porque no fue citado y la M.M., por incitación de la propia delegada instructora, debido a que lo desaconsejaba la situación de la pandemia de Covid-19 y a que el acta de liquidación provisional era negativa, al no resultar supuesto alguno de responsabilidad contable.

Esta Sala de Justicia ha establecido (sentencias 3/2023, de 22 de marzo; 13/2022, de 22 de septiembre; 6/2015, de 11 de noviembre; y 26/2017, de 13 de julio), que fijar los hechos y valorar los medios de prueba corresponde al Departamento de instancia, sin perjuicio de que el Órgano "ad quem" pueda corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a quo" (sentencias 3/2023, de 22 de marzo, 4/2015, de 2 de julio, y 17/2019, de 8 de octubre) si la valoración conjunta del material probatorio se ha realizado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica.

Frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte. Es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario (SSJ: 14/2019, de 26 de julio, 15/2020, de 30 de septiembre y 7/2021, de 23 de julio). Concurrirá error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales partan de un presupuesto fáctico que se manifieste erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones, cuyo contenido no fuera tomado en consideración (SSJ 4/2015, de 2 de julio; 17/2019, de 8 de octubre, y 12/2022, de 22 de septiembre).

Con arreglo a lo expuesto, no se estima que la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia precise de corrección, por las razones siguientes:

1. La relación de hechos probados en la sentencia de instancia se deduce de los documentos incorporados en las fases del proceso, puesto que en la vista de la audiencia previa no se solicitó la práctica de ninguna prueba, quedando el procedimiento visto para sentencia.

2. No consta en las actuaciones documento alguno que acredite las causas que aduce la MM para no comparecer al acto de la liquidación provisional.

3. En el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada se indica el motivo por el que la delegada instructora no citó a Don R.F.G. a la liquidación provisional: "(…) en el momento de la citación para la práctica de la liquidación provisional no

consideró que existieran presuntos responsables contables, como así lo corrobora el hecho de que la Liquidación Provisional finalmente practicada fuera negativa".

4. La sentencia apelada ha argumentado que en fase jurisdiccional no vinculan la omisión o existencia de pronunciamientos previos por parte de otros órganos del Tribunal de Cuentas (Departamentos de Fiscalización; Actuaciones Previas) o de la Administración General del Estado o de la Seguridad Social (Intervención General de la Seguridad Social; Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social; Ministerio de Hacienda y Función Pública).

5. La declaración de hechos probados no debe extenderse a todos aquellos hechos que resulten acreditados, sino solo a aquellos que además de ser ciertos y tenerse por acreditados, sean relevantes para la determinación del fallo, como ha establecido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 705/2010, de 12 de noviembre.

6. La apreciación en la instancia de la prueba documental obrante en el procedimiento se ha realizado de manera lógica, coherente y racional, y con base en aquélla se han fijado los hechos probados en la sentencia apelada.

Por ello, se desestima la impugnación que plantean los dos recurrentes.

SEXTO.- Se alega, en segundo lugar, que la pretensión de responsabilidad contable que se ejercita en la demanda de la TGSS no se basa en el "Informe de Fiscalización sobre la gestión y control de los pagos efectuados al personal de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, ejercicio 2017", ni en la denuncia formulada por el Ministerio Fiscal, en virtud de las irregularidades apreciadas en aquél, que dieron origen a las diligencias preliminares B-78/2020-1 y posteriores actuaciones previas nº 128/20. Se argumenta que es una cuestión nueva que se pone de manifiesto en el escrito del Letrado de la TGSS de 1 de marzo de 2021, antes de que la delegada instructora practicase liquidación provisional -10 de marzo de 2021-, que provoca el doble efecto de vulnerar el artículo 45 de la LFTCu y causar indefensión a los demandados por su falta de personación en las actuaciones previas.

El artículo 45 de la LFTCu establece que:

"1.- Una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, en los términos definidos en la presente Ley, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado (Abogado) del Estado y con citación y, en su caso, Intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, acordará la formación de pieza separada con la finalidad de concretar los hechos, los posibles

responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así resultare de lo actuado en el procedimiento fiscalizador de que se trate.

2. La pieza separada a que se refiere el párrafo anterior contendrá los antecedentes del procedimiento fiscalizador que se consideren adecuados a la finalidad señalada y cuantos soliciten el Ministerio Fiscal, el Letrado (Abogado) del Estado o el presunto responsable si hubiere comparecido. Una vez ultimada se remitirá la pieza a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas".

Como opone el Ministerio Fiscal, en su escrito, el artículo 45 de la LFTCu está previsto para aquellos casos en que los hechos objeto del procedimiento pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables distintas del alcance a los caudales o efectos públicos, que se resolverían a través del juicio de cuentas. Sin embargo, el procedimiento que nos ocupa es de reintegro por alcance, por lo cual no es aplicable este precepto.

Por otra parte, los apelantes confunden el hecho de que se haga referencia en dicho artículo a un procedimiento fiscalizador con que los resultados de éste vinculen en un posterior proceso jurisdiccional. Aducen que "el informe de fiscalización es un presupuesto procesal mínimo de cualquier actuación posterior de exigencia de responsabilidad contable por el Tribunal, puesto que la jurisdicción se ejercita en esta primera fase con objeto de depurar los hechos susceptibles de generar alguna responsabilidad contable".

Resulta obligado diferenciar las dos funciones que tiene atribuidas el Tribunal de Cuentas (artículo 2 de la LOTCu): la fiscalizadora y la de enjuiciamiento contable, con un contenido claramente diferenciado, cuyo ejercicio responde al cumplimiento de diferentes objetivos. Mientras que en el ejercicio de la función de fiscalización se verifica el sometimiento de la actividad económica-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía; la función jurisdiccional tiene como finalidad dilucidar las responsabilidades en que incurran quienes tienen a su cargo la gestión de caudales públicos, a efectos de obtener el reintegro de los fondos perjudicados.

Esta Sala de Justicia ha establecido en sus sentencias 3/2014, 18 de marzo, y 7/2019, de 21 de junio que "el ámbito objetivo de este procedimiento (de reintegro por alcance) no está condicionado por el de la fiscalización, ya que se trata de dos actividades independientes entre sí: la fiscalizadora y la jurisdiccional, que obedecen a principios distintos. Así, el ámbito del enjuiciamiento contable viene dado por las pretensiones formuladas por las partes en el procedimiento, pretensiones que no se encuentran vinculadas, ni condicionadas, no ya por el ámbito objetivo del informe

de fiscalización que eventualmente hubiese puesto de manifiesto los hechos que pudieran ser generadores de responsabilidad contable, sino ni siquiera por la existencia de un previo informe de fiscalización, ya que no siempre los procesos jurisdiccionales sobre responsabilidad contable se refieren a irregularidades conocidas a través de un informe de fiscalización".

El procedimiento fiscalizador y el informe de fiscalización con que culmina, carecen de la función de emitir juicios relativos a la posible existencia de responsabilidad contable, de modo que su ausencia determine la imposibilidad de abrir el proceso contable, como pretenden los recurrentes. Lo contrario significaría una extralimitación de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, que invadiría la esfera de actuación de la Jurisdicción Contable.

SÉPTIMO.- Tampoco estima esta Sala el tercer motivo alegado en los recursos: que se haya vulnerado el artículo 47 de la LFTCu, al no haberles otorgado trámite de audiencia en las actuaciones previas y que, por ello, se les haya causado indefensión. La representación procesal de Don R.F.G. añade que este trámite constituye un elemento fundamental en el ámbito de las garantías de defensa de las partes declaradas responsables contables por la sentencia impugnada, al tratarse de un procedimiento punitivo y sancionador.

La indefensión constitucionalmente relevante tiene lugar cuando se vulneran normas procesales y ello produzca la privación del derecho de defensa y un perjuicio real y efectivo en los intereses del afectado por ella (STC 95/2020, de 20 de julio, 233/2005, de 26 de septiembre, 130/2002, de 3 de junio, 43/1989, de 20 de febrero, y 48/1986, de 23 de abril).

Esta circunstancia no se ha producido por las razones siguientes:

- La función del delegado instructor, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, es: 1- dilucidar si los hechos de que se trata son o no constitutivos de alcance o malversación contable en los términos previstos en el artículo 72 de la LFTCu; 2- determinar quiénes son los presuntos responsables por ser los encargados del manejo y custodia de los caudales o efectos alcanzados; 3- reflejar todo ello en la liquidación provisional; 4- requerir a los presuntos responsables para que depositen, o afiancen el importe provisional del alcance y 5- embargar los bienes de los presuntos responsables a no ser que afianzasen su posible responsabilidad.

  Por tanto, el artículo 47.1 de la LFTCu prevé la realización de diligencias de investigación y de comprobación de una posible responsabilidad reparatoria o resarcitoria, pero no exige que se otorgue trámite de audiencia a todos los gestores, responsables de las correspondientes entidades que hayan intervenido en el proceso de gasto.

- Como establece la Sentencia 7/2019, de 21 de junio, de esta Sala, las actuaciones previas reguladas en el artículo 47 de la LFTCu están concebidas como un conjunto de diligencias legalmente regladas y tasadas, dirigidas a obtener información sobre los supuestos de responsabilidad contable, para determinar de forma indiciaria, previa y provisional, los hechos, las personas presuntamente responsables y el perjuicio causado al Tesoro Público.

Será posteriormente, en la fase jurisdiccional, donde las partes ejerciten las pretensiones respectivas, determinen las personas contra las que vaya a ir dirigida la acción de responsabilidad contable, expliciten los fundamentos jurídicos en los que basen ésta y propongan las pruebas necesarias para acreditar o desvirtuar los hechos objeto del proceso.

En estos términos se pronunció esta Sala en su Sentencia 6/2012, de 27 de marzo, al establecer que "la fase de actuaciones previas no condiciona, ni lo que pueda decidir el órgano jurisdiccional, dentro de sus facultades, en el posible proceso que se incoe, ni que el demandante pueda formalizar o no su demanda, ni su contenido, ni las relaciones jurídicas subjetivas que puedan dimanar de esta última, sin perjuicio de los riesgos que todo demandante asume ante una posible desestimación de sus pretensiones".

- La Sentencia de esta Sala 14/2004, de 14 de julio, citada posteriormente en el Auto 19/2021, de 23 de junio, estableció que "de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, al delegado instructor corresponde en las actuaciones previas realizar las diligencias oportunas en averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, pero no que tenga que citarlas en el momento de levantar el acta de liquidación provisional, y ello sin perjuicio de que con posterioridad el demandante pueda dirigir su demanda contra todos aquellos a los que considere responsables en el procedimiento, porque la fase de actuaciones previas no condiciona ni lo que pueda decidir el órgano jurisdiccional, ni el derecho de acción del demandante ni el contenido de la demanda".

- En el acta de liquidación provisional suscrita el 10 de marzo de 2021, la delegada instructora concluyó que los pagos de los gastos de alquiler de vivienda de los cuatro trabajadores eran contraprestaciones en especie que no generaban presunta responsabilidad contable, circunstancia por la cual no se determinaron los presuntos responsables. No tenía, por tanto, a la vista del resultado del acta de liquidación provisional, que citar a los gestores que hubieran intervenido en los hechos objeto de dichas actuaciones ni concederles trámite de audiencia.

- La liquidación provisional no vincula a quien tiene legalmente la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contable, que puede no ejercitar la acción cuando estime que no resulta procedente hacerlo frente a los

declarados presuntos responsables en la referida liquidación; o, por el contrario, demandar a personas que no hayan sido consideradas responsables contables en las actuaciones previas.

- El proceso de reintegro por alcance, 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 equivalente a la civil por los daños y perjuicios causados a los fondos públicos, al margen de la posible responsabilidad penal o disciplinaria que se pueda exigir ante otras jurisdicciones Por ello, no son de aplicación los principios que deben regir en el proceso penal o en el proceso sancionador, (STSJ 5/2013, de 6 de febrero, 15/2018, de 10 de octubre y 7/2019, de 21 de junio).

Por tanto, el hecho de que la demanda incluyera como demandadas a personas que no intervinieron en la fase de actuaciones previas, como se ha producido en el presente supuesto, no ha originado indefensión, dada la naturaleza de la fase de instrucción de los procedimientos de responsabilidad contable. Los apelantes han contado con plenas oportunidades de alegación y prueba en el procedimiento de primera instancia, sin que su falta de intervención en las actuaciones previas haya supuesto merma alguna de sus posibilidades de defensa frente a las pretensiones de la demanda, por cuanto han podido defender sus derechos e intereses legítimos a través de la contestación a la demanda, petición de pruebas e interposición de recursos como los presentados.

OCTAVO.- También debe desestimarse la pretensión de los recurrentes de que no procede exigir la responsabilidad por los daños ocasionados a los fondos de la Seguridad Social mediante el procedimiento de reintegro por alcance, por tratarse de cuestiones de legalidad de la actuación de la M.M., cuyo control corresponde a la Intervención General de la Seguridad Social o a la Inspección de Trabajo, sin perjuicio de que se puedan plantear ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa o ante la Social la correcta interpretación de las normas aplicadas.

La competencia para exigir las responsabilidades por los daños que causen los miembros de la Junta Directiva, el Director Gerente o las personas que ejerzan funciones ejecutivas en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, por sus actos u omisiones contrarios a las normas jurídicas de aplicación, mediando dolo o culpa grave, corresponde, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) únicamente al órgano de dirección y tutela -en este momento el Misterio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones-, y, en su caso, al Tribunal de Cuentas; pero no a los organismos con funciones de auditoría o inspección.

Así, el apartado 5. el citado precepto establece que: "(…) cuando el Tribunal de Cuentas inicie procedimiento de reintegro por alcance por los mismos hechos, el órgano de dirección y tutela deberá acordar la suspensión del procedimiento administrativo hasta que aquel adopte resolución firme, cuyas disposiciones de naturaleza material producirán plenos efectos en el procedimiento administrativo (…)". Por lo tanto, el Tribunal de Cuentas no solo es competente para exigir la responsabilidad contable derivada de los hechos enjuiciados, sino que su jurisdicción es preferente frente a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

NOVENO.- Para resolver la cuestión fundamental de los recursos interpuestos, sobre si se deben imputar a los fondos de la Seguridad Social los abonos de las mejoras salariales de los cuatro trabajadores de la M.M. por traslado de su sede habitual, resulta obligado hacer una referencia a los hechos origen de estas actuaciones y a la normativa de aplicación a esta materia:

1. **Los hechos relevantes son los siguientes:**

   - Don R.F.G., en nombre y representación de la M.M., suscribió con Don J.P.D.S., director territorial en Extremadura de la M.M. desde el año 2011, dos acuerdos de fechas 29 de enero de 2016 y 13 de enero de 2017, por los que se prorrogaba la subvención del 100% para el arrendamiento de su vivienda durante los periodos comprendidos entre el 1 de febrero de 2016 y el 31 de enero de 2017, y entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2018.

   Asimismo, Don R.F.G. suscribió con Don F.V.V., director territorial de la zona este de la M.M., un acuerdo de fecha 13 de enero de 2017, por el que se prorrogaba la subvención del 100% para el arrendamiento de su vivienda durante el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 2017 y el 6 de febrero de 2018.

   - Por su parte, Don V.P.R., Director de Recursos Humanos de la M.M., suscribió con Don E.R.S. un acuerdo de fecha 29 de junio de 2017, por el que por su traslado al centro de trabajo de Santander se le concedió una subvención del 100% para arrendamiento de vivienda durante los dos primeros años y del 50% en los dos años siguientes.

   Asimismo, Don V.P.R. firmó con Don A.M.V. un acuerdo, el 18 de octubre de 2017, por el que se trasladó a éste al centro de trabajo de Extremadura y se le concedió una subvención del 100% para el arrendamiento de su vivienda durante los dos primeros años y del 50% en los dos años siguientes.

   - El porcentaje de la renta del arrendamiento pagado por la M.M. a cada uno de los cuatro trabajadores, como la propia M.M. ha admitido en su escrito de

alegaciones de fecha 22 de diciembre de 2020, presentado en la fase de actuaciones previas, “fue por el 100% del alquiler siempre, excepto en el caso de Don A.M.V., quien ya venía percibiendo de un traslado anterior una ayuda del 50%, por lo que en 2017 fue dicho porcentaje desde enero hasta octubre y, posteriormente (segundo traslado), fue del 100% hasta fin de año”.

- Ninguno de los cuatro trabajadores desplazados a distintos centros de trabajo ocupaba puestos de personal directivo de la M.M., como se desprende del informe de fiscalización.

- En cumplimiento de los acuerdos citados, durante el ejercicio 2017, la M.M. pagó, con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social, el importe total de 39.433,96 € en concepto de “retribuciones en especie”, con el siguiente desglose: 31.229,88 € correspondían a los gastos de arrendamiento de vivienda de los precitados cuatro trabajadores trasladados a distintos centros de trabajo; y 8.204,08 € a los ingresos a cuenta del IRPF correspondientes a dichas “retribuciones en especie”.

No obstante, según certificación del Director Gerente de la M.M. de 21 de diciembre de 2020, el referido importe de 8.204,08 €, fue finalmente satisfecho con cargo al patrimonio histórico de la Mutua y reintegrado a los fondos de la Seguridad Social.

2. En segundo lugar, ha de considerarse la normativa aplicable:

- El artículo 80 del TRLGSS define a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social como asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo. Forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de las entidades.

- El artículo 84 del TRLGSS, al describir el régimen económico-financiero de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, establece que: -El sostenimiento y funcionamiento de éstas se financiarán mediante las cuotas de la Seguridad Social adscritas a las mismas, los rendimientos, incrementos, contraprestaciones obtenidos tanto de la inversión financiera de estos recursos, como de la enajenación y cese de la adscripción por cualquier título de los bienes muebles e inmuebles de la Seguridad Social que estén adscritos a aquéllas; -Las obligaciones económicas que se atribuyan a las mutuas serán pagadas con cargo a los recursos públicos determinados para el desarrollo de

la colaboración; y -Son gastos de administración de las mutuas los derivados del sostenimiento y funcionamiento de los servicios administrativos, que comprenden los gastos de personal, los gastos corrientes en bienes y servicios, los gastos financieros y las amortizaciones de bienes inventariables.

- En el mismo sentido se expresaba el artículo 24 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, RCM), al definir los gastos de administración de aquellas.

- El convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, años 2016 a 2019, aplicable en el ejercicio 2017, regula en su artículo 26 los traslados de trabajadores, con referencia en su apartado 5 a las condiciones mínimas de compensación por traslado de un centro de trabajo. Establece, entre otras que: "las empresas prestarán ayuda económicamente evaluable al trabajador en los términos que se concretan en el artículo 42, para que consiga vivienda en la ciudad a que hubiera sido trasladado por necesidades del servicio", sin perjuicio de que puedan ser mejoradas en la negociación en el ámbito de la empresa. El Capítulo VII de este convenio relativo a las retribuciones incluye como integrantes de éstas las ayudas económicas para vivienda en los supuestos de traslado.

El artículo 42 del convenio remite, a su vez, al Anexo IV del mismo, que fija el importe bruto mensual de compensación por traslado de vivienda en poblaciones de hasta un millón de habitantes en 272,02 €, y en 362,65 € cuando el traslado es a una ciudad de un millón o más de habitantes. No obstante, dicho precepto establecía "salvo que la empresa tenga establecido o establezca otro sistema de ayuda que mejore globalmente el aquí regulado".

- El artículo 88.5 del TRLGSS establece que el personal no directivo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social está sujeto a la relación laboral ordinaria regulada en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Sin embargo, establece expresamente que: "en todo caso, las retribuciones del conjunto del personal estarán sujetas a las disposiciones sobre la masa salarial y a las limitaciones o restricciones que establezcan, en su caso, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año".

- Las limitaciones o restricciones presupuestarias en materia de retribuciones de personal para los años 2016 y 2017 se establecieron en las Leyes 48/2015,

de 29 de octubre, y 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2016 y 2017. Sus artículos 33 y 32, respectivamente, sujetan la modificación de las retribuciones del personal laboral y no funcionario de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Son nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable.

De acuerdo con el apartado segundo de los citados artículos de las Leyes de Presupuestos para los años 2016 y 2017, se entenderá por modificación de las retribuciones:

-La fijación de retribuciones mediante contrato individual, ya se trate de personal fijo o contratado por tiempo determinado, cuando no vengan reguladas en todo o en parte mediante convenio colectivo.

-El otorgamiento de cualquier clase de mejoras salariales de tipo unilateral, con carácter individual o colectivo, aunque se deriven de la aplicación extensiva del régimen retributivo de los funcionarios públicos.

- El artículo 3.1 c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

-El artículo 40 del ET regula la movilidad geográfica. Establece en su apartado 1 que el trabajador que acepte el traslado tendrá derecho a percibir una compensación por gastos, que comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes.

Partiendo de lo expuesto, y para dilucidar si los pagos por la M.M. de los gastos de alquiler de vivienda de los trabajadores han supuesto un alcance respecto a los fondos de la Seguridad Social que gestiona, resulta obligado partir de las siguientes constataciones:

a) La M.M., como mutua colaboradora con la Seguridad Social, tiene una naturaleza mixta: pública por sus funciones y por los recursos económicos que gestiona; y privada, como asociación de empresarios. Dicha naturaleza se manifiesta, entre otras cuestiones, en el doble patrimonio gestionado: fondos públicos de la Seguridad Social, y su propio patrimonio histórico privativo.

b) Si bien la relación laboral con su personal no directivo se rige por el ET, que prevé una compensación económica por traslado de la sede habitual de los trabajadores en los términos que se convengan entre las partes, aquélla queda circunscrita a los límites normativos aplicables, determinados por:

1- Las cuantías fijadas en el convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas, aplicable en el ejercicio 2017 (importe bruto mensual de 272,02 € si se trata de un traslado a una ciudad de hasta un millón de habitantes, y de 362,65 € cuando el traslado es a una ciudad de un millón o más de habitantes); y

2- Lo establecido en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2016 y 2017, que exigen informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública respecto a cualquier acuerdo, convenio, pacto o cualesquiera otros instrumentos de negociación colectiva similares, de los que puedan derivarse un incremento de retribuciones por encima del autorizado en la ley.

c) La M.M. acordó prorrogar las subvenciones concedidas a cuatro trabajadores para sufragar el alquiler de sus viviendas por traslado de su sede habitual con una cobertura del 100% para dos de ellos y este mismo porcentaje durante los dos primeros años y un 50% para la bianualidad siguiente para los dos restantes. Estas compensaciones, que se abonaron con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, supusieron un incremento retributivo muy superior al fijado en el Convenio Colectivo General de ámbito estatal aplicable en el ejercicio 2017.

La M.M. debía haber abonado el incremento de las subvenciones, compensaciones o indemnizaciones pactadas con sus trabajadores con cargo a su patrimonio privado. Para proceder a su pago con cargo a los fondos de la Seguridad Social, debería haber contado con el informe favorable previo del Ministerio de Hacienda y Función Pública, circunstancia que no se ha producido.

No puede estimarse la argumentación de los apelantes de que la M.M. solicitó y obtuvo, con fecha 26 de octubre de 2017, la preceptiva autorización de su masa salarial por parte del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que contemplaba expresamente las ayudas de referencia para hacer frente a los gastos por alquiler de vivienda.

Como se indica en la resolución recurrida, la regulación legal de la autorización de la masa salarial de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que para el ejercicio 2017 se contenía en la Disposición Adicional Trigésima primera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, supone que la autoridad competente del Ministerio de Hacienda autoriza, en su caso, a los efectos del ejercicio económico de que se trate, un límite global máximo que deben observar

dichas mutuas para las retribuciones de sus cargos directivos y del resto de su personal. Dicha regulación legal se aplica tanto a las retribuciones imputables al patrimonio de la Seguridad Social, como a las retribuciones imputables al patrimonio de la mutua. A la vista del contenido de dicha autorización de la masa salarial, sólo puede comprobarse si ha sobrepasado ese límite global máximo de las retribuciones de su personal; pero, en ningún caso, de dicha autorización administrativa puede deducirse si la M.M. está imputando indebidamente o no parte de las retribuciones de su personal al patrimonio de la Seguridad Social.

La M.M. quedaba obligada a abonar a los cuatro trabajadores, objeto de este debate procesal, el importe de las indemnizaciones pactadas para sufragar el arrendamiento de las viviendas por traslado de centro de trabajo, en virtud de la libertad de pactos que rige la relación laboral de la M.M. con su personal no directivo, de conformidad con el ET. Ahora bien, sólo parte de ese abono resultaba imputable a los fondos de la Seguridad Social, como gastos de administración, hasta el límite cuantitativo establecido en el Anexo IV del Convenio Colectivo General de ámbito estatal sobre entidades de seguros, reaseguros y mutuas. La cantidad restante debería ser financiada con cargo al patrimonio de la mutua.

La circunstancia anteriormente señalada no queda desvirtuada por la Sentencia 508/2023, de 12 de julio, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, remitida por la representación de la M.M. para su incorporación a los autos a efectos de la resolución de los recursos de apelación interpuestos, porque el supuesto de este debate no es la aplicación de los fondos de la Seguridad Social a un fin distinto del social, sino la concesión de compensaciones por alquiler de viviendas por traslado de puestos de trabajo, que constituyen retribuciones, incumpliendo las limitaciones establecidas en el Convenio Colectivo de aplicación y en las leyes generales de presupuestos. No existe prohibición de poder aplicar por parte de la Mutua estas mejoras salariales, como se establece en la sentencia remitida. Pero éstas deben ser sufragadas con cargo al patrimonio privado de la Mutua y no con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

Durante el ejercicio 2017, la M.M. abonó, en concepto de “retribuciones en especie" los indicados gastos de alquiler, en los porcentajes acordados con los trabajadores (100% y 50%), por un importe total de 31.229,88 €, íntegramente con cargo al patrimonio de la Seguridad Social. Sin embargo, en aplicación de los importes establecidos en el Anexo IV del Convenio Colectivo General, aplicable para ese ejercicio, la cuantía máxima a imputar a dicho patrimonio público hubiera sido de 9.981,06 €. El exceso indebido imputado ascendió, por tanto, a 21.248,82 €, que debió ser sufragado con el patrimonio privativo de la M.M.

El artículo 72 de la LFTCu 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 tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

La consecuencia es que el alcance viene determinado por el resultado, es decir, por la inexistencia de justificación en una cuenta de fondos públicos, por la ausencia de acreditación del destino dado a los caudales o efectos públicos o, incluso, por la desaparición injustificada de los mismos, con independencia de la clase de cuenta o el concepto en que se manifieste.

Esta Sala de Justicia (Sentencias 6/2015, de 11 de noviembre; 18/2016, de 14 de diciembre; 34/2017, de 28 de noviembre, y 14/2019, de 26 de julio) ha establecido que el alcance de los fondos, caudales o efectos de titularidad pública se produce no sólo por ausencia de numerario en una cuenta o falta de justificación, sino también porque resulte imposible la justificación de la inversión o destino dado a dichos fondos, ya que no basta la justificación formal, sino que es necesario que el destino de los fondos empleados sea el legalmente previsto.

De conformidad con lo expuesto, resulta obligado calificar como alcance en los fondos de la Seguridad Social el exceso indebido imputado a los mismos por la M.M., por importe de 21.248,82 €, como ha declarado la sentencia de instancia.

DÉCIMO.- Constatada la existencia de una infracción de la normativa presupuestaria y contable que ha generado un alcance, así como la cuantificación del mismo, cuestión esta última que no ha sido discutida por ninguna de las partes, debe resolverse si concurren todos los requisitos para declarar la responsabilidad contable de Don R.F.G. y de la M.M.

El concepto de responsabilidad contable viene definido en el artículo 38.1 de la LOTCu, en relación con el artículo 49.1 de la LFTCu, como la responsabilidad de naturaleza civil o reparadora en que pueden incurrir quienes tienen a su cargo fondos o caudales públicos cuando dichos fondos resultan menoscabados.

Para configurar la responsabilidad contable, se requiere:

1. Un daño o perjuicio en los caudales públicos que estén bajo la responsabilidad de la persona que los administra, custodia o maneja.

2. Que concurra infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas presupuestarias o de contabilidad.

3. Que exista relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

Conforme a lo previsto en los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, la extensión subjetiva de la responsabilidad contable comprende a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

El apartado segundo del artículo 34 de la LFTCu establece que "serán cuentadantes, en las cuentas que hayan de rendirse al Tribunal, las autoridades, funcionarios o empleados que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de los gastos o la gestión del patrimonio en las entidades del sector público".

De la interpretación conjunta de los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, se deduce que todas las personas que hayan participado en el manejo, administración y custodia de bienes públicos pueden ser declaradas responsables contables. Así, no sólo pueden serlo quienes elaboran y rinden cuentas, sino también cualquier persona que tome decisiones relacionadas con la actividad económico-financiera del sector público y esté implicada en la gestión de fondos públicos. Esta interpretación del concepto de cuentadante (SSJ 9/2017, de 21 de marzo; 2/2022, de 1 de marzo y 4/2023, de 21 de mayo) permite asegurar que todos los que participan en el manejo de fondos públicos sean responsables de sus acciones, incluso si no están directamente implicados en la elaboración formal de las cuentas.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia nº 1875/2000, de 1 de diciembre, establece que la expresión "que tengan a su cargo" abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario tiene 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, lo que significa no sólo 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.

Es indubitada la condición de cuentadante y gestor de fondos públicos de Don R.F.G. Conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de los Estatutos Sociales de la entidad, ejercía la jefatura y dirección de todo el personal; ostentaba la firma social en toda clase de comunicaciones; despachaba todos los asuntos que no requerían autorización de la Junta Directiva; y acordaba la celebración de los contratos precisos para el desarrollo de su actividad. El director gerente responde según los estatutos (artículo 36) frente a la Seguridad Social por los daños que se causen al patrimonio de la Seguridad Social.

Respecto a la posibilidad de atribuir responsabilidad contable directa a M.M., esta Sala da por reproducidas las referencias doctrinales que contiene la sentencia de instancia, sobre la aptitud de las mutuas colaboradoras para ser declaradas responsables contables, como consecuencia de su naturaleza de entidades con personalidad jurídica propia, que tienen encomendada la gestión del patrimonio de la

Seguridad Social para atender los fines de ésta, a través de su colaboración en la gestión, y son, por ello, gestoras de fondos públicos.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2004 estableció que "la regulación específica de dicha clase de entes de base mutualista, constituida en su nivel jerárquico superior por los artículos 68 y siguientes del Texto Refundido de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, (artículos 80 y siguientes de la actual LGSS) los configura como entidades colaboradoras del referido sistema de cobertura social y, en atención a dicha condición, recauda parte de los recursos y los aplica al cumplimiento de determinadas prestaciones, sin perjuicio de que en todo momento los ingresos obtenidos formen parte del patrimonio de la Seguridad Social y se encuentren afectos al cumplimiento de los fines de ésta, siendo así la Mutua colaboradora gestora de los fondos públicos de los que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social. De la anterior condición deriva la obligación de custodia de los caudales recibidos, de consiguiente aplicación a los fines encomendados, y de rendición de cuentas a la Administración encomendante o, lo que es lo mismo, el sometimiento a su control y fiscalización".

Resulta indudable que tanto la M.M., por ser la entidad a la que se destinan fondos públicos, como su director gerente, por ser el responsable de la gestión y manejo de éstos, tienen la condición de gestores de fondos públicos. En consecuencia, pueden ser declarados responsables contables directos y solidarios, en la medida en que concurran los demás elementos calificadores de dicha responsabilidad.

La representación de Don R.F.G. alega en su recurso que no se ha producido una acción u omisión dolosa, culpable o negligente que le sea imputable como gestor de caudales públicos. Pero no opone argumentos frente a los que funda la decisión de la sentencia de instancia.

Para exigir responsabilidad contable a Don R.F.G., no solo hay que partir de la realidad objetiva de que ocupara un cargo determinado en la M.M. y ejerciera unas funciones específicas en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados. También es necesario que quede probado que entre su conducta (activa o pasiva) y el menoscabo ocasionado al patrimonio de la Seguridad Social hubo un nexo causal, porque el demandado adoptara decisiones específicas u omitiera deberes concretos e individualizados que dieran lugar al incumplimiento de la normativa reguladora de la gestión de los fondos de la Seguridad Social y al menoscabo injustificado de los mismos.

La doctrina constante de esta Sala (Sentencias 4/2010, de 1 de marzo; 8/2021, de 27 de octubre; y 2/2022, de 1 de marzo) exige a los gestores de fondos públicos un plus de diligencia en el manejo y control de los fondos públicos, que tradicionalmente se conoce como "agotamiento de la diligencia debida". Este plus de diligencia conlleva

que en su actuación extremen las precauciones, refuercen la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate, comuniquen a los órganos competentes las eventuales deficiencias organizativas detectadas y, en definitiva, desplieguen las medidas que sean oportunas para paliar los daños derivados, en su caso, de una deficiente organización. La sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, establece que "la pasividad en el desarrollo de la gestión encomendada puede dar lugar a una responsabilidad contable directa".

Don R.F.G., al pactar o permitir la concesión de ayudas económicas para arrendamiento de vivienda en los supuestos de traslados en los años 2016 y 2017, con infracción de los requisitos establecidos en el convenio colectivo y en las leyes anuales de presupuestos, e imputar los gastos que las mismas conllevaban a los fondos de la Seguridad Social, no guardó la diligencia debida, especialmente cualificada, que esta Sala exige a los gestores públicos como consecuencia de la naturaleza de los bienes y derechos que gestionan.

Esta misma circunstancia se extiende a la M.M. La ausencia de un reproche concreto a su actuación por este Tribunal en el informe de fiscalización, por la Intervención General de la Seguridad Social, o por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, no convalida la infracción presupuestaria cometida, ni le exime de su obligación como gestora de fondos públicos, de haber evitado el perjuicio causado.

A la M.M., conforme a lo establecido en el artículo 92 del TRLGSS, le correspondía la conservación, disfrute, mejora y defensa del patrimonio de la Seguridad Social que tiene adscrito. No realizó la defensa de éste al permitir que se abonaran retribuciones o indemnizaciones al personal a su servicio por traslados de residencia superando las limitaciones legalmente establecidas. La M.M. no actuó conforme al canon de diligencia que le era exigible, siendo responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados el perjuicio causado a los fondos de la Seguridad Social por el pago de las obligaciones contraídas en virtud de los pactos suscritos (artículo 100 del TRLGSS).

UNDÉCIMO.- Por último, ha de resolverse si procede la imposición de costas en la instancia, a la que los apelantes se oponen con base en que existían dudas de Derecho en la cuestión planteada.

Conforme a lo establecido en el artículo 71. 4ª g) de la LFTCu, el pronunciamiento sobre la imposición de costas en las sentencias que se dicten en primera instancia en la jurisdicción contable se debe realizar en los términos previstos para el proceso civil.

El artículo 394 de la LEC establece que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba

serias dudas de hecho o de Derecho y que, para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Esta Sala de Justicia ha mantenido el criterio del vencimiento objetivo consagrado en el artículo 394.1 de la LEC (Sentencias 3 y 4/2021, de 23 de junio y 6/2021, de 23 de julio), que responde "al riesgo común que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar, absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten temerarias, de mala fe o totalmente infundadas".

La no imposición de costas al litigante que ve rechazadas todas sus pretensiones exigiría que las dudas fueran serias, es decir que existiera una incertidumbre grave, importante o de consideración para la resolución del asunto y que el juez razonara de manera suficiente la concurrencia en el litigio de esa circunstancia que permita excepcionar el régimen general del vencimiento objetivo. Pero las dudas han de predicarse no de las partes, sino de quien debe apreciar esa circunstancia, es decir, del órgano judicial, que debe justificarla en la resolución para apartarse del criterio del vencimiento. El pronunciamiento de costas forma parte del fallo judicial.

Los apelantes argumentan que existían dudas de derecho por cuanto ni los órganos de fiscalización, ni el Ministerio Fiscal, ni la delegada instructora apreciaron la posible existencia de responsabilidad contable. Esta argumentación no puede ser estimada por esta Sala, por las razones siguientes:

- En primer lugar, porque el resultado de las actuaciones previas no condiciona, en ningún caso, a las partes en las pretensiones que ejerciten en un procedimiento de reintegro por alcance (SSJ 2/2020, de 22 de enero), ni al órgano jurisdiccional.

- En segundo lugar, porque el informe de fiscalización, como ha establecido la Sentencia de esta Sala 18/2020, de 1 de diciembre, no es vinculante para los tribunales, ni puede afectar a las resoluciones jurisdiccionales, porque el enfoque jurídico que corresponde al órgano fiscalizador es distinto al que compete al juez contable.

Esta Sala no considera que existieran dudas de Derecho que pudieran ser apreciadas por la Consejera de instancia para apartarse del criterio general del vencimiento objetivo para resolver no imponer las costas a los litigantes vencidos.

DUODÉCIMO. Como consecuencia de lo expuesto, procede desestimar íntegramente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de la M.M. y de Don R.F.G., contra la Sentencia nº 4/2022, de 31 de

octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B- 76/2021, que se confirma en todos sus términos.

DECIMOTERCERO.- En aplicación del régimen jurídico supletorio establecido en el artículo 80 de la LFTCu, la Disposición Final. Segunda.2 de la LOTCu, y el artículo 139 de la LJCA, procede la imposición a los apelantes de las costas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por los Letrados don Martí Rius Coma, en nombre y representación de Don R.F.G., y don José Manuel Fernández Gutiérrez, en nombre y representación de la M.M., contra la Sentencia nº 4/2022, de 31 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-76/2021, ADMÓN. SEGURIDAD SOCIAL (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017. "M.M."), MADRID, que se confirma en su integridad.

SEGUNDO. Imponer las costas de esta apelación a los recurrentes M.M. y Don R.F.G.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, con la indicación de que, contra la misma, si a su derecho conviniere, y siempre que exista interés casacional, podrán presentar recurso de casación, que se deberá preparar conforme a lo establecido en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 23 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 12/2023
PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO nº B-76/2021
Ramo: ADMÓN. SEGURIDAD SOCIAL (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017. "M.M.")
MADRID

DILIGENCIA

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 10/2023, de 2 de noviembre. Recurso de Apelación nº 17/23, Procedimiento de Reintegro nº 166/21.0, Sector Público Local (M.P.G.), Barcelona. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Tras exponer la naturaleza del recurso de apelación, la Sala aplica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que distingue entre la valoración de la prueba por el juzgador y, en ausencia de prueba suficiente, el de las consecuencias de la falta de la misma. Según dicha jurisprudencia, sólo es posible aplicar el art. 217 LEC cuando el Tribunal llega a la conclusión de la inexistencia de prueba, pero no cuando realiza una valoración probatoria de los hechos basándose en los distintos medios probatorios desplegados.

Aplica, asimismo, la doctrina, tanto del Tribunal Supremo, como de la propia Sala de Justicia, respecto a la configuración jurídica del requisito de concurrencia de dolo o negligencia grave en la conducta del responsable contable por alcance.

Por último, ajusta su pronunciamiento contra la apreciación por el apelante de incongruencia en la sentencia recurrida, ateniéndose, en todo momento, a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, adaptándolas a la naturaleza y requisitos procesales exigibles en las sentencias recaídas en los procedimientos de reintegro por alcance.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 10/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 17/23, interpuesto contra la Sentencia nº 2/2023, de 22 de febrero, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-166/2021.0, del ramo de Sector Público Local (M.P.G.), Barcelona.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó. - Presidenta.
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez. - Consejera
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero. - Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-166/2021.0, del ramo reseñado, recurso interpuesto contra la Sentencia de 22 de febrero de 2023.

Ha sido parte apelante Don A.A.S., representado por el Procurador de los Tribunales Don Javier Lorente Zurdo y, como parte apelada, el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

*"... **IV. FALLO***

***PRIMERO.-** Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance C166/2021-0, SECTOR PÚBLICO LOCAL (M.P.G.), BARCELONA, y, en su virtud:*

1º) Establecer la cuantía del alcance causado en los fondos de la M.P.G. en 4.312,71 euros.

2º) Declarar responsable contable directo a Don A.A.S.

3º) Condenar a Don A.A.S. al reintegro de 4.312,71 euros, cuantía en que se cifra su responsabilidad contable.

4º) Condenar a Don A.A.S. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán en fase de ejecución de sentencia conforme a lo dispuesto en el apartado undécimo de los fundamentos de derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5º) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en las cuentas de la M.P.G., a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

***SEGUNDO -** Sin imposición de costas en esta instancia…".*

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho que se dan por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos de la M.P.G., por importe de 4.312,71 euros, del que resulta responsable contable directo Don A.A.S.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales Don Javier Lorente Zurdo, en nombre y representación del citado Don A.A.S., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal, en fecha 15 de marzo de 2023, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada, en el que solicitó su revocación, con imposición de las costas de primera instancia y de la apelación a la parte apelada.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 28 de abril de 2023, se opuso al recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. A.S., solicitando su desestimación y reiteró al mismo tiempo la solicitud del Fiscal de que se declare la responsabilidad por alcance y se condene a todos los demandados al pago de todas las cantidades reclamadas, en los términos establecidos en el suplico de su demanda.

QUINTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 2 de junio de 2023, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 17/23, constatar la composición de la

misma, y nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

SEXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 3 de julio de 2023, se declaró concluso el presente recurso, así como pasar los autos a la Excma. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

SÉPTIMO.- El traslado material de las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 11 de julio de 2023, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

OCTAVO.- En fecha 28 de septiembre de 2023, se recibió en la Secretaría de Sala Diligencia firmada por la Directora Técnica del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento haciendo constar que, a pesar de lo indicado por el Ministerio Fiscal en su escrito de 28 de abril de 2023, de impugnación del recurso de apelación al margen referenciado, no ha tenido entrada en ese Departamento recurso de apelación alguno interpuesto por el Ministerio Público contra la Sentencia nº 2/2023, de 22 de febrero.

NOVENO.- Por Providencia de 23 de octubre de 2023, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

DÉCIMO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCu), y 52.1, b) y 54.1, b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, LFTCu).

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, hoy recurrida, consideró que el Interventor de la M.P.G. (en adelante Mancomunidad) y demandado en el procedimiento, Don A.A.S., responsable de la fiscalización e intervención de la gestión económico financiera y presupuestaria de la entidad, intervino de conformidad todos los pagos realizados por asistencias a las reuniones de las Juntas de Presidencia: tanto los que contaban con soporte documental justificativo, como aquellos otros que carecían de él, a los que no opuso reparo alguno, incumpliendo así los artículos 214 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Y, como consecuencia de ello, concluyó que cabía apreciar negligencia grave en la conducta del expresado Don A.A.S. ya que, al no formular reparo alguno a la realización de pagos que no correspondían a reuniones celebradas y, por tanto, que carecían de justificación, generó una apariencia de legalidad para el ordenador de pagos -el Vicepresidente de la entidad- y con ella, un menoscabo efectivo, individualizado y evaluable económicamente en los fondos públicos de la citada Mancomunidad.

Por lo anterior, concluyó declarando al Sr. A.S. responsable contable directo de un alcance de fondos públicos en una cuantía que cifró en 4.312,71 euros, condenándole a su reintegro junto con los intereses legalmente procedentes.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de Don A.A.S., con base en los motivos que seguidamente se exponen:

1. En el primer motivo de recurso, realiza un resumen del contenido de la sentencia apelada y enuncia las cuestiones en las que va a fundamentar su recurso de apelación.

2. En el segundo motivo de recurso denuncia falta de constancia de la realidad del importe de 4.433,15 euros en que se cifró el alcance. Considera que el cálculo del importe en que se cuantificó el alcance, no se determina en la sentencia identificando aquellas sesiones de "Juntas de Presidencia" abonadas a la Sra. H. y que carecerían de prueba, según las relaciones que realizaban el Coordinador de Presidencia y el Gerente de la mancomunidad. Manifiesta que, con las evidencias documentales que hay en autos, no se puede tener por probado, que la cantidad total percibida por la mencionada Sra. H., en el período que media entre julio de 2016 y julio de 2019, en concepto de asistencias a Plenos, y Comisiones de Gobierno, por una parte y, a Juntas de Presidencia, por otra, correspondan a 57 asistencias acreditadas en el primer caso y a 135 asistencias a las Juntas de Presidencia. Al no constar incorporados a las actuaciones el decreto de Presidencia correspondiente a la primera liquidación del mes de julio del año 2016 por importe de 3.200 euros, ni el decreto de Presidencia correspondiente a la última liquidación del mes de agosto de 2019 por importe de 2.508,18 euros, no se puede saber si dichas cantidades se corresponden con asistencias comprendidas dentro del período computado o si son consecuencia de asistencias anteriores o posteriores a dicho período, por lo que su valor para el cómputo total del alcance producido debería descartarse. Sostiene que es el Ministerio Fiscal, parte demandante en las actuaciones, quien, en virtud del principio de carga de la prueba, debe acreditar todas y cada una de las cifras que integran el procedimiento de cálculo del importe de las cantidades abonadas en concepto de asistencias a reuniones de los órganos colegiados de la

Mancomunidad. Y, al no haberse acreditado el monto económico real de dichas asistencias, no se pueden tener por ciertas las cantidades de las liquidaciones para el cálculo total de las retribuciones por asistencias y tampoco se puede establecer con certeza que quepa excluir totalmente esos importes en el cálculo, por lo que entiende que resulta procedente estimar el primer motivo de recurso de apelación al establecerse que no existen datos para dar por bueno el cálculo contenido en la sentencia recurrida que determina el alcance en 4.312,71 euros, debiéndose declarar que no existe alcance alguno.

3. En el tercer motivo del recurso, se invoca error en la valoración de la prueba, al establecerse en el hecho probado cuarto de la sentencia apelada que el Interventor, Sr. A.S. confecciona los decretos que ordenaban el pago de las retribuciones. Afirma que la redacción del hecho probado resulta, en cierto modo, contradictoria pero lo cierto es que los decretos con las liquidaciones de las asistencias de la Sra. H., tanto a Plenos y Comisiones de Gobierno, como a Juntas de Presidencia de la Mancomunidad se confeccionaban por Recursos Humanos, sin intervención alguna del Interventor, tal y como indicaron los testigos. Del contenido del interrogatorio de parte y de la declaración de una testigo resultaba que, una vez cumplimentados por Recursos Humanos y validados por el Vicepresidente de la Mancomunidad, el Interventor lo fiscalizaba, a efectos de preparar el mandamiento de pago correspondiente. Considera que este extremo es de suma trascendencia para la determinación de la responsabilidad contable, y solicita que se modifique el hecho probado cuarto en el sentido de afirmar que el Interventor, Sr. A., fiscalizaba el decreto confeccionado por Recursos Humanos, supervisado y autorizado por el Vicepresidente de la Mancomunidad, Sr. A.R.

4. En el motivo cuarto del recurso alega la inexistencia de dolo o negligencia grave en la ordenación de los pagos efectuados por el Sr. A.S., en relación a la asistencia de Juntas de Presidencia de la Sra. H. En directa relación con el motivo anterior, mantiene que si la validación de los decretos por parte el Sr. A. venía avalada por un expediente previo que se iniciaba con la comprobación de las asistencias a Juntas de Presidencia que efectuaba Recursos Humanos, que se plasmaba en la redacción de los decretos que ordenan el pago, posteriormente validados o sancionados por la firma (es decir el visto bueno) del Vicepresidente de la Mancomunidad, difícilmente puede decirse que el Interventor incurriera en algún tipo de dolo o negligencia grave, que es la base fáctica sobre la que se apoya la declaración de ser responsable del alcance. El deber de examen y fiscalización del Sr. A.S. estaba sobradamente cubierto con la comprobación de que existía el decreto que contenía las liquidaciones por asistencias a los órganos colegiados y que reunía el requisito de la firma del Vicepresidente como órgano administrativo ordenante de dicho pago, lo que resulta ajustado a los deberes de fiscalización previa que impone el art. 10 del

Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. Por tanto, se debería declarar la inexistencia de responsabilidad del Interventor, Sr. A.S., por haber incurrido en dolo o negligencia grave en el cumplimiento de sus funciones como cuentadante.

5. Con carácter subsidiario a los anteriores motivos, plantea que, dado que el Ministerio Fiscal en ningún momento puso en duda, ni las reuniones del órgano, ni tampoco los pagos que se hicieron por las asistencias al mismo, total o parcialmente, la sentencia, a riesgo de incurrir en incongruencia, no podía proceder a una estimación parcial de la demanda que la propia parte demandante no había solicitado. Por lo que no cabe realizar ninguna declaración de responsabilidad por alcance.

CUARTO.- Frente al recurso de apelación interpuesto, el Ministerio Fiscal se opuso al mismo, en virtud de los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, señala que la sentencia condena al demandado, Sr. A.S., porque en su condición de Interventor de la Mancomunidad intervino y autorizó sin reparar retribuciones indebidas a la Presidenta del organismo cuya pertinencia no ha quedado justificada.

2. Asimismo, alega que la cantidad reclamada al ahora recurrente y a los demás demandados era muy superior, puesto que el Ministerio Fiscal demandante consideraba, y todavía considera, no justificados los pagos a la Presidenta por importe de 31.577,68 euros. La Sentencia, sin embargo, considera justificados 27.000 euros abonados por su asistencia, que considera probada, a 135 reuniones de la Junta de Presidencia, condenando al recurrente únicamente por los restantes 4.433,15 euros.

3. La Fiscalía hace valer sus argumentos expuestos en el recurso de apelación ya formulado con fecha 8 de marzo pasado (ver Antecedente de Hecho Octavo de esta resolución), que da por reproducidos. Considera, por tanto, que el apelante Sr. A.S., debe ser condenado al pago, no solamente del importe por el que ya ha sido condenado, sino por el importe total reclamado a que asciende el alcance, por lo que debe desestimarse íntegramente su recurso de apelación.

QUINTO.- Expuestas resumidamente las pretensiones de las partes intervinientes en esta apelación, conviene recordar el criterio sostenido por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación.

En Sentencias de esta Sala, por todas, números 8/2021, de 27 de octubre; 2/2021, de 21 de abril; y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e

interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Debido a todo ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá el análisis, que se realizará a continuación, de todos los temas desarrollados en la sentencia apelada y en los escritos, de apelación y de oposición a la misma, y también cuestiones aducidas en el proceso de instancia, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, con criterio reiterado en las Sentencias de dicho Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, donde se establece que en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos; como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso. Y ello 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, lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la LEC, aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la LFTCu.

SEXTO.- Teniendo presente lo anterior, es preciso comenzar señalando que el Consejero de instancia, una vez valorado el caudal probatorio, a la vista de las alegaciones de las partes, declaró la responsabilidad contable directa del demandado Don A.A.S., que fue Interventor de la Mancomunidad desde el 1 de marzo de 2016 hasta el 22 de julio 2019.

Los términos del debate desarrollado en la instancia quedaron delimitados, como claramente se expresa en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia recurrida, a determinar si el importe abonado a la Presidenta de la Mancomunidad, en el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2016 y el 22 de julio de 2019 –en concepto de asistencias a las reuniones de la Junta de Presidencia, que ascendería a 27.000 euros (Hecho Probado Quinto)- está justificado por la celebración de éstas, conforme al acuerdo aprobado por el Pleno de la Mancomunidad el día 7 de julio de 2016. O si, por el contrario, existe alguna cuantía abonada sin que conste acreditada la celebración de dichas reuniones. Esta última circunstancia produciría un daño

efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con bienes o derechos determinados y de titularidad de la expresada Mancomunidad, al haber dado lugar a una salida de fondos sin justificar.

El apelante, en el primer motivo de su recurso, manifiesta que no consta debidamente acreditado en autos que pueda darse por bueno el cálculo contenido en la sentencia recurrida que determina que en el periodo comprendido entre el 6-7-2016 al 22-7-2019, se abonara a la Sra. H., como Presidenta de la Mancomunidad, "por asistencias a Juntas de Presidencia" no justificadas, la cantidad de 4.433,15 euros, importe al que se contrae el alcance a los fondos públicos producido (que finalmente se cuantificó en 4.312,71 euros, al restarse los 120,44 euros reintegrados por el entonces codemandado Don F.R.B.).

Mantiene que al no constar incorporados a las actuaciones el decreto de Presidencia correspondiente a la primera liquidación del mes de julio del año 2016 por importe de 3.200 euros, ni el decreto de Presidencia correspondiente a la última liquidación del mes de agosto de 2019 por importe de 2.508,18 euros, no se puede saber si dichas cantidades se corresponden con asistencias comprendidas dentro del período computado o si son consecuencia de asistencias anteriores o posteriores a dicho período, por lo que su valor para el cómputo total del alcance producido debería descartarse.

Esta Sala de Justicia una vez examinada la sentencia de instancia, así como la documentación obrante en las actuaciones, no puede compartir los argumentos alegados por el recurrente en el primer motivo del recurso. Consta debidamente incorporado en autos (documento nº 20 de la documentación aportada por la Mancomunidad a la pieza de actuaciones previas) el Informe del lnterventor acumulado de la Mancomunidad, Don A.A.S., de fecha 27 de enero de 2021, sobre las liquidaciones provisionales mensuales efectuadas a la entonces Presidenta de la Mancomunidad, en los ejercicios 2016 (desde el 7 de julio), 2017, 2018 y 2019. En él se observa que la Sra. H. percibió cantidades superiores a los 800 euros/mes, aprobados en el acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de fecha 7 de julio de 2016 y en el primer mes (julio) percibió 3.200 euros, a pesar de que el mencionado acuerdo del Pleno no contemplaba efectos retroactivos.

También obra debidamente unido a las actuaciones el Informe del citado Interventor de fecha 28 de enero de 2021 (documento nº 21 de la documentación aportada por la mancomunidad a la pieza de actuaciones previas), sobre las liquidaciones definitivas efectuadas a la Presidenta de la mancomunidad en el que se refleja, que si bien se aprobó mediante Decreto de 30 de julio de 2019, una liquidación definitiva, a fecha de su cese el 22 de julio anterior, por valor de 2.345,76 euros, sin embargo percibió 2.508,18 euros por tal concepto liquidativo y fue abonado sin ninguna justificación.

El contenido de tales informes fue reflejado por la Delegada Instructora en su Acta de Liquidación Provisional (folios 252 vuelto y 253 del Acta) y valorados por el Consejero de instancia con arreglo a la sana critica, en el conjunto de la prueba practicada.

La verificación de la correcta acreditación en autos de los extremos combatidos por el recurrente debe poner de manifiesto el criterio desestimatorio de esta Sala de Justicia de su primer motivo de recurso, al quedar acreditado, como manifestó la sentencia de instancia, en el hecho probado quinto, que la cuantía percibida por la Sra. H.S. que no cuenta con ninguna justificación, ascendía al importe de 4.433,15 euros, cantidad resultante de descontar del importe total percibido por asistencias a las reuniones de los órganos colegiados de la Mancomunidad, según los informes anteriormente referidos, que ascendía al total de 42.833,15 euros, la cuantía de 38.400 euros, (11,400 € por asistencia a 57 reuniones del Pleno y Comisión de Gobierno y 27.000 euros a 135 reuniones de la Junta de Presidencia), que según el certificado emitido por el Secretario de la Mancomunidad le correspondían por las referidas asistencias y cuyas cantidades estaban justificadas. Finalmente, y como ha quedado expuesto anteriormente, la cifra en que se cuantificó el alcance ascendió al importe de 4.312,71 euros, al restarse los 120,44 euros reintegrados por el entonces codemandado Don F.R.B.

En primer lugar, sorprende que el apelante afirme falta de acreditación del relato de hechos contenido en el ordinal Quinto del apartado correspondiente de la sentencia recurrida (y los razonamientos jurídicos que se desarrollaron en el Fundamento Jurídico Séptimo de la misma a partir de aquél) cuando se constata que los datos precisos para la elaboración de unos y otros en la resolución apelada parten de los que facilitó el propio Sr. A.S. en los dos informes emitidos en fechas 27 y 28 de enero de 2021, que se han destacado más arriba. De manera que resulta inasumible, desde el punto de vista de la lógica jurídica, que el ahora recurrente ponga en tela de juicio datos objetivos que fueron facilitados por él mismo en la fase investigadora previa de este Tribunal, luego contrastados en la actividad probatoria desarrollada ante el órgano jurisdiccional contable de instancia y que ahora se quiere desvirtuar en esta vía de recurso, en un ejercicio de impugnación de sus propios actos.

Por otro lado, aunque incluso hipotéticamente se llegara a admitir que las cantidades que el recurrente intenta descontar del cálculo del importe del alcance de fondos públicos declarado, correspondieran a devengos anteriores o posteriores al período tenido en cuenta en el procedimiento de reintegro por alcance, tal hecho, lejos de producir los efectos de descargo de responsabilidad contable que pretende la parte apelante, los agrava. Y ello porque, respecto a la cantidad de 3.200 euros concedida a la entonces Presidenta en julio de 2016, si fueran producto de cantidades devengadas anteriormente al acuerdo del Pleno, se acentúa la falta de justificación, ya que tal acuerdo no contempla efectos retroactivos. Y, en lo que respecta a los

2.508 euros abonados en agosto de 2019, se percibieron sin justificación alguna y, además, de forma discrepante con los 2.345 euros que se reflejaban en el Decreto de liquidación definitiva. Por lo que, en cualquiera de las situaciones, existen pagos que adolecen de la más mínima justificación.

Esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 11/2012, de 25 de mayo), ha venido manteniendo que todos los pagos procedentes del erario público, independientemente de su destino y de la persona que los ordena, han de estar suficientemente respaldados por una justificación y dicha justificación no debe quedar al libre arbitrio del que gestiona o maneja los caudales o efectos públicos 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 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

Por tanto, no cabe detraer dichas cantidades del cálculo del daño inferido a los fondos públicos, considerándose del todo correcto, desde el punto de vista jurídico-contable, tanto la fijación de hechos, como de la fundamentación de las consecuencias jurídicas derivadas de ellos, en los términos desarrollados por el Consejero de instancia en la resolución apelada.

Contra lo anterior no resulta oponible una quiebra del principio de carga de la prueba que la parte recurrente sostiene que ha de recaer sobre el Ministerio Fiscal (demandante en autos) e, incluso, sobre los pronunciamientos mismos del órgano jurisdiccional contable en la instancia.

En el ámbito de la Jurisdicción Contable, cuyo contenido es el de una responsabilidad patrimonial y no sancionadora, es de aplicación el principio civil del reparto de la carga de la prueba. En este sentido, anteriormente, el artículo 1.214 del Código Civil y, en la actualidad, el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que "*incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone*".

El principio del *"onus probandi",* establecido en el precepto citado, según ha reiterado el Tribunal Supremo, 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 que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma.

En el caso de autos ha correspondido, por consiguiente, probar al Ministerio Fiscal demandante, que se ha producido un perjuicio en los fondos públicos de la Mancomunidad, que fuera consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente

culpable o negligente de los demandados en autos, entre ellos el hoy apelante Sr. A.S., como consecuencia del abono injustificado de cantidades, según las normas contables, en concepto de asistencias a reuniones a la Junta de Presidencia de dicha Mancomunidad, en el período que abarca desde el 7 de julio de 2016 al 22 de julio de 2019. De lo que se derivaría, 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 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, que fueron finalmente cuantificados en Sentencia, por valor de 4.312,71 euros, indemnización que no es sino el efecto jurídico correspondiente a la estimación parcial de la pretensión de la demanda del Ministerio Público, atendiendo, tanto al caudal probatorio desplegado en el proceso y del que ha quedado oportuna constancia, como a la aplicación de las normas contables e interpretación jurisprudencial de las mismas.

Por lo que respecta a la ya citada parte demandada, a Don A.A.S. le correspondía probar los hechos que impidieran, desvirtuaran o extinguieran la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que no existió realmente un alcance, al ser legales las cantidades abonadas y percibidas por la entonces Presidenta de la Mancomunidad y estar debidamente justificadas, o que faltara alguno de los requisitos que la Ley exige para que pueda apreciarse responsabilidad contable.

Pues bien, no satisface, según la Ley, la carga procesal que pesa sobre su carácter de demandado en autos la alegación de quedar indeterminados los hechos mismos de la declaración de su responsabilidad contable como Interventor que debía velar por la legalidad y adecuada justificación de los gastos sometidos a su escrutinio y fiscalización antes de autorizar la salida de los fondos de la Mancomunidad. Sobre todo, cuando esos pretendidos hechos inciertos o que adolecen de determinación o certeza han sido objeto de informes económico-financieros que él mismo ha elaborado, sin que, en ningún momento, en fase de prueba judicial, haya cumplido con su deber, atendiendo a las reglas de carga de la prueba, de aclarar debidamente, utilizando los medios de prueba admitidos en Derecho, los improbables errores que ahora achaca, tanto al Ministerio Fiscal, como al órgano jurisdiccional de instancia. Las consecuencias de esa falta de cumplimiento, por consiguiente, deben recaer sobre la parte demandada -hoy apelante- en virtud de la aplicación del principio del *"onus probandi",* como ya se ha expresado anteriormente.

Por todo anteriormente lo expuesto debe desestimarse el primer motivo de apelación.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo del recurso (que se corresponde con el ordinal "alegación Tercera" de su escrito de recurso), la parte apelante denuncia error en la valoración de la prueba practicada por el juzgador de instancia, al establecer que el Sr. A.S. confeccionaba los decretos que ordenaban el pago de retribuciones.

Se combate, por tanto, el hecho probado cuarto, en el extremo en que se afirma que los decretos que se preparaban a partir de las asistencias relacionadas por los Sres. R. y C. eran confeccionados por el Sr. A., aunque la dicción de este hecho probado dice que "…*Los decretos, conformados por Don A.A.S., Interventor de la M.P.G., eran firmados por Don A.R.M., Vicepresidente del área de servicios centrales de la Mancomunitat*…".

El recurrente incurre en el error de identificar el término conformar con el de confeccionar. La sentencia de instancia en ningún momento ha determinado que el Sr. A. confeccionara los decretos que ordenaban el pago de las retribuciones, sino que en el hecho probado cuarto lo que se determinó, con base en el certificado del Secretario de la Mancomunidad de 27de enero de 2021, era que el departamento de Recursos Humanos de Mancomunidad teniendo en cuenta la nota de los asistentes elaboraba los decretos que ordenaban el pago de las retribuciones por asistencias a las reuniones de la Junta de Presidencia, y que esos decretos, conformados por el Sr. A, Interventor de la Mancomunidad, eran firmados por el Sr. R., Vicepresidente del área de servicios centrales de la Mancomunidad.

Seguidamente, en el fundamento de derecho noveno y en relación con las funciones del Interventor, la sentencia de instancia determina que*, "el Interventor de la Mancomunitat y demandado en este procedimiento, Don A.A.S., responsable de la fiscalización e intervención de la gestión económico-financiera y presupuestaria de la entidad**,** intervino de conformidad todos los pagos realizados por asistencias a las reuniones de las Juntas de Presidencia: tanto los que contaban con soporte documental justificativo, como aquellos otros que carecían de él, a los que no opuso reparo alguno, incumpliendo así los artículos 214 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*…"

Cabe señalar, por tanto, que en ningún momento en la sentencia de instancia se han atribuido al interventor funciones de realización o de confección de los decretos, sino de conformación de los mismos, es decir de verificación, fiscalización e intervención de los documentos que validaron el pago de los mismos.

Por consiguiente, no ha existido error en la valoración de la prueba, en los términos alegados por el recurrente, por lo que no procede la modificación alegada, debiendo desestimar el motivo segundo del recurso de apelación.

OCTAVO.- Alega también el recurrente la inexistencia del requisito exigible de dolo o negligencia grave del Sr. A.S. en orden a declararle responsable contable directo del daño económico ocasionado a los fondos públicos.

Como ya se ha reflejado en el Fundamento Tercero de esta Resolución, el apelante afirma que si la validación de los decretos por parte del Sr. A. venían avalados por

un expediente previo que se iniciaba con la comprobación de las asistencias a Juntas de Presidencia que efectuaba Recursos Humanos, que se plasmaba en la redacción de los decretos que ordenan el pago, que posteriormente eran validados o sancionados por la firma (es decir el visto bueno) del Vicepresidente de la Mancomunidad, difícilmente puede decirse que el Interventor incurriera en algún tipo de dolo o negligencia grave.

Y añade que el deber de examen y fiscalización del Sr. A.S. estaba sobradamente cubierto con la comprobación de que existía el decreto que contenía las liquidaciones por asistencias a los órganos colegiados y que reunía el requisito de la firma del Vicepresidente como órgano administrativo ordenante de dicho pago, lo que resulta ajustado a los deberes de fiscalización previa que impone el art. 10 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre.

Respecto a la existencia de culpa o negligencia grave en la conducta del gestor de los fondos públicos, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada, por todas 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, en diversas resoluciones (por todas, Sentencia 16/2004, 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. Y, además, ha venido manteniendo (por todas, Sentencia nº 8/2022, de septiembre -y las que en ella se citan-) que a los gestores de fondos públicos se les exige un "plus" de diligencia, en el manejo y control de los fondos públicos, lo que tradicionalmente se conoce en la jurisprudencia como "agotamiento de la diligencia debida". Y este plus de diligencia que se exige al gestor de los fondos conlleva que en su actuación extreme las precauciones, refuerce la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate, comunique a los órganos competentes las eventuales deficiencias organizativas detectadas y, en definitiva, despliegue las medidas que sean oportunas para paliar los daños derivados de una deficiente organización.

Tal y como expresa la sentencia de instancia, el Sr. A., en el ejercicio de sus funciones como Interventor de la Mancomunidad, intervino de conformidad todos los pagos realizados por asistencias a las reuniones de las Juntas de Presidencia, tanto los que contaban con soporte documental justificado como los que carecían de él, a los que no puso reparo alguno, lo que generó una apariencia de legalidad para el ordenador de pagos -el Vicepresidente de la entidad- que dio lugar a que se realizaran unos pagos que no contaban con la justificación adecuada, lo que produjo una salida de fondos sin justificar y con ella, un menoscabo efectivo, individualizado y evaluable económicamente en los fondos públicos de la mancomunidad.

Constatándose, de esta manera, que el citado recurrente, en el presente caso, no actuó con la diligencia que le era exigible como gestor de los fondos públicos, en sentido jurídico-contable y que tampoco adoptó las medidas de control correspondientes a la función que venía desarrollando, en aplicación del estatuto jurídico que imponía su obligación de control interno de los fondos de la entidad pública, agotando los postulados de diligencia.

Por todo ello, debe desestimarse el tercer motivo de recurso.

NOVENO.- Por último, con carácter subsidiario, la parte apelante impugna la sentencia de instancia por apreciar su incongruencia respecto a las pretensiones que realizó la parte demandante -Ministerio Fiscal-. Alega que la decisión de la sentencia de determinar el alcance parcial en la forma que lo hace el Fundamento de Derecho Séptimo, no responde a petición alguna de la parte demandante que nada de esto dijo en el acto del juicio. Estima que el Ministerio Fiscal en ningún momento puso en duda ni las reuniones de las Juntas de Presidencia ni tampoco los pagos que se hicieron por las asistencias al mismo, ni total, ni parcialmente. Por ello, el Consejero de instancia no podía proceder a una estimación parcial de la demanda que la propia parte demandante no había solicitado, incurriendo su resolución en incongruencia.

La congruencia en una sentencia puede ser definida como la correlación que debe existir entre la pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la resolución.

Así, se dice que las sentencias incurren en incongruencia, cuando se produce una descoordinación, un desajuste o ausencia de relación lógica entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, bien sea porque no se resuelven todas las cuestiones planteadas en el juicio, bien, porque se extralimite el contenido de la decisión, aludiendo a cuestiones que no han sido objeto de debate.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 29/1999 y 17/2000) que, para que la incongruencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, debe constituir una desviación del "*thema decidendi*" de tal importancia que suponga una completa modificación de los límites o fines en que se produce el debate contradictorio. Ahora bien, nada impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, conforme al principio "*iura novit curia*", los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 626/ 2023 de 26 de abril de 2023, con remisión a lo dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencias 580/2016, de 30 de julio, y 257/2023, de 15 de febrero), ha venido manteniendo que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia,

teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutiva de las sentencias que deciden el pleito. Por ello, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (por todas, sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 652/2022, de 11 de octubre).

En el presente caso, se debe partir del objeto del procedimiento de reintegro por alcance, cuya configuración legal es desarrollada en los artículos 72 a 74 (y concordantes) de la LFTCu. Se trata de un procedimiento que consiste en exigir una responsabilidad de naturaleza civil por los daños y perjuicios causados en fondos públicos determinados. Dicha responsabilidad tiene naturaleza patrimonial o reparadora con lo que se trata de obtener el reintegro de esos daños causados por los gestores de los fondos públicos que hayan resultado menoscabados.

La regla 3ª del artículo 71 de la LFTCu (aplicable al procedimiento de reintegro por alcance, por la remisión que realiza la norma 3ª del artículo 74 de esa misma Ley) establece que, "…La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable que se hubiere ejercitado, sin que puedan hacerse en ella pronunciamientos de nulidad procedimental que dejaren imprejuzgado el fondo del asunto…"

Por su parte, la regla 4ª del citado artículo 71 de la LFTCu, obliga al Juzgador Contable de instancia a incluir en su sentencia: "…a) El importe en que se cifren los daños y perjuicios causados en los bienes, caudales o efectos públicos… d) La condena al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable, con sujeción a lo prevenido en la especificación primera… 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…"

Todo ello se concilia con lo prevenido en el artículo 219.2 de la LEC, que, para el caso de sentencias condenatorias recaídas en juicios en los que se reclame una cantidad de dinero, ordena lo siguiente: "…la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución."

Del análisis de la sentencia de instancia se observa, con total claridad, que se da una respuesta íntegra y fundamentada a los extremos planteados por las partes, existiendo una correlación lógica entre lo pedido (responsabilidad contable contra los demandados como responsables contables directos del perjuicio causado en los caudales públicos de la Mancomunidad) y el contenido del fallo (declaración de la responsabilidad del Interventor de la Mancomunidad y fijación de la cuantía del alcance causado en los fondos de la Mancomunidad concretada en una suma que no excede de lo reclamado en la demanda, 31.577,68 euros).

Por todo lo expuesto, cabe concluir que el Consejero de instancia ha condenado parcialmente al hoy apelante con absoluta sujeción a las reglas de exhaustividad y congruencia que deben presidir las sentencias en juicios que tienen por objeto la depuración de responsabilidades contables por alcance a los fondos públicos, ateniéndose siempre a las distintas pretensiones de las partes, valorando correctamente el acervo probatorio aportado al proceso, con arreglo a postulados de imparcialidad y de sana crítica, procediendo a dictar su resolución parcialmente estimatoria de la demanda interpuesta, con arreglo a las normas procesales que se acaban de citar. En consecuencia, la sentencia impugnada no incurrió ni en incongruencia ultra petita, ni en incongruencia extra petita, pues no concedió más de lo pedido ni cosa distinta de lo solicitado, lo que conduce a la desestimación del motivo.

DÉCIMO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa por alcance de Don A.A.S., por lo que procede desestimar el recurso de apelación formulado por su representación procesal contra la Sentencia nº 2/2023, de 22 de febrero, dictada en el Procedimiento de reintegro por alcance nº C-166/2021.0, que debe confirmarse.

Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a Don A.A.S., conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación por ella interpuesto.

UNDÉCIMO.- En aras de la debida exhaustividad que debe presidir toda resolución jurisdiccional, esta Sala de Justicia ha de pronunciarse acerca de las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso de apelación planteado de contrario.

Como ya ha quedado apuntado en el Fundamento jurídico Cuarto de esta resolución, el Ministerio Público mantiene, en primer lugar, su pretensión de que se declare un alcance en los fondos de la M.P.G. por importe de 31.577,68 euros (31.433,15 euros de principal y 144,53 euros de intereses), consecuencia de la realización de pagos por asistencia de la Presidenta a 135 reuniones de las Juntas de Presidencia entre los años 2015 y 2019 carentes de la debida justificación documental.

Y, en segundo lugar, postula que el apelante Sr. A. debe ser condenado al pago, no solamente del importe por el que ya ha sido condenado, sino por el importe total reclamado en demanda, a que asciende el alcance.

En cuanto a la petición realizada por el Ministerio Fiscal, tanto en las alegaciones como en el suplico de su escrito de oposición, el Consejero de instancia ha dedicado el Fundamento jurídico Séptimo de su sentencia a dar debida respuesta a las cuestiones planteadas, que esta Sala de Justicia comparte y con base en la documentación obrante en autos, considera que el importe de los daños económicos ocasionados a los fondos de la Mancomunidad han sido correctamente valorados y cuantificados.

Respecto al elemento subjetivo de la responsabilidad contable, el Consejero de instancia en el Fundamento Noveno ha analizado y valorado si la conducta de los cuentadantes demandados han producido una infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad que motivara el perjuicio causado, apreciándose responsabilidad contable sólo al expresado Interventor como se ha expuesto anteriormente.

Una vez más hay que subrayar que esta Sala no ha encontrado motivo que permita apartarse del criterio sostenido en la Sentencia recurrida, ni apreciar que en la valoración conjunta del material probatorio se haya comportado, el órgano de instancia, de forma infundada, ilógica o arbitraria, de forma contraria a las reglas de la sana crítica. Y no debe olvidarse que constituye un criterio doctrinal reiterado de esta Sala de Justicia el que, frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que es necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte,

presidido por el principio de inmediación (Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio, nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 7/2021, de 23 de julio).

Por consiguiente, esta Sala de Justicia no acoge los planteamientos expresados por dicho Ministerio Público en su escrito de oposición al recurso de apelación.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales Don Javier Lorente Zurdo, en nombre y representación de Don A.A.S., contra la Sentencia nº 2/2023, de 22 de febrero, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-166/2021.0, del ramo de Sector Público Local (M.P.G.), Barcelona que queda confirmada en todos sus términos.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación al recurrente Don A.A.S.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos.- Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 17/2023
Procedimiento de Reintegro nº C-166/2021.0
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (M.P.G.)
BARCELONA

D I L I G E N C I A

Extiendo la presente diligencia para hacer constar que la Sentencia dictada en el recurso de referencia, una vez firmada por la Sala de Justicia, ha sido entregada a esta Secretaria de Sala para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma, expidiéndose testimonio de la misma para su unión a los autos y archivándose el original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual doy fe.- En Madrid, a fecha de la firma electrónica.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia.- Guadalupe Martín Gómez.

AUTOS

Auto nº 1/2023, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 26/22. Procedimiento de Reintegro nº 111/03. Ramo: Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

La Sala estima los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento, a los que se adhirió la representación procesal de los actores públicos, y hace un examen pormenorizado de la doctrina referente a la legitimación pasiva de la herencia yacente en el ámbito jurisdiccional contable, concluyendo que ya se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de interpretar extensivamente el tenor literal del artículo 55 de la LFTCu. Asimismo, declara que han de continuarse las actuaciones de ejecución pertinentes -y no decretar el archivo- contra la herencia yacente.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 1/2023

ASUNTO: Recurso de apelación n.º 26/22, interpuesto contra el Auto de 31 de mayo de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución), Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente:

AUTO

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Excmas. Sras. al margen referenciadas, ha visto los recursos de apelación interpuestos contra el Auto de 31 de mayo de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución), Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Aldeávila de la Ribera), Salamanca.

Han sido apelantes el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera, representado por la Procuradora de los Tribunales, doña Concepción del Rey Estévez. Se han adherido a los citados recursos de apelación, Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L. y Don M.F.O., representados todos ellos por el Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Dña. Elena Hernáez Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2022, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución), Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca, en cuya parte dispositiva se resolvía lo siguiente:

"PRIMERA.- Transferir desde la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales de este Departamento, abierta en el Banco de Santander, a la que designe el Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera la cantidad de CIENTO DIEZ EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (110,35 €).

SEGUNDA.- Archivar las actuaciones realizadas en la ejecución de la Sentencia n.º 7/2006, de 27 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (P.S.EJ), Corporaciones Locales (Ayto. de Aldeávila de la Ribera), Salamanca, al haber fallecido los responsables contables directos y no haberse producido la transmisión de la responsabilidad contable que contempla el artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas".

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 20 de junio de 2022, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra la precitada resolución judicial.

TERCERO.- Asimismo, por escrito de fecha 22 de junio de 2022, la representación procesal del Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera interpuso recurso de apelación contra el citado Auto de fecha 31 de mayo de 2022.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 29 de junio de 2022, se acordó la admisión de los precitados recursos y el traslado de los mismos a las demás partes.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 30 de junio de 2022, el Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo, en representación de Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L. y Don M.F.O., se adhirió a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Aldeadávila, oponiéndose al archivo de la ejecución al considerar que esta debía proseguir contra la herencia yacente de Don J.M.L.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 1 de julio de 2022, el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Aldeadávila en todo lo que no resultara incompatible con el suyo.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 28 de julio de 2022, se acordó unir a los autos los escritos de adhesión presentados por el Ministerio Fiscal y por el

Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo, en representación de Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L. y Don M.F.O.; dar traslado de dichos escritos a las demás partes; elevar las actuaciones a la Sala de Justicia; y emplazar a las partes para comparecer en el plazo de treinta días, haciéndoles saber que la incomparecencia determinaría, en su caso, que se declarase desierto el recurso y firme la resolución recurrida.

OCTAVO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia y los escritos de personación de las partes, por Diligencia de Ordenación de fecha 15 de septiembre de 2022, se acordó nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas Excma. Sra. Dª. Elena Hernáez Salguero; y, encontrándose concluso el recurso, pasar los autos a la Consejera Ponente para preparar la pertinente resolución.

NOVENO.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

DECIMO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LOTCU), y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (LFTCU).

SEGUNDO.- En el recurso de apelación del Ministerio Fiscal se identifica el contenido del Auto de fecha 31 de mayo de 2022, que concretamente impugna:

1. Los pronunciamientos del tercer fundamento de derecho de la resolución y, en particular, los recogidos en sus tres últimos párrafos, que afirman la imposibilidad de continuar la ejecución contra la herencia yacente de Don J.M.L.

2. El segundo apartado de la parte dispositiva del Auto, que acuerda el archivo de las actuaciones realizadas para la ejecución de la Sentencia 7/2006, de 27 de junio, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance C-111/2003 (P.S.EJ), al haber fallecido los responsables contables directos y no haberse producido la transmisión de la responsabilidad contable prevista en el artículo 38.5 de la LOTCU.

El Ministerio Público alega que la resolución judicial impugnada es contraria tanto a lo establecido en el artículo 85.1 de la LFTCU como en el artículo 61.4 de la Ley

7/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), al disponer el archivo de las actuaciones sosteniendo que no es posible continuar la ejecución contra la herencia yacente porque ésta no tiene legitimación pasiva en el orden jurisdiccional contable, ex artículo 55.2 de la LFTCU. A continuación, cita diferentes sentencias de esta Sala de Justicia en las que se interpreta el precitado artículo, en relación con el artículo 38.5 de la LOTCU, y se reconoce la legitimación pasiva de la herencia yacente en los procesos seguidos ante la jurisdicción contable.

Por todo lo anterior, el Ministerio Fiscal pide que se revoque el fallo del Auto recurrido y el archivo de las actuaciones de ejecución en él decidido, y que, en su lugar, se ordene la continuación de dichas actuaciones contra la herencia yacente de Don J.M.L.

TERCERO.- En cuanto al recurso de apelación del Ayuntamiento de Aldeadávila, se fundamenta en los siguientes motivos:

1. Que subsisten causahabientes del responsable directo fallecido puesto que la herencia de Don J.M.L. está actualmente en situación de yacencia, y no de vacancia. Considera que, incluso en el hipotético caso de que los demás causahabientes llamados a la herencia intestada no existieran, no pudieran o no quisieran heredar, resultaría plenamente operativo el artículo 956 del Código Civil (en adelante, CC), que no atribuye al Estado una suerte de facultad de heredar, sino que le impone una obligación en los términos previstos en el artículo 957 del mismo texto legal. Añade que, heredando el Estado siempre a beneficio de inventario, debería haberse abierto el procedimiento administrativo legalmente establecido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 958 del CC.

2. Que se ha aplicado erróneamente lo dispuesto en el artículo 55.2 de la LFTCU, de acuerdo con la reiterada interpretación extensiva que viene realizando de este precepto la jurisprudencia de la Sala de Justicia (por todas, v. Sentencias 15/2007 y 28/2009), en la que se reconoce la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable.

Por todo lo anterior, el Ayuntamiento de Aldeadávila pide que se declare la continuación de la ejecución frente a los causahabientes y bienes de la herencia de Don J.M.L., revocando el archivo de la misma.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 30 de junio de 2022, el Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo, en representación de Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L. y Don M.F.O., se adhirió a los recursos formulados tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación procesal del Ayuntamiento de Aldeadávila, oponiéndose al archivo de la ejecución por considerar que esta debía proseguir contra la herencia yacente de Don J.M.L.

QUINTO.- Una vez analizado el contenido del Auto apelado, se comprueba que el Consejero de Instancia ha dispuesto el archivo de las actuaciones realizadas en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución) porque, a su juicio, concurren esencialmente los dos siguientes motivos:

1) *"[...]* ***que el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas,*** *sólo considera legitimados pasivos de los procesos jurisdiccionales contables a los causahabientes de los responsables contables* ***y no a la herencia yacente".***

2) *"[...]* ***En la ejecutoria que nos ocupa no se ha producido transmisión de los derechos sucesorios,*** *al no haber sido aceptada la herencia de los responsables contables",* conforme prevé el artículo 38.5 de la LOTCU.

SEXTO.- Comenzando con el análisis de la cuestión de la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable, en relación con lo dispuesto en el artículo 55.2 de la LFTCU, debe recordarse que **la jurisprudencia de esta Sala de Justicia** ya se ha pronunciado de manera reiterada, interpretando extensivamente el tenor literal del precitado artículo y **atribuyendo legitimación pasiva en el proceso contable a la herencia yacente.**

En este sentido, resultan especialmente ilustrativos los siguientes pronunciamientos contenidos en la Sentencia de la Sala de Justicia n.º 15/2007, de 24 de julio:

"[...] Como expresaba el Tribunal Constitucional en su Auto n.º 371/1993, de 16 de diciembre, en relación a la responsabilidad contable, 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, 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 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.

Cuando no existan herederos con derecho a la sucesión testada o legítima, o existiendo herederos, éstos renuncien o no conste su aceptación de la herencia, no podrán ser considerados legitimados pasivos, sin perjuicio de lo previsto en el art. 1005 del Código Civil, pero no por ello, tampoco procede el archivo de las actuaciones, si consta en los autos la existencia de una herencia yacente o de bienes pertenecientes al fallecido que pudieran ser perseguidos, pues, en otro caso, el resarcimiento de los daños sería ilusorio, con grave quebranto para la entidad pública perjudicada y legitimada activa en el procedimiento contable […].

Hay que resaltar que ni la Ley Orgánica 2/1982, ni la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, regulan la capacidad jurídica para ser parte ni tampoco la capacidad procesal, aunque sí regulan la legitimación activa y pasiva en los arts. 47 y 48 de la citada Ley Orgánica y 55 y ss. de la Ley de Funcionamiento. Dado que la Disposición Final Segunda.2 de la Ley Orgánica 2/1982 establece que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su Funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación, podemos acudir para suplir la regulación de la capacidad para ser parte y capacidad procesal a dichas leyes (art. 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y arts. 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). ***Del contenido de estos artículos se sustenta que en el ámbito civil y en el mismo sentido, en el ámbito contable, por ser este último una subespecie del civil, de resarcimiento de daños de carácter patrimonialista, encuentran perfecto acomodo como partes demandadas los patrimonios separados y herencias yacentes, sin perjuicio de la comparecencia en juicio de los albaceas o administradores (art. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).***

Por lo que respecta a la legitimación pasiva en el proceso contable, la misma corresponderá, igualmente, a la herencia yacente, pues como parte demandada es la que se encuentra relacionada con el objeto concreto del pleito y, por tanto, es susceptible de responder, a través de su representación procesal, a la acción o pretensión de reintegro entablada por la entidad perjudicada, que es la parte que ejerce la legitimación activa.

Por tanto, aunque el artículo 55.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal se refiere a los causahabientes, hay que entender que presupone la aceptación de la herencia por parte de éstos, pero ello no 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 aludido artículo 55.

Como indica la doctrina, el caudal hereditario en que consiste la herencia yacente, aunque esté transitoriamente sin titular, su destino es sólo el que pueda ser aceptado por algún heredero, aunque éste sea el Estado.

Como indica 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 consiguiente, no existe obstáculo para que la herencia yacente o los patrimonios separados, en cuanto carezcan transitoriamente de titular, puedan ser demandados en el proceso contable, así como que los albaceas o administradores puedan actuar en el mismo en su representación.

Existiendo 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.

En estos casos de existencia de bienes no procede declarar el archivo de las actuaciones y dar por finalizado el proceso (con la consiguiente comunicación a la Delegación de Hacienda a efectos de la sucesión del Estado), sin que previamente se adopten en el proceso contable las medidas oportunas adecuadas de protección de la pretensión de la parte demandante, perjudicada en sus caudales públicos, mediante la resolución definitiva que corresponda. […].

Solamente, en aquellos casos que no constare ni herederos ni bienes de la herencia se podrá decretar el archivo provisional de las actuaciones por falta de imputación, pues, en ese caso, ni existen causahabientes ni bienes que ejecutar, desapareciendo de la relación jurídica procesal la parte demandada ante la falta de capacidad jurídica, y todo ello sin perjuicio de la reapertura del proceso

cuando constare tales herederos o bienes por nuevas diligencias o informaciones acaecidas posteriormente, salvo que procediere la prescripción de la responsabilidad contable, conforme a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Este pronunciamiento de la Sala de Justicia, en el que se vino a **reconocer la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable,** fue confirmado posteriormente, con idéntica fundamentación, por la **Sentencia de la Sala de Justicia n.º 28/2009, de 14 de diciembre.**

Asimismo, la Sala de Justicia ha venido admitiendo posteriormente, de manera general, la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable, en aquellos casos en los que los herederos, legales o voluntarios, aún no hubieran aceptado la herencia: **por todas, v. Sentencia n.º 11/2013, de 11 de abril; o Sentencia n.º 19/2020, de 1 de diciembre.**

Por todos los anteriores fundamentos jurídicos, que se recogen pormenorizadamente en la precitada doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, no puede compartirse la aseveración contenida en el fundamento de derecho tercero *in fine* del Auto recurrido, en el que, **de manera aislada y categórica,** se afirma que *"**el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas,** sólo considera legitimados pasivos de los procesos jurisdiccionales contables a los causahabientes de los responsables contables **y no a la herencia yacente".*** Y, en su virtud, deben ser estimados los motivos de los apelantes que se refieren, **con carácter general,** a la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable.

SÉPTIMO.- Partiendo de la precitada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución del presente recurso de apelación, también deben tenerse en cuenta los siguientes hechos que constan acreditados en autos:

1º) Tal y como se recoge en el texto del propio Auto recurrido, el ejecutado Don J.M.L. falleció el día 13 de noviembre de 2016, y era titular de los siguientes bienes:

- *"Finca urbana en Aldeadávila de la Ribera n.º XXXX, inscrita en el Registro de la Propiedad de Vitigudino a favor de DON J.M.L. (100% de pleno dominio con carácter privativo). La anotación preventive de embargo se realizó el 10 de junio de 2003 por un importe de 82.689,53 y caducó al no ser prorrogada"* **(v. antecedente quinto del Auto).**

- *"Fincas atribuidas a DON J.M.L. en el acuerdo de concentración parcelaria de la zona de Aldeadávila de la Ribera. (Polígono X, masa XX, finca XXX; polígono X, masa X, tinea XXXX, polígono XX, masa X, finca XXXX, polígono XX, masa X, finca XXXX, polígono XX, masa X, finca XXXX y polígono X, masa X,*

finca XXXX) embargadas por Decreto de 6 de junio de 2013" **(v. antecedente séptimo del Auto).**

- *"Vehículo agrícola de DON J.M.L. embargado por Decreto de 27 de noviembre de 2017 que tras ser rectificado por Decreto de 1 de marzo de 2018 se practicó el 12 de marzo de 2018"* **(v. antecedente séptimo del Auto).**

2º) En relación con la posible continuación del procedimiento de ejecución de referencia n.º C-111/03 (P.S.EJ), mediante una eventual sucesión procesal de los causahabientes de Don J.M.L., ex artículo 38.5 de la LOTCU (*"Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma"*), una vez realizadas las correspondientes diligencias de averiguación por el órgano jurisdiccional de instancia encargado de la ejecución, se constató que el Sr. M.L. **había otorgado testamento, con fecha 21 de febrero de 1996, y que los herederos testamentarios eran su cónyuge y sus cuatro hijos (**v. folios 61 y ss. del documento PDF denominado "PSEJ. VI" que integra la pieza separada de ejecución**).**

3º) Sin embargo, tras el fallecimiento de Don J.M.L., **dichos herederos testamentarios renunciaron a sus derechos hereditarios mediante sendas escrituras otorgadas con fechas 10 y 11 de mayo de 2017,** ante la Notaria del ilustre Colegio de Castilla y León, doña Marina Lobo Garcia, con los números de protocolo 738 y 752, respectivamente (v. folios 296 y ss. del documento PDF denominado "PSEJ. III" que integra la pieza separada de ejecución).

4º) Como consecuencia de lo anterior, tras haber cumplimentado una serie de diligencias de investigación en relación con las fincas atribuidas al Sr. M.L. en el acuerdo de concentración parcelaria de la zona de Aldeadávila de la Ribera, y al no tener constancia de que se hubiera liquidado impuesto de sucesiones y donaciones en relación con la herencia del finado, el órgano jurisdiccional *a quo* dictó **Diligencia de Ordenación de fecha 6 de julio de 2020,** por la que se acordó informar a la Delegación de Economía y Hacienda en Salamanca de los siguientes hechos: *"[…] que tras el fallecimiento de Don J.M.L., el 13 de noviembre de 2016, se realizó expresamente renuncia pura y simple a la herencia por todos los herederos del citado fallecido; que no se ha efectuado hasta la fecha ninguna liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones; y que existen bienes inmuebles vacantes;* ***y, todo ello, en aras a la determinación de posibles derechos sucesorios de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 y siguientes de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y los artículos 7 y siguientes de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, remitiendo al efecto la documentación que consta en las actuaciones, acreditativa de la circunstancia expuesta […]".***

5º) Como contestación a la anterior comunicación, más de un año después, **la Delegación de Economía y Hacienda en Salamanca presentó un Oficio de fecha 27 de septiembre de 2021,** registrado en el Tribunal de Cuentas con fecha 30 de septiembre de 2021, en el que ponía de manifiesto que *"[...]* ***Efectuadas las diligencias procedentes****, se ha concluido que, dado que las deudas y cargas de la herencia superan al valor de los bienes del caudal relicto* ***NO procede que la Administración General del Estado incoe el procedimiento establecido en el art. 20 bis de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas"*** **(**v. folios 182 y ss. del documento PDF denominado "PSEJ. VI" que integra la pieza separada de ejecución**).**

6º) Finalmente, en el dispositivo segundo del Auto apelado, dictado con fecha 31 de mayo de 2022, se resuelve ***"Archivar las actuaciones realizadas en la ejecución de la Sentencia n.º 7/2006, de 27 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (P.S.EJ), Corporaciones Locales (Ayto. de Aldeávila de la Ribera), Salamanca,*** *al haber fallecido los responsables contables directos y no haberse producido la transmisión de la responsabilidad contable que contempla el artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas".*

OCTAVO.- Una vez analizados los hechos recién descritos *ut supra,* en relación con la meritada doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia relativa a la legitimación pasiva de la herencia yacente en el orden jurisdiccional contable, que se ha expuesto pormenorizadamente en el fundamento de derecho sexto, deben realizarse las siguientes consideraciones:

1ª) De acuerdo con el contenido de la mencionada **Sentencia de la Sala de Justicia n.º 15/2007, de 24 de julio:**

- *"Cuando no existan herederos con derecho a la sucesión testada o legítima,* ***o existiendo herederos, éstos renuncien o no conste su aceptación de la herencia,*** *no podrán ser considerados legitimados pasivos, sin perjuicio de lo previsto en el art. 1005 del Código Civil,* ***pero no por ello, tampoco procede el archivo de las actuaciones, si consta en los autos la existencia de una herencia yacente o de bienes pertenecientes al fallecido que pudieran ser perseguidos,*** *pues, en otro caso, el resarcimiento de los daños sería ilusorio, con grave quebranto para la entidad pública perjudicada y legitimada activa en el procedimiento contable".*

- *"No existe obstáculo para que la herencia yacente o los patrimonios separados, en cuanto carezcan transitoriamente de titular,* ***puedan ser demandados en el proceso contable, así como que los albaceas o administradores puedan actuar en el mismo en su representación".***

- *"El caudal hereditario en que consiste la herencia yacente, aunque esté transitoriamente sin titular,* ***su destino es sólo el que pueda ser aceptado por algún heredero,*** *aunque éste sea el Estado".*

- *"****Solamente, en aquellos casos que no constare ni herederos ni bienes de la herencia se podrá decretar el archivo provisional de las actuaciones por falta de imputación,*** *pues, en ese caso, ni existen causahabientes ni bienes que ejecutar, desapareciendo de la relación jurídica procesal la parte demandada ante la falta de capacidad jurídica, y todo ello sin perjuicio de la reapertura del proceso cuando constare tales herederos o bienes por nuevas diligencias o informaciones acaecidas posteriormente, salvo que procediere la prescripción de la responsabilidad contable, conforme a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas".*

2ª) Pues bien, frente a los anteriores pronunciamientos consolidados por la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, resulta que, en el supuesto objeto de la presente apelación, el órgano jurisdiccional de instancia, una vez que comprobó que los herederos testamentarios de Don J.M.L. habían renunciado a sus derechos hereditarios, **no acordó continuar la ejecución contra la herencia yacente del ejecutado,** sino que, tras realizar determinadas diligencias de averiguación respecto de ciertos bienes inmuebles de la titularidad del difunto Sr. M.L., y al no tener constancia de que se hubiera liquidado impuesto de sucesiones y donaciones en relación con la herencia del finado, remitió comunicación a la Delegación de Economía y Hacienda en Salamanca, **con fecha 6 de julio de 2020,** acompañada de determinada documentación, **a efectos de que se determinasen posibles derechos sucesorios de la Administración General del Estado,** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), y en los artículos 7 y siguientes de su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (en adelante, RLPAP).

3ª) Más de un año después, **con fecha 30 de septiembre de 2021,** la Delegación de Economía y Hacienda en Salamanca remitió al Tribunal de Cuentas su contestación a la precitada solicitud, limitándose a poner de manifiesto lo siguiente: *"[...]* ***Efectuadas las diligencias procedentes****, se ha concluido que, dado que las deudas y cargas de la herencia superan al valor de los bienes del caudal relicto* ***NO procede que la Administración General del Estado incoe el*** **procedimiento establecido en el art. 20 bis de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas".**

4ª) Por su parte, el órgano jurisdiccional de instancia dispuso el archivo del procedimiento de ejecución de referencia, al considerar que, por un lado, el artículo 55.2 de la LFTCU sólo considera legitimados pasivos de los procesos jurisdiccionales contables a los causahabientes de los responsables contables, **pero**

no a la herencia yacente (v. fundamento de derecho tercero *in fine* del Auto**);** y, por otro lado, al entender que, a la vista de la respuesta remitida por la Delegación de Economía y Hacienda en Salamanca, mediante el referido Oficio de fecha 27 de septiembre de 2021, podía decretarse el archivo de las actuaciones, **al no haberse producido la transmisión de la responsabilidad contable de Don J.M.L., ex artículo 38.5 de la LOTCU.**

Sin embargo, esta Sala de Justicia considera que no procede el archivo del procedimiento de ejecución de referencia.

En cuanto a la presunta falta de legitimación pasiva de la herencia yacente de Don J.M.L. invocada por el Juzgador *a quo*, debe rechazarse en atención a los fundamentos jurisprudenciales recién expuestos *ut supra* y, con carácter general, en el fundamento sexto de la presente resolución. Esto es, una vez que su herencia fue renunciada por sus herederos testamentarios, **los bienes de la titularidad del Sr. M.L. que integraban el caudal hereditario habrían quedado como herencia yacente por cuanto su único destino era que ésta pudiera ser aceptada por otros herederos legítimos, aunque ese heredero último pudiera ser el Estado.**

Por lo tanto, la ejecución no debió haber sido archivada en ningún caso, sino que debería haber continuado contra la herencia yacente de Don J.M.L., practicándose las correspondientes comunicaciones a través de sus albaceas testamentarios, quienes constan expresamente designados en la escritura notarial de otorgamiento de testamento, de fecha 21 de febrero de 1996 (v. folios 61 y ss. del documento PDF denominado "PSEJ. VI" que integra la pieza separada de ejecución).

Por todos los razonamientos expuestos, procede estimar los recursos de apelación interpuestos y continuar las actuaciones del procedimiento de ejecución nº C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución) contra la herencia yacente de Don J.M.L.

NOVENO.- En definitiva, de acuerdo con lo expuesto y razonado en el anterior fundamento de derecho, deben estimarse los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera, a los que se adhirió el Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo, en representación de Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L., y Don M.F.O., contra el Auto de 31 de mayo de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución), Corporaciones Locales (Ayto. de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca, debiendo quedar revocado el segundo apartado de su parte dispositiva en su integridad.

DÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, no procede su imposición al Ministerio Fiscal ni al resto de apelantes por cuanto sus pretensiones impugnatorias han sido estimadas.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

ÚNICO.- Estimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera, a los que se adhirió el Letrado don Juan Santos Pérez-Moneo, en representación de Don E.H.P., Don J.P.P., Don F.M.L. y Don M.F.O., contra el Auto de 31 de mayo de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-111/03 (Pieza Separada de Ejecución), Corporaciones Locales (Ayto. de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca. Sin Costas. Si bien este pronunciamiento no afecta al apartado primero de la parte dispositiva del citado Auto, debe quedar revocado el segundo apartado de su parte dispositiva en su integridad, quedando redactado en los siguientes términos:

IV.- FALLO

"SEGUNDA.- Continuar las actuaciones realizadas en la ejecución de la Sentencia nº 7/2006, de 27 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-111/03 (P.S.EJ), Corporaciones Locales (Ayto. de Aldeadávila de la Ribera), Salamanca, contra la herencia yacente de Don J.M.L.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 7/2015.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la

intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 2/2023, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 28/22. Procedimiento de Reintegro nº 1027/22. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Lleida), Lleida. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las pretensiones de las partes y referirse a la naturaleza jurídica del recurso de apelación, la Sala pone de manifiesto que no puede pronunciarse sobre las alegaciones formuladas en el recurso que no guarden relación con los hechos denunciados en la acción pública en su día ejercitada, que fueron objeto de la instrucción y culminaron en el Acta de Liquidación Provisional con base en la que se dicta la resolución recurrida.

En particular, no puede resolver la Sala si ha prescrito el derecho de la sociedad pública al cobro de la aportación o subvención, como ha alegado el recurrente, porque dicha prescripción no fue invocada en el escrito de denuncia ni en el escrito de ejercicio de la acción pública. Tampoco se aludió a esta prescripción en el propio procedimiento de reintegro por alcance.

Asimismo, no corresponde a la Sala de Justicia declarar la nulidad o anulabilidad del Convenio ni la de la Adenda aprobada por el Pleno del Ayuntamiento porque no son de la competencia de la Jurisdicción contable las cuestiones de Derecho Administrativo, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

El segundo motivo de recurso es la existencia de un error en la valoración de la prueba documental por parte de la Consejera de instancia. Considera el recurrente que de haberse analizado debidamente los documentos aportados no se hubieran considerado justificadas las subvenciones otorgadas por el Ayuntamiento.

No obstante, la Sala coincide con el criterio del auto impugnado y no aprecia la ausencia de justificación de la subvención abonada y, en consecuencia, tampoco que se produjera un daño o perjuicio a los fondos del Ayuntamiento, requisito esencial para declarar la responsabilidad contable conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1, en relación con los artículos 2.b) y 15, de la LOTCu.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 2/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 28/22 interpuesto contra el Auto de 2 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Lleida), LLEIDA

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

En el recurso de apelación nº 28/22 frente al Auto de 2 de junio de 2022, dictado en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/22, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Lleida), LLEIDA. Ha sido apelante Don D.L.P., miembro representante del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Lleida, representado y defendido por la letrada doña Marta García Seto.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/2022 se dictó Auto, de fecha 2 de junio de 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"**ÚNICO.–** No haber lugar a la continuación del procedimiento de reintegro por alcance número B-1027/2022, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 68.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas".

SEGUNDO.- Don D.L.P., en representación del Grupo Municipal Socialista en el Ayuntamiento de Lleida, interpuso recurso de apelación contra el referido auto, mediante escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 28 de junio de 2022.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2022, el Director Técnico del Departamento Segundo, secretario del procedimiento, acordó admitir y tener por interpuesto el recurso y dar traslado del mismo al Ministerio Fiscal y al Ayuntamiento de Lleida, a fin de que, en el plazo común de quince días, pudieran, en su caso, formular su oposición.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 18 de julio de 2022, se opuso al recurso interpuesto e interesó la confirmación de la resolución recurrida y, por consiguiente, el archivo de la presente causa.

QUINTO.- El representante legal del Ayuntamiento de Lleida, por escrito de 20 de julio de 2022, se opuso al recurso e interesó la confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2022, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de este procedimiento acordó: 1) Dar traslado de los escritos de oposición al recurso de apelación remitidos por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Lleida a las partes y 2) Elevar los autos a esta Sala, emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, con la advertencia de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Por escritos de 7 y 8 de septiembre y 10 de octubre de 2022 se personaron en esta Sala de Justicia el Ministerio Fiscal, el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, en nombre y representación del Ayuntamiento de Lleida, y doña Marta García Seto, en nombre y representación del actor público Don D.L.P., respectivamente.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 5 de octubre de 2022, se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 28/22, constatar la composición de la Sala

y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de Justicia, de 18 de octubre de 2022, se ordenó que pasaran los autos al Consejero ponente a fin de que se preparara la resolución.

NOVENO.- Advertido error en la comparecencia ante esta Sala de doña Marta García Seto, al no figurar acreditada su representación en nombre del actor público en el Poder para pleitos otorgado el 23 de diciembre de 2019, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 17 de noviembre de 2022 se concedió un plazo de diez días, conforme a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), para que se procediera a subsanar el defecto de personación.

DÉCIMO.- Subsanados los defectos de los requisitos de postulación de la letrada doña Marta García Seto, por diligencia de la Secretaria de esta Sala de Justicia de 13 de diciembre de 2022 se remitieron de nuevo los autos al Consejero Ponente para la preparación de la resolución del recurso interpuesto.

UNDÉCIMO.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

DUODÉCIMO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 52.1.b) y 54.1 b) de la LFTCu.

SEGUNDO.- En los razonamientos jurídicos del Auto recurrido, en relación con la denuncia formulada en su día por el actor público, que se refería al pago irregular por parte del Ayuntamiento de Lleida de subvenciones derivadas de Convenios de Colaboración, se pone de manifiesto, entre otros extremos, lo siguiente:

1º) El 26 de noviembre de 2010 se firmó un Convenio de Colaboración, entre otros firmantes, por el Ayuntamiento de Lleida y Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U. para el desarrollo de la actividad comercial del aeropuerto de

Lleida-Alguaire. Su vigencia se limitaba al año 2010 y no fue aprobado por el Pleno de la Corporación.

2º) El 3 de octubre de 2013 se firmó otro Convenio con el mismo objeto, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

3º) El 29 de agosto de 2019 "Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U" requirió al Ayuntamiento de Lleida el pago de las subvenciones derivadas de los convenios firmados.

4º) El 14 de octubre de 2019 el Alcalde de Lleida denegó por Decreto el pago requerido, con base en un Informe de la intervención municipal, en el que se manifestaba que no se habían justificado las subvenciones en los términos fijados en los Convenios.

5º) El 20 de diciembre de 2019, el Pleno del Ayuntamiento de Lleida aprobó una adenda a los Convenios de Colaboración que, según el denunciante, pretendía "dar justificación, de forma retroactiva, a la obligación de pago por parte del Ayuntamiento". Dicha adenda carecía de informe de los servicios jurídicos.

6º) El 23 de julio de 2020, una firma de auditoría certificó que las aportaciones del precitado Ayuntamiento de los años 2010, 2013 y 2014 se habían destinado a las finalidades previstas en los convenios.

7º) El 24 de noviembre de 2020, el Coordinador Técnico y el Jefe del Servicio de Obra Pública del Ayuntamiento de Lleida informaron favorablemente la documental justificativa remitida por la sociedad pública y, asimismo, propusieron su aprobación a la Junta de Gobierno.

8º) La Intervención municipal y la Comisión Informativa de Urbanismo informaron favorablemente el expediente en fechas respectivas de 3 y 16 de diciembre de 2020.

9º) El Ayuntamiento de Lleida procedió al pago de 435.000 € a la sociedad pública con fecha 9 de abril de 2021.

TERCERO.- La representación procesal del actor público sustenta el recurso de apelación interpuesto en dos consideraciones: 1ª).- La incorrecta aplicación de la legislación que regula el desarrollo de los Convenios de Colaboración firmados por las Administraciones Públicas, así como la legislación presupuestaria y contable; y 2ª).- La indebida valoración de la prueba documental aportada a las actuaciones efectuada por el órgano de instancia.

Fundamenta las consideraciones expuestas en las siguientes alegaciones:

1ª) - La nulidad del Convenio suscrito el 26 de noviembre de 2010 (en virtud del cual el Ayuntamiento de Lleida debía efectuar una aportación máxima de 332.850,00 €, en concepto de subvención, que se haría efectiva previa

justificación de los gastos, mediante la presentación de las cuentas anuales, debidamente auditadas), ya que no fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Lleida y no se cumplieron las normas que regulan el expediente de gasto previo a la concesión de la subvención (reconocimiento de crédito por el Interventor, asignación de partidas presupuestarias para el pago de la subvención, y posterior aprobación por el Pleno) con infracción del artículo 34 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2ª) - La nulidad de la Adenda a los Convenios de 2010 y 2013, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Lleida el 20 de diciembre de 2019, en virtud de la cual se modifica la cuantía comprometida en el Convenio de 2010 y se concreta en 135.000 €, porque: a) no fue firmada por todas las partes que suscribieron el Convenio, pese a suponer una modificación substancial del mismo; b) no tiene en cuenta la prescripción de la reclamación efectuada por la sociedad pública Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U., en septiembre de 2019 y c) su aprobación por el Pleno el Ayuntamiento de Lleida no fue informada por los Servicios Jurídicos que avalaran la legalidad del acuerdo, trámite preceptivo exigido por el artículo 50.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Debido a la nulidad del Convenio 2010 y de la Adenda que lo modifica, no puede desplegar efectos y, en consecuencia, no puede amparar el pago efectuado por el Ayuntamiento de Lleida a la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña, S.L.U., por importe de 135.000 €.

3ª) - No se ha valorado correctamente la prueba aportada en las actuaciones, ya que durante diez años no se presentaron los documentos justificativos, especialmente los correspondientes a los años 2010, 2013 y 2014, y tampoco las cuentas anuales auditadas, ni las auditorías realizadas; por lo que el pago realizado a la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña S.L.U. es improcedente, al entender que su derecho ha prescrito.

Con base en estas alegaciones, el recurrente solicita que:

a) Se proceda a una correcta valoración del expediente administrativo, objeto del presente procedimiento, y a declarar la nulidad o, en su caso, anulabilidad del Convenio de Colaboración de 2010 y la Adenda que lo modifica.

b) Se declare que el pago efectuado por el Ayuntamiento de Lleida ha generado una responsabilidad contable por alcance en los fondos públicos de la entidad, y se continue el procedimiento de reintegro por alcance para la devolución de lo abonado a la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña S.L.U. a las arcas municipales.

CUARTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Lleida, por escrito de 20 de julio de 2022, solicitó la desestimación del recurso de apelación interpuesto, la confirmación de la resolución impugnada, en todos sus extremos, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Fundamenta su petición en que:

a) Es un recurso confuso, asistemático, poco riguroso, que reproduce lo expresado en anteriores alegaciones, que no invoca, ni analiza ni uno solo de los documentos obrantes en las actuaciones, ni precepto de la normativa reguladora de la responsabilidad contable, ni apoya sus pretensiones en sentencia alguna.

b) Introduce una pretensión, como es la declaración de nulidad de los actos administrativos, que excede de las competencias del Tribunal de Cuentas.

c) Existe abundante documentación que acredita que los servicios prestados por Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U. fueron efectivamente realizados, conforme a los estipulado en los Convenios de Colaboración, y que se procedió al pago de la subvención acordada, una vez justificados aquéllos, circunstancia que pone de manifiesto una gestión rigurosa de los fondos públicos por parte de la entidad.

d) La adenda a los Convenios fue sometida a la consideración del Pleno del Ayuntamiento de Lleida y consta en el expediente informe-propuesta del Jefe de Servicio de Obra Pública de fecha 11 de diciembre de 2019 y propuesta del Concejal de Urbanismo favorables a la adopción del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 172 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 (ROF).

e) No existe precepto que establezca la emisión de informe de los Servicios Jurídicos respecto del acuerdo adoptado en la Adenda, ya que el artículo 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que" salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

Por las razones expuestas, entiende plenamente acreditada la diligencia en la gestión de fondos públicos, el cumplimiento de la normativa aplicable, la adecuación a la legalidad de los acuerdos, la justificación de los servicios subvencionados y la inexistencia de perjuicio para las arcas públicas, y, por consiguiente, considera que solo procede dictar la resolución de no acordar la incoación del juicio de responsabilidad contable.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto e interesó la confirmación de la resolución recurrida, con base en las razones siguientes:

a) De la documentación aportada ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Lleida cumplió con el pago de su prestación, al que estaba obligado una vez que se presentaron los documentos justificativos de que se había cumplido la finalidad de los convenios suscritos con Aeropuertos de Cataluña S.L.U.

b) Dado que las partes firmantes de los convenios eran el Ayuntamiento de Lleida, la empresa pública Aeropuertos Públicos de Cataluña S.L.U., la Diputación de Lleida y la Cámara Oficial de Comercio de Lleida, incluso si se apreciara un eventual desplazamiento patrimonial entre personas jurídico-públicas, el desequilibrio generado - si acaso - no podría ser objeto de enjuiciamiento contable, puesto que no que no supone un perjuicio a los fondos públicos.

SEXTO.- Para resolver la impugnación planteada resulta obligado partir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS 436/2020, de 15 de julio, 419/2021, de 21 de junio, 611/32021, de 20 de septiembre, y 308/2022, de 19 de abril), conforme a la cual el recurso de apelación es un recurso ordinario, que permite al tribunal de apelación abordar la cuestión fáctica y jurídica planteada en la instancia. La regla *pendente apellatione, nihil innovatur* permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, pero no a abordar cuestiones u objetos distintos a los planteados en primera instancia.

En congruencia con este criterio, la Sala no puede pronunciarse sobre las alegaciones formuladas en el recurso que no guarden relación con los hechos denunciados en la acción pública en su día ejercitada, que fueron objeto de la instrucción realizada en las Actuaciones Previas nº 1071/2021 y culminaron en el Acta de Liquidación Provisional suscrita el 1 de abril de 2022, con base en la que se produce la resolución recurrida.

En particular, no puede resolver esta Sala si ha prescrito el derecho de la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña S.L.U al cobro de la aportación o subvención derivada del Convenio suscrito el 26 de noviembre 2010, como ha alegado el recurrente, porque dicha prescripción no fue invocada en el escrito de denuncia que se presentó en el Registro General de este Tribunal el 30 de marzo de 2021, ni en el escrito de ratificación de fecha 27 de julio de 2021, en el ejercicio de la acción pública. Tampoco se aludió a esta prescripción en el propio procedimiento de reintegro por alcance, ya que el actor público no presentó alegaciones en el trámite de audiencia conferido por la diligencia de ordenación de 27 de abril de 2022, para que se pronunciaran las partes sobre la pertinencia de continuar el procedimiento o

acordar su terminación, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 73.1 y 68.1 de la LFTCu.

En lo que se refiere a las restantes cuestiones suscitadas en el recurso en torno a la eventual concurrencia de otras causas de prescripción:

1) En virtud del Convenio de 26 de noviembre de 2010 (cuyo objeto era establecer un marco de actuación para el desenvolvimiento comercial del aeropuerto de Lleida -Alguaire y su financiación) el Ayuntamiento de Lleida debía efectuar una aportación máxima de 332.850 €, en concepto de subvención. La cuantía de ésta, revisable por la naturaleza variable de las condiciones de mercado, y que no se concretó, se condicionó a su aprobación presupuestaria por el Pleno de dicho Ayuntamiento. La consignación presupuestaria no se produjo hasta la aprobación, el 20 de diciembre de 2019, de la Adenda a dicho convenio, en la que (apartado sexto) se señaló que la aportación prevista en aquél era una cantidad máxima y que la aportación final del Ayuntamiento sería de 135.000 €. Por ello, no cabe estimar la prescripción de un derecho del que no se ha establecido la prestación hasta la efectiva concreción de la cuantía.

2) El plazo para el cómputo de la prescripción del derecho de la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña S.L.U. a reclamar los importes que debía financiar el Ayuntamiento de Lleida se inició a partir de la presentación por dicha sociedad de los documentos justificativos de la realización de la prestación establecida en el Convenio suscrito. Esta justificación, según se desprende de la documentación que obra en las actuaciones, no se produjo hasta el 23 de julio de 2020, cuando, una vez aprobada la Adenda al convenio, una sociedad de auditoría certificó que las aportaciones del Ayuntamiento se habían destinado a las finalidades previstas en aquél. Entre estas aportaciones estaban las que se individualizaron en el convenio suscrito el 3 de octubre de 2013, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Lleida en su sesión del 31 de mayo de 2013, en el que la Corporación municipal se obligó a otorgar sendas subvenciones de 150.000 € en los ejercicios de 2014 y 2015.

3) El pago de las cantidades comprometidas en concepto de subvención, en virtud de los convenios suscritos se produjo el 9 de abril de 2021, sin que hubieran transcurrido cuatro años desde que la sociedad pública presentara la documentación justificativa de la realización de las prestaciones. En consecuencia, no hubiera podido estimarse este motivo de prescripción material de la deuda por el órgano de instancia en el caso de que hubiera sido alegado por el recurrente a lo largo de la tramitación de la primera instancia.

SÉPTIMO.– Tampoco corresponde a esta Sala de Justicia declarar la nulidad o anulabilidad del Convenio firmado el 26 de noviembre de 2010, ni la de la Adenda

aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Lleida el 20 de diciembre de 2019, porque, como ha opuesto la representación del Ayuntamiento, no son de la competencia de la Jurisdicción contable las cuestiones de Derecho Administrativo, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (por todas, SSTS de 27 de octubre de 2011-rec. casación 5494/2009-, de 29 de marzo de 2012 -rec. casación 2517/2008- y de 28 de noviembre de 2012 -rec. casación 3671/2010-), conforme a cuya reiterada doctrina "la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas referida a la responsabilidad contable ha de ser interpretada restrictivamente, en el sentido de que lo que corresponde al Tribunal de Cuentas es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y del juicio de cuentas, que no se confunden con los procedimientos impugnatorios de actos administrativos o relaciones contractuales preexistentes, cuya legitimidad se presume, mientras no sea revisada por la jurisdicción a la que corresponda (…)".

Y, también, "en modo alguno el Tribunal de Cuentas ejerce una jurisdicción revisora, de conformidad a derecho, de disposiciones y actos de las Administraciones públicas, competencia que corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa."

Esta Sala de Justicia ha deslindado en numerosas resoluciones (entre otras, SSJ 9/2009, de 5 de mayo, 12/2010, de 1 de julio, y 5/2020, de 6 de julio) el ámbito competencial de los órdenes jurisdiccionales contable y contencioso-administrativo como consecuencia de infracciones cometidas con motivo de la percepción de las subvenciones o ayudas públicos. Así, ha declarado que el primero examina y resuelve acerca de las pretensiones en exigencia de responsabilidad contable para lograr la restitución a la hacienda pública perjudicada de los daños y perjuicios causados por el gestor y perceptor de aquéllas, mientras que el contencioso-administrativo revisa los actos administrativos de concesión de las subvenciones, determinando la validez o nulidad de estos. Y concluye que "el contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y contencioso administrativo no es coincidente".

En aplicación de esta doctrina, ha de concluirse que:

a) El objeto del presente recurso es determinar si se produjo un daño a los caudales públicos del Ayuntamiento de Lleida que sea constitutivo de alcance como consecuencia de las subvenciones abonadas a la sociedad pública Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U. No compete a esta Sala, conforme al artículo 16 de la LOTCu, conocer de aspectos ajenos a esta cuestión, como la nulidad de los convenios y de la Adenda en virtud de la cual se modificaron los importes de las aportaciones y los requisitos de la justificación. Su

impugnación habrá de suscitarse, en su caso, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Salvo que se pronuncie dicha Jurisdicción contenciosa-administrativa, y en su caso, declare la nulidad o anulabilidad de los convenios suscritos, los pagos efectuados por el Ayuntamiento de Lleida a la sociedad pública Aeropuertos de Cataluña S.L.U. en concepto de subvenciones han de tenerse por realizados en virtud de obligaciones jurídicas válidas.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo alegado por el recurrente en relación con la solicitud de nulidad o anulabilidad de los convenios de 2010 y 2013-2014, así como de la adenda que los modifica.

OCTAVO.- El segundo motivo que alega el actor público en su recurso de apelación es la presencia de un error en la valoración de la prueba documental por parte de la Consejera de instancia. Considera el recurrente que de haberse analizado debidamente los documentos aportados a las actuaciones, en particular los informes de la Intervención del Ayuntamiento, los Convenios, la Adenda y el informe favorable del Coordinador Técnico, no se hubieran considerado justificadas las subvenciones otorgadas por el Ayuntamiento de Lleida en aplicación de los convenios de 2010 y 2013-2014 y, en consecuencia, su pago ha ocasionado un daño efectivo a los fondos de titularidad de dicha Administración local.

Es criterio constante de esta Sala (entre otras, SSJ 6/2015, de 11 de noviembre, 26/2017, de 13 de julio, y 13/2022, de 22 de septiembre), que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde al Departamento de instancia. Frente al juicio de apreciación de la prueba que la resolución de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte. Es el caso, en el supuesto de autos, puesto que el actor público se limita a reproducir los argumentos que alegó en su denuncia inicial.

Sostiene el recurrente que el pago de la cantidad de 435.000 €, derivado del cumplimiento de las obligaciones emanadas de los convenios, no se encuentra justificado documentalmente y que ese defecto ha originado un supuesto de responsabilidad contable por alcance que ha de conllevar el reintegro de los fondos indebidamente dispuestos.

El Ayuntamiento de Lleida y el Ministerio Fiscal sostienen, en cambio, la justificación de los servicios subvencionados y la inexistencia de perjuicio para las arcas públicas.

El artículo 49 de la LFTCu establece como requisitos para apreciar responsabilidad contable respecto a las subvenciones que ha de haberse producido una infracción

de las leyes reguladoras del régimen presupuestario y contable que resulte aplicable a las personas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del sector público.

El régimen jurídico de los convenios de colaboración en las Administraciones públicas de Cataluña está regulado en los artículos 108 a 113 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña. Conforme el artículo 109 de dicha ley, los convenios se rigen por sus cláusulas y, si comportan el otorgamiento de una subvención por parte de las Administraciones públicas, deben ajustarse a las normas que regulan dicho otorgamiento.

El artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), establece que: 1) la justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en la concesión de subvención puede revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o acreditarse éste por módulos o estados contables; y 2) la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y el plazo de rendición de ésta vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas.

El artículo 34 de la LGS condiciona el pago de la subvención a la previa justificación, por el beneficiario, de la realización de la actividad, proyecto, objetivo o adopción del comportamiento para el que se concedió, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la subvención. Se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de falta de justificación o de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 37 de esta ley. Este artículo establece, como causas de reintegro de las subvenciones, entre otras, "b) El incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención; y c) El incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención (…)".

Obran en las actuaciones objeto del procedimiento los documentos siguientes:

1) Los informes de auditoría con las correspondientes cuentas justificativas, que recogen las actuaciones desarrolladas y los gastos vinculados a ellas para cada una de las anualidades incluidas en los Convenios. Estos informes reflejan los trabajos de revisión de las cuentas justificativas de subvenciones previstos en

el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la LGS, al que se remite el artículo 30 de la misma.

2) Los certificados emitidos por el auditor de "Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U." el 23 de julio de 2020 (uno correspondiente a cada una de las anualidades de 2010, 2013 y 2014), en los que se acredita que "las aportaciones del Ayuntamiento de Lleida se han destinado de forma íntegra a las finalidades del Convenio". Dichas aportaciones fueron por importe de 135.000 € respecto a la anualidad de 2010 y de 300.000 € en cada uno de los ejercicios 2013 y 2014 (150.000 €, por cada anualidad).

3) La presentación por Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U., el 23 de julio de 2020, de las cuentas anuales de la sociedad Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U, debidamente auditadas, incorporando un certificado del auditor de la sociedad conforme al cual las aportaciones realizadas por el Ayuntamiento de Lleida se han destinado de forma íntegra a las finalidades de los convenios. Todo ello es conforme con los artículos primero y segundo de la Adenda, que introdujo modificaciones a los Convenios 2010 (artículo segundo, punto 5) y 2013-2014 (artículo segundo, punto 2) respectivamente, al reformular el requisito de la previa justificación del gasto para el pago de la subvención.

4) La aprobación por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Lleida, el 13 de enero de 2021, de la justificación acreditativa de la aplicación de la subvención, con el refrendo del Coordinador Técnico y Jefe del Servicio de Obra Pública, el 24 de noviembre de 2020, del Interventor del Ayuntamiento, el 3 de diciembre de 2020 y de la Comisión Informativa de Urbanismo, en sesión celebrada el 16 de diciembre de 2020.

Conforme a los documentos enumerados, queda acreditado que el Ayuntamiento de Lleida efectuó el pago de la prestación de 435.000 € al amparo de los dos Convenios de Colaboración firmados en los ejercicios de 2010 y 2013 con Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U. y de la Adenda que los modifica, cuya legitimidad no ha sido impugnada. Las irregularidades de naturaleza administrativa que, a juicio del recurrente, hubieran podido producirse por incumplimiento del artículo 34 de la LGS, como ha venido reiterando esta Sala (por todas, Sentencia 10/2005, de 14 de julio, 20/2005, de 28 de octubre y Auto 17/2011, de 20 de julio) no bastan por sí mismas para generar responsabilidad contable si no van asociadas a un daño indemnizable, que no se ha acreditado en el supuesto de autos.

Asimismo, que los Convenios de Colaboración de 2010 y 2013 fueran suscritos por el Ayuntamiento de Lleida, Aeropuertos Públicos de Cataluña, S.L.U., la Diputación de Lleida y la Cámara Oficial de Comercio de Lleida, tendría en su caso, la consecuencia que ha señalado el Ministerio Fiscal en su escrito de

oposición al recurso: un desplazamiento patrimonial entre personas jurídico-públicas, que no genera perjuicio a los fondos públicos.

En consecuencia de lo razonado, la Sala coincide con el criterio del auto de la primera instancia: no aprecia la ausencia de justificación de la subvención abonada y, en consecuencia, tampoco que se produjera un daño o perjuicio a los fondos del Ayuntamiento de Lleida, requisito esencial para declarar la responsabilidad contable conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1, en relación con los artículos 2.b) y 15, de la LOTCu.

NOVENO.- El artículo 73 de la LFTCu establece que recibidas las actuaciones a que se refiere el artículo 47 de esta Ley (actuaciones previas) en la Sección de Enjuiciamiento y turnado el procedimiento al Consejero de Cuentas al que hubiera correspondido, se procederá en la forma establecida en el artículo 68 para el juicio de cuentas.

El artículo 68.1 de la LFTCu prevé, en su párrafo segundo, la posibilidad de que cuando de la pieza o expediente resulte de modo manifiesto e inequívoco la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, pueda declararse no haber lugar a la incoación del juicio, en los términos prevenidos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo. Se establece, por tanto, la facultad del Consejero de Cuentas, para acordar la no incoación del procedimiento contable cuando los hechos objeto de éste no se consideren generadores de responsabilidad contable y, por ello, resulte innecesaria su continuación.

Esta Sala de Justicia (por todos, Autos 5/2019, de 16 de mayo, 1/2020, de 18 de febrero, y 26/2022, de 18 de octubre) se ha venido pronunciando sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución en lo que se refiere al obligado respeto al principio *pro actione*, declarando que éste comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma. Como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 3/2001, de 15 de enero, y 60/2002, de 11 de marzo), el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador.

Por ello, resulta obligado confirmar el auto recurrido, que declaró en que no había lugar a la incoación de un proceso contable en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/2022 y acordó el archivo de los autos.

DÉCIMO.- Con arreglo a lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la letrada doña Marta García Seto, en nombre y

representación del actor público Don D.L.P., contra el Auto de fecha 2 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Lleida), Lleida.

UNDÉCIMO.- En aplicación del régimen jurídico supletorio establecido en el artículo 80 de la LFTCu, la Disposición Final. Segunda.2 de la LOTCu, y el artículo 139.2 de la LJCA, procede la imposición de las costas a la parte apelante, por haber sido desestimado íntegramente el recurso interpuesto, y no apreciarse circunstancias excepcionales que permitan aplicar otro criterio que el general del vencimiento.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERA.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la letrada doña Marta García Seto, en nombre y representación del actor público Don D.L.P., contra el Auto de fecha 2 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-1027/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Lleida), Lleida, que se confirma en todos sus términos.

SEGUNDA.- Imponer al actor público, Don D.L.P., las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a tenor de lo establecido en el artículo 81.2.3º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de dicha Ley; en relación con los artículos 87 y 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 3/2023, de 1 de marzo. Recurso de del Art. 48.1 nº 32/22. Actuaciones Previas nº 1050/22. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Venturada), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala, tras exponer los motivos de impugnación y las alegaciones de las partes, realiza un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, con especial incidencia en el concepto de indefensión material, según establece la jurisprudencia constitucional, aceptada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Respecto al primer motivo de recurso en el que se denuncia la posible vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, consagrados en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española, lo que llevaría aparejada la vulneración, asimismo, del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión, expone la doctrina fijada por la Sala de Justicia con invocación del Auto nº 21/2022, de 21 de septiembre, así como de los los Autos nº 18/2021, de 23 de junio, y nº 2/2020, de 18 de febrero, que asumen la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a esta materia.

Tras el análisis de los razonamientos expuestos en el Acta de Liquidación Provisional recurrida, se concluye que se cumplen los requisitos de correcta motivación de la misma porque entre las competencias que el artículo 47 de la LFTCu otorga no están incluidas las facultades revisoras de los pronunciamientos dictados por un órgano jurisdiccional. Además, al amparo de este excepcional recurso no pueden plantearse cuestiones procesales o de fondo que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia.

En cuanto al segundo motivo de recurso, se debe aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relevancia constitucional de la incongruencia interna de las resoluciones judiciales, contenida en las Sentencias 250/2004, de 20 de diciembre, y 262/2005, de 24 de octubre, y la Sala concluye que nos encontramos ante una mera discrepancia en la interpretación de la jurisprudencia pero, en modo alguno, ante una incongruencia interna del Acta de Liquidación que genere indefensión con relevancia constitucional.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 3/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 32/22, Actuaciones Previas nº 1050/22. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Venturada), MADRID.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. Consejero.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, "LFTCu"), por el Letrado Don Matías Becerro Domínguez, actuando en nombre y representación de Don D.A.R. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 20 de octubre de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1050/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Venturada), MADRID.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 20 de octubre de 2022 la Delegada Instructora practicó, en las actuaciones de referencia, Liquidación Provisional en la que de forma previa y provisional, se declaró la existencia de un presunto alcance por importe de 12.256,01 euros, 11.710,50 euros correspondientes al principal y 545,51 euros a los intereses provisionalmente calculados, y responsable contable directo del mismo a Don D.A.R.

Mediante Providencia de 20 de octubre de 2022, se requirió al presunto responsable para que, en el plazo de quince días hábiles, reintegrara, depositara o afianzara el importe del alcance declarado, previa y provisionalmente, junto con sus correspondientes intereses legales, bajo apercibimiento de que, en caso de no atender dicho requerimiento, se procedería al embargo de sus bienes.

SEGUNDO.- Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de este Tribunal de Cuentas el 27 de octubre de 2022, el Letrado Don Matías Becerro Domínguez, en nombre y representación de Don D.A.R., interpuso recurso del art. 48.1 de la LFTCu, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 20 de octubre de 2022, en virtud de los razonamientos que después se expresarán, y solicitó que por esta Sala de Justicia se dictara resolución por la que se acordara la nulidad de la citada Acta y Providencia recurridas.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 3 de noviembre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó, abrir el correspondiente rollo, con el nº 32/22, constatar la composición de la Sala de Justicia, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio a la Sra. Delegada Instructora en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 17 de noviembre de 2022 se acordó dar traslado de las copias del recurso a todos los citados a la Liquidación Provisional, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes. Asimismo, se advirtió al Ayuntamiento de Venturada (Madrid) que, en el caso de que efectuara alegaciones, debía cumplimentar los requisitos de postulación que preceptúan el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 221.2 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.

QUINTO.- Por escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de este Tribunal, en fecha 23 de noviembre de 2022, la Letrada representante del Ayuntamiento de Venturada subsanó el defecto procesal referido y realizó alegaciones en el sentido de corroborar determinados hechos expuestos por el Sr. A.R. en su escrito de recurso, sin entrar a valorar si se le había causado indefensión al recurrente.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido y, en virtud de las alegaciones realizadas interesó la desestimación del recurso y la confirmación de las resoluciones recurridas.

SÉPTIMO.- Conclusa la tramitación del recurso, mediante Diligencia de Ordenación de la Letrada Secretaria de esta Sala de 25 de noviembre de 2022, se acordó remitir las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto, una vez verificadas las oportunas notificaciones, el día 13 de diciembre de 2022.

OCTAVO.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

NOVENO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión de los recursos formulados contra las resoluciones dictadas en las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 20 de octubre de 2022 la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1050/22, practicó Acta de Liquidación Provisional en la que determinó que el recurrente, Don D.A.R., resultaba, de manera indiciaria, incurso en un presunto ilícito de alcance contable, en mérito a los hechos que se desprendieron de la investigación desarrollada en dichas actuaciones. Todo ello, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que pudiera incoarse al efecto.

En idéntica fecha, se dictó Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento por importe total de 12.256,01 euros, cantidad calculada de manera provisional y comprensiva tanto del principal del alcance, como de los intereses correspondientes, con apercibimiento de que, caso de que no cumplimentara tales trámites en el plazo indicado, se procedería a practicar el embargo de sus bienes.

TERCERO.- Contra la citada Acta de Liquidación Provisional y Providencia de requerimiento de pago del presunto alcance, la representación legal de Don D.A.R., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

La parte recurrente afirma que se ha causado indefensión, en los términos del Auto nº 1/2017, de 14 de febrero dictado por esta Sala de Justicia, y ha articulado su impugnación en los siguientes motivos:

a) Vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, consagrados en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española, que lleva aparejada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión a la parte, recogido en el artículo 24.1 de la misma.

   Considera el recurrente que el Acta de Liquidación Provisional no recoge, ni analiza la cuestión alegada en el informe remitido por el Ayuntamiento de Venturada el 31 de agosto de 2022 así como en el presentado por el Sr. A.R. en el acto de la liquidación provisional, respecto a la existencia de un Auto de archivo dictado por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de 7 de julio de 2021 en relación con hechos idénticos a los enjuiciados en el presente expediente, si bien referidos al gasto de cena y cestas de Navidad abonado en marzo de 2019 por orden del anterior Alcalde.

   Entiende el recurrente que el hecho de que la Delegada-Instructora haya omitido toda referencia a dicha cuestión, sin razonar debidamente por qué realiza una interpretación contraria a la realizada previamente por el Consejero de Cuentas que archivó las actuaciones por hechos similares, vulnera, el principio de seguridad jurídica, así como el de igualdad, e invoca, en apoyo de sus argumentos, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 49/1982, de 14 de julio.

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión, del artículo 24.1 de la Constitución, por incongruencia interna de la Liquidación Provisional.

   Afirma el recurrente que la conclusión plasmada en la liquidación provisional, según la cual la inexistencia de un acuerdo o pacto que amparase los hechos investigados determinó la falta de justificación de los gastos realizados, resulta incongruente con las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014, 3 de febrero de 2016 y 12 de septiembre de 2019, infringiéndose el artículo 24.1 de la Constitución que la propia liquidación cita como soporte de su criterio. Manifiesta que la doctrina jurídica que se recoge en las citadas resoluciones justifica la entrega de un beneficio a favor de los empleados como condición más beneficios si se cumplen unos requisitos, entre los que se encuentra no estar contemplado ni prohibido en una disposición convencional.

Por ello solicita que se estime el recurso, se declare la nulidad del Acta de Liquidación Provisional y de la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento del presunto alcance detectado.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso formulado por la representación legal del Sr. A.R. en virtud de los siguientes argumentos:

a) Considera que el recurrente no ha argumentado ni razonado en ningún momento sobre ninguna afección material a su capacidad de alegar y probar su propio derecho, ni de replicar otras posiciones, lo que determina la inexistencia de la indefensión alegada y la necesidad de desestimar el recurso. Manifiesta que la alegación de indefensión que se realiza en el recurso resulta puramente formularia y con la intención de encajar los argumentos expuestos en el marco legal del recurso, habida cuenta que menciona los artículos 9 y 14 de la Constitución, no el artículo 24.1 y el derecho a la seguridad jurídica y a la igualdad, no el derecho a la defensa, con inexistente vulneración de tales garantías.

   Expone el Ministerio Público que no ha existido tal indefensión, que el recurso equipara erróneamente en su argumentación a los delegados instructores con los Consejeros titulares de los Departamentos de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas y a los propios Departamentos entre sí, al afirmar, que todos ellos forman parte de la Sección de Enjuiciamiento. Además, la vinculación de los órganos jurisdiccionales a sus precedentes y la razón de motivar suficientemente los cambios de criterio, afectan a cada órgano jurisdiccional, de modo que lo decidido por el Departamento Tercero, en un procedimiento, resulta ajeno a lo que resulte de la investigación de un delegado instructor en unas actuaciones previas, pues ni él es un órgano jurisdiccional, ni esas actuaciones tienen tal naturaleza. Y, menos aún vincula lo decidido por un determinado Departamento de Enjuiciamiento a lo que pueda decidir en el futuro el Departamento que será competente para conocer de un eventual procedimiento de reintegro por alcance, al tratarse de órganos jurisdiccionales diferentes.

   Sostiene, asimismo, que no es cierto que el Acta de Liquidación Provisional haya omitido toda mención a la trascendencia del Auto del Departamento Tercero, y aunque lo fuera sería irrelevante, dado que dicha alegación no fue la única realizada por el Ayuntamiento de Venturada en el escrito de 31 de agosto de 2022. Los argumentos esgrimidos hacían referencia a estar basada la actividad en la costumbre, careciendo de acuerdo u otro soporte, haber sido realizada la entrega durante muchos años, constituir una condición más beneficiosa para los empleados públicos y un reconocimiento a la labor de determinadas personas, ofreciendo el Ayuntamiento la información sobre la resolución jurisdiccional como un simple dato, sin que se argumentase de ningún modo acerca de la posible procedencia de seguir ese criterio en este caso. Estos argumentos están recogidos en la página 5 de la liquidación provisional, y se les da respuesta, desfavorable, con cita de jurisprudencia aplicable, hasta el final de la consideración cuarta de la liquidación.

Considera, asimismo, que el escrito fue aportado por el Alcalde en el acto de la liquidación y la Delegada Instructora lo adjuntó al final de la misma, y contestó a las alegaciones realizadas, ratificándose en sus previas consideraciones, al carecer los hechos de amparo normativo, más allá de la mera costumbre. Por tanto, en contra de lo afirmado en el recurso, entre los argumentos que fueron expuestos durante la tramitación de las actuaciones previas para sostener la inexistencia de alcance, argumentos que el recurso olvida mencionar, no se encontraba el previo pronunciamiento del Departamento Tercero, que solo se citaba como un dato de posible interés, y fueron analizados y respondidos por la Instructora, todo lo cual excluye la existencia de indefensión.

En último término, considera que la cita que el recurrente hace de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 49/1982, de 14 de julio, resulta irrelevante por no considerar un posible caso de vulneración del derecho a la defensa, sino un recurso de amparo en relación con el derecho de igualdad, amparo que, además, fue denegado por la justicia constitucional.

2) Respecto al segundo motivo de recurso, también considera que sus argumentos no pueden ser acogidos.

En primer lugar, afirma que el recurso no alega la existencia de indefensión, sino la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por existencia de incongruencia interna en la liquidación, aunque realmente lo que afirma es la existencia de una motivación incongruente. Considera que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene naturaleza compleja, al integrar diferentes facultades o derechos de las personas en su actividad ante los órganos jurisdiccionales, y que trasladada la eficacia de esos derechos a las actuaciones previas, cuya naturaleza no es jurisdiccional, ni sancionadora, no cabe reducir su contenido total a la inexistencia de indefensión.

Manifiesta que el derecho a la tutela judicial efectiva integra el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución de fondo motivada, el derecho a los recursos, el derecho a la ejecución y la prohibición de la indefensión. Y es en relación con el derecho a obtener una resolución motivada donde incide la existencia de incongruencia, cuya alegación resulta ajena al concepto de indefensión interpretado por la Sala y descrito en el Auto 21/2022, lo que impone la necesaria desestimación de este motivo.

En segundo lugar, considera que el recurso, de manera parcial a sus propios intereses, solo menciona parte de las resoluciones jurisdiccionales que la liquidación provisional invocó en este apartado, y guarda silencio sobre otras resoluciones en las que se apoya la Liquidación Provisional, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 y de 21 de abril de 2016 y,

también, la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 18/1997, de 2 de noviembre, siendo a partir de esta última cuando la liquidación afirma que "*…Por lo tanto, tiene que existir un Acuerdo o Pacto Interno que se incorpore a las relaciones contractuales de los empleados y que entre a formar parte del Convenio Colectivo…"*. Por tanto, incluso entrando a examinar este recurso, a pesar de no ser uno de los motivos que autorizan su interposición, el argumento expuesto en su segunda alegación, resulta igualmente procedente su desestimación.

En consecuencia, interesa de la Sala de Justicia la desestimación del recurso formulado y la confirmación de las resoluciones recurridas.

QUINTO.- La Letrada del Ayuntamiento de Venturada en su escrito de alegaciones manifestó que sin entrar a valorar si se le ha causado o no indefensión al recurrente por parte de las resoluciones recurridas, sí ha corroborado los hechos expuestos por el Alcalde de Venturada, Sr. A.R., en su escrito, relativos a la existencia de diligencias que posteriormente fueron archivadas y a la práctica de entrega de cestas de navidad durante 26 años, y ordenación del gasto por los distintos alcaldes de los distintos equipos de gobierno que ha tenido lugar en el Ayuntamiento de Venturada, y que no ha sido contemplado ni prohibido de forma expresa o implícita en disposición legal, acuerdo, pacto o convenio alguno.

SEXTO.- Expuestas las posturas de las partes intervinientes en el presente recurso, cabe comenzar diciendo que, de acuerdo con la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia (por todos, el Auto 14/2019, de 17 de diciembre, el Auto nº 4/2020, de 18 de febrero, el Auto 5/2021, de 26 de febrero y los Autos números 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021), el recurso innominado, previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, constituye en el Orden procesal Contable un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer un mecanismo de revisión a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, que sólo puede prosperar si concurren los motivos taxativamente establecidos en dicho precepto: 1) que la resolución recurrida no acceda a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren; o 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

Por ello, por vía de este recurso no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del, o de los, presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, como ha quedado

establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia, entre otros muchos, en el Auto nº 3/2016, de 8 de marzo.

SÉPTIMO.- La indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido en doctrina consolidada, pudiendo citarse el Auto 17/2021, de 23 de junio, los Autos números 24 y 27, ambos de 22 de julio de 2021, y el Auto 30/2021, de 27 de noviembre.

Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 258/2007, de 18 de diciembre, se manifiesta que «…*el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento» (F. 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que «una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella» (F. 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que «una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie» (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10, o 130/2002, de 3 de junio, F. 4)*...».

De este modo, según tiene establecido esta Sala de Justicia, la indefensión, con base en la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas:

a) 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 3º).

b) 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 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la

defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º).

c) Finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

Sobre este particular es de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el Delegado Instructor resulta inexcusablemente obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citándolos a estos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, al levantamiento del Acta de Liquidación Provisional, en la que mencionará los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y, asimismo, de forma ineludible, a adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo que se produce.

En consecuencia, las Actuaciones Previas no constituyen un procedimiento contradictorio, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable, ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos, o sobre su calificación jurídica, que en dichas actuaciones se examinan, quedando excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia. Es en ese momento -y sólo entonces-, cuando la defensa plena de sus derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que, necesariamente, sucede a las actuaciones previas.

Y en relación a la obligación legalmente exigible al Delegado Instructor de las actuaciones previas para adoptar los debidos aseguramientos del eventual menoscabo económico detectado en la fase investigadora, una vez dictada la Liquidación Provisional, la Sala de Justicia de este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, por todos, en los Autos nº 2/2015, de 3 de febrero, nº 17/2017, de 6 de noviembre, nº 21/2018, de 20 de julio y, más recientemente, en el Auto nº 5/2021, de 26 de febrero, en el sentido de que las medidas adoptadas por los Delegados Instructores en las Actuaciones Previas, constituyen medidas de tipo cautelar, cuya aplicación viene determinada en el artículo 47.1, letra f) de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, precepto que habilita legalmente a dicho órgano instructor para el aseguramiento, en esa fase previa, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

OCTAVO.- Teniendo presentes las anteriores premisas jurídicas, y siguiendo las pautas doctrinales establecidas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala de Justicia, se deben analizar los motivos del recurso planteado.

En el primero de los motivos plantea el recurrente la vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, consagrados en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española, que llevaría aparejada la vulneración, asimismo, del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión a la parte, recogido en el artículo 24.1de la misma.

Considera el recurrente que la Delegada Instructora ha incurrido en incongruencia omisiva en el Acta de Liquidación impugnada, que le causa indefensión, toda vez que en ella no se ha recogido ni analizado el argumento, expuesto tanto durante la tramitación de las actuaciones previas como en el propio acto de la liquidación provisional, según el cual, el Auto de nombramiento de Delegado Instructor de fecha 7 de julio de 2021, al que posteriormente siguió el Auto de no incoación de procedimiento contable de fecha 26 de julio de 2022, dictados por el Departamento Tercero de Enjuiciamiento de este Tribunal, en procedimiento diferente, consideraron que el mismo comportamiento, realizado en el ejercicio 2019, resultaba intrascendente a efectos de responsabilidad contable, al no haber sido cuestionada la efectiva realización de las prestaciones contratadas. Afirma, por tanto que, pese a tratarse de Departamentos distintos, es la misma Sección del Tribunal, por lo que, para atender al derecho a la igualdad en la interpretación de la ley, artículo 14 de la Constitución, y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, según reclama el artículo 24.1 de la citada norma, se ha de mantener la misma interpretación de la norma, salvo que exista suficiente motivación del cambio interpretativo, y la falta de explicación del cambio de criterio, al ser consideradas dos conductas idénticas, vulnera los principios constitucionales que invoca.

Respecto a la falta de motivación en fase de actuaciones previas a la vía jurisdiccional contable la Sala de Justicia de este Tribunal, en doctrina consolidada con base en la doctrina del Tribunal Supremo, por todos Auto nº 21/2022, de 21 de septiembre, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre de 2012, rec. 4988/2010, al remitirse a la de 26 de junio de 2012, rec. 4998/2010, ha venido manteniendo que la exigencia de motivación en las resoluciones administrativas es ineludible pero dicha exigencia «*no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas considerándose suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la "ratio decidendi" determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico administrativo aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o*

incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales» (STS de 14 de octubre de 2008, rec. 679/2006, que reproduce las fundamentaciones de la de 31 de octubre de 1995). Doctrina que también recogen los Autos de esta Sala de Justicia nº 18/2021, de 23 de junio (Fundamento Jurídico Octavo) y nº 2/2020, de 18 de febrero (así como en las resoluciones que en él se citan -Fundamento Jurídico Séptimo-).

Para dar adecuada respuesta al motivo planteado es preciso analizar el Acta de Liquidación recurrida y si la Instructora de las actuaciones analizó y dio debida respuesta a las alegaciones planteadas por el recurrente.

El examen de las actuaciones revela las siguientes consideraciones:

a) El Acta de Liquidación Provisional expone y analiza claramente la presunta irregularidad, referida a la entrega a los empleados públicos y trabajadores del Ayuntamiento de Venturada de determinados "Lotes de Empresa", cestas de Navidad y otros conceptos similares.

b) La Delegada Instructora ha recogido en el Acta de Liquidación recurrida los documentos aportados por el Ayuntamiento de Venturada (de fecha 30 de marzo de 2021), así como el informe del Alcalde de dicha localidad -hoy recurrente- (de fecha 31 de agosto de 2022), que han sido tenidos en cuenta para su investigación de los hechos (Consideración Tercera).

c) En la Consideración Tercera del Acta de Liquidación Provisional, con base en pronunciamientos recaídos en Sentencias del Tribunal Supremo, así como de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, la Instructora ha analizado los hechos y ha considerado que, a su juicio, se ha producido una salida injustificada de fondos en los hechos objeto de las presentes actuaciones, constitutivo de alcance, al no existir amparo normativo que justifique la entrega de lotes de empresa o cestas de navidad a los empleados, y, no adecuarse la aplicación de conceptos retributivos propios del Derecho Laboral al ámbito de los funcionarios públicos.

d) En el acto de la liquidación, una vez leída y conocida por las partes intervinientes su contenido, concedió la palabra a las partes intervinientes, para que alegaran lo que estimaran conveniente. El Sr. A.R. aportó un escrito de alegaciones que se incorporó al Acta (folio 9 vuelta), en el que se ratificó en el carácter de gasto protocolario, en cuanto a la entrega de lotes de Navidad, y en su realización anual e hizo referencia al pronunciamiento recaído en otro Departamento de Enjuiciamiento de este Tribunal, que archivó una denuncia respecto a hechos que consideró idénticos.

e) A la vista de dicho escrito, la Delegada Instructora se ratificó en sus consideraciones y conclusiones jurídicas, añadiendo que no existe ningún amparo

normativo que justifique la entrega de los lotes de Navidad más que la mera costumbre. La representante legal del Ayuntamiento ratificó las alegaciones del Alcalde, y el Ministerio Fiscal, manifestó que en el anterior procedimiento propuso el nombramiento de Delegado Instructor, añadió que el criterio de un órgano jurisdiccional puede ser distinto a otro y mencionó un reciente pronunciamiento de esta Sala de Justicia, la Sentencia 1/2022, que establece que las Administraciones Públicas no pueden realizar actos de liberalidad, y que rebatiría la alegación del hoy recurrente.

Consta por tanto acreditado en el Acta de Liquidación Provisional que la Delegada Instructora ha tenido en cuenta todas y cada una de las alegaciones y escritos que han sido aportados por el recurrente y ha valorado los hechos concurrentes y motivado las razones que le han llevado a considerar, en esta fase previa y provisional, que a su juicio se ha producido una salida de fondos no justificada, al no estar amparada la entrega de cestas y lotes de navidad en ningún precepto legal ni con cobertura contractual, que ha dado lugar a la existencia de un perjuicio a los fondos públicos, tal y como consta en las Consideraciones Tercera y Cuarta del Acta.

Se cumplen, de esta manera, los requisitos de correcta motivación que exige, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la del Tribunal Supremo y el criterio doctrinal de esta Sala de Justicia, por cuanto la desestimación del motivo se encuentra apoyado en las razones expuestas por la Delegada Instructora, que permiten conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la *"ratio decidendi"* determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como, a los efectos que aquí interesan, jurisdiccionales.

La indefensión que alega el recurrente se realiza con la intención de encajar sus argumentos en el marco legal del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, al manifestar que se han vulnerado los principios de igualdad y seguridad jurídica, artículos 9 y 14 de la Constitución, por no haber tenido en cuenta la Delegada Instructora la resolución dictada por el Departamento Tercero de Enjuiciamiento sin razonar debidamente la interpretación realizada, diferente a la mantenida por el órgano de instancia en relación con un gasto idéntico y de la misma entidad local.

Respecto a dicha cuestión, es preciso señalar que, el recurso del artículo 48.1 LFTCu solo puede basarse en dos motivos tasados, que son la denegación de actuaciones y la indefensión, respecto a este último motivo que es el alegado por el recurrente, ha quedado expuesto que en ningún momento se le ha vulnerado su capacidad de alegar y aportar lo que a su derecho conviniere en esta fase de actuaciones previas, ni se le

ha causado un perjuicio real y efectivo en sus intereses. La Delegada Instructora, como ha quedado expuesto anteriormente, ha analizado y valorado todos los escritos y alegaciones realizadas, por lo que, no se ha causado al recurrente la indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario conforme ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido en doctrina consolidada. Por ello, y conforme al criterio doctrinal que esta Sala de Justicia viene manteniendo, respecto a la indefensión material por omisión de valoración y respuesta a las alegaciones del recurrente, el primer motivo de recurso no puede ser estimado.

Lo que trata el recurrente alegando vulneración de los principios constitucionales es introducir un debate relativo a una excepción procesal de quebrantamiento de cosa juzgada formal, intentando que esta Sala de Justicia se pronuncie sobre el alcance, extensión y límites del valor del precedente en la formación del criterio del Juzgador, y ello no entra dentro de los límites y requisitos del objeto de este recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, habida cuenta que este recurso no se articuló por el Legislador para posibilitar el contravenir las conclusiones o valoraciones provisionales del Delegado Instructor recogidas en el Acta de Liquidación Provisional, cuando las mismas no coinciden con los intereses de la parte recurrente, y cuando se refieren a cuestiones que son propias del órgano jurisdiccional, por afectar a cuestiones del fondo del asunto que en su caso se plantee en la fase de Instancia.

La pretensión planteada por el recurrente de que se han vulnerado los principios de igualdad y seguridad jurídica no puede ser acogida, en primer lugar porque las actuaciones previas del artículo 47 de la LFTCu, constituyen una fase de investigación previa y son el soporte de la fase jurisdiccional posterior, al que no cabe atribuir el carácter jurisdiccional propio de la misma, además, entre las competencias que el citado artículo 47 otorga a los Delegados Instructores está la de practicar las actuaciones oportunas para la investigación de los hechos, pero no está incluida la facultad de revisar los pronunciamientos dictados por los órganos de instancia que ostentan el poder jurisdiccional del que el instructor carece, de ahí que el pronunciamiento del Delegado Instructor sea previo y provisional y no vincule a los legitimados activos. La Sala de Justicia ha reconocido en doctrina consolidada, por todos, Auto nº 19/2021, de 23 de junio, que "…*Las conclusiones vertidas por el Delegado Instructor en la Liquidación Provisional no vinculan ni a las posibles partes procesales futuras –que podrán en la primera instancia plantear alegaciones y proponer pruebas con toda la amplitud que permite la legislación procesal civil- ni al órgano de la Jurisdicción Contable competente para decidir sobre las pretensiones de responsabilidad contable por alcance que, en su caso, se enjuicien (Auto de esta Sala, por todos, de 10 de abril de 2003)*…".

Por tanto, no puede compartir esta Sala las alegaciones realizadas por el recurrente de que se hayan vulnerado los principios de seguridad jurídica y de igualdad cuando la Delegada Instructora, como ha quedado expuesto, una vez realizada la valoración de los hechos ha concluido en la existencia de un presunto alcance, porque los hechos carecen de amparo normativo, no siendo infundada ni fruto de un error patente su resolución. Ello, sin perjuicio de que en el futuro proceso contable que, en su caso se incoe, el órgano de instancia competente realice las valoraciones que considere oportunas.

A mayor abundamiento, la Sala de Justicia ha mantenido, por todos en el Auto nº 31/2012, de 7 de noviembre, que "…*Las investigaciones de las actuaciones previas se llevan a cabo de oficio por iniciativa del Delegado Instructor, sin que tenga sentido plantear, ni respecto de estas actuaciones, ni respecto de la liquidación provisional con que culminan, cuestiones de congruencia, que exigirían una previa vinculación de la actividad del instructor a la iniciativa de las partes o interesados, vinculación que, como se ha dicho, es inexistente. Dicho en otros términos, si la actividad del delegado instructor no está condicionada ni limitada en modo alguno por la iniciativa de otros sujetos no puede surgir ninguna cuestión sobre congruencia, entendida ésta como exigencia de que lo resuelto dé respuesta a lo pedido*…"

En segundo lugar, el/la Delegado/a Instructor/a no puede entrar a conocer de cuestiones que afectan al fondo del asunto por ser competencia del órgano jurisdiccional. Constituye un criterio reiterado por esta Sala de Justicia, que la labor instructora no puede ni debe extenderse hasta el punto de invadir esferas que son propias del enjuiciamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales contables que dirimen pretensiones ante este Orden jurisdiccional (v. Autos de esta Sala de Justicia núms. 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre).

Pues bien, la decisión contenida en el Acta de Liquidación Provisional y en la Providencia de requerimiento subsiguiente, se encuentra motivada desde el punto de vista jurisprudencial según ha quedado expuesto, y no se considera desproporcionada atendiendo a las facultades conferidas a los delegados instructores por el artículo 47 de la LFTCu. Las conclusiones del citado Acta han apreciado que ante la inexistencia de norma o convenio que ampare las entregas de los lotes y cestas de navidad se ha producido, a juicio de la Instructora, un perjuicio a los fondos públicos, debidamente cuantificado, que ha permitido declarar la presunta responsabilidad contable, sin que exista margen para admitir, que concurra una aplicación arbitraria de la legalidad, ni mucho menos que tal Liquidación resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni incurra en un error patente, pues, atendiendo a las características del caso, a la documentación aportada, a los alegatos de las partes, y a la normativa aplicable, todo fue tenido en consideración, a la hora

de practicar la citada Acta. Cuestión distinta es que el recurrente no coincida con la resolución dada por la instructora, como se desprende del escrito de su recurso, y que como se ha señalado, ello no entra dentro de los límites y requisitos del objeto de este recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, habida cuenta que el citado mecanismo de impugnación no se articuló por el Legislador para posibilitar el contravenir las conclusiones o valoraciones provisionales del Delegado Instructor recogidas en el Acta de Liquidación Provisional, cuando las mismas no coinciden con los intereses de la parte recurrente.

De todo lo anterior se desprende que, no habiéndose privado al recurrente de sus posibilidades de defensa, ni habiéndosele producido perjuicio real y efectivo alguno, y siendo las actuaciones practicadas por la Delegada Instructora conformes a lo que establece el artículo 47 de la LFTCu, no procede apreciar la existencia de indefensión alguna, con lo que debe desestimarse la primera causa del recurso interpuesto.

NOVENO.- En el segundo motivo del recurso la parte recurrente afirma que la conclusión plasmada en la liquidación provisional, según la cual, la inexistencia de un acuerdo o pacto que amparase los hechos investigados determinó la falta de justificación de los gastos realizados, resulta incongruente con las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014, 3 de febrero de 2016 y 12 de septiembre de 2019, que la propia liquidación cita como soporte de su criterio. Tras exponer la interpretación que el recurso considera procedente en relación con la última de las resoluciones mencionadas, y también con la de igual clase 511/2020, de 24 de junio, afirma que la falta de adecuación de la fundamentación jurídica y de la conclusión implica una incongruencia interna de la liquidación provisional que infringe el artículo 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, para que la incongruencia adquiera relevancia constitucional, pudiendo constituir una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales las partes no pudieron ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (Sentencias del Tribunal Constitucional 250/2004, de 20 de diciembre y 262/2005, de 24 de octubre).De este modo, aparece la congruencia como un requisito interno de armonía de la resolución y de respeto a los principios de aportación de parte y de contradicción que rigen el proceso civil.

El derecho a la tutela judicial contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución comprende, conforme a nuestro Tribunal Constitucional, una serie de derechos fundamentales a disposición de los ciudadanos en cuanto se relacionan con los órganos judiciales y, en lo que aquí concierne, viene referido al derecho de las partes a ser tuteladas por los Jueces y Tribunales quienes, al hacerlo, habrán de enjuiciar las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas susceptibles de generar una indefensión en cualquiera de sus modalidades evitando, por falta de la adecuada revisión judicial, su consagración (STC 178/1998, de 14 de septiembre, recurso 2865/1996). En última instancia, no puede olvidarse que es privativo de Jueces y Tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por mor del artículo 117 de la Constitución con el que se relaciona el 136 del mismo texto que establece la Jurisdicción de esta Sala del Tribunal de Cuentas a la que, en el caso concreto, compete comprobar si la resolución del Delegado Instructor controvertida está justificada y tiene cobertura legal y que, aun existiendo ésta, la aplicación final no es ni infundada ni fruto de un error patente. Este criterio se ha sostenido por esta Sala en los recientes Autos nº 21/22 de 21 de septiembre, nº 6/2022, de 8 de abril y nº 11/2022, de 13 de mayo.

La Delegada Instructora ha justificado las razones por las que a su juicio se dan los requisitos para considerar que se ha producido un perjuicio a los fondos públicos, al considerar que la entrega de lotes y cestas de navidad no tienen ningún amparo normativo que justifique la entrega salvo la costumbre y para ello enuncia varios pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal Supremo como de la Sala de Justicia de este Tribunal.

El recurrente considera que al no corresponderse la conclusión a la que llega en el acta de liquidación con la doctrina jurídica que expresamente se recoge en las citadas resoluciones y en la que dice que basa la misma, ha incurrido en incongruencia interna de la Liquidación Provisional recurrida, sancionable, al suponer la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, pero, nada dice en relación a las otras resoluciones en las que se apoya la liquidación provisional, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 y de 21 de abril de 2016 y, también, la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 18/97, de 2 de noviembre, siendo a partir de esta última cuando se afirma que “Por lo tanto, tiene que existir un Acuerdo o Pacto Interno que se incorpore a las relaciones a las relaciones contractuales de los empleados y que entre a formar parte del Convenio Colectivo.”(página 6-7 del Acta de Liquidación Provisional).

La conclusión de la Delegada Instructora está justificada y no es ni infundada ni fruto de un error patente, por lo que en modo alguno existe una incongruencia interna del Acta de Liquidación que genere indefensión con relevancia constitucional, en los términos que exige la doctrina del Tribunal Constitucional, en los términos que han sido descritos.

No cabe que esta Sala de Justicia conozca y decida, a través de esta vía de impugnación, sobre la discrepancia jurídica en materia de interpretación del Derecho, ya sea este material o interpretado por la jurisprudencia, entre la Delegada Instructora y el recurrente, sino que debe ceñir su actuación a la valoración de si dicha discrepancia encierra un menoscabo para los legítimos derechos de defensa del impugnante.

En el presente caso, como se expuesto anteriormente, los escritos del recurrente y sus pretensiones, han sido objeto de respuesta razonada en Derecho por parte de la Delegada Instructora, una vez que ha realizado una valoración de los hechos, no resultando generadora de indefensión la mera discrepancia sobre el criterio jurídico y de la jurisprudencia que entendió aplicable la Instructora por las que apreció, de manera indiciaria, la existencia del alcance a los fondos públicos municipales, del que presuntamente resultaría responsable el recurrente Don D.A.R. Todo ello, sin perjuicio -como también se expresa en el texto del Acta de Liquidación Provisional- de lo que en la fase jurisdiccional posterior pueda declarar la Consejera de instancia a quien por turno de reparto corresponde el conocimiento de los hechos objeto de las Actuaciones Previas 1050/2022.

Por todo lo expuesto, esta Sala de Justicia ha de desestimar la segunda causa que fundamenta el recurso interpuesto.

DÉCIMO.- Por lo que respecta a la impugnación de la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento realizada por el recurrente Sr. A.R., resulta obligado concluir que no cabe retrasar o evitar la práctica de dicho requerimiento de pago al mencionado presunto responsable en el ámbito de esta jurisdicción contable, pues su carácter es preceptivo para el Delegado Instructor. Lo establece el artículo 47.1.f) de la LFTCu, conforme al cual, hecho el nombramiento de Delegado Instructor en los términos establecidos en la Ley Orgánica 2/1982, procederá éste a la práctica de las siguientes actuaciones: (…) f)) Requerimiento de los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance, más el cálculo, también provisional, de los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo. En consecuencia, la actuación de la Delegada Instructora en estas actuaciones ha sido conforme con el deber de investigación establecido en el artículo 47.1. c) de la LFTCu y sus conclusiones se han plasmado, de forma razonada en el Acta de Liquidación Provisional. Se ha dictado la Providencia de requerimiento correspondiente y el recurrente ha podido ejercer su derecho de defensa, en los términos propios de esta fase previa y preparatoria del procedimiento.

Por lo que resulta procedente desestimar el recurso, también en cuanto a este punto.

UNDÉCIMO.- Dada la índole de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho precedentes, esta Sala de Justicia debe proceder a la desestimación íntegra del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, interpuesto por la representación Letrada de Don D.A.R. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 20 de octubre de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1050/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Venturada), MADRID.

DUODÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a ninguna de las partes intervinientes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA.

La Sala acuerda: DESESTIMAR el recurso promovido, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por el Letrado Don Matías Becerro Domínguez, actuando en nombre y representación de Don D.A.R. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de fecha 20 de octubre de 2022, dictadas por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1050/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Venturada), MADRID. Sin costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 4/2023, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 38/22. Procedimiento de Reintegro nº 215/17. Ramo: Sector Público Autonómico (Generalitat de Cataluña), Cataluña. Ponente: Excmo. Sr. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La cuestión a resolver se centra en determinar la naturaleza que haya de atribuirse a la consignación en su día efectuada y los efectos derivados de tal naturaleza y, en lo que ahora importa, en relación con el cómputo de intereses. Concretamente, se trata de determinar si nos encontramos ante una consignación cautelar, tendente a garantizar la efectividad de la resolución que en su día habría de dictarse, o ante una consignación en pago de los artículos 1176 y siguientes del Código Civil. Mientras que la segunda es un medio extintivo de la obligación con eficacia liberatoria, la primera no comporta ofrecimiento de pago alguno, tan sólo aseguramiento.

La Sala manifiesta que es la sentencia la que determina el importe en que se cifran los daños y perjuicios en los bienes, caudales o efectos públicos (conforme al art. 71.4 a, LFTCu) y que, para la restitución íntegra, incorpora los intereses devengados durante el tiempo de privación del saldo adeudado, de acuerdo con el art. 71.4.ª, e) LFTCu, esto es, desde el día en que se entiende producido el alcance hasta el momento de su restitución, pues hasta esa entrega final a la Administración perjudicada y acreedora, esta no ha podido disponer de tales cantidades, abonándose los intereses para paliar el perjuicio que sufre el perjudicado por el retraso en la restitución.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 4/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 38/22 interpuesto contra el Auto de 28 de julio de 2022, dictado en primera instancia por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, por el que se desestimaron las impugnaciones de la liquidación de intereses practicada, mediante diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2021, en el procedimiento de reintegro por alcance nº B 215/2017, Sector Público Autonómico (Generalitat de Cataluña),

PONENTE: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra.- Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra.- Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

En grado de apelación se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-215/2017, Sector Público Autonómico (Generalitat de Cataluña), en el recurso presentado contra el auto de 28 de julio de 2022, dictado en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, por el que se desestimaron las impugnaciones de la liquidación de intereses practicada mediante diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2021.

Ha sido apelante Don F.H.M., representado por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro. Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

Ha actuado como ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala de Justicia de conformidad con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance nº B-215/17 se dictó auto de 28 de julio de 2022, por el que se desestimaron las impugnaciones a la liquidación de intereses practicada mediante diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2021.

SEGUNDO.- Don F.H.M. interpuso recurso de apelación contra el referido auto, en virtud de escrito de 20 de septiembre de 2022.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 6 de octubre de 2022, el Letrado Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento acordó tener por interpuesto el recurso y dar traslado a las demás partes a fin de que formalizaran su oposición.

CUARTO.- El Fiscal presentó escrito de fecha 13 de octubre de 2022 interesando la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Mediante diligencia de 2 de diciembre de 2022, el Letrado Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dio traslado del escrito del Ministerio Fiscal y elevó los autos a la Sala de Justicia, emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma. Mediante escritos de fechas 2 de diciembre del Ministerio Fiscal, y de 19 de diciembre de 2022, del Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Don F.H.M., comparecieron y se personaron ante la Sala.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaría de esta Sala de 19 de diciembre de 2022, se acordó pasar los autos a la Consejera ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución, acuerdo que se hizo efectivo el 9 de enero de 2023.

SÉPTIMO.- Por Providencia de fecha 10 de febrero de 2023, no siendo posible celebrar la votación y fallo del recurso al margen referenciado el día 13 de febrero de 2023, se acordó señalar el día 27 de febrero de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado acto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 8 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

2.- Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, el recurso se formula contra el auto de fecha 28 de julio de 2022 confirmatorio de la liquidación de intereses practicada por diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2021. Sostenía entonces el recurrente que el devengo de intereses se debería haber paralizado desde el mismo momento en que se consignaron las cantidades en la cuenta de depósitos y consignaciones del Tribunal de Cuentas, y no en el momento posterior que recogía la liquidación inicialmente impugnada (cuando los demandados solicitaron, el 30 de julio de 2020, que las cantidades que se encontraban depositadas en la cuenta de consignaciones se ingresaran en las arcas de la Generalitat de Catalunya).

3.- El auto ahora recurrido ha rechazado el anterior planteamiento. A tal efecto, y tras llevar a cabo un pormenorizado análisis de la doctrina de esta Sala de Justicia plasmada en diferentes resoluciones, así como de la normativa aplicable, ha concluido que la extinción de la obligación del pago de los intereses sólo puede producirse si el principal se ha entregado o puesto a disposición de la Entidad Pública perjudicada, circunstancia que solo concurre en el supuesto a partir del 30 de julio de 2020, cuando se presentó un escrito conjunto por los interesados solicitando expresamente que se ingresaran en las arcas de la Generalitat de Catalunya las cantidades consignadas.

4.- En sede de apelación, la representación de Don F.H.M. solicita la revocación del auto impugnado reiterando su planteamiento que, esencialmente, se sustenta en considerar que la consignación, frente al criterio aplicado en la liquidación y en el auto que la confirma, tiene efectos liberatorios de los intereses.

5.- En el recurso se argumenta que se le debería haber informado previamente de la interpretación contraria aplicada en la liquidación, porque tal interpretación supone una penalización del derecho a recurrir y, además, vulnera la jurisprudencia civil y penal. Concretamente cita la STS, Sala 1ª, 3/2018 de 10 de enero, FJ 3.º, a partir de la cual considera que el reconocimiento de la consignación por la Delegada Instructora se debería equiparar a la aceptación de la consignación por el acreedor; la STS 926/2021, de 25 de noviembre, Sala 2.ª, con base en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, art. 99.2); y la STS Sala 1.ª 336/2011, de 19 de mayo, con base en el art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

6.- Igualmente, sostiene que la voluntad de pago que se requiere por la jurisprudencia citada, se debería haber inferido del escrito de la Sra. R. de fecha 31 de julio de 2019 en el que se aporta el justificante de la transferencia y que, en beneficio de todos los condenados, solicitaba que tuviese por consignado todo el principal y se requiriera a los demandantes para que presentaran la correspondiente propuesta de liquidación de intereses. Señala que, sin embargo, no consta por qué no

se requirió a las partes a pronunciarse sobre dicha petición de la que se desprendería la voluntad de pago.

SEGUNDO.- 7.- El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la resolución recurrida. Pone de manifiesto en su escrito que el presente supuesto difiere de las sentencias del Tribunal Supremo aducidas en la instancia, por cuanto en ellas la consignación se efectuó previo acatamiento de la sentencia dictada a la que se pretendía dar cumplimiento voluntario, mientras que en el presente no hay ese aquietamiento, pues se ha hecho uso de los diferentes recursos, incluido el de casación contra la sentencia dictada en apelación ante el Tribunal Supremo.

8.- Continúa el Ministerio Fiscal en su escrito poniendo de manifiesto la reiteración de los argumentos alegados en la instancia y que fueron desestimados por el auto recurrido y que, no obstante citarse nuevas sentencias, su doctrina no resulta de aplicación, habida cuenta de la regulación aplicable a la fase de actuaciones previas y la especialidad que supone, por un lado, la obligatoriedad de afianzamiento por parte de los demandados del importe provisional del alcance y los intereses correspondientes contemplada en el art. 47.1.f) de la LFTCu; y, por otro, el sobreseimiento en caso de reintegro del importe del alcance (art. 79.1.c) LFTCu) que, en el supuesto examinado, no ha tenido lugar.

9.- Finalmente aduce, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo 926/2021, de 25 de noviembre, de la Sala de lo Penal, que no resulta aplicable porque en el supuesto en ella contemplado, las cantidades consignadas en pago fueron puestas a disposición de la parte perjudicada, por lo que se reconoció el efecto liberatorio del devengo de intereses como consecuencia, precisamente, de esa puesta a disposición. Por el contrario, en el caso de autos, las cantidades consignadas no lo fueron en pago ni se pusieron a disposición de la parte perjudicada.

TERCERO.- 10.- De cuanto antecede, fácilmente se colige que la cuestión a resolver se centra en determinar la naturaleza que haya de atribuirse a la consignación en su día efectuada y los efectos derivados de tal naturaleza y, en lo que ahora importa, en relación con el cómputo de intereses. Concretamente, se trata de determinar si nos encontramos ante una consignación cautelar, tendente a garantizar la efectividad de la resolución que en su día habría de dictarse, o de una consignación en pago de los artículos 1176 y siguientes del Código Civil. Mientras que la segunda es un medio extintivo de la obligación con eficacia liberatoria, la primera no comporta ofrecimiento de pago alguno, tan sólo aseguramiento.

11.- Como resuelve el auto impugnado, en su FD 5.º, con base en la doctrina de esta Sala de Justicia, sentencia 6/2020, de 6 de julio, en la jurisdicción contable sólo el pago del principal extingue la obligación de abonar los intereses, de acuerdo con los

arts. 59.1 y 71.4 e), LFTCu, cuyo cálculo se realizará desde el día en que la obligación debió cumplirse hasta la completa satisfacción del derecho. En el presente caso, a juicio de esta Sala de Justicia y como confirmó el auto impugnado, ello ocurrió el 30 de julio de 2020, en que se presentó un escrito conjunto por el que se solicitaba el ingreso en las arcas de la Generalitat de Catalunya, de las cantidades consignadas en la cuenta del Tribunal. Hasta entonces sólo se había producido la consignación, de acuerdo con el art. 47.1 g) LFTCu.

12.- A tal efecto, el auto impugnado destaca cómo, tras el requerimiento de la delegada instructora para que las partes manifestaran el carácter del pago o de afianzamiento de la consignación, estas hicieron constar que no tenía carácter de reintegro sino de garantía (folios 477, 482, 545 y 583 de las Actuaciones Previas). Es más, posteriormente se opusieron en el procedimiento de reintegro por alcance e interpusieron los pertinentes recursos contra la sentencia en su día dictada, incluido el de casación. De todo ello se concluye que estamos ante una consignación en garantía o cautelar, ante una consignación aseguratoria, y no ante una consignación en pago. La primera, como se decide en el auto impugnado, no exonera del pago de los correspondientes intereses.

CUARTO.- 13.- En línea con lo anterior, es preciso recordar el criterio que sobre la cuestión planteada es aplicado de forma reiterada por esta Sala de Justicia, siendo muestra la sentencia 6/2020, de 6 de julio, FD 13.º, que cita el auto recurrido, así como otras muchas resoluciones de esta misma Sala, como el auto 7/2019, de 21 de junio, FD 7.º; la sentencia 17/2018 de 5 de diciembre, FD 19.º; la sentencia 7/2010, de 14 de marzo, FD 9.º; la sentencia 10/2010, de 24 de mayo, FD 7.º; o la sentencia 8/2004, de 3 de marzo. FD 6º.

14.- Especialmente relevante resulta el auto 10/2012, de 8 de mayo, de esta Sala de Justicia, que, ante alegación similar a la realizada por el recurrente, resuelve -FD 6.º- en el mismo sentido que el auto impugnado, en argumentación que por su interés reproducimos a continuación:

> «SEXTO.- La controversia se centra por tanto en dilucidar si la liquidación de los intereses ordinarios debe calcularse tomando como "dies ad quem" la fecha en la que la C.E.O.E. abonó las cantidades que le había requerido el Delegado Instructor en la fase de Actuaciones Previas, o la fecha en la que se dictó la Sentencia de primera instancia.
>
> Debe tenerse en cuenta, sobre este punto, como acertadamente indica la Abogacía del Estado, que obviamente no puede pretenderse a través de la presente apelación una revisión de lo resuelto en sentencia firme, sino únicamente una decisión sobre si la liquidación de intereses practicada y reclamada a la apelante ha sido jurídicamente correcta en ejecución de la Sentencia firme que resolvió el proceso.

Se trata, por tanto, de dilucidar si, a la vista de lo argumentado por la parte apelante, los intereses que se le requirieron tienen cobertura jurídica adecuada en lo argumentado en el fundamento de derecho sexto de la sentencia condenatoria firme y en lo resuelto por la misma en su parte dispositiva.

El examen de la cuestión exige empezar por aclarar dos postulados previos:

a) Lo que hizo la C.E.O.E. en fase de Actuaciones Previas, al entregar la suma del principal más los intereses que le había requerido el Delegado Instructor, no fue un reintegro del artículo 79.1, c) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (que hubiera dado lugar a un sobreseimiento del proceso en la instancia), sino un depósito del artículo 47.1,f) de esa misma Ley, practicado en garantía de una posible Sentencia futura adversa y orientado a evitar el embargo preventivo de bienes y derechos.

La conducta procesal de la C.E.O.E. es inequívoca en este sentido pues en ninguna fase del proceso solicitó el sobreseimiento o el archivo del mismo por reintegro del alcance, ni dio a entender allanamiento respecto a las pretensiones de la parte actora sino que, muy al contrario, mantuvo su resistencia a dichas pretensiones en los trámites alegatorios, probatorios e impugnatorios de los que dispuso en su condición de parte procesal.

Por lo tanto, lo que aquí se ha producido no es, como sostiene el apelante en un apartado de su recurso, que la parte actora haya recibido en propiedad unos fondos bajo la condición de tenerlos que devolver en caso de Sentencia absolutoria, sino que el demandado ha constituido a través de dichos fondos un depósito en garantía el cumplimiento de las eventuales obligaciones pecuniarias que podría verse vinculado a satisfacer en caso de obtener una Sentencia futura adversa.

b) En el presente caso, el proceso ha concluido, una vez tramitadas todas sus fases e instancias, con una decisión condenatoria, que obliga a la apelante a resarcir al Tesoro Público en una determinada cifra.

Esto supone que, del resultado del proceso se desprende que quien tenía derecho a incluir en su patrimonio los fondos objeto del depósito era la Administración del Estado, y no la entidad que los depositó, por lo que fue aquélla y no ésta quien -se podría decir desde este punto de vista- se vio privada de la disponibilidad sobre los mismos mientras estuvieron afectos a esa función de garantía, y quien tuvo que padecer por tanto cualquier perjuicio derivado de esa falta de disponibilidad.

Hechas las anteriores precisiones previas, se puede entrar a valorar el núcleo de la pretensión impugnatoria planteada por la representación procesal de la C.E.O.E., que se concreta en el criterio de que el devengo de intereses ordinarios por el principal del alcance dejó de producirse en la fecha en que se constituyó el

depósito requerido por el Delegado Instructor, sin que tales intereses siguieran devengándose durante el período que discurrió entre la constitución de dicha garantía y la emisión de la Sentencia de primera instancia.

La parte apelante apoya su criterio en la aplicación del artículo 1.110 del Código Civil, que establece que: "El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos."

Sin embargo, concurren dos circunstancias que excluyen los efectos liberatorios del artículo citado, en el presente caso:

- Como antes se argumentó, la Administración acreedora no recibió en la fase de Actuaciones Previas ni capital ni intereses de la deuda, ya que el deudor no transmitió en aquel momento la propiedad de los fondos, sino que los constituyó en garantía de eventuales obligaciones futuras derivadas de una posible Sentencia condenatoria.

- El depósito efectuado por el deudor no sólo incluía el principal de la deuda, sino también los intereses devengados hasta aquel momento, por lo que no se aprecia actuación alguna de la Administración que induzca a pensar en la renuncia a los intereses que se recoge en el artículo 1.110 del Código Civil y que alega la apelante.

No se dan por tanto los presupuestos fácticos ni jurídicos para que resulte aplicable al caso el alegado artículo 1.110 del Código Civil, de la misma manera que tampoco pueden traerse para su aplicación, como pretende la apelante, los efectos del principio "solve et repete", ajeno completamente a un ámbito jurídico como el de la responsabilidad contable, que tiene carácter civil y reparatorio, y que está siendo objeto de exigencia no por un órgano administrativo sino en el seno de una Jurisdicción, aspectos que se alejan del contexto jurídico propio del desarrollo de dicho principio.

El criterio que se acaba de exponer conecta con una uniforme doctrina de esta Sala de Justicia que, por ejemplo, en Sentencia 10/2010 ha sostenido que: 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 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 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 ese es el período de tiempo durante el cual estuvo privado de percibir los frutos de aquél. En definitiva, cuando el daño se materializa en la situación de haber sido el perjudicado privado de la disposición de una cantidad de dinero, la reparación de dicho daño se integrará de la entrega final (a la Administración perjudicada acreedora) del referido importe más los intereses devengados por ésta durante el período de la privación sufrida. En efecto, el hecho de que (la Administración acreedora) no haya podido disponer temporalmente de las cantidades señaladas ha impedido a la misma el ejercicio ordinario de las facultades dominicales de uso y disfrute sobre dicho dinerario, en detrimento de la satisfacción del destino legalmente previsto para las mismas».

QUINTO.- 15.- Asimismo, el cómputo del cálculo de intereses conforme a los arts. 47.1 g), 59.1, 71.4 e) en relación con el 79 LFTCu, ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 2004, rec. 1937/2002. Como el Tribunal Supremo indica, la indemnización del daño causado en los caudales públicos, en aras a obtener la total indemnidad de la entidad pública perjudicada, no solo alcanza al principal o importe del saldo deudor injustificado, sino también a los intereses, calculados desde el día que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios hasta el momento de la restitución -en aquel caso, antes de dictarse sentencia condenatoria, tras el reintegro o pago conforme al art. 79.1 c) LFTCu-, en los términos siguientes:

«SEXTO.- Y si bien el procedimiento contencioso jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, tanto en lo que se refiere al juicio de cuentas como al procedimiento de reintegro por alcance puede terminar mediante cualquiera de los modos clásicos de conclusión del proceso contencioso-administrativo (sentencia, allanamiento, desistimiento, caducidad) presenta la particularidad de recoger una forma ajena a la jurisdicción contencioso administrativa, aunque próxima a la penal, al menos en la denominación de la institución, como es el auto de sobreseimiento con antecedente en el art. 98 del Reglamento de Tribunal de Cuentas de la República de 16 de julio de 1935 y en la aplicación supletoria de la más que centenaria LECriminal. Figura regulada en el art. 79 LFTCu cuyos tres apartados del párrafo primero contemplan los tres supuestos en los que entra en juego el citado modo de conclusión del proceso contable.

Nos centraremos en aquel que hace desaparecer el objeto del proceso y en que, por economía procesal, se dicta un auto a la vista de que el presunto responsable contra

el que se ha dirigido el procedimiento de reintegro por alcance ha procedido al pago de lo reclamado antes de dictarse la sentencia condenatoria a que se refiere el punto cuarto del art. 71 LFTCu. Facultad de sobreseimiento atribuida al órgano de la jurisdicción contable una vez transcurrida la fase de alegaciones, y, en su caso, la probatoria cuando se dan las condiciones para su procedencia en los términos establecidos en la citada LFTCu, la cual puede acordarse tanto de oficio como a instancia de parte.

Así el art. 79.1.c) LFTCu prevé que procederá la citada terminación anormal del proceso contable cuando se logra la total indemnidad de la entidad pública inicialmente perjudicada, en los términos del art. 59 LFTCu, pues no otra cosa se colige de la regulación allí prevenida para que proceda el citado sobreseimiento: "cuando resultare de las actuaciones instructoras haber tenido lugar los hechos constitutivos del supuesto de responsabilidad contable de que se trate y hubiese sido ingresado el importe del alcance o indemnizados los daños y perjuicios ocasionados a los caudales y efectos públicos". Si se satisface el perjuicio derivado a la Hacienda pública tiene lugar el archivo de la causa de enjuiciamiento contable seguido al haberse obtenido esa peculiar forma de responsabilidad civil -tanto en la propia terminología de las sentencias del Tribunal de Cuentas como del Tribunal Constitucional, STC 215/2000, de 18 de setiembre- que constituye la responsabilidad contable al indemnizar el daño causado en los caudales públicos.

Pretensión contable que, en aras a obtener la citada indemnidad de la entidad pública perjudicada no solo alcanza al principal o importe del saldo deudor injustificado sino también a los intereses de demora hasta el momento de la restitución computados desde el día que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios cuya cuantía se fijará conforme al art. 36 LGP. Cuestión que no ofrece duda alguna en el ámbito que nos ocupa, reintegro de cantidades percibidas en concepto de subvención, a la vista de la tajante regulación establecida en los distintos apartados del epígrafe noveno del artículo 81 de la LGP para los supuestos de incumplimiento de la obligación de justificación o de las finalidades allí concernidas.»

SEXTO.- 16.- La enseñanza que se obtiene de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2004, rec. 1937/2002, y de la doctrina de esta Sala de Justicia, antes expuesta, es que el recurrente debe soportar las consecuencias derivadas de su propia decisión y actuación procesal, en la medida en que repercuta en la obligación de indemnizar la totalidad de daños y perjuicios sufridos por la Entidad perjudicada. Así se produce cuando el recurrente no acepta la liquidación provisional y se opone en el procedimiento de reintegro por alcance, en cuyo caso la consignación efectuada conforme al art. 47.1 g) LFTCu, no tiene efectos liberatorios del devengo de intereses, pues se practica ante la disconformidad con la liquidación

provisional, en garantía de los bienes, caudales y efectos públicos, ante una eventual sentencia futura adversa.

17.- Concurre así una notable diferencia con los otros supuestos citados en su defensa por el recurrente en el ámbito civil y penal, que no resultan de aplicación al procedimiento de reintegro por alcance para la determinación de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, máxime cuando, como hemos visto, la consignación no se verificó por expresa voluntad de los afectados como reintegro, el cual hubiera dado lugar al sobreseimiento conforme al art. 79.1 c) LFTCu.

18.- Por tanto, es la sentencia la que determina el importe en que se cifran los daños y perjuicios en los bienes, caudales o efectos públicos (conforme al art. 71.4 a, LFTCu), y que, para la restitución íntegra, incorpora los intereses devengados durante el tiempo de privación del saldo adeudado de acuerdo con el art. 71.4.ª, e) LFTCu, esto es, desde el día en que se entiende producido el alcance hasta el momento de su restitución, pues hasta esa entrega final o restitución a la Administración perjudicada y acreedora, esta no ha podido disponer de tales cantidades, abonándose los intereses para paliar el perjuicio que sufre el perjudicado por el retraso en la restitución.

19.- Finalmente, hemos de salir al paso de la alegación del recurso cuando, al invocar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3/2018, de 10 de enero, sostiene que el reconocimiento de la consignación por la delegada instructora debe ser equiparable a la aceptación por el acreedor. Tal interpretación no puede compartirse desde el mismo momento en que, como hemos advertido de forma reiterada, no existe un ofrecimiento de pago destinado a extinguir una obligación (art. 1176 y ss. CC) -la que se deriva del acta de liquidación provisional- sino tan solo, como se ha dicho, su aseguramiento y ello, precisamente, por propia decisión de la parte que ante la opción de restituir o afianzar optó por lo segundo, es decir, por la garantía o aseguramiento, impidiendo que el importe ingresara en las arcas del perjudicado, acto de restitución que, de haberse producido, habría paralizado el devengo de los intereses cuestionados.

OCTAVO.- 20.- De acuerdo con lo razonado, esta Sala de Justicia debe desestimar el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Don F.H.M., contra el auto de 28 de julio de 2022.

21.- En cuanto a las costas, procede su imposición al recurrente, de acuerdo con el art. 139.2 Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en relación con el art. 80.3 LFTCu y la Disp. Ad. Segunda.2 LOTCu.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Don F.H.M., contra el auto de 28 de julio de 2022, por el que se desestimaron las impugnaciones a la liquidación de intereses practicada mediante diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2021 en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-215/17, Sector Público Autonómico (Generalitat de Catalunya), quedando confirmada la resolución recurrida.

Con imposición de costas al apelante.

Notifíquese este auto a las partes, con la advertencia de que, contra el mismo, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con los artículos 86.4, 87 y 89, todos ellos, de la LJCA.

Así lo disponemos y firmamos.- Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 5/2023, de 23 de marzo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 37/22, Actuaciones Previas nº 1089/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Almacelles), Lleida. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala realiza un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme a doctrina reiterada, y con especial incidencia en el concepto de indefensión material, según establece la jurisprudencia constitucional.

Y así, desestima el motivo de recurso en el que se denunció que la instructora no había seguido los trámites de prueba oportunos para mantener una conclusión adecuada respecto a la presunta responsabilidad contable declarada, habida cuenta que el citado mecanismo de impugnación no se articuló por el Legislador para posibilitar el contravenir las conclusiones o valoraciones provisionales del Delegado Instructor recogidas en el Acta de Liquidación Provisional cuando las mismas no coinciden con los intereses de la parte recurrente. También desestima los motivos en los que se denuncia indefensión "*por error de derecho en la aplicación de la norma jurídica*", por cuanto la discrepancia de criterios entre los interesados y el órgano de instrucción no genera indefensión para los primeros, que podrán exponer en la primera instancia del procedimiento jurisdiccional que pueda seguirse los argumentos que estimen más adecuados para la defensa de sus derechos e intereses. Por último, desestima el motivo fundamentado en la vigencia del principio de presunción de inocencia.

En relación con el segundo de los recurrentes, la Sala pone de manifiesto que la prescripción alegada excede ampliamente del ámbito de este excepcional recurso, que deberá ser alegada en el momento procesal oportuno al igual que lo relativo a la doctrina sobre el enriquecimiento injusto.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 5/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 37/22, Actuaciones Previas nº 1089/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Almacelles), LLEIDA.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez. Consejera.
Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. Consejero.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

Vistos los recursos interpuestos al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, "LFTCu"), por Don R.M.C.P., actuando en su propio nombre y representación y por Don L.B.C., también en su propio nombre y representación, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 29 de noviembre de 2022, dictadas por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1089/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Almacelles), LLEIDA.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 29 de noviembre de 2022 la Delegada Instructora practicó, en las actuaciones de referencia, Liquidación Provisional, dictándose la correspondiente Acta, en la que, de forma previa y provisional, se declaró la existencia de un presunto alcance por importe de 242.177,25 euros (211.030 euros correspondientes al principal y 31.147,25 euros a los intereses, provisionalmente calculados), considerando como presuntos responsables contables directos y

solidarios a Don J.I.G., Alcalde Presidente en el momento de los hechos y a Don L.B.C., Interventor de la Corporación, respecto de las irregularidades contables analizadas en el punto primero y tercero de la Consideración Jurídica Tercera de la mencionada Acta de Liquidación, relativas a los emolumentos abonados por el Ayuntamiento de Almacelles al Alcalde Presidente de la Corporación durante el periodo legislativo de 2015 a 2019, y a la cantidad pagada de forma fija y periódica en su devengo en concepto de indemnizaciones satisfechas a los portavoces de los grupos municipales durante el periodo legislativo de 2015 a 2019.

Asimismo, consideró como presunto responsable contable directo y solidario junto con los anteriormente citados, por las cuantías señaladas en el apartado anterior, a Don R.M.C.P., por la cantidad de 18.322,20 euros (correspondiendo 15.300 euros al principal y 3.022,20 euros a los intereses), atendiendo al período en que desempeñó sus funciones de Secretario en el Ayuntamiento de Almacelles, respecto de la presunta irregularidad contable analizada en el punto segundo de la Consideración Jurídica Tercera del Acta de Liquidación Provisional, y relativa al abono de asistencias a personas que no formaban parte de la Junta de Gobierno Local de la Corporación durante el periodo legislativo de 2015 a 2019.

Mediante Providencia de 29 de noviembre de 2022, se requirió a los presuntos responsables contables para que, reintegraran, depositaran o afianzaran el importe del alcance declarado, previa y provisionalmente, junto con sus correspondientes intereses legales, bajo apercibimiento de que, en caso de no atender dicho requerimiento, se procedería al embargo de sus bienes.

SEGUNDO.- Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de este Tribunal de Cuentas el 12 de diciembre de 2022, Don R.M.C.P., actuando en su propio nombre y representación , interpuso recurso del art. 48.1 de la LFTCu, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de fecha 29 de noviembre de 2022, en virtud de los razonamientos que después se expresarán, y solicitó que por esta Sala de Justicia se dictara resolución por la que se acordara la rectificación de las citadas Acta y Providencia recurridas, en el sentido de declararle exento de responsabilidad contable, sin imposición de fianza alguna.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 14 de diciembre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó, abrir el correspondiente rollo, con el nº 37/22, constatar la composición de la Sala de Justicia, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio a la Delegada Instructora en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2022, se recibió de la Unidad de Actuaciones Previas, escrito presentado a través de la Sede Electrónica de este Tribunal con fecha 9 de diciembre de 2022 por Don L.B.C., en su propio nombre y representación, interponiendo recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra las ya citadas Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 29 de noviembre de 2022, dictadas en las Actuaciones Previas 1089/21.

QUINTO.- Solicitados y recabados por esta Sala de Justicia los antecedentes necesarios de la Unidad de Actuaciones Previas, mediante Diligencia de Ordenación de 16 de diciembre de 2022 se acordó admitir los recursos interpuestos, unir el recurso formulado por Don L.B.C. a este recurso nº 37/22 y dar traslado de copia de los mismos a todos los citados a la Liquidación Provisional, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- Mediante sendos escritos de fechas 19 y 20 de diciembre de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido e interesó la desestimación de los respectivos recursos.

SÉPTIMO.- Conclusa la tramitación del recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 16 de enero de 2023, se acordó remitir las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto, una vez verificadas las oportunas notificaciones, el día 25 de enero de 2023.

OCTAVO.- Mediante Providencia de fecha 14 de marzo de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 21 de marzo de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

NOVENO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión de los recursos formulados contra las resoluciones dictadas en las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 29 de noviembre de 2022, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1089/21, practicó Acta de Liquidación Provisional en la que determinó que los recurrentes, Don R.M.C.P. y Don L.B.C., así como Don J.I.G.,

resultaban, de manera indiciaria, incursos en un presunto ilícito de alcance contable, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que pudiera incoarse al efecto.

En idéntica fecha, se dictó Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento en los términos más arriba fijados, atendiendo al tiempo en el que los presuntos responsables desempeñaron sus respectivas funciones en el Ayuntamiento de Almacelles, cantidades calculadas de manera provisional y comprensiva tanto del principal del alcance, como de los intereses correspondientes, con apercibimiento de que, caso de que no cumplimentaran tales trámites en el plazo indicado, se procedería a practicar el embargo de sus bienes.

TERCERO.- El recurso innominado previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, de acuerdo con la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia (Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre, nº 4/2020, de 18 de febrero;-nº 5/2021, de 26 de febrero, así como los Autos números 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021), constituye, en el Orden procesal Contable, un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer un mecanismo de revisión a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, que sólo puede prosperar si concurren los motivos taxativamente establecidos en dicho precepto: 1) que la resolución recurrida no acceda a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren; o, 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

Por ello, por vía de este recurso no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del, o de los presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, conforme ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia (por todos, Auto nº 3/2016, de 8 de marzo).

CUARTO.- La indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido en doctrina consolidada, pudiendo citarse el Auto 17/2021, de 23 de junio; los Autos números 24 y 27, ambos de 22 de julio de 2021; y el Auto 30/2021, de 27 de noviembre.

Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 258/2007, de 18 de diciembre, se manifiesta que «…*el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene*

por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento» (F. 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que «una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella» (F. 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que «una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie» (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10, o 130/2002, de 3 de junio, F. 4)...».

De este modo, según tiene establecido esta Sala de Justicia, la indefensión, con base en la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas:

a) 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 3º).

b) 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 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º).

c) Finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

Sobre este particular es de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, el Delegado Instructor resulta inexcusablemente obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citando a estos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a la representación legal de la

entidad perjudicada, al levantamiento del Acta de Liquidación Provisional, en la que mencionará los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y, asimismo, de forma ineludible, a adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo ocasionado.

En consecuencia, las Actuaciones Previas no constituyen un procedimiento contradictorio, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos o sobre su calificación jurídica, quedando excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia. Es en ese momento -y sólo entonces- cuando la defensa plena de los derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que, necesariamente, sucede a las actuaciones previas.

Y en relación con la obligación legalmente exigible a los Delegados Instructores para adoptar los debidos aseguramientos del eventual menoscabo económico detectado, una vez practicada la Liquidación Provisional, la Sala de Justicia de este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse (Autos nº 2/2015, de 3 de febrero; nº 17/2017, de 6 de noviembre; nº 21/2018, de 20 de julio; y, más recientemente, en el Auto nº 5/2021, de 26 de febrero), en el sentido de que constituyen medidas de tipo cautelar, cuya aplicación viene determinada en el artículo 47.1, letra f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, precepto que habilita legalmente al Delegado Instructor para que persiga el aseguramiento, en esa fase previa, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

QUINTO.- Contra la citada Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 29 de noviembre de 2022, Don R.M.C.P., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

El Sr. C.P. articula su recurso en base a las siguientes alegaciones:

A).En el motivo primero afirma, que se le ha causado indefensión porque en las actuaciones previas no se han seguido los trámites más elementales de prueba para garantizar su defensa. Manifiesta que, siendo Vicesecretario titular del Ayuntamiento de Almacelles realizó funciones de Secretario accidental concretamente en el Pleno de 25 de junio de 2015 que fijó las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a los miembros de la Corporación.

Señala que en las alegaciones que presentó el 17 de noviembre de 2022, había hecho constar que el Ayuntamiento no había accedido a su solicitud del examen del expediente previo al Pleno referido, y adjuntó documentos que así lo demostraban.

También alega que propuso a la Delegada Instructora el examen de las diligencias policiales que dieron lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Lleida, en el procedimiento abreviado nº 89/2020, de 25 de octubre, para que pudiera examinar la documentación solicitada al Ayuntamiento, pues en dicho expediente constaba la copia de la documentación correspondiente para poder examinar si existía una Providencia de la Alcaldía que le ordenara que informara la propuesta de dicha Alcaldía que llevó al Pleno a fijar las asistencias a los órganos colegiados.

Sostiene que, aunque la Instructora en el acta de liquidación, cita dos informes, de fechas 12 y 15 de junio de 2015, no ha incluido en el expediente remitido, la Providencia previa a dichos informes que es la que ha servido de fundamento para estas actuaciones previas. Considera, por tanto, que la falta de ese documento y su examen le causa indefensión, pues serviría para demostrar que el Alcalde no le ordenó que informara su propuesta llevada al Pleno, para evitarse informes en contra. Destaca que había realizado informes amplios sobre retribuciones y asistencias a órganos municipales que eran correctos y claros, en los que contestaba a lo que el Alcalde solicitaba que informara.

B). En el segundo motivo de recurso alega indefensión por error de derecho en la aplicación de la normativa jurídica

Considera que el Acta de Liquidación y el Informe de la Oficina Antifraude confunden la obligación del Secretario de informar a los órganos del Ayuntamiento, al señalar que el Pleno acordó con el consentimiento del Secretario, sin que constara informe expreso al efecto, y se remite a lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, para destacar la obligatoriedad del informe del secretario en su deber de asistencia jurídica.

Alega que el acta de liquidación le imputa responsabilidad porque no informó en el Pleno sobre la ilegalidad de fijar asistencias para los que no eran miembros de la Junta de Gobierno, cuando los hechos acreditan que la manifestación que realizó en relación con dicha cuestión, fue realizada después de la fase de deliberación y votación, por lo que no influía en la propuesta de la Alcaldía que se llevó al Pleno.

C). En el motivo tercero, defiende que, si bien la finalidad de las actuaciones previas es fijar indicios de presuntos responsables contables, ello no puede llevarse a cabo sin comprobar adecuadamente los derechos y deberes legales de los Secretarios de Ayuntamiento.

D). En el motivo cuarto, señala que la normativa del Tribunal de Cuentas recoge la aplicación del principio "in dubio pro reo". Por ello entiende que hay que evitar imponer un depósito de dinero o fianzas a un Secretario municipal, cuando los hechos que fundamenten los indicios están fuera de las obligaciones de dichos funcionarios.

Por ello solicita que se estime el recurso, se declare que procede la rectificación del Acta de Liquidación Provisional, y en consecuencia que no procede imponer fianza alguna al estar exento de responsabilidad.

SEXTO.- El recurrente Don L.B.C. ha presentado, al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu recurso contencioso-administrativo como lo define en su escrito, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de 29 de noviembre de 2022, en virtud de las siguientes alegaciones:

A). En la primera alegación previa, el recurrente expone el marco normativo aplicable y la legalidad de las funciones del Interventor del Ayuntamiento de Almacelles, durante el período que abarca desde el año 2015 al año 2019,

El recurrente, tras hacer transcripción del contenido del Acta de Liquidación Provisional, analiza el tenor del artículo 136 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, en su modificación de 30 de noviembre de 2013, aplicable en el momento de producirse los hechos.

En el mismo sentido, también invoca el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, puesto en relación con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y, asimismo, los artículos 214 y 215 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, con la modificación introducida el 31 de marzo de 2015.

B). En la segunda alegación previa, sobre la prescripción de la responsabilidad contable del Interventor, realiza un análisis de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu.

Tras hacer resumen de antecedentes, concluye que, toda vez que han transcurrido más de tres años entre el Pleno en el que se aprobaron los actos controvertidos y la presentación de la denuncia, la responsabilidad contable del Interventor se encuentra prescrita.

Además, manifiesta que no fue hasta el mes de noviembre de 2022, cuando recibió la primera notificación relativa a las Actuaciones Previas nº 1089/2021, citándole para la práctica del acta de liquidación provisional, no teniendo conocimiento de la existencia de ningún procedimiento ante el Tribunal de Cuentas hasta esa fecha, lo

que reafirma la prescripción de la responsabilidad contable imputada. Cita, al efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 437/2016, de 5 de febrero.

C). En el primer motivo de su recurso, el Sr. B.C. realiza un amplio análisis sobre las presuntas irregularidades contables relativas a la duplicidad de funciones y de ingresos del Alcalde de Almacelles, Don J.R.I.G.

Tras tomar en consideración determinados extremos reflejados en el expediente de actuaciones previas, afirma que no es dable atribuir al Interventor unas funciones fiscalizadoras extraordinarias y desproporcionadas en el sentido de hacer recaer en éste el deber de averiguar o indagar los cambios en la situación de los miembros de la corporación local, máxime cuando apenas un mes antes, obraba una declaración del Sr. I. en la que manifestaba no ejercer cargo público o de representación popular de ningún tipo.

El deber de información respecto a la comunicación o actualización de las actividades y las retribuciones adicionales del alcalde y del resto de miembros de la Junta de Gobierno recae sobre el Pleno, no pudiendo el Interventor actuar de manera distinta a como lo hizo.

D). En cuanto al motivo segundo del recurso, referente al examen de la responsabilidad del Interventor por las presuntas irregularidades contables relativas al abono de retribuciones al alcalde y a los demás miembros de la Junta de Gobierno, el recurrente formula alegaciones contra el contenido de la Consideración Jurídica Tercera del Acta de Liquidación, referente al reproche consistente en que el Interventor debía haber formulado reparos a los abonos realizados durante el período 2015-2019.

Afirma que, si bien es cierto que la función fiscalizadora de las retribuciones enumeradas y controvertidas en el acta de liquidación practicada recaen sobre el Interventor, conforme a las obligaciones legales, es más cierto que en el presente caso se trataba de retribuciones que fueron aprobadas por el propio alcalde, el Sr. I., con el visto bueno del Secretario, el Sr. C.

Tras invocar el contenido del informe de la actual Secretaria del Ayuntamiento de Almacelles, obrante al folio 155 de las actuaciones, considera que se trató de cantidades o retribuciones que devienen de un acuerdo plenario de fecha 25 de junio de 2015, respecto del que el Secretario no opuso reparo ni objeción de ningún tipo. Manifiesta que no incumbe al Interventor juzgar si el régimen retributivo del alcalde y de los concejales es o no desproporcionado, ni mucho menos le corresponde realizar una comparativa con las retribuciones existentes en otros municipios, como se hace por la Oficina Antifraude en su informe. Era, en todo caso, al Secretario a quien le incumbía la valoración de la legalidad o no de la retribución de los miembros de la corporación local, no pudiendo hacer otra cosa el

Interventor más que emitir los oportunos informes de consignación presupuestaria, habida cuenta que el interventor se limita a cumplir lo aprobado, sin que conste objeción legal para ello, según el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Respecto a la exigencia de formulación de reparos que se imputa al Interventor el tipo de fiscalización que se venía llevando a cabo, era en su modalidad de limitada previa, al haber sido aprobado por el Pleno en las bases de ejecución del presupuesto. Este tipo de fiscalización viene regulada en el artículo 13 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que establece el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Por lo que de lo actuado se comprueba que el proceder del Interventor se ajusta a la legalidad, no pudiendo ser exigible la formulación de reparos.

E). Respecto al motivo tercero, el recurrente alude al título de responsabilidad del Interventor municipal, directa y solidaria, y su improcedente equiparación con el Alcalde y el Secretario.

Considera que la responsabilidad del Interventor en el presunto alcance contable seria en todo caso subsidiaria, y no solidaria, ni directa, invocando, en este sentido, la Sentencia de esta Sala de Justicia 6/2012, de 27 de marzo.

También en este ordinal tercero, el recurrente impugna el requerimiento de reintegro o afianzamiento, efectuado mediante Providencia de 29 de noviembre de 2022. Defiende que exigir responsabilidad al mismo tiempo y en la misma cuantía al Alcalde, Secretario y al Interventor, supone un evidente enriquecimiento injusto, y ello porque se estaría abonando por dos partes la misma cuantía, incurriéndose en la inconcebible situación de que se estaría generando una acción contra quien, con su conducta, se lucró en beneficio propio de los fondos municipales.

Por todo ello, solicita la revocación del Acta de Liquidación Provisional, declarándose la falta de responsabilidad del Interventor en cuanto al presunto alcance o, subsidiariamente, que dicha responsabilidad sea subsidiaria, dejándose sin efecto el requerimiento de pago y afianzamiento realizado.

SEPTIMO.- El Ministerio Fiscal ha formulado oposición a los recursos interpuestos, interesando la desestimación de los mismos:

1.- Oposición al recurso del Sr. C.P.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso formulado, en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Considera que hay que tener en cuenta el tenor literal del artículo 48.1 de la LFTCu que establece que dicho recurso únicamente procede contra las resoluciones dictadas en las actuaciones previas en que "no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión", siendo este, según la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas un recurso especial y sumario por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate, sino ofrecer a los intervinientes en las actuaciones previas un medio de revisión de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa.

2.- En cuanto al motivo de indefensión por no poder acceder a documentación, entiende que no se da en el presente caso, como consta en el párrafo final del folio 33 del Acta, ya que todo lo actuado se puso a disposición de los intervinientes con entrega de la documentación en soporte electrónico. Por lo que, el recurrente habiendo recibido todo lo actuado y estando presente en dicha liquidación, podía haber alegado todo cuanto hubiera entendido necesario para su defensa.

3.- Respecto a la alegación de indefensión por error de derecho en la aplicación de la normativa jurídica, considera que constituye una cuestión que no entra en la indefensión, según el tenor literal del artículo 48.1 de la LFTCu, sino que, más bien, es una discrepancia jurídica que deberá alegarse y dirimirse en el juicio correspondiente.

Por todo ello, concluye afirmando que en el presente caso no concurre ninguno de los dos tasados motivos que pudieran conducir a la estimación del recurso por lo que procede su desestimación.

2. Oposición del Ministerio Fiscal al recurso del Sr. B.C.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso planteado, en virtud de las siguientes alegaciones:

1.- Considera, del mismo modo que en el recurso anterior, que hay que tener en cuenta el tenor literal del artículo 48.1 de la LFTCu que establece que dicho recurso únicamente procede contra las resoluciones dictadas en las actuaciones previas en que "no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión", siendo este, según la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas un recurso especial y sumario por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate, sino ofrecer a los intervinientes en las actuaciones previas un medio de revisión de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa.

2.- En segundo lugar, afirma que no se dan ninguno de los dos supuestos que establece el artículo 48.1 de la LFTCu.

3.- Respecto a la prescripción, atendiendo a los antecedentes del caso, considera que no existe, toda vez que las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de una investigación iniciada por la Resolución OAC/ANL/302/2018 de 23 de julio de 2018, como consecuencia de una denuncia presentada ante la Oficina Antifraude de Cataluña el día 18 de junio de 2018, por lo que no ha transcurrido desde ese día el plazo de cinco años que establece el apartado 1° de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu.

Dado que no se dan los motivos tasados para viabilizar el recurso presentado, solicita su desestimación.

OCTAVO.- Teniendo presentes las premisas jurídicas, y siguiendo las pautas doctrinales establecidas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala de Justicia, analizadas en los Fundamentos Tercero y Cuarto del presente Auto, se debe entrar a valorar jurídicamente los motivos del recurso planteado por el Sr. C.P.

En el primero de los motivos plantea el recurrente, como ha quedado expuesto con anterioridad, que se le ha generado indefensión, toda vez que, a su juicio, la delegada instructora no ha seguido los trámites de prueba oportunos para mantener una conclusión adecuada respecto a su presunta responsabilidad contable.

Para poder dar una respuesta adecuada a las pretensiones planteadas, es preciso analizar la documentación obrante en la pieza de las actuaciones previas, así como el acta de liquidación practicada por la Instructora.

De este modo, consta acreditado en la página 18 del acta de liquidación provisional, penúltimo párrafo, que:

"*A través de las diligencias practicadas por la Oficina Antifraude de Cataluña (folios 1 y siguientes de la pieza de Diligencias Preliminares) y según se ha constatado tras el análisis de la documentación aportada, quedan acreditados los siguientes hechos relativos a las presuntas irregularidades contables expuestas:*

1. *El pago de asistencias a las personas que no forman parte de la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Almacelles, se realizó con el informe favorable del Secretario de la Corporación que consta de forma expresa en el punto n. 12 del Acta de La sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Almacelles celebrada el 25/06/2015, según el cual (Documento 7 aportado a la presente pieza de A.P. en fecha 27/06/2022 y su traducción en fecha 06/07ff2022):*

(...) "El portavoz y concejal de Poblem, Sr. J.M.D., pregunta si es legal que los invitados a la Junta de Gobierno también cobren. EI Secretario contesta que el ROF permite que el Sr. Alcalde invite a la Junta a los delegados y, por lo tanto, es lógico que si el resto cobran por asistencia, ellos también cobren". (. . .

2. *Habiendo requerido esta lnstrucción Delegada al Ayuntamiento de Almacelles información sobre el fundamento jurídico y la justificación de dichos pagos, la Corporación remite varios certificados emitidos por la Secretaria del Ayuntamiento en fecha 25/05/2022, en los que no se aporta fundamento jurídico de los fondos pagados por la Corporación en concepto de asistencias a personas que no forman parte de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en el periodo 2015-2019 (folio 14 y siguientes del Documento CERTIFICADOS E INFORME DE SECRETARÍA aportado a la presente pieza de A.P. en fecha 25/05/2022).”*

Del mismo modo, consta acreditado en la página 40 del Acta de Liquidación Provisional que la Delegada Instructora analizó y valoró las alegaciones realizadas por el recurrente, así como la documentación aportada, obrante en las actuaciones y llegó a la siguiente conclusión:

“*…En cuanto a las alegaciones relativas a la ausencia de presunta responsabilidad contable del Secretario accidental del ayuntamiento de Almacelles en el periodo legislativo 2015-2019, discrepa esta lnstructora dado que, con independencia de su carácter accidental, según la documentación aportada, han quedado acreditadas las manifestaciones realizadas por dicho funcionario público en relación al abono de asistencias a los invitados a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación, cuyas manifestaciones, pronunciándose favorablemente sobre el pago de tales emolumentos, sirvieron de base al ayuntamiento para su abono; dichas manifestaciones han sido reiteradas en el escrito de alegaciones presentado en fecha 16/11/2022. Asimismo, en contra de lo manifestado en sus alegaciones por el Sr. C., ha quedado acreditado que, en virtud de Providencia de Alcaldía de fecha 12/06/2015, el Secretario del Ayuntamiento emitió informe preceptivo relativo a los acuerdos sobre las retribuciones y percepciones fijadas por el Pleno de la Corporación en sesión extraordinaria de 25/06/2015, poniendo de manifiesto el régimen legal aplicable…”*

Igualmente se pronunció respecto a las diligencias policiales que dieron lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Lleida, en el procedimiento abreviado nº 89/2020, de 25 de octubre, llegando a la siguiente conclusión (página 40 del Acta de Liquidación Provisional):

"Asimismo, el Sr. C. plantea la realización de diligencias complementarias consistentes en el examen de las actuaciones policiales de los Mossos de Escuadra que, supusieron la realización de una copia del disco duro del servidor del Ayuntamiento, tendentes a acreditar la actuación arbitraria del Alcalde del Ayuntamiento respecto de otras actuaciones, en las que se dictó Sentencia firme n. 89/2020 del Juzgado de lo Penal n.1 de Lleida, en fecha 25/10/2021, que según manifiesta el Sr. C., condena al Sr. I., por un delito de prevaricación administrativa, a la pena de Inhabilitación para cargo público durante 9 años; el Sr. C. también hace referencia en sus alegaciones a las D.P. 501/2019 del Juzgado de lnstrucción de Lleida n.3., en las que la Guardia Civil hizo copia del servidor del ayuntamiento de Almacelles. Dichos pronunciamientos judiciales no constan aportados a las presentes alegaciones; no obstante, el Sr. C. señala que se refieren a hechos relativos a otras actuaciones llevadas a cabo por el Alcalde del ayuntamiento de Almacelles. Pues bien, respecto a las referidas diligencias complementarias, cabe destacar que las presentes Actuaciones no tienen por objeto analizar la gestión económica del ayuntamiento de Almacelles relativa a toda su actividad, ni al resto de actuaciones llevadas a cabo por el Alcalde del Ayuntamiento, lo cual constituye indudablemente una expresa fiscalización que excede de las competencias atribuidas a esta Instrucción Delegada por la competencia definida por la Sala a este respecto. En cualquier caso, se pone de manifiesto que la salida de los fondos públicos del ayuntamiento de Almacelles objeto de las Presentes Actuaciones Previas, se rige por su régimen jurídico propio e independiente del que regula las indemnizaciones por razón del servicio, cuya justificación se exige en los términos expuestos en la normativa aplicable que no ha sido debidamente acreditada por el Ayuntamiento a pesar de los reiterados requerimientos emitidos, por lo que el contenido de los discos duros relativos a toda la actividad del ayuntamiento de Almacelles o a otras actuaciones del Alcalde en el periodo legislativo analizado, no constituye, en modo alguno, un elemento determinante de la indefensión y la falta de garantía de este procedimiento de Actuaciones previas.".

Además, de ello, una vez leída el Acta de Liquidación y concedida la palabra por la Delegada Instructora al hoy recurrente, volvió a efectuar alegaciones, dentro del propio acto de comparecencia a la liquidación, en el sentido que ahora ha venido a plasmar en su escrito de recurso, que también obtuvieron la argumentación razonada de la Delegada Instructora, en los términos que constan en las páginas 49 y 50 de la referida Acta y que se dan, en este momento, por debidamente reproducidas, en aras de la brevedad y economía procesal.

Por tanto, cabe afirmar que la Delegada Instructora en virtud de las facultades conferidas en el artículo 47 de la LFTCu ha realizado una valoración de los hechos, teniendo en cuenta las alegaciones del recurrente y documentación obrante en las actuaciones, apreciando en su conclusiones que, con infracción de las normas

relativas a las retribuciones e indemnizaciones de determinadas personas integrantes de la Administración de la Corporación Local, se ha producido, a juicio de la Instructora, un perjuicio a los fondos públicos, debidamente cuantificado, que ha permitido declarar la presunta responsabilidad contable del recurrente, sin que pueda considerarse a la vista de lo actuado que se haya producido indefensión al recurrente.

La Delegada instructora con la documentación y diligencias practicadas ha considerado que disponía de la documentación suficiente para realizar un análisis de los hechos objeto de las actuaciones denunciados y de su imputación. El Delegado Instructor no está obligado a realizar todas las diligencias que los intervinientes en las Actuaciones Previas les propongan si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y de su imputación, y las diligencias que debe practicar el órgano instructor no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal, como ha reconocido esta Sala de Justicia en doctrina consolidada por todos Autos 32/21, de 27 de octubre; 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; y 22/2014, de 3 de diciembre.

Cuestión distinta es que el recurrente no coincida con la conclusión alcanzada por la instructora, como se desprende del escrito de su recurso y que, como ha señalado el Ministerio Fiscal, ello no entra dentro de los límites y requisitos del objeto de este recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, habida cuenta que el citado mecanismo de impugnación no se articuló por el Legislador para posibilitar el contravenir las conclusiones o valoraciones provisionales del Delegado Instructor recogidas en el Acta de Liquidación Provisional, cuando las mismas no coinciden con los intereses de la parte recurrente.

En suma, no ha existido, la indefensión material que alega el recurrente, por lo que debe desestimarse el motivo primero del recurso.

En cuanto al segundo motivo del recurso, se denuncia indefensión "*por error de derecho en la aplicación de la norma jurídica*" sobre asesoramiento legal a la Corporación municipal.

La mera enunciación del motivo en estos términos y el contenido de la argumentación realizada en los motivos segundo y tercero de su recurso, evidencia que, lo que pretende el recurrente es manifestar su discrepancia sobre la aplicación que, de las normas invocadas ha realizado la Instructora en el Acta de Liquidación recurrida. Se trata de una discrepancia que afecta al fondo de la cuestión sometida a debate y que excede ampliamente del ámbito de este excepcional recurso, cuya resolución no puede contemplarse en este preciso momento de la fase meramente investigadora, por los fundamentos jurídicos ya señalados anteriormente, y no

pueden ser objeto de resolución en este concreto momento, sino que, en su caso, deberán ser alegados, enjuiciados y resueltos en la fase jurisdiccional que eventualmente se pueda abrir, pues ello entra en colisión con el criterio doctrinal de esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza, finalidad y fundamento legal, tanto de las Actuaciones Previas, como del recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu, según se ha subrayado en los precedentes Fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto, que se dan ahora por íntegramente reproducidos, lo que conlleva a su desestimación.

Una vez más debe volverse a poner de manifiesto que esta Sala de Justicia, Auto nº 28/2021, de 14 de octubre; y Auto nº 18/2022, de 21 de septiembre, ha venido reiterando de manera uniforme que la discrepancia de criterios entre los interesados y el Delegado Instructor no genera indefensión para los primeros, que podrán exponer en la primera instancia del procedimiento jurisdiccional que pueda seguirse los argumentos que estimen más adecuados para la defensa de sus derechos e intereses.

Por consiguiente, deben desestimarse por esta Sala, los motivos segundo y tercero del recurso formulado por el Sr. C.P.

Por último, en el motivo cuarto de su escrito, el recurrente sostiene que no cabe imponerle depósito de cantidades o afianzamiento alguno, toda vez que, sin perjuicio de que se hable de "indicios" de responsabilidad contable, rige el principio "in dubio pro reo" (o de presunción de inocencia) que, según aquél, "*la normativa del Tribunal de Cuentas recoge expresamente*".

También debe desestimarse tal argumentación, la vulneración del principio acusatorio y del principio de presunción de inocencia, sólo opera en el ámbito de los procesos penales o sancionadores y, en absoluto, en los que se examina la posible concurrencia, o no, de la responsabilidad contable, que se configura como una subespecie de la responsabilidad civil.

A este respecto el argumento del recurrente choca con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, que ha reconocido en doctrina reiterada, por todas en Sentencia núm. 72/1991, de 8 de abril, que ha sido asumida completamente por esta Sala de Justicia – entre otros, Auto 6/2018, de 28 de febrero y Auto 4/2020, de 18 de febrero; "*que debe rechazarse la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia; pues la condena, por responsabilidad civil, no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del art. 24.2 de la Constitución Española; pues este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador, y no a la responsabilidad indemnizatoria en el ámbito civil, aun cuando dicha responsabilidad fuera subsidiaria y derivada de un delito»*. Se explicita, así, el criterio jurisprudencial del

mismo Alto Tribunal, que expresó anteriormente en su Sentencia núm. 73/1985, de 14 de junio, según el cual «*en lo que concierne finalmente a la supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia, cabe indicar que no estamos aquí en presencia de un procedimiento penal o sancionador, por lo que resulta improcedente la referencia a la misma*».

Y también en relación con el caso que ahora se enjuicia, las medidas de aseguramiento que acompañan a la declaración de presunta responsabilidad contable tampoco constituyen vulneración de la presunción de inocencia porque, como manifiesta el Tribunal Constitucional (ATC 186/1983, de 27 de abril), «*el embargo preventivo está concebido (...) como una medida asegurativa de carácter cautelar o precautoria, para el posible cumplimiento del pago o realización del valor de una obligación por el deudor en favor del acreedor(...), sin que suponga una presunción de culpabilidad, ni quebrante la presunción de inocencia, ni quiebre la tutela judicial efectiva, porque en la regulación de dicha medida cautelar se pondera la necesidad de tutela de la parte demandante con la compatibilización de la tutela de la parte demandada estableciendo un razonable equilibrio entre ellas*...».

Por todo ello, debe rechazarse el motivo cuarto alegado por el recurrente.

En virtud de todo ello, esta Sala de Justicia no aprecia perjuicio alguno en la posición jurídica y defensa del recurrente, ya que, como ha quedado expuesto, no se han limitado sus derechos para alegar y aportar la documentación que estimara conveniente en defensa de los mismos, ni se le ha impedido participar en la fase instructora, con independencia de que pueda legítimamente discrepar de las razones que llevaron a la Delegada Instructora, a declarar de manera previa y provisional la responsabilidad contable del hoy recurrente así como para adoptar la medida cautelar de aseguramiento en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 de la LFTCu.

Por todo ello debe desestimarse íntegramente el recurso de Don R.M.C.P.

NOVENO.- El recurrente Don L.B.C. ha presentado recurso cuyos motivos se deben valorar jurídicamente.

Como ya se ha venido señalando a lo largo de la presente resolución, el objeto del recurso del art. 48.1 no puede exceder de las pretensiones de indefensión o denegación injustificada de diligencias pedidas por los comparecidos en las actuaciones, pues de lo contrario se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, pues se permitiría al órgano de segunda instancia una eventual decisión sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera instancia, como ha reconocido esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en doctrina consolidada (por todos, los Autos nº 18/2013, de 17 de septiembre; y 3/2022, de 1 de marzo) que

Examinadas las alegaciones realizadas por Don L.B.C. en su recurso, todas ellas tratan de acreditar su falta de responsabilidad, en el marco normativo aplicable de las funciones del interventor, alegando la prescripción de la responsabilidad que le ha sido imputada, su actuación desplegada en los hechos objeto de las actuaciones y en la clase de responsabilidad en su caso imputable, alegaciones jurídicas que exceden ampliamente del ámbito de este excepcional recurso, y cuya resolución no puede contemplarse en este momento de la fase meramente investigadora, por los fundamentos jurídicos ya señalados anteriormente, y no pueden ser objeto de resolución en este concreto momento, sino que, en su caso, deberán ser alegados, enjuiciados y resueltos en la fase jurisdiccional que eventualmente se pueda abrir, donde el Sr. Bordes Capdevila podrá desplegar todos sus derechos procesales, proponer y aportar las pruebas que considere oportunas en defensa de sus derechos e intereses, ante el órgano jurisdiccional competente.

En efecto, y como ya se ha argumentado, esta Sala de Justicia en doctrina consolidada ha rechazado que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu pueda basarse en discrepancias de fondo con las conclusiones del Acta de Liquidación Provisional, en relación con los hechos investigados y la concurrencia en los mismos de los requisitos legalmente exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad contable. A este respecto, ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que por medio del recurso del articulo 48.1 de la LFTCu "*no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional"* y que al amparo de este excepcional recurso no pueden plantearse cuestiones procesales- sean estas mediante excepciones estrictamente procesales, o relativas a las excepciones de carácter material, v. gr., la prescripción- o argumentos de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia. (v. Autos 11/2020, de 6 de julio; 4/2020, de 18 de febrero; y 14/2019, de 17 de diciembre).

Finalmente, el recurrente impugna la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, y considera que exigir responsabilidad al mismo tiempo y cuantía al alcalde, secretario e interventor supone un enriquecimiento injusto, al estar abonándose `por dos partes la misma cuantía, incurriendo en la situación de que se generaría una acción contra quien con su conducta se lucró en beneficio de los fondos municipales.

Cabe señalar en primer término, que la competencia de la Instructora para requerir de pago o afianzamiento a los interesados está expresamente prevista en el artículo 47.1, f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas

La Jurisdicción Contable es una Jurisdicción en la que la responsabilidad contable directa es solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.3 de la LOTCU.

En cuanto al posible enriquecimiento injusto que se provocaría con el afianzamiento de las cantidades declaradas como alcance, hay que tener en cuenta que se habla del enriquecimiento injusto para referirse al desplazamiento de bienes, provechos o ventajas que, sin causa que lo justifique, y con observancia estricta de la legalidad, se produce entre un patrimonio que se enriquece y otro que, paralelamente y a causa de ese enriquecimiento, se empobrece. Este enriquecimiento sin causa o injusto, con carácter de principio general del Derecho, se halla relegado, siendo toda la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo tendente a tratar de enervar el enriquecimiento que no se ha producido en razones de equidad. El caso más evidente, sin duda, de enriquecimiento injusto es el que se produce como consecuencia del pago de lo indebido, esto es, de aquél que recibe lo que no tenía derecho a cobrar o que por error le ha sido indebidamente entregado, circunstancia que no se originaría, en el presente caso, ya que la liquidación provisional practicada ha declarado una responsabilidad directa y solidaria del Alcalde, Interventor y Secretario y el contenido privativo de esta variante de responsabilidad, por ser una subespecie de la civil, y no de la penal, 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 ello, esta Sala de Justicia considera que a la vista de la liquidación practicada por la Delegada Instructora y habiendo determinado de modo previo y provisional la existencia de un perjuicio a los fondos públicos municipales, de los que se ha considerado presuntos responsables de manera solidaria al Alcalde, Interventor y Secretario y conforme a lo establecido en el artículo 47.1 f de la LFTCu, precepto que determina que la Delegada Instructora debe requerir de pago a los presuntos responsables, no hay razón alguna para que pueda entrar en juego la construcción jurisprudencial denominada “Doctrina del Enriquecimiento Injusto”, sin perjuicio de que , las partes puedan ante el órgano jurisdiccional contable, como determina el artículo 67 de la citada norma la posibilidad de modificar las medidas cautelares adoptadas en fase de instrucción.

La anterior fundamentación debe llevar a la desestimación íntegra del recurso de referencia.

DÉCIMO.- Dada la índole de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho precedentes, esta Sala de Justicia debe proceder a la desestimación íntegra de los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu, interpuestos por Don R.M.C.P., actuando en su propio nombre y representación y por Don L.B.C., también en su propio nombre y representación, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 29 de noviembre de 2022, dictadas por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1089/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Almacelles), LLEIDA.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a ninguna de las partes intervinientes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR los recursos promovidos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por Don R.M.C.P., actuando en su propio nombre y representación y por Don L.B.C., también en su propio nombre y representación, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de fecha 29 de noviembre de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1089/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Almacelles), LLEIDA. Sin costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 6/2023, de 22 de marzo. Recursos del art. 48.1 de la Ley 7/88 n.º 1/23, interpuestos contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022, en las Actuaciones Previas n.º 1004/22, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las pretensiones de las partes, así como lo relativo a la naturaleza jurídica del recurso del art. 48.1, la Sala analiza los motivos de impugnación esgrimidos. En cuanto a la caducidad de las actuaciones previas, por haber transcurrido más de tres meses desde que se incoaron hasta que se dictó la resolución aprobando la Liquidación Provisional, concluye que no hay vulneración alguna del derecho material a la defensa del artículo 24 de la Constitución, por cuanto la doctrina reiterada de la Sala lo considera como un plazo indicativo, cuyo incumplimiento no determina ni la caducidad del trámite, ni la caducidad de la instancia, ni la del procedimiento.

Igual suerte desestimatoria corren los otros dos motivos de recurso -"Prescripción del reintegro" y "Error en la imputación de gastos"- ya que se trata de cuestiones no incardinables en los motivos tasados del recurso del art. 48.1 de la LFTCu y, por lo tanto, quedan fuera de su ámbito de aplicación.

En cuanto a los recursos interpuestos en relación con el hecho de que la Delegada Instructora no haya accedido a completar las diligencias con los extremos señalados, la Sala concluye que en la fase de Actuaciones Previas queda excluida una actividad probatoria plena o de contradicción, actividad que quedará pospuesta al proceso jurisdiccional de primera instancia. La documentación obrante en el expediente resulta apta y suficiente para practicar la Liquidación Provisional de la responsabilidad contable de los recurrentes, no siendo necesario practicar las diligencias adicionales solicitadas por ellos, conforme razona de manera motivada la Delegada Instructora.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 6/2023

ASUNTO: Recursos del art. 48.1 de la Ley 7/88, n.º 1/23, interpuestos contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022, en las Actuaciones Previas n.º 1004/22, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó - Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández - Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

VISTOS los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Procurador don Gabriel de Diego Quevedo, actuando en nombre y representación de Don P.G.M.; por Doña S.C.F., en su propio nombre y representación; y por Don M.M.A., en su propio nombre y representación, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022, en las Actuaciones Previas n.º 1004/22.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera doña Elena Hernáez Salguero quién, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acta de Liquidación Provisional levantada por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas n.º 1004/22, con fecha 19 de diciembre de 2022, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 6.713,85 euros, cantidad a la que habría que sumar 1.325,79 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha, suponiendo todo ello un total de 8.039,64 euros; y, asimismo, se declaró como presuntos responsables contables directos y solidarios a los recurrentes, Don P.G.M., Doña S.C.F. y Don M.M.A.

SEGUNDO.- Con esa misma fecha de 19 de diciembre de 2022, por parte de la Delegada Instructora se dicta Providencia de requerimiento a los citados presuntos responsables contables directos y solidarios para el reintegro, depósito o afianzamiento de la referida cantidad de 8.039,64 euros, bajo apercibimiento de embargo.

TERCERO.- Con fecha de entrada 23 de diciembre de 2022, la representación procesal de Don P.G.M., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 7 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), presentó recurso contra el Acta de liquidación provisional de 19 de diciembre de 2022, si bien alguna de las alegaciones también impugnan el requerimiento derivado de la misma.

En fecha 9 de enero de 2023, tiene entrada escrito de Doña S.C.F., en su propio nombre y representación, interponiendo recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional de 19 de diciembre de 2022 y la Providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento, dictada en esa misma fecha.

Asimismo, el día 9 de enero de 2023, tiene entrada escrito de Don M.M.A., en su propio nombre y representación, interponiendo recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra las citadas Acta de Liquidación Provisional y Providencia de requerimiento, de fecha 19 de diciembre de 2022.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 11 de enero de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala, y pedir a la Delegada Instructora los antecedentes necesarios para la tramitación del meritado recurso.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de enero de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió, recibidos los antecedentes, dar traslado del recurso y de dichos antecedentes remitidos por la Delegada Instructora, por un plazo común de cinco días, a todos los citados al acto de Liquidación Provisional a fin de que pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- Mediante escrito presentado con fecha 24 de enero de 2023, la representación procesal del Ayuntamiento de Gijón pidió que se dictase una resolución ajustada a derecho.

SÉPTIMO.- Por escrito presentado con fecha 30 de enero de 2023, la representación procesal del actor público, "P.D.S.M.G.", se opone a los recursos interpuestos, pidiendo que se dicte resolución desestimatoria de los mismos.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 1 de febrero de 2022 en el que pide la desestimación de los recursos interpuestos.

NOVENO.- Por Diligencia Ordenación de fecha 6 de febrero de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se efectuó mediante posterior diligencia de fecha 20 de febrero de 2023, una vez practicadas las oportunas notificaciones.

DÉCIMO.- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas acordó, por Providencia de 14 de marzo 2023, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 21 de marzo de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición de los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- La representación procesal de Don P.G.M. ha presentado recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra el Acta de liquidación provisional de 19 de diciembre de 2022, levantada en las Actuaciones Previas n.º 1004/22, si bien alguna de las alegaciones también impugnan el requerimiento derivado de la misma.

En cuanto a los motivos en los que se fundamenta el escrito de recurso, en síntesis, son los siguientes: 1) la caducidad de las actuaciones previas, *ex* artículo 47.4 de la LFTCu, por haber transcurrido más de tres meses desde que se incoaron hasta que se dictó la resolución aprobando la liquidación provisional, en relación con lo dispuesto por determinada jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; a juicio del recurrente, lo no declaración de caducidad de las actuaciones previas habría supuesto una vulneración del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución por cuanto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la caducidad debe de interpretarse del modo más favorable a la realización del derecho

constitucional de defensa recogido en el artículo 24 de la Carta Magna. 2) La prescripción del reintegro del importe de 5.423,78 euros, correspondiente a pagos presuntamente no justificados y efectuados en el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2015 y el 31 de diciembre de 2015. 3) Finalmente, el error en la imputación de gastos de los ejercicios 2015 y 2017.

Además, mediante "primer y segundo otrosí", el recurrente aporta determinada documentación tendente a justificar la realización de pagos correspondientes a diferentes ejercicios (extractos bancarios, facturas o cartas de pago y justificantes de ingresos bancarios).

Doña S.C.F. interpone, en su propio nombre y representación, recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de liquidación provisional y la Providencia de requerimiento, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022, que se fundamenta en un motivo único: que la Delegada Instructora no ha accedido a completar las diligencias con los extremos señalados por la recurrente y, por ello, se ha producido indefensión y vulneración del principio constitucional de la tutela judicial efectiva. En cuanto a los extremos que la recurrente señaló a la Delegada Instructora a fin de completar las diligencias, por un lado, solicitó que se oficiara a una entidad financiera ("Caja Rural de Gijón") a fin de que se certificara el saldo de una cuenta del Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento de Gijón, lo que no fue atendido por la Delegada Instructora; y, por otro lado, pidió certificación de la Secretaría General del Ayuntamiento sobre la fecha en que fueron depositadas las cuentas de dicho Grupo Municipal, lo que tampoco fue atendido por la Delegada Instructora.

Por lo demás, debe destacarse que el recurso hace mención en sus alegaciones al hecho de que, *"no obstante, y al constatar que la práctica del oficio era denegado por la Delegada lnstructora, de forma excepcional la Caja Rural de Gijón ha suministrado la información interesada, resultando que al 31 de diciembre de 2015 el saldo de la cuenta era de 5.584,99 € y al 31 de diciembre de 20l7 era de 3.791,05 € […]".* En este sentido, en lo relativo a la aportación material de las certificaciones de la "Caja Rural de Gijón", la recurrente se remite al recurso presentado por Don M.M.A.; y, asimismo, en lo referente a la aportación material de documentación relativa a pagos realizados en diferentes ejercicios, se remite al recurso presentado por la representación procesal de Don P.G.M.

Finalmente, Don M.M.A. también interpone, en su propio nombre y representación, recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de liquidación provisional y la Providencia de requerimiento, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022, cuyo contenido es exactamente igual al interpuesto por Doña S.C.F., con la única diferencia de que, efectivamente, aporta las referidas certificaciones emitidas por la "Caja Rural de Gijón".

TERCERO.- El Ministerio Fiscal pide la desestimación de los recursos interpuestos. En relación con la caducidad alegada en el primero de los recursos, se opone con fundamento en la doctrina reiterada de la Sala de Justicia que viene interpretando el plazo regulado en el artículo 47.4 de la LFTCu como meramente indicativo; asimismo, el Ministerio Público rechaza la alegación de prescripción por entender que queda fuera de los motivos tasados del recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu; por otra parte, en cuanto a la denegación de diligencias por parte de la Delegada Instructora, considera el carácter administrativo de las actuaciones previas en cuanto limitativo de las posibilidades de recabar información bancaria protegida por el deber de secreto, así como la disponibilidad de la información requerida para los propios recurrentes, en cuanto integrantes del Grupo Municipal titular de la cuenta; por lo demás, también rechaza las alegaciones sobre la posible inexistencia de alcance reflejadas en los recursos, al considerar que exceden igualmente de los motivos tasados del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

Como se reflejó en los antecedentes, la representación procesal del Ayuntamiento de Gijón se limitó a solicitar que se dictase una resolución ajustada a derecho.

Por su parte, la entidad "P.D.S.M.G.", ejerciente de la acción pública regulada en el artículo 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, realizó las siguientes alegaciones: 1) respecto de los recursos de Doña S.C.F. y Don M.M.A., aduce que no cabe hablar de indefensión respecto de una información de la que podían disponer los ahora recurrentes, quedando en su propia diligencia la aportación de la misma a las actuaciones; además, considera que no se ha efectuado el menor esfuerzo por oponerse a la motivación formulada por la Delegada Instructora: ni en el acto de la liquidación provisional, al que no asistieron; ni en el trámite del presente recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, en el que no se aporta argumentación alguna contra el razonamiento que justifica la negativa a la práctica de las diligencias. 2) Por otro lado, respecto del recurso interpuesto por la representación procesal de Don P.G.M., efectúa una síntesis de sus alegaciones, partiendo de las propias rúbricas de sus apartados, para concluir que procede su desestimación por cuanto se basa en cuestiones de fondo que habrán de ventilarse en el procedimiento de reintegro; asimismo, también pone de manifiesto su inasistencia al acto de la liquidación provisional, en cuanto al incumplimiento del recurrente del requisito consistente en haber agotado los *"remedios procesales"* a su alcance; finalmente, añade que la argumentación del recurrente sobre la caducidad se fundamenta en una jurisprudencia inaplicable al presente supuesto, por tratar sobre expedientes tramitados en el seno de diversas Administraciones Públicas, y no sobre las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables que se tramitan en el Tribunal de Cuentas.

CUARTO.- Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por los recurrentes, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de

la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (por todos, v. 4/2020, de 18 de febrero de 2020; auto 4/2019, de 20 de marzo de 2019; auto 1/2019, de 12 de febrero de 2019) ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer, a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o per saltum) de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa. De ahí que los motivos de impugnación no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en el artículo 48.1 de la LFTCu, es decir que "*no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren*" o que "*se causare indefensión*".

La indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido sin ambages. Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986, de 23 de abril, se manifiesta lo siguiente: *"[...] una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella [...]"* (F. 1).

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrá alegar y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión, puesto que, de lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido *"ex lege*" a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en el artículo 25 de la LOTCu, y en los artículos 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal de Don P.G.M. comienza por alegar la caducidad de las actuaciones previas, *ex* artículo 47.4 de la LFTCu, por haber transcurrido más de tres meses desde que se incoaron hasta que se

dictó la resolución aprobando la liquidación provisional, en relación con lo dispuesto por determinada jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; a juicio del recurrente, la no declaración de caducidad de las actuaciones previas habría supuesto una vulneración del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución por cuanto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la caducidad debe de interpretarse del modo más favorable a la realización del derecho constitucional de defensa recogido en dicho precepto.

En primer lugar, debe recordarse que, a la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de "*indefensión*" que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, los reiterados pronunciamientos de esta Sala de Justicia parten, precisamente, de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con el derecho fundamental a la defensa del artículo 24 de la Constitución (por todos, v. los siguientes Autos de la Sala de Justicia: Auto núm. 33/2008, de 3 de diciembre; Auto núm. 10/2010, de 17 de mayo, Auto núm. 12/2019, de 13 de noviembre; Auto núm. 2/2020, de 18 de febrero):

> *"[…] la doctrina general del Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de indefensión exige, en relación con la tutela judicial efectiva (ex. art. 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 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 8/2006, de 7 de abril); de otra, la indefensión prohibida en el art. 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 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 (Sentencias 3/2005, de 1 de abril, 6/2005, de 13 de abril y 11/2005, de 14 de julio) […]* ".

En efecto, en relación con la alegación del recurrente, debe concluirse que no hay vulneración alguna del derecho material a la defensa del artículo 24 de la Constitución cuando la doctrina reiterada de esta Sala de Justicia niega los efectos de la caducidad al transcurso del plazo previsto en el artículo 47.4 de la LFTCu, al que considera como un plazo indicativo cuyo incumplimiento no determina ni la caducidad del trámite, ni la caducidad de la instancia, ni la del procedimiento.

En efecto, **la Sentencia de la Sala de Justicia núm. 17/ 2012, de 17 de julio,** con remisión a otras sentencias anteriores, se pronuncia sobre la cuestión de la siguiente manera:

"[…] Lo cierto es que esta Sala de Justicia, como los propios demandados reconocen, ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión en diversas resoluciones. ***Así, en Sentencia 17/04, de 29 de julio, en la que se dice que el plazo del artículo 47.4 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas tiene carácter indicativo y su incumplimiento no determina ni la caducidad del trámite, ni la caducidad de la instancia, ni la del procedimiento porque ello implicaría otorgar a las Actuaciones Previas una función extralimitada en el proceso general que podría privar a las partes de ejercitar sus pretensiones y porque, además, no hay precepto que ampare que el trámite precluya o que el procedimiento se extinga por incumplimiento del plazo de tramitación.*** *En este mismo sentido cabe citar Sentencia, de la propia Sala de Justicia, 16/03, de 23 de diciembre. Los argumentos que se acaban de exponer son consecuencia de que las Actuaciones Previas del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, aunque no tengan carácter jurisdiccional, tampoco se identifican, como sostienen los demandados, con el procedimiento administrativo. Se trata de unas diligencias específicas del procedimiento de reintegro por alcance que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 7/1988, de 5 de abril, ante la imposibilidad de atribuirlas naturaleza estrictamente jurisdiccional se contemplan de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la vía jurisdiccional. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 31 de enero de 1991, considera a las Actuaciones Previas de los procesos de responsabilidad contable como orientadas al enjuiciamiento contable e integradas en sus juicios. Esta Sala de Justicia, en Auto de 26 de febrero de 2003, ha manifestado que las Actuaciones Previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable. Nos hallamos, por tanto, ante un cauce formal que por su finalidad, por el órgano que lo tramita y por el contexto procesal en que se desarrolla no puede identificarse de manera total con el procedimiento administrativo, de ahí que la aplicación supletoria, a las Actuaciones Previas de los procesos de la Jurisdicción contable, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sea posible sólo de forma matizada y no de forma general. Este criterio restrictivo aparece en resoluciones de esta Sala de Justicia como Auto de 25 de septiembre de 1998 o Auto de 8 de marzo de 2002 […]".*

Por lo expuesto, el primer motivo del recurso interpuesto por la representación procesal de Don P.G.M. ha de ser desestimado.

Igual suerte desestimatoria deben correr los otros dos motivos de este recurso. Conforme a sus propias rúbricas, "*Prescripción del reintegro del importe de 5.423,78 € no justificado supuestamente del periodo del 13 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015*" y "*Error en la imputación de gastos de los ejercicios 201 y 2017*", y de acuerdo con la fundamentación contenida en el cuerpo del escrito, **puede comprobarse que, de conformidad con lo razonado en el precedente**

fundamento de derecho cuarto, se trata de cuestiones no incardinables en los motivos tasados del recurso del 48.1 de la LFTCu y, por lo tanto, fuera de su ámbito de aplicación. A este respecto, la Sala ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que por medio del recurso que nos ocupa "*no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional*" y que **"*al amparo de este excepcional recurso no pueden plantearse cuestiones procesales o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia*"** (por todos, v. Autos 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre).

SEXTO.- Por otro lado, en cuanto a los recursos que, con un mismo contenido, han sido interpuestos, en su propio nombre y representación, por Doña S.C.F. y Don M.M.A., se fundamentan en un motivo único: que la Delegada Instructora no ha accedido a completar las diligencias con los extremos señalados por la recurrente y, por ello, se ha producido indefensión y vulneración del principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los extremos que los recurrentes señalaron a la Delegada Instructora a fin de completar las diligencias, por un lado, ponen de manifiesto que se solicitó que se oficiara a una entidad financiera ("Caja Rural de Gijón") a fin de que se certificara el saldo de una cuenta del Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento de Gijón, lo que no fue atendido por la Delegada Instructora; y, por otro lado, que se pidió certificación de la Secretaría General del Ayuntamiento sobre la fecha en que fueron depositadas las cuentas de dicho Grupo Municipal, lo que tampoco fue atendido por la Delegada Instructora.

Respecto de la primera de las solicitudes, en los recursos se precisa que la diligencia no fue admitida en base a que la Delegada Instructora contestó que *"no tiene competencia para realizar tal oficio",* lo que conllevó que la instrucción se resintiera de forma significativa y se produjera una clara indefensión. En cuanto a la segunda petición de certificación, los recurrentes alegan que "*esta diligencia tampoco fue aceptada por la Delegada Instructora al considerarla innecesaria, decisión con la que se discrepa por causar también indefensión, ya que determinar esa fecha exacta es fundamental de cara a perfilar la prescripción de dicho año.*"

En primer lugar, debe recordarse la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia:

> *"[…] las Actuaciones Previas no constituyen un procedimiento contradictorio, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable, ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos, o sobre su calificación jurídica, que en dichas actuaciones se examinan,* ***quedando excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben***

quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia. *Es en el trámite de liquidación provisional donde se prevé la citación de los intervinientes en las actuaciones previas para que asistan al acto de levantamiento del Acta del presunto alcance, y en ese momento, es dónde se ponen a disposición de aquellos el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado ha formado sobre el supuesto alcance y la supuesta responsabilidad, para que aporten las alegaciones y documentación que tengan por conveniente, pero, la defensa plena de sus derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que, necesariamente, sucede a las actuaciones previas. Es, pues, dentro del proceso ante el órgano jurisdiccional independiente, competente y establecido por la Ley, donde se van a desarrollar, con plenas garantías, las alegaciones y pruebas de las partes, y donde se va a dictar la resolución fundada que otorgue la efectiva tutela en el orden contable […]" (por todos, v. auto 11/2020, de 6 de julio; auto 7/2011, de 9 de mayo).*

En resumen, en la fase de actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional **queda excluida una actividad probatoria plena o de contradicción, actividad que quedará pospuesta al proceso jurisdiccional de primera instancia.** En el trámite de liquidación provisional se cita a los intervinientes en las actuaciones previas para que asistan al acto de levantamiento del acta del presunto alcance y, en ese momento, se pone a disposición de aquellos el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado Instructor ha formado, de manera previa y provisional, sobre el supuesto alcance y la supuesta responsabilidad a fin de que esos intervinientes puedan realizar las alegaciones y aportar la documentación que tengan por conveniente, pero la defensa plena de sus derechos sólo se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que, en su caso, sucede a las actuaciones previas. Y será en ese proceso ante el órgano jurisdiccional independiente, competente y establecido por la Ley, cuando se podrán desarrollar, con plenas garantías, las alegaciones y pruebas de las partes, y se dictará finalmente la resolución fundada que otorgue la efectiva tutela en el orden jurisdiccional contable.

Entrando a analizar la respuesta ofrecida por la Delegada Instructora a las peticiones de los recurrentes en orden a completar las diligencias con la práctica de los referidos oficios a la "Caja Rural de Gijón" y la Secretaría General del Ayuntamiento, **debe concluirse que cumplen plenamente los requisitos de motivación que viene estableciendo reiteradamente la doctrina de esta Sala de Justicia (v. Autos 7/2018, de 28 de febrero; 3/2017, de 24 de abril; 9/2016, de 19 de abril; 3/1997, de 11 de febrero),** con apoyo en la jurisprudencia constitucional y en la del Tribunal Supremo, *"la motivación de las actas de liquidación provisional no requiere la consideración minuciosa de todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes (STC 70/91, de 8 de abril y STS de 22 de mayo de 1996),* ***ni exige una respuesta pormenorizada a todas las alegaciones de las***

partes, bastando que el órgano decisor exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión (STC 144/91, de 1 de julio)".

En efecto, frente a la solicitud de oficiar a la "Caja Rural de Gijón", la Delegada Instructora la rechazó exponiendo que: "*Esta Instrucción Delegada no tiene competencia para realizar tal oficio a una entidad financiera como es la Caja Rural de Gijón*". Y, en cuanto a la petición de la práctica del oficio que debía remitirse a la Secretaría General del Ayuntamiento, la Delegada Instructora la rechazó igualmente por los siguientes motivos: "*No se considera necesario tal oficio, puesto que se encuentra incorporada al expediente una Certificación de la Interventora General del Ayuntamiento de Gijón que señala que tales cuentas fueron depositadas en la Secretaría General del Pleno municipal en el ejercicio 2016. Asimismo, la justificación presentada se consideró por la Interventora insuficiente, lo que dio lugar a posteriores informes reclamando la justificación necesaria de los gastos realizados por el grupo municipal popular, tal y como se refleja en este Acta*". Además de lo anterior, la Delegada Instructora añadió, con carácter general, que "*tales requerimientos no afectan al presunto alcance determinado en esta instrucción ya que la causa del mismo es la falta de reintegro de las cantidades que quedaron como remanente en los ejercicios 2015 y 2017, como ya se ha señalado*".

Ciertamente, la LFTCu no impide que el sujeto pasivo de la investigación solicite al Delegado Instructor las diligencias de investigación que considere oportunas, correspondiendo a éste decidir sobre dicha solicitud. **Ahora bien, una cosa es que en las Actuaciones Previas no esté excluida la práctica de diligencias propuestas por los interesados y otra muy diferente que el Delegado Instructor esté obligado siempre y en todo caso a ordenar la práctica de cuantas diligencias soliciten dichos interesados.**

Debe también considerarse la consolidada doctrina jurisprudencial que viene estableciendo la Sala de Justicia sobre esta cuestión. Así, en relación con la denegación por el Delegado Instructor de diligencias solicitadas por los interesados, existen abundantes resoluciones de esta Sala de Justicia que pueden resumirse, con cita del Auto núm. 7/2018, de 28 de febrero de 2018- en idéntico sentido, también se ha pronunciado el reciente Auto 13/2021, de 21 de abril de 2021-, en los siguientes términos literales:

"[…] En relación con esto último, por el contrario, la doctrina de esta Sala de Justicia, expresada en numerosísimas ocasiones (entre otras, en los Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 28/2011, de 18 de diciembre; 22/2011, de 27 de septiembre; 13/2011, de 20 de julio; 36/2008, de 14 de diciembre; 8/2008, de 31 de marzo; 6/2008, de 4 de marzo; 5/2008, de 4 de marzo; 51/2007, de 21 de octubre y 49/2007, de 16 de octubre), es que los Delegados Instructores no tienen

por qué realizar todas las diligencias que los intervinientes en las Actuaciones Previas les propongan ***si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y de su imputación, y que las diligencias que debe practicar el órgano instructor no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal.***

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

En este sentido, ha precisado también esta Sala que ***no ha de confundirse la expresión "diligencia" a la que se refiere el artículo 48 de la LFTCU, con la de "prueba de parte",*** *ya que, cuando declara este precepto que es viable recurrir siempre que no se haya accedido "a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren", se debe entender que* ***prosperará ese motivo cuando sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto, enlazando con la posible indefensión, hecho que es compatible con no ahondar en exceso en todos los extremos que se aleguen si, con lo ya verificado o diligenciado, no se suscitan elementos relevantes para considerar otras líneas nuevas de investigación, y máxime si se asume el carácter provisional e indiciario que adquiere esta primera fase, a expensas de que se aporten otros elementos y se evalúen con mayor rigor en fases posteriores.*** *Así pues, el término "diligencias", que en dicho precepto se utiliza, debe entenderse como "actuaciones de investigación en su conjunto" y no como cada uno de los documentos o actividades concretas que reclaman quienes intervienen en las Actuaciones Previas (Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 16/2014, de 28 de octubre; 10/2013, de 11 de abril; 20/2005, de 22 de septiembre y 19/2004, de 27 de octubre).*

En la misma línea, se ha afirmado también por la Sala que las diligencias que debe practicar el delegado instructor están limitadas por el propio objetivo que les atribuye el legislador, ***no pudiendo llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la ley prevé para la primera instancia procesal.*** *El delegado instructor deberá realizar cuantas diligencias sean, a su juicio, necesarias para determinar, siempre con carácter previo y provisional, los hechos de que se trate y si estima que de los mismos se*

desprenden indicios racionales de responsabilidad contable por alcance, proceder a la cuantificación y a la fijación de los presuntos responsables bastando que a juicio del Instructor los hechos investigados se muestren en un grado razonable para tener cumplida su misión (Autos 21/2015, de 23 de julio; 9/2015, de 13 de abril; 5/2015, de 3 de marzo; 7/2010, de 9 de marzo y 34/2008, de 2 de diciembre, entre otras) […]".

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa conduce a la desestimación de los recursos formulados por Doña S.C.F. y Don M.M.A., ya que, a los efectos del enjuiciamiento previo y provisional sobre la responsabilidad contable propio de la fase de actuaciones previas del artículo 47 de la LFTCu, la documentación obrante en el expediente resultaba apta y suficiente para practicar la Liquidación Provisional de la responsabilidad contable de los recurrentes, **no siendo necesario, en el marco de las referidas Actuaciones Previas n.º 1004/22, y a los efectos propios de completar la realización de las mismas, que se practicasen las diligencias adicionales solicitadas por ellos, conforme razonó de manera motivada la Delegada Instructora en los términos literales trascritos *ut supra*.**

No existe en el presente caso la *"notable"* ausencia de investigación o de aportación de datos básicos que, conforme a la doctrina de esta Sala, sería necesaria para que pudiera prosperar el motivo de impugnación que nos ocupa, sino que, por el contrario, la totalidad de los documentos obrantes en las Diligencias Preliminares y en las Actuaciones Previas (v. Hecho Sexto, pág. 3, y Consideración Tercera, pág. 8 y ss., del Acta de Liquidación Provisional) proporcionan suficiente base al juicio indiciario y provisional que legalmente corresponde al Delegado Instructor.

Y, en cualquier caso, la desestimación de este motivo de impugnación no significa negar el derecho de los recurrentes a proponer cuantas pruebas estimen necesarias y pertinentes para su defensa, sino únicamente que el ejercicio del derecho a la prueba ha de realizarse en el momento procesal oportuno y conforme a lo establecido en las normas procesales aplicables; esto es, en los procesos sobre responsabilidad contable, en los que dicho derecho se despliega con plenitud una vez que, concluida la fase de actuaciones previas, se inician las actuaciones propiamente jurisdiccionales, tras la presentación de la correspondiente demanda. De esta forma, si llegara a presentarse demanda de responsabilidad contable contra los ahora recurrentes, podrán éstos proponer cuantas pruebas estimen necesarias y pertinentes para la mejor defensa de sus derechos, sin más límites que los establecidos con carácter general para la admisibilidad de los medios de prueba en los procesos jurisdiccionales.

Por lo demás, debe concluirse añadiendo que, por un lado, la petición de completar las diligencias con la práctica de los referidos oficios a la "Caja Rural de Gijón" y la Secretaría General del Ayuntamiento fue realizada **por quienes tenían acceso a los**

propios datos pedidos, como se demuestra por la efectiva incorporación de la certificación de la entidad financiera con el presente recurso, por lo que difícilmente se les pudo generar la indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución. Y, por otro lado, los recurrentes **no comparecieron al acto de liquidación provisional** a fin de poder realizar las correspondientes alegaciones y aportar documentos y demás elementos de juicio. Precisamente, la relevancia del acto de la liquidación provisional a dichos efectos ha sido puesta de manifiesto por diferentes resoluciones de esta Sala de Justicia como el Auto núm. 8/2021, de fecha 21 de abril de 2021, que viene a reproducir el criterio recogido en otros anteriores (Auto núm. 11/ 2020, de fecha 6 de julio de 2020; núm. 24/ 2015, de fecha 16 de septiembre de 2015; núm. 16/ 2014, de fecha 28 de octubre de 2014), pronunciándose de la siguiente manera:

"[…] Es, precisamente, en el trámite de liquidación provisional, donde se prevé la citación de los intervinientes en las actuaciones previas para que asistan al acto de liquidación provisional del presunto alcance. ***En ese momento, han de ponerse a disposición de aquellos el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado Instructor ha formado sobre el supuesto alcance y la supuesta responsabilidad para que éstos aporten las alegaciones y documentación que tengan por conveniente,*** *pero bien entendido que la defensa plena de sus derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que necesariamente sucede a las actuaciones previas. […]*

En definitiva, en las actuaciones previas la liquidación provisional es el trámite en el que los intervinientes, previamente citados, pueden alegar y aportar lo que tengan por conveniente, sin perjuicio, claro está, de las alegaciones y pruebas que puedan y deban efectuar y aportar en el ámbito del ulterior proceso jurisdiccional.

En definitiva, y de acuerdo con todos los razonamientos expuestos, procede la desestimación de los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la representación procesal de Don P.G.M.; por Doña S.C.F.; y por Don M.M.A. En cuanto a las costas, no se aprecian circunstancias que aconsejen su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado contra las actuaciones previas a la vía jurisdiccional, previsto en el artículo 48 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Procurador don Gabriel de Diego Quevedo, actuando en nombre y representación de

Don P.G.M.; por Doña S.C.F., en su propio nombre y representación; y por Don M.M.A., en su propio nombre y representación, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas dictadas con fecha 19 de diciembre de 2022 en las Actuaciones Previas nº 1004/22. Sin costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución no cabe recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 7/2023, de 9 de mayo. Recurso de apelación n.º 21/22, interpuesto contra el Auto de 8 de abril de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en la Acción Pública n.º C-5/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las alegaciones de las partes, la Sala comienza por examinar si se ha producido o no la incongruencia omisiva que plantea la apelante.

Y estima que el Auto recurrido sí ha incurrido en incongruencia omisiva, conforme a los términos recogidos en la doctrina de la Sala de Justicia, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en cuanto a la presunta irregularidad consistente en la ausencia de ingresos relativos a los suministros de agua y luz, así como en relación con la presunta irregularidad consistente en el pago injustificado en concepto de ferias y otros eventos.

El artículo 238, 3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial-LOPJ dispone que: "*Los autos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa*, *haya podido producirse indefensión*".

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el precitado artículo, habiéndose generado indefensión como consecuencia de la incongruencia omisiva debe procederse a la anulación parcial del Auto apelado y remitir nuevamente las actuaciones al Consejero para que se pronuncie sobre las dos pretensiones que no fueron examinadas en la instancia.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 7/2023

ASUNTO: Recurso de apelación n.º 21/22, interpuesto contra el Auto de 8 de abril de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento en la Acción Pública n.º C-5/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

SALA DE JUSTICIA
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.- Consejera.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente:

AUTO

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme queda indicado en el margen, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 8 de abril de 2022, dictado por el Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Fernández en la Acción Pública n.º C-5/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante.

Han sido partes en el presente recurso, como apelante, Doña S.G.D., representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Lozano Moreno; y, como apelados, el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Gorga, representado por el Letrado don Josep Ortiz Ballester.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Dª. Elena Hernáez Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2022, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto en la Acción Pública n.º C-5/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante, en cuya parte dispositiva se resolvía lo siguiente:

> "*ÚNICA-. Acuerdo archivar las actuaciones que fueron turnadas a este Departamento como Acción Pública n.º C5/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante, al no haberse apreciado supuesto alguno de responsabilidad contable por alcance".*

SEGUNDO.- Por medio de escrito presentado el 6 de mayo de 2022, se interpuso por la representación procesal de Doña S.G.D. recurso de apelación contra el Auto de fecha 8 de abril de 2022.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 12 de mayo de 2022, se acordó admitir la apelación presentada y dar traslado de la misma al resto de las partes, a efectos de que en el plazo de quince días pudiesen presentar sus escritos de oposición.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación, mediante Informe recibido el 30 de mayo de 2022, en el que se pedía la desestimación del mismo y la confirmación del Auto recurrido.

QUINTO.- El Ayuntamiento de Gorga se opuso a la apelación presentada, mediante escrito recibido el 8 de junio de 2022, pidiendo también la inadmisión de la documental aportada junto con el recurso de apelación.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación de 16 de junio de 2022, se acordó elevar los autos a la Sala de Justicia y emplazar a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, bajo apercibimiento de declarar, en su caso, desierto el recurso y firme la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal presentó su escrito de personación el 20 de junio de 2022.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de 29 de junio de 2022, la Letrada Secretaria de la Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala, numerado como 21/22, y nombrar ponente siguiendo el turno establecido a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas doña Elena Hernáez Salguero.

NOVENO.- La representación procesal de Doña S.G.D. se personó ante la Sala de Justicia por medio de escrito recibido el 4 de julio de 2022.

DÉCIMO.- Por medio de Auto de la Sala de Justicia, de fecha 7 de noviembre de 2022, se acordó inadmitir los documentos aportados por la representación procesal de Doña S.G.D. junto a su escrito de apelación, y tener por apartado al Ayuntamiento de Gorga del recurso de apelación.

DECIMOPRIMERO.- Mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2022, la representación procesal del Ayuntamiento de Gorga solicitó que se le tuviese por personado al amparo del artículo 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa- LJCA.

DECIMOSEGUNDO.- Por medio de escrito presentado el 15 de noviembre de 2022, se interpuso por la representación procesal de la apelante recurso de reposición contra el citado Auto de fecha 7 de noviembre de 2022.

DECIMOTERCERO.- Mediante Providencia de 21 de noviembre de 2022, se acordó tener por personado al Ayuntamiento de Gorga, de conformidad con el artículo 128.1 de la LJCA y, en segundo lugar, inadmitir el documento aportado por dicha representación procesal junto a su escrito de oposición a la apelación.

DECIMOCUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 29 de noviembre de 2022, se dio traslado a las demás partes del recurso de reposición presentado por la apelante contra el Auto de 7 de noviembre de 2022, a efectos de que pudiesen impugnarlo en el plazo común de cinco días.

DECIMOQUINTO.- Mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 2022, la representación del Ayuntamiento de Gorga interpuso recurso de reposición contra la inadmisión del documento presentado con su escrito de oposición, que fue ordenada por la citada Providencia de 21 de noviembre de 2022. De dicho recurso de reposición se dio traslado a las demás partes, mediante Diligencia de Ordenación de 30 de noviembre de 2022, a fin de que pudiesen impugnarlo en el plazo común de cinco días.

DECIMOSEXTO.- Evacuados los trámites de impugnación de los correspondientes recursos de reposición, por medio de Auto de fecha 3 de febrero de 2022, se desestimaron tanto el recurso de reposición presentado por la representación procesal del Ayuntamiento de Gorga contra la Providencia de 21 de noviembre de 2022, como el recurso de reposición interpuesto por la apelante contra el Auto de fecha 7 de noviembre de 2022.

DECIMOSÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 8 de febrero de 2022, se acordó el pase de los autos a la Consejera ponente para preparar la correspondiente resolución.

DECIMOCTAVO.- Por providencia de fecha 26 de abril de 2023, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto el día 8 de mayo de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

DECIMONOVENO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña S.G.D. es de carácter parcial. Esto es, en el mismo sólo se impugnan determinados pronunciamientos del Auto de fecha 8 de abril de 2022; concretamente, se impugna el archivo acordado por el Consejero de instancia en relación con las cuatro siguientes presuntas irregularidades denunciadas por la Actora Pública: 1) las presuntas irregularidades derivadas del despido de un auxiliar administrativo del Ayuntamiento; 2) las presuntas irregularidades referentes al arrendamiento del "B.J."; 3) las presuntas irregularidades referentes a la subvención otorgada para la organización de la "Feria comercial 2020"; y 4) las presuntas irregularidades referentes a la falta de respuesta por parte de la Corporación a las peticiones de información sobre las Cuentas del Ayuntamiento realizadas por la apelante.

La parte apelante comienza su recurso impugnando la decisión adoptada por el Auto de fecha 8 de abril de 2022 respecto de las presuntas irregularidades derivadas del **despido de un auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Gorga (Alegación Segunda del escrito de recurso),** señalando que se efectuó por razones políticas, como habría declarado la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Alicante, de fecha 7 de mayo de 2012, que lo declaró nulo, de tal manera que dicho despido habría ocasionado un perjuicio para los fondos municipales derivado del pago de los salarios de tramitación y de los gastos laborales asimilados, sin que hubiera una prestación de servicios efectiva por parte del trabajador.

A continuación, la apelante se refiere a las presuntas irregularidades relativas a **la renta del arrendamiento del "B.J." (Alegación Tercera del escrito de recurso).** En este sentido, tras reconocer que el Ayuntamiento aportó en la instancia una copia del contrato de arrendamiento y documentación acreditativa de haberse reclamado por la Corporación las rentas correspondientes a los meses de febrero, noviembre y diciembre de 2021, la apelante denuncia que el Auto apelado se aleja de la cuestión planteada en la instancia y añade, **en primer lugar,** que las rentas satisfechas por dicho arrendamiento, antes de la celebración del contrato, ascendían a 4.223 euros; **cantidad esta que fue reducida a 3.847,80 euros en 2016 y a 1.005 euros en 2017,** quedando muy por debajo del precio de mercado para arrendamientos de similares

características, y produciendo un notorio impacto negativo en los fondos municipales.

Además de lo anterior, la apelante alega que en su denuncia inicial se hizo referencia a otra presunta irregularidad consistente en **la ausencia de ingresos relativos a los suministros de agua y luz del "B.J." (Alegación Cuarta del escrito de recurso)**, los cuales no aparecerían reflejados en la contabilidad del Ayuntamiento. Precisa que el Ayuntamiento pagaba los servicios a las compañías suministradoras y, posteriormente, le eran satisfechos por el arrendatario: en parte mediante transferencia y en parte mediante dinero efectivo. Añade que, sin embargo, sólo una parte de lo abonado por el Ayuntamiento a las compañías suministradoras se ingresaba finalmente en las arcas municipales; la otra parte que se pagaba en mano pasaba a constituir un "*depósito en efectivo"* a disposición del Alcalde y de sus Concejales para gastarlo en lo que tuvieran por conveniente, con el consiguiente daño en los caudales municipales.

La tercera presunta irregularidad denunciada que, a juicio de la apelante, habría sido indebidamente archivada sería la relativa a **la subvención concedida por la Diputación Provincial de Alicante al Ayuntamiento de Gorga para la organización de la "Feria comercial 2020" (Alegación Quinta del escrito de recurso).** Alega que, si bien el Auto impugnado declaró la inexistencia manifiesta de alcance por cuanto la Corporación presentó la documentación acreditativa de la renuncia a la citada subvención, **en el estado de liquidación del presupuesto de gastos del Ayuntamiento figura que se realizó un pago en el año 2020, por importe de 7.084,57 euros, y en concepto de "*Comercio/Trab. otras emp: Real. ferias y otros eventos*";** "*actividades que se refieren claramente a la feria en cuestión y que por razones de pandemia no pudieron realizarse, dado que se hallaban prohibidas*". A juicio de la apelante, dicho pago, declarado y recogido en la contabilidad municipal, carecería de justificación y constituiría un menoscabo en los fondos del Ayuntamiento.

Finalmente, la apelante también denunció en la instancia que **el Ayuntamiento no había proporcionado la información solicitada sobre ciertos aspectos de las cuentas municipales (Alegación Sexta del escrito de recurso).** El Auto apelado rechazó que la negativa del Ayuntamiento a proporcionar dicha información fuera un supuesto de daño en los caudales municipales. La recurrente alega en esta segunda instancia que "*el propio hecho de la ocultación conlleva una ocultación de caudales o malversación de los mismos",* a lo que añade que "*si bien el demandado ha aportado documentación de las demás cuestiones debatidas, no ha hecho lo mismo en este punto, lo cual es más que sorprendente y digno de sospecha*". Finalmente, cita la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 9 de diciembre de 1995, en la que se equipara la negativa a facilitar a unos concejales la información

necesaria para el ejercicio de sus funciones con una lesión del artículo 23 de la Constitución.

El recurso finaliza impugnando el Auto de 8 de abril de 2022 por haber incurrido en incongruencia omisiva, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 495/2015, de 29 de junio y 1100/2011, de 27 de octubre (Alegaciones Séptima y Octava del escrito de recurso), insistiendo en que **en el Auto apelado se ha omitido el pronunciamiento sobre el presunto alcance causado a los fondos municipales como consecuencia de las siguientes presuntas irregularidades denunciadas por la Sra. G.D.:** gastos injustificados derivados del despido nulo del auxiliar administrativo; reducción injustificada de la renta de arrendamiento del "B.J.", y ausencia de ingresos por los pagos de los suministros de agua y luz de dicho establecimiento, que habrían sido asumidos por el propio Ayuntamiento; existencia de un pago injustificado, por importe de 7.084,57 euros y en concepto de "*Comercio/Trab. otras emp: Real. ferias y otros eventos*", que estaba declarado y recogido en la contabilidad municipal, y que se realizó en el año 2020 cuando tales actividades estaban prohibidas.

Y, de acuerdo con todas las alegaciones descritas *ut supra,* la representación procesal de Doña S.G.D. pide que se *"estime el recurso de apelación en su totalidad y se acuerde la continuación del procedimiento y la fiscalización de las cuentas del Ayuntamiento de Gorga, apreciando la responsabilidad contable del mismo".*

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación manifestando que los hechos denunciados en el procedimiento de Acción Pública no constituían alcance, y que, una vez examinadas las alegaciones del apelante, sólo se puede concluir que no existe soporte documental suficiente que permita entender mínimamente acreditada la causación de perjuicios en los fondos municipales por cuanto los hechos supuestamente irregulares habrían sido justificados por la documentación presentada por el Ayuntamiento. Si bien el Ministerio Público reconoce la existencia de irregularidades formales en la gestión económica del Ayuntamiento, considera que, por sí mismas, no dan lugar a responsabilidad contable. Finalmente, añade que la propia apelante pone en duda la existencia y la cuantía del perjuicio presuntamente causado al solicitar tanto en su denuncia original, como en el suplico del recurso de apelación, que se lleve a cabo una fiscalización de las cuentas del Ayuntamiento. Por todo lo anterior, solicita la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido.

TERCERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Gorga se opuso al recurso precisando, a modo introductorio, que la apelación se refiere únicamente al archivo por el Auto recurrido de cuatro de los supuestos denunciados, por lo que debe entenderse que la apelante habría desistido a recurrir el archivo de todas las demás presuntas irregularidades denunciadas.

Como primera alegación de oposición a la apelación se plantea **la existencia de *mutatio libelli***, razonando que la apelante estaría planteando en fase de recurso de apelación cuestiones de hecho y de derecho que no se habrían planteado en la instancia, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil- LEC.

Posteriormente, y en íntima conexión con la alegación anterior, se precisa que **el Auto de 8 de abril de 2022 no habría incurrido en ningún tipo de incongruencia omisiva** porque, o bien la resolución recurrida ha dado cumplida respuesta a las cuestiones planteadas en la instancia, o bien la cuestión discutida por la apelante en el presente recurso no se planteó en la instancia.

En desarrollo de las anteriores alegaciones genéricas, la representación procesal del Ayuntamiento de Gorga entra a analizar cada de una de las alegaciones planteadas en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña S.G.D., comenzando por las presuntas irregularidades derivadas del **despido de un auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Gorga.** En este punto la oposición se fundamenta en que la apelante estaría planteando **una cuestión nueva** en esta segunda instancia por cuanto lo que se había denunciado en el procedimiento de la Acción Pública n.º C-5/22 era que se desconocía cómo se había pagado la indemnización del trabajador, **mientras que en la apelación la irregularidad denunciada consistiría en que el despido se tradujo en un notable coste para los fondos municipales derivado del pago de los salarios de tramitación y de los gastos laborales asimilados, sin una prestación de servicios efectiva por dicho trabajador**. Además de lo anterior, añade que el motivo debería ser desestimado en todo caso, ya que se habría producido la prescripción de la acción de responsabilidad contable y, además, la apelante no explica cómo el pago de los salarios de tramitación podría constituir un alcance contable.

En segundo lugar, en cuanto a la alegación de la apelante relativa a las presuntas irregularidades derivadas del **pago de la renta del arrendamiento del "B.J.**", se pide la desestimación por los mismos fundamentos que el supuesto anterior. En este sentido, precisa que, mientras que inicialmente se habría denunciado la existencia de irregularidades en la forma del cobro y la falta de una copia del contrato que permitiese comprobar que la ejecución del contrato se ajustaba al mismo, posteriormente, en fase de apelación, **se plantean hechos y cuestiones nuevas:** concretamente, la presunta reducción que habría experimentado la renta respecto de lo pagado en los años anteriores a la celebración del contrato, así como la también presunta falta ingresos por los pagos de los suministros de agua y de la luz del "B.J.", que habría asumido el propio Ayuntamiento.

Por otro lado, en relación con la alegación del recurso de apelación relativa a las presuntas irregularidades derivadas de **la subvención concedida por la Diputación**

Provincial de Alicante al Ayuntamiento de Gorga para la organización de la "Feria comercial 2020", la representación procesal del Ayuntamiento alega que, al igual que en los otros dos casos anteriores, debería ser desestimada por incurrir en **otro caso claro de *mutatio libelli.*** A su juicio, mientras en la denuncia original se habría hecho constar que la subvención de la Diputación de Alicante se cobró pese a que la feria en cuestión no llegó a celebrarse, posteriormente, **en fase de apelación se ha añadido la referencia a la existencia de una cuestión nueva:** que se efectuó un presunto pago injustificado, por importe de 7.084,57 euros y en concepto de "*Comercio/Trab. otras emp: Real. ferias y otros eventos*", que estaba declarado y recogido en la contabilidad municipal, y que se realizó en el año 2020 cuando tales actividades estaban prohibidas.

Finalmente, en relación con la última alegación de la apelante, referente a que **el Ayuntamiento no había proporcionado la información solicitada sobre ciertos aspectos de las cuentas municipales,** se pide la desestimación al entender que la resolución da cumplida respuesta a la cuestión planteada por cuanto en el recurso no se rebaten los motivos del Auto impugnado, limitándose a afirmar que el tribunal concluye que no hay responsabilidad contable sin prueba de ningún tipo al respecto, cuando debería haber sido la denunciante quien acreditara una mínima apariencia de dicha responsabilidad. Acaba señalando que la sentencia del Tribunal Supremo que cita la apelante no guarda relación alguna con la responsabilidad contable.

Finalmente, la representación procesal del Ayuntamiento de Gorga añade que en ninguno de los cuatro supuestos a los que se ha limitado el objeto del recurso de apelación interpuesto por la Actora Pública existe indicios de responsabilidad contable.

A su juicio, tras examinar la posible concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad contable en cada uno de ellos, concluye que, en el caso de las rentas del "B.J." consta el cobro tanto de la renta por alquiler como de los suministros de agua y luz; y que, en relación con las cantidades no satisfechas, el Ayuntamiento no las habría dejado prescribir, sino que habría exigido su pago, por lo que no habría indicio alguno de posible daño en los caudales municipales. En el caso del gasto de la "Feria comercial 2020", habría quedado acreditado que no se hizo ningún pago relacionado con la misma. Lo mismo ocurriría con el supuesto de la falta de información sobre las Cuentas Generales del Ayuntamiento, ya que de este hecho no se desprende indicio alguno de responsabilidad contable. Y, finalmente, lo mismo debería concluirse en relación con el supuesto relativo al pago del finiquito del trabajador municipal tras su baja voluntaria, dejando al margen el hecho de que, además, se produjo en el año 2012.

CUARTO.- A la vista del contenido del recurso de apelación y de las alegaciones contenidas en los escritos de oposición al mismo, antes de entrar a analizar si existen

indicios de responsabilidad contable en las cuatro presuntas irregularidades archivadas por el Auto recurrido a las que concretamente se refiere la apelante en su escrito de recurso, **deben analizarse, con carácter previo, las cuestiones de tipo procesal que se han planteado en la tramitación del presente recurso de apelación N.º 21/22 .**

En consecuencia, debe comenzarse por examinar si en el supuesto objeto del presente recurso se ha producido, o no, la incongruencia omisiva que plantea la apelante, y la *mutatio libelli* que ha sido alegada por la representación procesal del Ayuntamiento de Gorga.

En primer lugar, a la hora de analizar **el concepto de incongruencia omisiva,** debe partirse de la doctrina consolidada de esta Sala de Justicia, pudiendo hacerse referencia, por todas, a las Sentencias n.º 4/2022, de 13 de mayo y n.º 7/2018, de 30 de mayo, que se pronuncian en los siguientes términos literales:

"[…] Se considera que las sentencias incurren en incongruencia cuando se produce una descoordinación, un desajuste o ausencia de relación lógica entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, bien sea porque no se resuelven todas las cuestiones planteadas en el juicio, bien porque se extralimite el contenido de la decisión, aludiendo a cuestiones que no han sido objeto de debate. ***A efectos de la determinación de la congruencia, lo decisivo es la correlación entre las pretensiones y resistencias de las partes, que tienen reflejo en el "suplico" de los escritos de demanda y contestación, y el fallo o parte dispositiva de la sentencia.***

Así lo ha mantenido esta Sala en múltiples ocasiones, de la que es ejemplo la Sentencia nº 7/2018, de 30 de mayo), acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que sirve como ejemplo la de 14 de octubre de 2008, rec. 126/2005, sala tercera, cuando manifiesta lo siguiente:

«Importa señalar que como han reiterado múltiples Sentencias de esta Sala, se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda- incongruencia omisiva o por defecto- como cuando resuelve ultra petita partium [más allá de las peticiones de las partes] sobre pretensiones no formuladas- incongruencia positiva o por exceso; y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium [fuera de las peticiones de las partes] sobre cuestiones diferentes a las planteadas- incongruencia mixta o por desviación (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002). No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso. Según la jurisprudencia la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre

el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad -de suficiente entidad y sustantividad- esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v. gr., sentencia de 8 de abril de 1996).

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia se halla recogida, a partir de las sentencias 177/1985, de 18 de diciembre, y 28/1987, de 5 de marzo, entre las más recientes, en las sentencias 28/2002, de 11 de febrero, 33/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico 4, 35/2002, de 11 de febrero, 135/2002, de 3 de junio, fundamento jurídico 2, 141/2002, de 17 de junio, fundamento jurídico 3, 170/2002, de 30 de septiembre, fundamento jurídico 2, 186/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 3, 6/2003, de 20 de enero, fundamento jurídico 2, 39/2003, de 27 de febrero, fundamento jurídico 3, 45/2003, de 3 de marzo, fundamento jurídico 3 y 91/2003, de 19 de mayo, fundamento jurídico 2. ***Con arreglo a esta doctrina, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.***

Del mismo modo, con carácter genérico y por lo que se refiere a la falta de motivación de la Sentencia, ha de precisarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han señalado en innumerables resoluciones que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del art. 24.2 CE (RCL 1978\2836), 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 (SSTC 196/1988, de 24 de octubre; 215/1998, de 11 de noviembre; 68/2002, 21 de marzo; 128/2002, de 3 de junio; 119/2003, de 16 de junio)».

Y, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia de la Sala de Justicia n.º 7/2018, de 30 de mayo, se afirma lo siguiente:

"[…] ***Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 29/1999 y 17/2000) que el vicio de incongruencia,*** *entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido,* ***puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurra la controversia procesal.*** *De ahí que se venga sosteniendo que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos -causa de pedir y petitum-, y en relación a estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión.*

Para que la incongruencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva debe constituir ***una desviación del "thema decidendi" de tal importancia que suponga una completa modificación de los límites o fines en que se produce el debate contradictorio.*** *Ahora bien, nada impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, conforme al principio "iura novit curia", los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas par las partes. Por tanto, la parte dispositiva de la Sentencia, para ser congruente, debe adecuarse a la causa de pedir y al resultado que la parte pretende conseguir a consecuencia del pleito*

El principio de congruencia, sin perjuicio de encontrarse expresamente recogido en el artículo 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), es recogido, asimismo, en el artículo 60.1 de la LFTCu, al disponer dicho precepto que la jurisdicción contable juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones de las mismas. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 71.3ª de la precitada Ley, dispone que la Sentencia debe decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimar o desestimar, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable.

Se alude a la incongruencia omisiva, cuando la sentencia evita pronunciarse sobre cuestiones que hayan sido debatidas en el juicio. El tipo de incongruencia omisiva existe, según ha señalado el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 34/2000) ***cuando "se guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, causando indefensión, ya que no se***

resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso". *Sin embargo, no todos los casos de ausencia de respuesta judicial expresa producen una indefensión constitucionalmente relevante.*

Para el Tribunal Constitucional (Sentencia 85/2000) es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones, y éstas en sí mismas consideradas. En cuanto a las primeras no sería necesario una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. De ahí que no toda omisión de pronunciamiento sobre temas del juicio genere incongruencia, porque ***la sentencia satisface las exigencias de coherencia cuando da respuesta razonada a las pretensiones de las partes, aunque no contenga un razonamiento autónomo y específico de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten […]".***

En definitiva, de acuerdo con la precitada doctrina, **la incongruencia omisiva implica un total silencio en el pronunciamiento judicial en relación con las peticiones de las partes,** de tal manera que, a efectos de su determinación, resulta decisiva la correlación entre las pretensiones y resistencias de las partes, que tienen reflejo en el "suplico" de los escritos que hubiesen presentado (demanda, contestación, recurso, oposición al recurso…), y el fallo o parte dispositiva de la Sentencia. En todo caso, **la incongruencia omisiva supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que genera indefensión en la parte cuyas pretensiones han sido ignoradas.**

QUINTO.- Por otro lado, respecto de **la prohibición de la *mutatio libelli,*** la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ya tuvo ocasión de pronunciarse en la Sentencia n.º 3/2018, de 22 de marzo, que con cita de diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronuncia en los siguientes términos literales:

"[…] En opinión de dicha representación procesal, los actores formulan en segunda instancia una reclamación que no habían planteado en la instancia anterior, provocando una situación de "mutatio libelli", generadora de indefensión para la parte afectada.

Sobre este particular debe la Sala indicar que el artículo 456.1 de la Ley Procesal Civil efectivamente conecta la actuación de la segunda instancia con la revisión de los hechos y fundamentos de derecho debatidos en la primera. Por su parte, el artículo 412.1 de esa misma Ley establece con criterio restrictivo las excepciones a la prohibición de la posibilidad de alterar las pretensiones procesales establecidas en la demanda y en las contestaciones.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de julio de 2010, manifiesta que:

"En cuanto ***al tema novedoso, sobre el que no se suscitó discusión en la instancia y sobre el que, en consecuencia el tribunal a quo no se pronunció, no puede sustentar un motivo de casación…hemos negado la posibilidad de que en casación se introduzcan puntos de debate que no fueran promovidos ante los jueces a quo…de admitirse en esta sede el planteamiento de temas inéditos, se provocaría una mutatio libelli susceptible de afectar al derecho de defensa de la parte…con riesgo evidente de infracción del artículo 24.1 de la Constitución, en el supuesto de que, sin las posibilidades de alegación y de prueba propias de la instancia, se examinara y decidiera un tema sobrevenido que asoma al debate por la puerta falsa del recurso de casación, cuyas herramientas de defensa son más limitadas****."*

En esa misma línea la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de mayo de 2011, indica que "el desajuste entre la fundamentación jurídica aducida en la instancia y el motivo de casación, introduce una cuestión nueva e incurre en mutatio libelli".

El propio Tribunal Supremo, nuevamente a través de su Sala Tercera, pero en Sentencia de 16 de septiembre de 2011, es concluyente cuando afirma que: "Queda vedado un motivo casacional que…suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la Sentencia recurrida…porque la mutatio libelli afectaría al mismo derecho de defensa del recurrido (artículo 24.1 de la Constitución), en el supuesto de que, sin las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia, se entendiera admisible el examen y decisión de una cuestión sobrevenida a través del recurso de casación con las limitaciones que comporta su régimen respecto a dichos medios de defensa".

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la casación se considera por esta Sala de Justicia plenamente aplicable a la apelación de los procesos de responsabilidad contable.

Así, en Sentencia 6/2006 de 4 de abril, la aludida Sala, tras afirmar que el artículo 24 de la Constitución se conculcaría si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, añade que la formulación en la apelación de una nueva pretensión o de una alteración sustancial de la misma está vedado por los artículos 33.1 y 56.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como por el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el artículo 60.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. *En*

*esa misma Sentencia, esta Sala de Justicia concluye que: "…la formulación de alegaciones nuevas ya en fase de apelación supone la violación del principio pendente apellatione nihil innovetur…**no pueden tenerse en cuenta** a fin de decidir sobre ellas las pretensiones formuladas por primera vez en la segunda instancia, pues el recurso de apelación, aunque permite al tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, sino que el juez superior deberá emitir un nuevo juicio a la vista de los hechos alegados en la primera instancia y sin que se modifique en la apelación el petitum de la demanda […]"*

Por lo tanto, es doctrina de esta Sala de Justicia que no pueden plantearse en apelación cuestiones, de hecho o de derecho, que no hayan sido planteadas en la primera instancia, ya que ello afectaría al derecho fundamental de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución; derecho este que es de configuración legal, lo que quiere decir, en el caso al que se refiere el presente recurso de apelación N.º 21/22, que tanto el Ayuntamiento de Gorga como el Ministerio Fiscal tienen derecho a alegar y proponer prueba sobre la presencia o ausencia de indicios de responsabilidad contable en las dos instancias que les reconoce la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCU): esto es, tanto en el procedimiento de Acción Pública que prevé del artículo 56.2 de la LFTCU, como en la tramitación del presente recurso de apelación, que expresamente recoge el artículo 56.4 de la LFTCU.

SEXTO.- A fin de determinar si el Auto recurrido ha incurrido en incongruencia omisiva y, asimismo, si las alegaciones contenidas en el recurso de apelación incurren en *mutatio libelli*, a continuación, y en relación con cada una de las presuntas irregularidades a las que se refiere el recurso de apelación, deben procederse a fijar los siguientes extremos: **1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública. 2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022. 3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación.**

Para abordar adecuadamente la fijación de los hechos denunciados en la instancia, en relación con cada una de las presuntas irregularidades a las que se refiere el recurso de apelación, resulta necesario precisar que **la Sra. G.D. presentó un primer escrito en fecha 30 de noviembre de 2021 en el que ponía de manifiesto ciertas actuaciones que calificaba de ilícitas o irregulares del Ayuntamiento de Gorga, y solicitaba que se procediese *fiscalizar y comprobar la legalidad de las de las cuentas* del citado Ayuntamiento.** Esas presuntas irregularidades hacían referencia a los siguientes hechos: rentas por arrendamiento e ingresos por pagos de suministros de agua o luz, del "B.J."; gasto injustificado por importe de 7.084,57 euros, bajo el concepto "*Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos",*

que aparecía en las Cuenta General del Ayuntamiento de fecha 9 de abril de 2021 (Exp. 51/2021); ciertas irregularidades respecto de la plaza de socorrista; falta de respuesta a las peticiones de información sobre las Cuentas Generales; irregularidades en relación con el despido de un auxiliar administrativo; cesión gratuita de inmuebles municipales; y pago de las facturas correspondientes a dos obras con el remanente de tesorería, así como a la propia tramitación de las citadas obras.

Conforme se recoge en los antecedentes de hecho del Auto apelado, de fecha 8 de abril de 2022, por medio de la Diligencia de Ordenación de 4 de febrero de 2022, **a la vista del precitado escrito de la Sra. G.D. presentado en fecha 30 de noviembre de 2021,** se le requirió para que aclarase si su propósito era solicitar una fiscalización de las cuentas del Ayuntamiento de Gorga, o ejercitar la Acción Pública prevista en el artículo 56 de la LFTCU.

Con fecha 22 de febrero de 2022, la Actora Pública presentó un nuevo escrito cuyos apartados primero y segundo -o manifestaciones primera y segunda- decían literalmente lo siguiente:

"PRIMERA.- *Que a esta parte interesa el ejercicio de la Acción Pública* ***remitiéndonos a nuestro escrito de demanda a efectos de concretar los supuestos de responsabilidad en los que incurre la Corporación Local en cuestión.***

SEGUNDA.- A tal efecto, concretamos los principales puntos respecto a los cuales esta parte denuncia una flagrante infracción de la legalidad:

lrregularidades en la forma de cobro del arrendamiento del Bar de los Jubilados, no constando asimismo la existencia de dicho contrato y por consiguiente su ejecución en sus concretos términos.

No se organizó ni celebró la feria en el año 2.020, no obstante lo cual el Ayuntamiento justificó haberlo hecho, cobrando la correspondiente subvención de Diputación.

lrregularidades en la plaza de socorrista (ocupada por los hijos del alcalde), en relación a los sueldos, horarios, concreción de si la misma salió o no a subasta pública, etc...

Despido del auxiliar administrativo, el cual fue declarado nulo por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social no 1 de Alicante, en los Autos no 9211201, del que se desconoce cómo se abonó la indemnización.

Alegaciones efectuadas por la Sra. G. en cuanto a las Cuentas Generales, las cuales no han obtenido respuesta alguna por parte de la Corporación Local.

Falta de información por parte del Ayuntamiento sobre la cesión gratuita de inmuebles municipales: No se reflejan los ingresos relativos al arrendamiento de dichas viviendas ni sus suministros.

lrregularidades en la ejecución de obras, consistentes por una parte en la ejecución de obras que no revisten la naturaleza de urgentes ni necesarias, para el abono de las cuales se recurrió al remante, y por otra, en la aprobación y modificación presupuestaria, en el sentido de ejecutar primero una obra y posteriormente aprobar su ejecución".

En consecuencia, y a pesar de su confusa redacción, **del tenor literal de la manifestación primera del escrito presentado por la Sra. G.D. con fecha 22 de febrero del año 2022, se desprende que el relato de los hechos de su denuncia habría de ser complementado con aquellos otros hechos denunciados que fueron recogidos en su escrito inicial de fecha 30 de noviembre de 2021,** pues la remisión a la *"demanda"* a la que hace referencia el escrito de 22 de febrero de 2022, sólo puede entenderse referida al anterior escrito presentado con fecha 30 de noviembre de 2021, **que efectivamente contiene una relación de hechos coincidentes, aunque más amplios, que los del último escrito.**

Una vez realizada la anterior precisión, a continuación, procede fijar, en relación con cada una de las presuntas irregularidades a las que se refiere el recurso de apelación de la Sra. G.D., los siguientes extremos: **1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública. 2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022. 3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación.**

A) <u>Presuntas irregularidades referentes al despido de un auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Gorga</u> (Alegación Segunda del escrito de apelación).

1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública.

Escrito de denuncia de 22 de febrero de 2022:

"Despido del auxiliar administrativo, el cual fue declarado nulo por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Alicante, en los Autos no 921/2011, del que se desconoce cómo se abonó la indemnización".

Escrito de denuncia de 30 de noviembre de 2021:

"Despido del auxiliar administrativo que estaba encargado de la administración, la contabilidad, la tramitación de las subvenciones, etc.

Conforme a la Sentencia dictada en fecha de 7 de Mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, en los Autos nº 921/2011, dicho funcionario demandó al Ayuntamiento, entendiendo la susodicha Resolución que el despido es nulo y condenando a aquél a la readmisión inmediata como personal indefinido no fijo, despido que se basó en razones discriminatorias por diferencias políticas que no justifican el despido acordado.

Asimismo, se desconoce cómo se le abonó la indemnización en cuestión".

2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022:

"*El documento acreditativo de que el abono efectuado al auxiliar administrativo lo fue en concepto de finiquito por baja voluntaria, no por despido, que se suscribió por el interesado el día 17 de septiembre de 2012; así como el resguardo del pago efectuado por dicho importe el mismo día 17 de septiembre. Tal documentación justifica, suficientemente, que los fondos públicos cuestionados tuvieron el destino debido.*

3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación:

"Esta representación ya puso de manifiesto en nuestro escrito de demanda que el referido auxiliar fue despedido por razones discriminatorias por diferencias políticas que no justificaban el despido acordado por el Ayuntamiento, conforme dictaminó la Sentencia dictada en fecha de 7 de Mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social no I de Alicante, en los Autos n" 921/20l l, la cual consta debidamente aportada a los autos junto con nuestra demanda, considerando nulo el despido en cuestión y condenando al Ayuntamiento de Gorga a la readmisión inmediata como personal indefinido no fijo.

Cierto es que, tras reincorporar a dicho profesional en su puesto de trabajo, éste causó baja voluntaria y se le abonó el correspondiente finiquito, conforme pone de manifiesto el Auto.

A ello habría que añadir que el Ayuntamiento aporta documentación acreditativa del abono al auxiliar de dicho finiquito por la baja voluntaria, pero no por el despido denunciado por esta representación.

No obstante, el Ayuntamiento obvia lo anterior, es decir, hacer mención de ningún tipo a la cuestión planteada en nuestra demanda, cual es que antes de ello lo despidió por razones políticas, conforme reconoce como hecho probado la Sentencia aportada y que ello tuvo unas consecuencias, las cuales se traducen en un notable coste para los fondos públicos municipales, hecho éste que denuncia

esta parte y que el Auto recurrido no sólo no resuelve, sino que omite cualquier pronunciamiento al respecto.

No se niega la existencia de un finiquito por baja voluntaria, pero no es esa la cuestión planteada en la demanda" sino el despido anterior declarado nulo y sus consecuencias económicas para las arcas públicas, ***consistente en que se tuvo que abonar los salarios de tramitación más gastos laborales asimilados, sin que hubiera una prestación de servicios efectiva, dada la situación laboral del trabajador****, cuyo despido fue declarado nulo, cuestión que no se aborda ni por el Ayuntamiento ni por el Tribunal de Cuentas".*

En relación con la presente irregularidad planteada en la Alegación Segunda del escrito de apelación, los concretos hechos denunciados por la Actora Pública que ya fueron valorados por el Auto recurrido no constituyen manifiestamente un supuesto de responsabilidad contable, **al haberse acreditado el abono de una cantidad en concepto de finiquito a consecuencia de la baja voluntaria del auxiliar administrativo municipal.**

Por otro lado, en cuanto a la concreta alegación de la apelante relativa que se habría producido un presunto daño en los caudales municipales **por el pago de los salarios de tramitación y demás gastos laborales asimilados,** debe ser igualmente desestimada por cuanto se trata de una nueva causa de pedir que la Actora Pública no había planteado en la instancia y sobre la que, por lo tanto, no pudieron alegar ni la representación procesal del Ayuntamiento ni el Ministerio Fiscal, ni tampoco pronunciarse el Consejero de instancia. **En definitiva, conforme a la doctrina a la que se ha hecho referencia en el fundamento quinto de la presente resolución, nos encontramos ante un supuesto de *mutatio libelli* que debe conllevar la desestimación de la apelación en este punto.**

Por todo lo anterior, **procede desestimar la Alegación Segunda del recurso de apelación y confirmar todos los pronunciamientos del Auto de 8 de abril de 2022,** que se refieren a la presunta irregularidad denunciada por la Sra. G.D. relativa al *"despido de un auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Gorga"*.

B) <u>Presuntas irregularidades referentes a la falta información sobre las Cuentas de Generales</u> (Alegación Sexta del escrito de apelación).

1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública.

Escrito de denuncia de 22 de febrero de 2022:

"Alegaciones efectuadas por la Sra. G. en cuanto a las Cuentas Generales, las cuales no han obtenido respuesta alguna por parte de la Corporación Local".

Escrito de denuncia de 30 de noviembre de 2021:

"CUARTO.- Se hicieron alegaciones a las Cuentas Generales y no se obtuvo respuesta alguna por parte del Ayuntamiento".

2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022:

"*4) Por último, en relación con las alegaciones efectuadas por la Sra. G. a las Cuentas Generales de la Corporación Local, sobre las cuales denuncia no haber obtenido respuesta alguna por parte de esta, no obstante haberla obtenido en informe de intervención sobre las alegaciones presentadas a la Cuenta General de 2020, la actora se limita a poner de manifiesto defectos formales de diversa índole que afectarían esencialmente a la tramitación de los procedimientos que dan lugar a los gastos o ingresos, en cuestión, y sobre los cuales solicita información (acceso a las diferentes facturas, pagos de plusvalía, pagos de permisos de obras, recibos de alquileres, ingresos por bonos de piscina, pádel, y aclaración del resto de documentación que se especifica en este escrito), sin valorar la forma o modo en que la posible omisión de trámites o requisitos llevarían a producir un resultado de menoscabo a los fondos públicos y, en consecuencia, la posible existencia de responsabilidad contable.*

Conforme a lo indicado, tampoco cabe apreciar existencia de responsabilidad contable por alcance".

3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación:

"[...] Sin prueba de ningún tipo al respecto, el Tribunal concluye que no existe responsabilidad contable al respecto, cuando lo cierto y verdad es que el Ayuntamiento demandado se niega a aportar información de una cuestión que ninguna importancia tendría si no fuera porque el propio hecho de la ocultación conlleva una ocultación de caudales o malversación de los mismos.

De hecho y si bien el demandado ha aportado documentación de las demás cuestiones debatidas, no ha hecho lo mismo en este punto. lo cual es más que sorprendente y digno de sospecha.

En este sentido. la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Junio de2.0074 dice lo siguiente: '"... Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 1.995, que entendió lesiva del art 23 de la Constitución la actuación municipal consistente en negarse a facilitar a los concejales la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, que contempla el artículo 77 de la Ley 2/1985, de 7 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local".

A diferencia del supuesto anterior, se comprueba que en este caso no se han introducido nuevos hechos ni nuevas causas de pedir en el recurso de apelación. A pesar de ello, debe desestimarse igualmente la presente alegación y confirmar los pronunciamientos del Auto apelado en relación con esta presunta irregularidad, ya que **los hechos denunciados no ponen de manifiesto ningún indicio de daño en los caudales municipales en la forma que exige el artículo 59.1, párrafo segundo, de la LFTCU** *("Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos"*), por lo que no puede apreciarse, ni siquiera indiciariamente, supuesto alguno de responsabilidad contable.

Por todo lo anterior, **procede desestimar la Alegación Sexta del recurso de apelación y confirmar todos los pronunciamientos del Auto de 8 de abril de 2022,** que se refieren a la presunta irregularidad denunciada por la Sra. G.D. referente a *"la falta información sobre las Cuentas de Generales"*.

C) <u>Presuntas irregularidades referentes a la renta del arrendamiento y a la ausencia de ingresos relativos a los suministros de agua y luz del "B.J."</u> (Alegaciones Tercera y Cuarta del escrito de apelación)

1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública.

Escrito de denuncia de 22 de febrero de 2022:

"Irregularidades en la forma de cobro del arrendamiento del Bar de los Jubilados, no constando asimismo la existencia de dicho contrato y por consiguiente su ejecución en sus concretos términos".

Escrito de denuncia de 30 de noviembre de 2021:

"PRIMERO. No consta la existencia de contrato de arrendamiento entre el Ayuntamiento y el Bar de Jubilados y por consiguiente, la ejecución del mismo en sus estrictos términos.

*Asimismo, **no aparecen ingresos por arrendamiento**, **ni pago de agua o luz** en la contabilidad del Ayuntamiento.*

El anterior arrendatario pagaba un parte de la renta mediante transferencia bancaria y el resto "en mano".

Asimismo, interesa manifestar que existe un informe elaborado por la Secretaria, con fecha de 27 de Marzo de 2.021.

Solicitamos se aporte el acta del Pleno, en la que se observan irregularidades en cuanto a la forma de cobro y se requiera el contrato desde Julio de 2.017".

2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022:

"En relación con las irregularidades detectadas en materia de ingresos, derivadas, según la denunciante, de la forma de cobro del arrendamiento del Bar de los Jubilados, así como de la falta de ingresos relativos al arrendamiento de la "Casa del Maestro" y a sus suministros, cabe señalar lo siguiente:

En la documentación aportada en alegaciones consta un contrato de explotación del servicio de bar en hogar del jubilado, adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad, adjudicación aprobada por Resolución de Alcaldía de fecha 14 de noviembre de 2017, ejecutable en dos años y prorrogable por dos años más; así como el pago del canon acordado, excepto el correspondiente a los meses de febrero, noviembre y diciembre de 2021, cuyos importes han sido reclamados por el Ayuntamiento para su recaudación, como se desprende del certificado emitido por la Interventora del Ayuntamiento.

Por tanto, en el momento actual, de conformidad con lo indicado y con lo previsto en el artículo 59.1 de la LFTCU, no cabe apreciar un daño efectivo y real al patrimonio municipal, sin perjuicio de lo que resulte, posteriormente de la reclamación municipal efectuada […]"

3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación:

"Continuando con el examen de la Resolución objeto de recurso, el Fundamento de Derecho Séptimo, en su apartado 2), hace alusión al arrendamiento del B.J., considerando que de la documental aportada por la Corporación Local consta un contrato de explotación del servicio de bar, adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad, aludiendo a una Resolución de Alcaldía de 14 de Noviembre de 2.017, ejecutable por dos años y prorrogable por dos más, constando la reclamación de las mensualidades de Febrero, Noviembre y Diciembre de 2.021.

Entiende este Tribunal sin más que no existe un daño real y efectivo al patrimonio municipal, zanjando con ello la cuestión, estando ello totalmente alejado de la verdad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, pues nuevamente se apartan de la cuestión que esta parte plantea en su demanda.

En relación a ello, interesa al derecho de esta parte poner de manifiesto que la Corporación demandada oculta información relevante a este Tribunal, que

produce un daño objetivo y constatable a las arcas públicas, todo ello conforme se detalla a continuación y se acredita documentalmente.

Anteriormente a la fecha a la que se refiere la documental aportada de contrario, el importe anual del arrendamiento de dicho Bar era de 4.223 €.

En 2.016 ese importe se rebajó a 3.847,80 € anuales, tal como se demuestra con la certificación emitida por C., que se adjunta al presente Recurso, rubricado como documento no 2.

A partir de 2.017, vuelve a bajarse hasta el ridículo importe de 1.005 € al año*, blindando el contrato durante los cuatro años siguientes, conforme consta en el documento no 3, lo cual deja el arrendamiento en 83.75 € mensuales, precio no sólo irrisorio, sino totalmente antieconómico, pues se sitúa muy por debajo del precio de mercado para un arrendamiento de similares características.*

Huelga decir que ello produce un notorio impacto y detrimento en los fondos públicos, además de injustificado.

CUARTA.- […] A mayor abundamiento, esta representación denunció en nuestra demanda la ausencia de ingresos relativos a los ***suministros de agua y luz*** *del citado inmueble, los cuales no aparecen reflejados en la contabilidad del Ayuntamiento.*

También se puso de manifiesto que el anterior arrendatario pagaba una parte de estos suministros por transferencia bancaria y el resto se abonaba "en mano".

No obstante, llama poderosamente la atención a esta representación. que ninguna es la justificación al respecto efectuada por la contraparte ni el Tribunal se pronuncia al respecto, dejando nuevamente la cuestión sometida a la fiscalización de este Tribunal sin resolver, de forma completamente incomprensible […]

Documento que refleja los importes que abonaba el arrendatario en concepto de luz del Bar y que se ingresaban en las cuentas del Ayuntamiento, constando que el resto se "acumulaba" y no se ingresaba en las arcas municipales, quedando en depósito efectivo a disposición del Sr. Alcalde y sus Concejales para gastarlo en lo que tuviesen por conveniente, como pueden ser comidas, cenas, almuerzos...en el Bar de los Jubilados, tal y como consta en el propio documento.

Por lo tanto, ***no se repone el gasto de luz del Bar, que asume el Ayuntamiento,*** *con el consiguiente perjuicio económico real y efectivo para las arcas municipales, circunstancia ésta que se constata de forma clara, objetiva e incuestionable con la documental aportada. Ya que como es de ver, existe una apropiación de fondos del Ayuntamiento a partir del consumo eléctrico, ya que no*

se repone al Ayuntamiento la totalidad del consumo, sino únicamente de forma parcial. quedando de forma permanente un "acumulado" que no se reponía al propio Ayuntamiento sino que quedaba a disposición del Sr. Alcalde y los Concejales.

Una vez analizado el contenido de los anteriores escritos presentados por la Actora Pública con fechas 30 de noviembre de 2021 y 22 de febrero de 2022, se desprende claramente que su denuncia se refería a los presuntos daños a los fondos públicos derivados **no sólo de la gestión de la renta del arrendamiento del "B.J.", sino también de la gestión de los suministros de agua y luz del establecimiento.**

En relación con las presuntas irregularidades relativas a **la gestión de la renta del arrendamiento del "B.J.",** el Auto recurrido sí se pronunció expresamente decretando el archivo de las actuaciones al haber presentado el Ayuntamiento copia del contrato de explotación y la documentación acreditativa del pago de la renta o de su reclamación. **Pronunciamientos, todos ellos, que deben ser confirmados en esta segunda instancia.**

Posteriormente, en fase de apelación, se constata que la apelante ha alegado, **como nueva causa de pedir, una presunta disminución de la renta respecto de aquella percibida en años anteriores (Alegación Tercera del escrito de apelación),** fundamento este que no había planteado en la instancia y sobre el que, por lo tanto, no pudieron alegar ni la representación procesal del Ayuntamiento ni el Ministerio Fiscal, ni tampoco pronunciarse el Consejero de instancia. **Por lo tanto, conforme a la doctrina a la que se ha hecho referencia en el fundamento quinto de la presente resolución, nos encontramos ante un supuesto de *mutatio libelli* y, en su virtud, esta concreta alegación del recurso de apelación debe ser desestimada.**

Por el contrario, distinta suerte debe correr la alegación de la apelante relativa a **las presuntas irregularidades en la gestión de los suministros de agua y luz del "B.J.".**

En efecto, de la lectura de los antecedentes trascritos *ut supra,* resulta que dichas irregularidades **sí fueron denunciadas en el escrito inicial de la Sra. G.D., de fecha 30 de noviembre de 2021, y en la documental aportada junto con el mismo.** Por lo tanto, dado que el Auto de fecha 8 de abril de 2022 no se ha pronunciado sobre esta concreta pretensión de la Actora Pública, resolviendo si procedía el archivo de las actuaciones o, por el contrario, el nombramiento de Delegado Instructor, debe concluirse que, en relación con esta concreta pretensión de la Sra. G.D., **la resolución apelada ha incurrido en incongruencia omisiva, conforme a los términos recogidos en la doctrina de la Sala de Justicia, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo,**

que se ha expuesto en el fundamento cuarto de la presente resolución. En efecto, y como ya se advirtió anteriormente, "*el tipo de incongruencia omisiva existe, según ha señalado el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 34/2000)* ***cuando "se guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, causando indefensión, ya que no se resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso".***

Por todo lo anterior, debe **estimarse parcialmente el recurso de apelación,** en relación con esta concreta alegación relativa a **la presunta irregularidad consistente en la ausencia de ingresos relativos a los suministros de agua y luz del "B.J." (Alegación Cuarta del escrito de apelación),** que había asumido el propio Ayuntamiento y que no aparecían reflejados en la contabilidad municipal. Efectivamente, al no haberse pronunciado expresamente la resolución apelada sobre esta presunta irregularidad denunciada por la Actora Pública- en su escrito inicial de fecha 30 de noviembre de 2021-, debe concluirse que el Auto de fecha 8 de abril de 2022 ha incurrido en incongruencia omisiva, infringiendo lo dispuesto en el artículo 218.1 de la LEC y en los artículos 56, 60.1 y 71.3ª de la LFTCU, **así como en el artículo 24 de la Constitución por cuanto la incongruencia omisiva ha supuesto necesariamente la merma del derecho de la Doña S.G.D. a recibir una resolución de su pretensión fundada en derecho en la instancia.**

D) <u>Presuntas irregularidades referentes a la subvención concedida por la Diputación Provincial de Alicante al Ayuntamiento de Gorga para la organización de la "Feria comercial 2020"</u> (Alegación Quinta del escrito de recurso).

1º) Hechos que fueron denunciados en la instancia por la Actora Pública.

Escrito de denuncia de 22 de febrero de 2022:

"No se organizó ni celebró la feria en el año 2.020, no obstante lo cual el Ayuntamiento justificó haberlo hecho, cobrando la correspondiente subvención de Diputación".

Escrito de denuncia de 30 de noviembre de 2021:

"SEGUNDO.- En la Cuenta General de fecha de 9 de Abril de 2.021 (Exp. 5712.0271) se observa el siguiente punto que llama nuestra atención por apreciarse irregularidades al respecto.

Nos referimos al apartado relativo a "Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos: 7.084,57 €.

No se organizó la feria en 2020.

No obstante, el Ayuntamiento justifica que sí se hizo, cobrándose la subvención concedida por la Diputación".

2º) Respuesta que recibieron los hechos denunciados en el Auto de fecha 8 de abril de 2022:

"3) Respecto a la subvención de la Diputación Provincial de Alicante otorgada al Ayuntamiento de Gorga para la actividad "Asistencia técnica para la organización de la Feria Comercial 2020", de la que se denuncia haberse cobrado sin que se haya celebrado la referida Feria, consta que el Ayuntamiento renunció a dicha subvención mediante escrito de 21 de octubre de 2020, por lo que no ha existido por parte del citado Ayuntamiento un cobro indebido de una prestación, que en todo caso no habría generado un menoscabo a los fondos públicos del Ayuntamiento sino a los de la Diputación, por tanto, no cabe apreciar la posible existencia de responsabilidad contable por alcance".

3º) Términos en que se ha planteado la cuestión en el recurso de apelación:

"Alega el Tribunal a fin de desestimar nuestra pretensión de fiscalización al respecto, que consta documento de renuncia a la misma aportado por el Ayuntamiento.

No obstante, esta parte adjunta al presente el estado de liquidación del presupuesto de gastos, rubricado como documento no 8, en el que se observa claramente que la Corporación Local realizó un pago por importe de 7.084.57 € en concepto de "Comercio/Trab. Otras. Emp. Real. Ferias y otros eventos ciale" en ese año, actividades que se refieren claramente a la feria en cuestión y que por razones de pandemia no pudo realizarse, dado que se hallaban prohibidas.

Por lo tanto, y pese al documento de renuncia presentado por la Corporación Local, esta parte ha demostrado con pruebas objetivas la existencia de un gasto declarado y recogido en la contabilidad, que provoca una merrna de los fondos del Ayuntamiento, lo que evidencia una vez más otra irregularidad contable".

Al igual que en el supuesto anterior, en el caso de la presente irregularidad, debe diferenciarse entre los concretos hechos sobre los que sí se pronuncia el Auto apelado y aquéllos sobre los que no lo hace. En este sentido, se comprueba que **el Consejero de instancia sí se pronuncia sobre la presunta irregularidad denunciada por la Actora Pública en su segundo escrito de fecha 22 de febrero de 2022:** esto es, sobre el presunto cobro de la subvención concedida por la Diputación Provincial de Alicante para la organización de la "Feria comercial 2020". Y se decreta el archivo de las actuaciones porque el Ayuntamiento habría aportado la documentación acreditativa de la renuncia a la citada subvención. **Estos**

pronunciamientos del Auto apelado deben ser confirmados en esta segunda instancia.

Sin embargo, el Auto recurrido no hace pronunciamiento alguno en relación con la presunta irregularidad denunciada en el **escrito inicial de la Actora Pública, de fecha 30 de noviembre de 2021** consistente en que *"En la Cuenta General de fecha 9 de abril de 2021 (Exp. 51/2021) … se observa un apartado relativo a* ***<<Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos: 7 .084,57 €.>>".*** La denunciante también aportó copia de la Cuenta General de fecha 9 de abril de 2021, junto al precitado escrito de fecha 30 de noviembre de 2021.

Por lo tanto, dado que el Auto de fecha 8 de abril de 2022 no se ha pronunciado sobre esta concreta pretensión de la Actora Pública, resolviendo si procedía el archivo de las actuaciones o, por el contrario, el nombramiento de Delegado Instructor, debe concluirse que, en relación con esta concreta pretensión de la Sra. G.D., **la resolución apelada ha incurrido en incongruencia omisiva, conforme a los términos recogidos en la doctrina de la Sala de Justicia, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que se ha expuesto en el fundamento cuarto de la presente resolución.**

En definitiva, y al igual que ocurría en el caso anteriormente analizado, debe **estimarse parcialmente el recurso de apelación,** en relación con esta concreta alegación relativa a **la presunta irregularidad consistente en el pago injustificado de 7 .084,57 euros, en concepto de *"Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos"*- Cuenta General de fecha 9 de abril de 2021; Exp. 51/2021 *(*Alegación Quinta del escrito de apelación).** Efectivamente, al no haberse pronunciado expresamente la resolución apelada sobre esta presunta irregularidad denunciada por la Actora Pública- en su escrito inicial de fecha 30 de noviembre de 2021-, debe concluirse que el Auto de fecha 8 de abril de 2022 ha incurrido en incongruencia omisiva, infringiendo lo dispuesto en el artículo 218.1 de la LEC y en los artículos 56, 60.1 y 71.3ª de la LFTCU, **así como en el artículo 24 de la Constitución por cuanto la incongruencia omisiva ha supuesto necesariamente la merma del derecho de la Doña S.G.D. a recibir una resolución de su pretensión fundada en derecho en la instancia.**

El artículo 238, 3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial-LOPJ- dispone lo siguiente: "*Los autos procesales serán* ***nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*** *3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa*, ***haya podido producirse indefensión*****".**

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el precitado artículo, habiéndose generado indefensión a la Sra. G.D. como consecuencia de la incongruencia omisiva en la que ha incurrido el Auto de fecha 8 de abril de 2022, **que no se ha**

pronunciado sobre las concretas presuntas irregularidades que la apelante refiere en las Alegaciones Cuarta y Quinta de su escrito de recurso- esto es, las consistentes en la ausencia de ingresos relativos a los suministros de agua y luz del "B.J.", y en el pago injustificado, por importe de 7.084,57 euros, en concepto de "*Comercio/Trab. otras emp: Real. ferias y otros eventos*"-, **debe procederse a la anulación del Auto apelado y remitir nuevamente las actuaciones al Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento para que se pronuncie sobre las dos pretensiones que no fueron examinadas en la instancia,** a efectos de reparar el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. G.D., a quien el artículo 56 de la LFTCU le atribuye el derecho a que la totalidad de sus pretensiones sean objeto de examen y pronunciamiento tanto en la instancia como en el presente recurso de apelación.

En cualquier caso, **de conformidad con el principio de conservación de los actos procesales establecido en el artículo 243.2 de la LOPJ** (*La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula*), **la anulación del Auto de 8 de abril ha de ser parcial, afectando exclusivamente al pronunciamiento de su parte dispositiva**- en la que se decreta el archivo de la Acción Pública n.º C-5/22- **y a sus antecedentes de hecho (**en tanto que se omite la referencia al escrito inicial de la Sra. G.D., de fecha 30 de noviembre de 2021, y al concreto contenido del mismo**).**

Sin embargo, en relación con las irregularidades que fueron denunciadas mediante el segundo escrito de fecha 22 de febrero de 2022, **sobre las que sí se ha pronunciado expresamente el Consejero en la instancia, debe mantenerse la validez y eficacia de todos los pronunciamientos recogidos en los fundamentos jurídicos del Auto apelado** por cuanto esta Sala aprecia igualmente que no existen indicios de responsabilidad contable, conforme a lo razonado en el presente fundamento.

Por lo demás, debe añadirse que esta declaración de nulidad parcial **no vulnera lo dispuesto en el artículo 240.2 *in fine* de la LOPJ (***En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese* produc*ido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal***) por cuanto la petición de declaración de nulidad debe entenderse necesariamente implícita en cualquier petición de declaración de incongruencia omisiva de una resolución judicial,** teniendo en cuenta que tal declaración supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque genera indefensión en la parte cuyas pretensiones han sido ignoradas**.**

En consecuencia, y de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, **procede declarar la nulidad parcial del Auto de fecha 8 de abril de 2022, exclusivamente**

en relación a su parte dispositiva- en la que se decreta el archivo de la Acción Pública n.º C-5/22**- y a los antecedentes de hecho (**en tanto que se omite la referencia al escrito inicial de la Sra. G.D., de fecha 30 de noviembre de 2021, y al concreto contenido del mismo**), con remisión de las actuaciones al Consejero de Instancia para que se pronuncie sobre la procedencia de nombramiento de Delegado Instructor o el archivo de las actuaciones, en relación con las presuntas irregularidades planteadas por la apelante en las Alegaciones Cuarta y Quinta de su escrito de recurso,** referentes a la ausencia de ingresos por los pagos de los suministros de agua y luz del "B.J.", y al pago injustificado de 7 .084,57 euros, en concepto de *"Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos"* (Cuenta General de fecha 9 de abril de 2021; Exp. 51/2021).

SÉPTIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa- LRJCA-, no procede su imposición por haber sido estimado parcialmente el recurso de apelación.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña S.G.D. contra el Auto de fecha 8 de abril de 2022, dictado por el Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Fernández en la Acción Pública n.º C-5/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gorga), Alicante, en relación con las dos presuntas irregularidades referidas en las Alegaciones Cuarta y Quinta del escrito de recurso de apelación, esto es, las consistentes en la presunta ausencia de ingresos por los pagos de los suministros de agua y luz del "B.J.", y en la realización de un presunto pago injustificado de 7.084,57 euros, en concepto de *"Comercio/Trab otras emp: Real, ferias y otros eventos"* (Cuenta General de fecha 9 de abril de 2021; Exp. 51/2021).

SEGUNDO.- Anular parcialmente el Auto de fecha 8 de abril de 2022, exclusivamente, en relación con lo establecido en su parte dispositiva única (en la que se acuerda el archivo de la referida Acción Pública n.º C-5/22) y en los antecedentes de hecho (en tanto que se omite la referencia al escrito inicial de la Sra. G.D., de fecha 30 de noviembre de 2021, y al concreto contenido del mismo).

TERCERO.- Remitir las actuaciones al Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento a fin de que dicte el Auto correspondiente en congruencia con las dos presuntas irregularidades referidas en el apartado

primero, que fueron denunciadas por Doña S.G.D. en su escrito inicial de fecha 30 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Desestimar todas las demás alegaciones del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña S.G.D. contra el citado Auto de fecha 8 de abril de 2022, confirmando así el archivo de todas las demás irregularidades denunciadas por la Sra. G.D. en sus escritos de fechas 30 de noviembre de 2021 y 22 de febrero de 2022.

QUINTO.- No imponer las costas causadas en esta segunda instancia a Doña S.G.D.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 7/2015.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 8/2023, de 11 de mayo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 34/22, Actuaciones Previas nº 12/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), Cuenca. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala comienza por analizar la naturaleza, contenido y límites del recurso del artículo 48.1 para a continuación poner de manifiesto que la supletoriedad de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy LPACAP) para la tramitación de los procedimientos de fiscalización "stricto sensu", establece como excepción las disposiciones que "…determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional…". Resulta evidente a esta Sala de Justicia que la pretensión consistente en instar un procedimiento administrativo de abstención o recusación del actual Secretario del Ayuntamiento resulta exorbitante a las competencias atribuidas por el artículo 47.1 de la LFTCu a los Delegados Instructores de las actuaciones previas.

En cuanto a la pretendida denegación de prueba, la Sala entiende que no ha habido minoración de las posibilidades de defensa de los recurrentes, no existiendo indefensión en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional le otorga.

En relación con la falta de tipicidad o base legal sustantiva que determine existencia de responsabilidad contable en los hechos investigados, en concreto, la falta de acreditación del daño o perjuicio real y efectivo a las arcas municipales, son cuestiones que atañen al enjuiciamiento del fondo del asunto.

Incurren los recurrentes, por otra parte, en error jurídico cuando afirman que el no llamamiento a otras personas implica una mayor responsabilidad de los mismos y un perjuicio a la hora de depositar o afianzar las cantidades provisionalmente declaradas como alcance de los fondos municipales. Ni existe mayor responsabilidad de los recurrentes por este hecho, ni mucho menos acarrea un mayor perjuicio a la hora de afianzar las posibles cantidades presuntamente constitutivas de alcance a los fondos municipales, de conformidad con la legalidad vigente.

Respecto a la solicitud de suspensión del plazo para el depósito o afianzamiento también es desestimada, toda vez que la interposición del recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento no tiene efecto suspensivo de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales, que en este caso no concurren.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 8/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 34/22, Actuaciones Previas nº 12/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), CUENCA.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.
Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. Consejero.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero. Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

Se han visto los recursos interpuestos al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, "LFTCu"), por el Letrado Don Javier Murillo González, actuando en nombre y representación de Doña M.S.H.A. y por el Letrado Don Mauro Saugar Segarra, en nombre y representación de Don P.A.S.M., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 4 de noviembre de 2022 y, el primero de ellos, también contra la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento de fecha 4 de noviembre de 2022, dictadas por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 12/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), CUENCA. A dichos recursos se ha adherido Doña M.J.R.M., actuando bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales Doña María José Moruno Cuesta.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2022 la Delegada Instructora practicó, en las actuaciones de referencia, Liquidación Provisional, suscribiéndose la

correspondiente Acta, en la que, de forma previa y provisional, se declaró la existencia de un presunto alcance por importe de 130.945,81 euros (114.079,07 euros correspondientes al principal del alcance y 16.867,74 euros a los intereses, provisionalmente calculados), considerando como presuntos responsables contables directos y solidarios a Doña M.S.H.A., ex Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Clemente, al tiempo de producirse los hechos investigados y a Doña M.J.R.M., Interventora de dicha Corporación municipal.

Asimismo, consideró como presunto responsable contable directo y solidario por el periodo de 04/08/2011 a 17/03/2017, en que desempeño las funciones de Secretario en el Ayuntamiento de San Clemente, a Don P.A.S.M., por la cantidad de 61.544,98 euros (correspondiendo 52.169,07 euros al principal y 9.375,91 euros a los intereses).

Por Providencia de 4 de noviembre de 2022, se requirió a los presuntos responsables contables para que reintegraran, depositaran o afianzaran el importe del alcance declarado, previa y provisionalmente, junto con sus correspondientes intereses legales, bajo apercibimiento de que, en caso de no atender dicho requerimiento, se procedería al embargo de sus bienes.

SEGUNDO.- Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro Electrónico de este Tribunal de Cuentas el día 11 de noviembre de 2022, el Letrado Don Mario Saugar Segarra, en nombre y representación de Don P.A.S.M., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento. En dicho escrito solicitó que la Sala de Justicia acordara la recusación administrativa del Secretario del Ayuntamiento de San Clemente, Don F.J.M.G., la nulidad de las actuaciones con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior a su intervención; y que se declarara la inexistencia de responsabilidad contable del Sr. S.M., acordándose que se dictara una Liquidación Provisional negativa.

Subsidiariamente, solicitó que, previa citación a una nueva comparecencia, se declarase la responsabilidad provisional y se requiriera de pago a Don F.J.M.G., se acordara su recusación y que se abstuviera de intervenir en las Actuaciones Previas con retroacción de las mismas. Y, que se completara la prueba documental consistente en la remisión de Certificados de todas las Actas de la Junta de Gobierno Local desde 2015 a 2019.

TERCERO.– El mismo 11 de noviembre de 2022, se recibió escrito del Letrado Don Javier Murillo González, en nombre y representación de Doña M.S.H.A., interponiendo el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional y Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento. En virtud de dicho escrito solicitó, que se declararan nulas las actuaciones, por ser contrarias a

derecho, y que se acordara la atribución de responsabilidad provisional, con requerimiento de pago del presunto alcance, a Don F.J.M.G. Todo ello con imposición de costas a quien se opusiera al recurso interpuesto.

Asimismo, el día 14 de noviembre de 2022, se recibió escrito de la representación legal de la Sra. H.A., por el que amplió su recurso y solicitó, entre otros extremos, que se suspendiera el plazo para depósito o afianzamiento de las cantidades que se reclamaban a su representada.

CUARTO.– Por Diligencia de Ordenación de 16 de noviembre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, con el nº 34/22, constatar la composición de la Sala de Justicia, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio a la Delegada Instructora en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO.– Recibidos los antecedentes mencionados, mediante Diligencia de Ordenación de 28 de noviembre de 2022 se acordó: 1º) dar traslado de copia de los recursos a todos los citados a la Liquidación Provisional, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes; 2) inadmitir, por razones de extemporaneidad, el escrito de fecha 15 de noviembre de 2022, de ampliación del recurso presentado por la representación de Doña M.S.H.A.

SEXTO.– Mediante escrito recibido con fecha 29 de noviembre de 2022, la representación legal de la Sra. H.A. formuló recurso de reposición contra la anterior Diligencia de Ordenación de 28 de noviembre de 2022, solicitando la admisión de su escrito de ampliación del recurso, por entender que se había interpuesto en tiempo y forma.

SÉPTIMO.– En fecha 30 de noviembre de 2022, se dictó Diligencia de Ordenación por la que se acordó dar traslado a los demás intervinientes, del recurso de reposición interpuesto contra la Diligencia mencionada, concediéndose un plazo de tres días, a fin de que pudieran impugnar el mismo, si lo consideraban necesario.

OCTAVO.- El 30 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Procuradora de los Tribunales Doña María José Moruno Cuesta, en nombre y representación de Doña M.J.R.M., mediante el que se adhirió a los recursos formulados por las representaciones legales de Don P.A.S.M. y de Doña M.S.H.A., interesando que se acordara por esta Sala de Justicia la estimación de los mismos.

NOVENO.- Mediante escritos de fechas respectivas 13 y 15 de diciembre de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó los traslados conferidos.

En el primero de dichos escritos, el Fiscal solicitó la desestimación de los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu interpuestos de contrario.

En el segundo escrito, el Ministerio Público solicitó la estimación del recurso de reposición formulado contra la Diligencia de Ordenación de 28 de noviembre de 2022.

DÉCIMO.- Se dictó Decreto de fecha 1 de enero de 2023, en el que se acordó estimar el recurso de reposición interpuesto por la representación legal de Doña M.S.H.A., toda vez que el escrito de ampliación de recurso no había de ser considerado extemporáneo, dando traslado a los demás intervinientes, por plazo común de cinco días, a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

UNDÉCIMO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de enero de 2023, solicitó la desestimación íntegra del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, tanto en lo referente a las alegaciones originales, como a la reflejadas en la ampliación.

Por su parte, la representación legal de Don P.A.S.M. se adhirió a la ampliación del recurso mediante escrito recibido el día 16 de enero de 2023, solicitando la estimación de sus pretensiones.

DUOCÉCIMO.- Conclusa la tramitación del recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 19 de enero de 2023, se acordó remitir las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto, una vez verificadas las oportunas notificaciones, el día 1 de febrero de 2023.

DECIMOTERCERO.- Mediante Providencia de fecha 28 de abril de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 8 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

DECIMOCUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión de los recursos formulados contra las resoluciones dictadas en las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 4 de noviembre de 2022, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 12/21, practicó Acta de Liquidación Provisional en la que declaró, de manera previa y provisional, la responsabilidad contable con carácter directo y solidario de Doña M.S.H.A., ex Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Clemente, al tiempo de producirse los hechos, y de Doña M.J.R.M., Interventora de la citada Corporación, por el menoscabo provisionalmente cuantificado en 130.945,81 euros (de principal e intereses legales), y solidariamente con las anteriores, y por el periodo que desempeñó sus funciones de Secretario en el citado Ayuntamiento a Don P.A.S.M. por la cuantía de 61.544,98 euros importe del principal e intereses, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en el procedimiento de reintegro por alcance que pudiera incoarse.

En idéntica fecha, se dictó Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento con apercibimiento de que, en el caso de que no se cumplimentaran tales trámites en el plazo indicado, se procedería a practicar el embargo de bienes.

TERCERO.- Contra el Acta de Liquidación Provisional y Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 4 de noviembre de 2022, la representación legal de Don P.A.S.M., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, en base a las alegaciones que resumidamente se exponen:

- En la alegación primera denuncia infracción del artículo 32.1 de la LFTCu y de la Disposición Final Segunda. Uno, de la LOTCu que establecen la supletoriedad y aplicación de las disposiciones de la Ley de procedimiento administrativo común en los procedimientos de fiscalización del Tribunal de Cuentas, no resultando conforme a Derecho que en el acta de Liquidación se haya desestimado la petición de nulidad del procedimiento, argumentando la Instructora que sus funciones no se rigen por las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, y no ser de su competencia la exigencia de su cumplimiento, y ello en cuanto a la exigencia de haber procedido a la práctica de la recusación solicitada en la persona del Secretario actual de la Corporación, Don F.J.M.G.

  Manifiesta que concurre en el Sr. M.G. un interés directo en la causa, al haber participado activamente en la realización del presente expediente de Actuaciones Previas, procediendo a expedir, bajo su responsabilidad, diversas Diligencias probatorias, Informes y varias Certificaciones Municipales, por lo que considera que su actuación está contaminada, viciada y ausente de garantías, por lo que la recusación, que solicita a través del presente recurso, deberá ser estimada, so pena de nulidad del procedimiento.

Considera por ello que en el expediente tramitado en las presentes actuaciones concurre nulidad de pleno derecho ex art. 47.1.e) Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la falta de abstención y/o recusación producida por el Secretario de la Corporación Don F.J.M.G., al haber participado activamente en la realización del expediente de las actuaciones concurriendo en su persona, un interés directo personal en la tramitación de la causa, encontrándose su actuación viciada y contaminada, y debe extenderse por igual motivo y razón legal la imputación de responsabilidad como Secretario del Ayuntamiento en el periodo de 2017-2019, causando a su representado indefensión la falta de remisión de la documental solicitada que debía haber sido remitida.

Por ello, con base en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015 invoca en este primer motivo de recurso que procede la recusación de Don F.J.M.G. (artículo 23 a) y 24. 1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante, LRJSP), al concurrir la causa de interés personal directo en las presentes actuaciones, habida cuenta que o bien el Sr. M.C. se debería haber abstenido de participar en las presentes actuaciones, lo que deberá motivar la nulidad de las actuaciones en las que ha intervenido, o en su defecto debía haber sido recusado por la Instructora.

- En la alegación segunda, afirma que también concurre nulidad de pleno derecho de la Providencia recurrida, ex art. 47.1. e) de la LPACAP por derivar de un Acta de Liquidación provisional en la que no se ha completado la prueba documental acordada por la Delegada Instructora, al no haber sido remitidos todavía los Certificados de todas las Actas de la Junta de Gobierno Local celebradas a lo largo de la legislatura 2015-2019. Considera que con estos documentos se pretende justificar y probar la dedicación de los Concejales investigados a tareas corporativas, y se justificaría la percepción de las indemnizaciones aprobadas y abonadas en su día. Manifiesta que se trata de una prueba documental solicitada ad hoc y específicamente al Ayuntamiento de San Clemente por parte de la Sra. Delegada Instructora en su Resolución de 30/06/2022 y que inexplicablemente siguen retenidos y sin remitir por el Ayuntamiento a las presentes actuaciones.

  Concluye por tanto, que se han infringido los artículos 48 y 77 de la LPACAP y el artículo 47.1, c), e) y f) de la LFTCu, debido a que se ha realizado la Liquidación Provisional por falta de justificación de la aplicación de fondos públicos sin esperar a la entrega por la Administración pública presuntamente afectada de los documentos justificativos, que obran en su poder, que el recurrente esgrime en su descargo, lo que le causa indefensión y constituye nulidad de pleno derecho de la Liquidación Provisional llevada a cabo.

- En la alegación tercera, el recurrente denuncia que concurre causa de nulidad de pleno derecho, del Acta de Liquidación y Providencia recurridas, conforme a lo dispuesto en el art. 47.1. e) de la LPACAP, por falta de citación de todos los presuntos responsables contables. Considera que el Secretario del Ayuntamiento que ejerció el cargo en el periodo de 2017-2019, Don F.J.M.G., también debería haber sido investigado, siendo arbitrario, incoherente e injustificado que se considere presunto responsable contable al Sr. S.M. y no al Sr. M.G., quien desempeño su funciones como Secretario de la Corporación en el periodo de 2017-2019, omitió cualquier pronunciamiento en contra del pago de las indemnizaciones aprobadas, y no advirtió a la Alcaldesa, ni a los Concejales, sobre las posibles irregularidades que se podrían estar realizando en la Corporación. Por lo que entiende que, debería ser responsable por los mismos razonamientos expuestos en la liquidación provisional por los que se considera que el Sr. S.M.

  Sostiene que la Liquidación Provisional, ha infringido lo dispuesto en los apartados 1. c), 1. e) y 1. f) del artículo 47 de la LFTCu, con quebrantamiento del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos reconocido en el apartado tercero del artículo 9 de la Constitución Española, que conlleva la indefensión en su representado, debido a que la falta de atribución de responsabilidad del Sr. M.G. implica una mayor responsabilidad de su representado, que no es acorde a derecho.

- En la alegación cuarta, mantiene que también debe declararse la nulidad de pleno derecho de la Liquidación Provisional, por la falta de citación de Don F.H.S., Tesorero del Ayuntamiento en el período 2015-2019. Considera que del mismo modo que el Sr. M.G., el Sr. H.S. intervino en el procedimiento de pago de las cantidades que ahora se consideran indebidamente abonadas y por los motivos expuestos en el apartado anterior, el hecho de no haberle citado ni haberle requerido de pago implica una mayor responsabilidad de su representado, no siendo acorde a derecho.

- Finalmente, en la alegación quinta el recurrente aprecia falta de tipicidad o base legal sustantiva que determine la existencia de responsabilidad contable en los hechos investigados. Considera que se ha infringido de manera manifiesta la doctrina del Tribunal Supremo que, excluye la existencia de ilícito contable y daño en los fondos públicos cuando se trata de pagos realizados a alcaldes y concejales que gozan de previsión y consignación presupuestaria y que se hallan justificados (STS Sala 3ª Sección 8ª 19/02/2010 (RJ 2010/6474). También alega que se ha infringido la doctrina consolidada de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, para ello se refiere a la Sentencia nº 4, de fecha 27 de febrero de 2012, y a la nª 2 de fecha 25 de febrero de 2016 del Departamento Tercero de Enjuiciamiento, ya que en dichas resoluciones se consideró que las retribuciones

eran debidas y no dieron lugar a un perjuicio a los fondos públicos, y en las presentes actuaciones no se han expresado los motivos por lo que se considera que no estaría justificada la salida de fondos.

CUARTO.– La representación de Doña M.S.H.A. ha presentado dos escritos, el de 11 de noviembre de 2022 y otro de fecha 14 de noviembre del citado año, en el que amplió los motivos del recurso que había presentado con anterioridad.

En el escrito de recurso presentado con fecha 11 de noviembre de 2022 considera que la Delegada Instructora ha infringido en la Liquidación Provisional lo dispuesto en los apartados 1. e) y 1. f) del artículo 47 de la LFTCu, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos reconocido en el apartado tercero del artículo 9 de la Constitución Española.

Considera que en los hechos objeto de las presentes actuaciones puede existir responsabilidad contable de otras personas que no han sido citadas en las actuaciones, ni se les ha requerido de pago, en concreto de Don F.J.M.G., Secretario del Ayuntamiento de San Clemente en el periodo de 2015-2017 y desde el 18 de marzo de 2017 hasta finalizar el mandato y de Don F.H.S., que fuera Tesorero de la citada Corporación en el periodo de 2015-2019.

Sostiene que la falta de citación de requerimiento de pago del importe provisional del alcance, ha causado una grave indefensión a su representada.

Respecto al Sr. M.G. manifiesta que, conforme consta en los hechos de la Liquidación practicada, fue quien redactó el informe de fiscalización que dio origen a las actuaciones, que omitió cualquier pronunciamiento en contra del pago de las indemnizaciones aprobadas a lo largo del tiempo que ejerció como Secretario en la corporación que presidia su representada, y una vez que se adoptó el acuerdo de pago en el Pleno municipal, producido el cambio de equipo de gobierno, fue quien informo favorablemente las retribuciones de sus miembros, por una cuantía mayor a la percibida hasta esa fecha, por los concejales por realizar las mismas funciones. Sostiene que era consciente de que los pagos realizados en la anterior Corporación podrían ser retribuciones en lugar de indemnizaciones y no realizó ningún reparo de legalidad en los dos años de ejercicio como Secretario Habilitado en la Corporación, no realizó ningún tipo de advertencia de ilegalidad respecto a los pagos que se estaban produciendo, no ofreció ninguna respuesta, ni adoptó ninguna medida como consecuencia de la comunicación remitida por la Subdelegación del Gobierno de Cuenca en la que se requirió concreción, sobre los supuestos y justificación de las indemnizaciones aprobadas, cuya existencia conocía. Por todo ello considera que debería ser declarado responsable contable del mismo modo que el Sr. S.M.

En relación con el Sr. H.S. sostiene que, como Tesorero de la Corporación en el periodo de 2015-2019, intervino en el procedimiento de pago de las cantidades que

ahora se consideran indebidamente abonadas, siendo por ello responsable por los mismos motivos por los que se considera a su representada. Sostiene que, si el Tesorero ejecutaba las órdenes de pago emitidas por la alcaldía, en la misma medida, habría que considerar que la Sra. H.A. ejecutaba un Acuerdo de Pleno que tuvo la aquiescencia del Secretario de la Corporación municipal y que nadie impugnó, ni anuló y que sigue sin anularse. Por tanto, sería nula la Liquidación Provisional por la falta de atribución de responsabilidad contable al Tesorero y por la arbitrariedad que supone exigir únicamente responsabilidad contable a la Sra. H.A. cuando el Sr. H.S. facilitó con su firma la salida de fondos municipales.

Con fecha 14 de noviembre de 2022 el Letrado de Doña M.S.H.A. presento un nuevo escrito en el que amplió los motivos del recurso que había presentado con anterioridad.

Considera, de nuevo, que la Delegada Instructora ha infringido en la Liquidación Provisional lo dispuesto en los apartados 1. e) y 1. f) del artículo 47 de la LFTCu, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos reconocido en el apartado tercero del artículo 9 de la Constitución Española.

Mantiene en su escrito que en los hechos objeto de las presentes actuaciones puede existir responsabilidad contable, por los mismos motivos por los que se considera responsable contable a su representada, a las personas que tras las elecciones municipales en el mes de mayo de 2019 ocuparon el cargo de Alcaldesa, y quien le sustituyó en una ocasión en el desempeño del cargo, en concreto Doña M.R.S.C., y Doña M.E.M.C. por su actitud omisiva en relación con el reintegro de fondos que se consideran pagados indebidamente. Y también del Secretario de la citada Corporación, Don F.J.M.G.

Sostiene que la falta de citación de las personas referidas anteriormente como presuntos responsables contables a la Liquidación Provisional y la falta de requerimiento de pago del importe provisional del alcance a las mismas, ha causado una gran indefensión a su representada, al implicar una mayor responsabilidad de la Sra. H.A. Y, además, si finalmente se considera que estas personas pudieran ser presuntos responsables contables, se produciría un retardo contrario al principio de eficacia y un aumento de los intereses del principal que se le exige a la Sra. H.A.

QUINTO.- La representación legal de Doña M.J.R.M., se ha adherido a los anteriores recursos del artículo 48.1 de la LFTCu.

SEXTO.– El Ministerio Fiscal ha formulado oposición a los recursos interpuestos, mediante escrito de 13 de diciembre de 2022 y posteriormente de 11 de enero de 2023 en relación con el escrito de ampliación del Letrado de la Sra. H.A. Interesa su desestimación, en virtud de los siguientes motivos:

- En los dos primeros motivos de oposición del escrito de 13 de diciembre de 2022 realiza un resumen de las pretensiones reflejadas en los recursos interpuestos por las representaciones legales de la Sra. H.A. y del Sr. S.M.

- En el tercero de los motivos destaca que las alegaciones de la recurrente, Sra. H.A. coinciden con las del recurrente, Sr. S.M. en el que ambos denuncian que la Liquidación Provisional los ha considerado responsables contables, en su condición de Alcaldesa y Secretario respectivamente, junto a la Interventora, al tiempo que excluye la responsabilidad del otro Secretario y del Tesorero.

  Respecto de dichas alegaciones considera el Ministerio Fiscal que lo que vienen a articular, es una especie de excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario que debe ser desestimada por tres razones:

  1) por extemporánea, ya que todavía no se ha interpuesto demanda alguna y las supuestas partes procesales de la controversia litigiosa no son tales. Se desconoce si se interpondrá demanda, contra quiénes, y por qué importes.

  2) porque la responsabilidad de cada una de las personas señaladas, en sus diferentes condiciones de cuentadantes (Alcaldesa, Interventora y Secretario), es independiente y no está afectada por la de los demás (Tesorero, y Secretario en distinto periodo). Sostiene que los recurrentes no formulan ninguna alegación por la que pueda considerarse que la inclusión de los Sres. M. o H. modificaría, atenuaría o eliminaría la relevancia de sus actuaciones o responsabilidades, y en lugar de discutir su responsabilidad, se limitan a señalar la de otros.

  3) en lo referente a la cuantía, porque siendo solidaria la responsabilidad contable por la totalidad del alcance del que puedan resultar responsables cada uno de los cuentadantes en sus respectivos periodos de desempeño de la función, la inclusión de otros responsables tampoco reduciría los importes de los que cada uno de ellos haya de responder.

- En el cuarto motivo de oposición, el Ministerio público manifiesta que tampoco cabe acoger la invocación de la supuesta causa de abstención y recusación del Sr. M., pues siendo Secretario del Ayuntamiento de San Clemente, es ante tal Corporación donde podría invocarse el supuesto interés directo del hipotético recusado, siendo una cuestión irrelevante en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Cuentas, con el que el eventual recusado no tiene relación orgánica, ni funcional alguna y a cuya tramitación, la responsabilidad de la Delegada Instructora es, por completo, ajena.

- En el quinto motivo de oposición, señala que, el recurrente Sr. S.M. sostiene que la Delegada Instructora no ha podido tener en cuenta la documentación por él solicitada, cuya remisión fue acordada, y que no ha sido enviada por el Ayuntamiento. Alega el Fiscal que dicha alegación podría tener sentido si lo que estuviera en discusión fuera la realización de determinadas actividades por los Concejales, pero no es el caso, ya que no se discuten ni reprochan las actividades, ni su efectiva realización, sino el hecho de que estuvieran retribuidas no debiendo estarlo.

- En el motivo sexto, manifiesta que las alegaciones de falta de tipicidad o de existencia del perjuicio, son de fondo, y ajenas por completo al presente cauce impugnatorio.

  Por ello, concluye que no existe vulneración de la tutela judicial efectiva, arbitrariedad, nulidad, incongruencia ni indefensión en la Liquidación Provisional. Y la adopción de la medida cautelar de embargo en la cantidad en que se estima el total alcance más sus intereses, se corresponde con lo dispuesto en el artículo 47, 1, f) y g) de la LFTCu, y a su vez se adopta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38, 1 y 2 de la LOTCu.

  En el escrito de 11 de enero de 2023 el Ministerio Público se opuso a la ampliación del recurso formulado por la representación legal de la Sra. H.A. en virtud de las siguientes alegaciones:

- Manifiesta que las nuevas alegaciones de la recurrente se dirigen contra el Gobierno del equipo municipal resultante de las elecciones de 2019, que fue quien denunció ante el Tribunal las irregularidades que nos ocupan. Solo por tal motivo, la alegación puede ser desestimada, en la medida en que resulta incompatible con la buena fe procesal con la que deben articularse, todas las pretensiones que se deduzcan ante los tribunales, de conformidad con el art.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ausente aquella, el tribunal debe fundadamente desestimar la alegación, según dispone el citado precepto.

- Por lo demás, la recurrente se limita a articular nuevamente, como ya lo hizo en el recurso original, una especie de excepción de litisconsorcio pasivo necesario, alegación que debe decaer por las tres razones ya expuestas.

- Insiste en que no existe vulneración de la tutela judicial efectiva, arbitrariedad, nulidad, incongruencia ni indefensión en la Liquidación Provisional. Y la adopción de la medida cautelar de embargo de la cantidad en que se estima el total del alcance más sus intereses, se corresponde con lo dispuesto en el artículo 47, 1, f) y g) de la LFTCu, y a su vez se adopta en aplicación de lo dispuesto en

el artículo 38, 1 y 2 de la LOTCu, por lo que el recurso debe ser desestimado en su totalidad.

SÉPTIMO.– Resumidas, del modo que antecede, las posturas de los distintos intervinientes en esta fase, dada la índole de las alegaciones expresadas en sus respectivos escritos de recursos y los fundamentos de oposición a los mismos, se hace imprescindible recordar que el recurso innominado, previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme con la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia (Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre, nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero, y nº 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021), constituye, en el Orden procesal Contable, un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer un mecanismo de revisión a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, que sólo puede prosperar si concurren los motivos taxativamente establecidos en dicho precepto: 1) que la resolución recurrida no acceda a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren; o, 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrán desarrollar las alegaciones que procedan, en orden a la defensa de las respectivas pretensiones que se ventilen en juicio, y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión.

De lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "*ex lege"* a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la LOTCu, y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

Por ello, hay que insistir de nuevo en que, por vía de este recurso no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del, o de los presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, conforme ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de

Justicia (por todos, Auto nº 3/2016, de 8 de marzo), debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no pueda realizarse al amparo de este excepcional trámite, sino que su enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del Derecho aplicable, en el ámbito del juicio que corresponda.

OCTAVO.- Además, la indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido en doctrina consolidada, pudiendo citarse el Auto 17/2021, de 23 de junio; los Autos números 24 y 27, ambos de 22 de julio de 2021; y el Auto 30/2021, de 27 de noviembre.

Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 258/2007, de 18 de diciembre, se manifiesta que «…*el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento» (F. 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que «una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella» (F. 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que «una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie» (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10, o 130/2002, de 3 de junio, F. 4)...».*

De este modo, según tiene establecido esta Sala de Justicia, la indefensión, con base en la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas:

a) 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 3º).

b) 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 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º).

c) Finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

Sobre este particular es de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, el Delegado Instructor resulta inexcusablemente obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citando a estos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, al levantamiento del Acta de Liquidación Provisional, en la que mencionará los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y, asimismo, de forma ineludible, a adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo ocasionado.

En consecuencia, las Actuaciones Previas no constituyen un procedimiento contradictorio, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos o sobre su calificación jurídica, quedando excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia.

Es en ese momento -y sólo entonces- cuando la defensa plena de los derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que, necesariamente, sucede a las actuaciones previas.

Y en relación con la obligación legalmente exigible a los Delegados Instructores para adoptar los debidos aseguramientos del eventual menoscabo económico detectado, una vez practicada la Liquidación Provisional, la Sala de Justicia de este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse (Autos nº 2/2015, de 3 de febrero; nº 17/2017, de 6 de noviembre; nº 21/2018, de 20 de julio; y, más recientemente, en el Auto nº 5/2021, de 26 de febrero), en el sentido de que constituyen medidas de tipo

cautelar, cuya aplicación viene determinada en el artículo 47.1, letra f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, precepto que habilita legalmente al Delegado Instructor para que persiga el aseguramiento, en esa fase previa, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

NOVENO.- La representación legal de Don P.A.S.M. ha comenzado su recurso denunciando infracción del artículo 32.1 LFTCu y Disposición Final Segunda,Uno, de la LOTCu que establecen, ambos, la supletoriedad y aplicación de la legislación estatal de procedimiento administrativo común en los procedimientos de fiscalización del Tribunal de Cuentas. Y ello en relación con la pretensión de que se instase la recusación del Secretario del Ayuntamiento Don F.J.M.G., por ostentar interés directo en el resultado del procedimiento, siendo él mismo quien participó activamente en las diligencias de investigación desarrolladas por la Delegada Instructora del expediente de Actuaciones Previas nº 12/2021 y ejerció su cargo dentro del período examinado. Ello le lleva a postular, con aplicación supletoria de la LPACAP, la nulidad de pleno derecho del Acta y de la Providencia recurridas.

No puede esta Sala de Justicia compartir la pretensión perseguida por el recurrente. Su argumentación parte de una fundamentación legal por completo errónea, cual es la de invocar la aplicación conjunta del artículo 32.1 LFTCu y Disposición Final Segunda. Uno, de la LOTCu que, como él mismo pone de manifiesto, sólo podrían ser consideradas si nos halláramos en el marco de la función fiscalizadora que desarrolla este Tribunal de Cuentas. Esta Sala de Justicia, como recuerda el Auto nº 17/2017, de 6 de noviembre, mantiene como criterio doctrinal que no pueden trasladarse al ámbito de las normas de enjuiciamiento contable, concretamente a la fase preparatoria de las Actuaciones Previas, previsiones normativas estrictamente pensadas para el desarrollo de la función de fiscalización que también es competencia de este Tribunal de Cuentas, como claramente se infiere del tenor de los dos apartados de la Disposición Final Segunda de la LOTCu que el recurrente invoca.

Con el mismo criterio sistemático de la Ley, se ha de interpretar el contenido del artículo 32 de la LFTCu, claramente incluido dentro del marco normativo regulador de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y los procedimientos que en dicho marco desarrolla (Título IV, Capítulo IV de dicha Ley), distinguiéndose netamente de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables (Capítulo XI del mismo Título) para los que se prevé la formación de piezas separadas distintas de la tramitación de las fiscalizaciones, estableciéndose reglas especiales para la incoación de dichas piezas preparatorias de los procedimientos jurisdiccionales del Orden Contable, sobre todo en el artículo 47 de la LFTCu, con

relación a la preparación del enjuiciamiento de responsabilidades contables por alcance.

Dicha solución viene abonada por el propio tenor del mencionado artículo 32 de la LFTCu que, tras declarar, efectivamente, la supletoriedad de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy LPACAP) para la tramitación de los procedimientos de fiscalización "stricto sensu", establece **como excepción** las disposiciones que "…*determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa* ***o jurisdiccional***…", extremo éste que obvia, por supuesto, interesadamente, el recurrente en su argumentación jurídica.

En definitiva, no puede ser considerada correctamente alegada la aplicación de la LPACAP, y del artículo 32 de la LFTCu, puesto en relación con la Disposición Final Segunda de la LOTCu, pronunciamiento que se concilia con la doctrina constante de esta Sala de Justicia mantenida, como se ha visto, en el ya citado Auto nº 17/2017, de 6 de noviembre, reiterada en el Auto nº 23/2021, de 23 de junio y en el Auto nº 6/2019, de 21 de junio, con cita, entre otros, del Auto 13/2018, de 30 de mayo y el Auto 21/2013, de 4 de diciembre.

Una vez constatada la incorrecta formulación jurídica de este motivo de recurso, resulta patente a esta Sala de Justicia que la pretensión consistente en instar un procedimiento administrativo de abstención o recusación del actual Secretario del Ayuntamiento de San Clemente, Don F.J.M., resulta exorbitante a las competencias atribuidas por el artículo 47.1 de la LFTCu a los Delegados Instructores de las actuaciones previas. Comparte, así esta Sala, lo manifestado por la Delegada Instructora, según consta en la página 30 del Acta de Liquidación Provisional, en el sentido de que las cuestiones relativas a la abstención o recusación del citada Secretario en aplicación de normas administrativas, son funciones que exceden de sus competencias.

Y, asimismo, un pronunciamiento sobre las mismas por parte de esta Sala de Justicia rebasaría ampliamente los márgenes legales de su conocimiento, por aplicación del artículo 48.1 de la LFTCu, en los términos ya analizados anteriormente.

Se debe, por tanto, desestimar el motivo primero del recurso interpuesto por la representación legal de Don P.A.S.M.

DÉCIMO.- Esa misma representación alega, en segundo lugar, causa de nulidad de pleno derecho del Acta de Liquidación y Providencia recurridas, conforme a lo dispuesto en el art. 47.1. e) de la LPACAP, por derivar la misma de una Acta de Liquidación Provisional cerrada sin haberse completado la prueba documental acordada por la propia Delegada Instructora, al no haber sido remitidos los

Certificados de todas las Actas de la Junta de Gobierno Local celebradas a lo largo de la legislatura 2015-2019.

Respecto a la invocación de los preceptos contenidos en la LPACAP, en los términos empleados por el recurrente, se debe reiterar su improcedencia, a efectos de la resolución de los recursos presentados al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, según se ha razonado anteriormente.

Sin perjuicio de ello, ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de San Clemente, cumpliendo el requerimiento efectuado por la Sra. Delegada Instructora en cumplimiento de lo ordenado en el Auto de esta Sala de Justicia nº 12/2022, de 11 de mayo, aportó en fechas 20 y 22 de julio de 2022 y 9 de septiembre del mismo año, la documentación, que consta unida a los folios 1537 a 1688 de estas Actuaciones Previas. Cuestión distinta es que el recurrente juzgue dicha documentación incompleta, en cuanto a sus intereses. Sin embargo, la instructora consideró pertinente entender completada dicha documentación y cumplido lo ordenado en el Auto de referencia.

Y al respecto, se debe volver a recordar al recurrente (como ya acertadamente hiciera la Delegada Instructora en su motivación razonada del Acta de Liquidación Provisional -páginas 35 a 39 del Acta de Liquidación Provisional), que constituye doctrina constante que, en relación con la práctica de diligencias complementarias -como destaca el Auto nº 25/2021, de 22 de julio-, la Sala de Justicia de este Tribunal, por ejemplo en el Auto de fecha 3 de diciembre de 2014, ha afirmado que: «*… esta Sala de Justicia se ha venido pronunciando en el sentido de que el órgano instructor no tiene por qué realizar todas las diligencias que le propongan los intervinientes en las Actuaciones Previas si considera que, con las ya realizadas, dispone de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y su imputación, y que las diligencias que debe practicar no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal. Es también doctrina de esta Sala, plasmada, entre otros, en el Auto 19/2004, de 27 de octubre, que, siendo uno de los motivos en los que se puede basar el recurso previsto en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, "que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren", prosperará éste cuando sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto. Debe analizarse, por tanto, si la actuación del órgano instructor, en relación con las diligencias solicitadas por el recurrente, pudo ocasionarle indefensión, privándole del legítimo ejercicio de su derecho a la defensa, en los términos consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española, y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que ha matizado en múltiples Sentencias (por todas, SSTC 6/1992 y 105/1995), que la indefensión debe ser material, de forma que haya supuesto un perjuicio real y*

efectivo, dando lugar a una merma en las posibilidades de defensa del recurrente...».

Aplicando el criterio doctrinal al caso de autos, y examinadas las actuaciones practicadas, esta Sala de Justicia considera que no ha existido denegación de prueba alguna en el Acta de Liquidación Provisional que haya supuesto minoración de las posibilidades de defensa de los recurrentes, no existiendo indefensión en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional le otorga, máxime cuando la instructora ha procedido diligentemente a cumplir lo preceptuado por esta Sala de Justicia en su Auto 12/2022, de 11 de mayo.

La denegación de lo solicitado guarda estricta coherencia con el análisis efectuado por la Delegada Instructora, en orden a determinar, de forma previa y provisional, las personas presuntamente incursas en responsabilidad contable por alcance, según la minuciosa argumentación reflejada en las Consideraciones Quinta y Sexta del Acta de Liquidación Provisional (páginas 25 a 47). Y todo ello, según el criterio adoptado en cuanto a la acotación de la irregularidad contable presuntamente cometida, en los términos que la Instructora manifestó en su Consideración Tercera, según se recoge en las páginas 7 a 22 del Acta de Liquidación, hoy recurrida.

Así pues, la decisión contenida en el Acta de Liquidación de no acceder a realizar más diligencias de investigación, en los términos propuestos por los intervinientes en la liquidación -y hoy recurrentes- se encuentra debidamente motivada, con independencia de que el sentido de la misma no sea el pretendido por aquéllos y sin prejuicio de la decisión que pudiera adoptarse tras las alegaciones y pruebas pertinentes que puedan plantearse y practicarse en el procedimiento jurisdiccional contable que pudiera en su caso incoarse. Puesto que, como señala a este respecto, el Auto nº 30/2021, de 27 de noviembre, "…*Las conclusiones vertidas por el Delegado Instructor en la Liquidación Provisional no vinculan ni a las posibles partes procesales futuras -que podrán en la primera instancia plantear alegaciones y proponer pruebas con toda la amplitud que permite la legislación procesal civil- ni al órgano de la Jurisdicción Contable competente para decidir sobre las pretensiones de responsabilidad contable por alcance que, en su caso, se enjuicien*…".

Por todo ello, se debe desestimar este motivo de recurso.

UNDÉCIMO.- También ha denunciado, en su alegación Quinta, la representación legal de Don P.A.S.M., la falta de tipicidad o base legal sustantiva que determine existencia de responsabilidad contable en los hechos investigados, en concreto, la falta de acreditación del daño o perjuicio real y efectivo a las arcas municipales.

La mera formulación y el contenido de dichas alegaciones constituyen, claramente, para esta Sala de Justicia el planteamiento de cuestiones que atañen al

enjuiciamiento del fondo del asunto y, por consiguiente, quedan extramuros de los taxativos motivos que, legal y jurisprudencialmente, configuran este excepcional mecanismo de revisión de lo actuado en la fase de actuaciones previas a los procedimientos jurisdiccionales contables, por causa de indefensión o denegación injustificada de práctica de diligencias inexcusables para la debida preparación de dichos juicios contables.

Por tanto, debe rechazarse, asimismo, dicho motivo de recurso.

DUODÉCIMO.- Las representaciones legales de Don P.A.S.M. y de Doña M.S.H.A. han coincidido en alegar irregularidad en el Acta de Liquidación recurrida, toda vez que entienden que no se ha practicado citación a todos los presuntos responsables contables a dicho acto. Sostienen que debieron ser citados en tal concepto el actual Secretario del Ayuntamiento de San Clemente, Don F.J.M.G. y, también el tesorero de esa misma Corporación municipal, Don F.H.S.

Además, mediante escrito de ampliación de su recurso, la representación legal de Doña M.S.H.A. ha ampliado esa falta de citación, como presuntas responsables contables, a Doña M.R.S.C., actual Alcaldesa de San Clemente y a Doña M.E.M.C., que actuó como Alcaldesa accidental en una ocasión.

Afirman los expresados recurrentes que la omisión de llamamiento a esas personas haría incurrir a la instrucción de las Actuaciones Previas 12/2021 en arbitrariedad (proscrita por el artículo 9 de la CE) y en causa de indefensión a las personas declaradas presuntas responsables contables, puesto que la falta de llamamiento implicaría una mayor responsabilidad de los recurrentes y un perjuicio a la hora de depositar o afianzar las cantidades provisionalmente declaradas como alcance de los fondos municipales.

En primer lugar, cabe decir que esta Sala de Justicia coincide con el argumento esgrimido por el Fiscal, en su escrito de oposición a los recursos planteados, de que, so pretexto de tratar de encajar las expresadas alegaciones de los recurrentes, en una hipotética indefensión producida por una eventual arbitrariedad cometida por la Delegada Instructora, de llamamiento a unos interesados y a otros no, en la liquidación recurrida (con lo que se trataría de viabilizar los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu interpuestos), en realidad nos hallamos ante una extemporánea alegación de una excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo.

Pretensión que no podría acoger esta Sala de Justicia por cuanto ya ha quedado repetidamente establecido que el examen de tales cuestiones procesales no encuentra su acomodo en este excepcional trámite, sino que deberá, en su caso, ser enjuiciado por el órgano jurisdiccional que conozca de la primera instancia.

Pero es que, aunque incluso se llegaran a considerar los argumentos argüidos por los recurrentes desde el punto de vista de la existencia, o no, de la indefensión material -único extremo que, en este concreto momento procesal atañe a esta Sala de Justicia- se impone un pronunciamiento desestimatorio de los motivos de los presentes recursos innominados del artículo 48.1 de la LFTCu. Y es que se constata que los recurrentes no han hecho una correcta apreciación del mecanismo de la solidaridad en las obligaciones de reintegro contable. Respecto a este extremo, basta considerar que, aun en el caso de que hipotéticamente las eventuales responsabilidades contables a que se refiere este proceso preparatorio del jurisdiccional pudieran extenderse a los sujetos indicados por los recurrentes, la responsabilidad de éstos sería solidaria entre ellos y con la que, en su caso, pudiera corresponder a los sujetos sí llamados a intervenir en la Liquidación Provisional.

Así resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 38.3 de la LOTCu. Este carácter solidario de las responsabilidades que hipotéticamente pudieran corresponder a las personas a quienes se pretende traer al procedimiento de actuaciones previas basta por sí solo para excluir la operatividad, en el caso que nos ocupa, de los efectos adversos de una posible presunta responsabilidad contable no apreciada debidamente, con carácter provisional, pues nada impide que, cuando se trate de hechos de los que puedan derivarse responsabilidades solidarias de varios sujetos, se enjuicie la responsabilidad de alguno o de algunos de ellos sin necesidad de enjuiciar las posibles responsabilidades de otros. Esta característica forma parte, precisamente, de la solidaridad, como mecanismo tendente a facilitar la satisfacción del derecho del acreedor quien, de acuerdo con el artículo 1144 del Código Civil, que regula las obligaciones solidarias, "*puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente*".

Y menos aún cabe hablar de indefensión material cuando, como ya se ha visto, queda siempre expedita la posibilidad de alegar sus argumentos, en forma de excepción procesal, en el momento procesalmente oportuno que no es otro que cuando se abra, eventualmente, el procedimiento de reintegro por alcance de índole jurisdiccional.

De los razonamientos que se acaban de realizar se deriva, necesariamente, el error jurídico en que incurren los recurrentes cuando afirman que, el no llamamiento a otras personas que, según ellos, podrían ser susceptibles también de incurrir en una presunta responsabilidad contable implica una mayor responsabilidad de los recurrentes y un perjuicio a la hora de depositar o afianzar las cantidades provisionalmente declaradas como alcance de los fondos municipales. Ni existe mayor responsabilidad de los recurrentes por este hecho, ni mucho menos acarrea un mayor perjuicio a la hora de afianzar las posibles cantidades presuntamente constitutivas de alcance a los fondos municipales, de conformidad con la legalidad vigente.

Por lo tanto, la Sala concluye que, en ningún caso, se produce el requisito de concurrencia de indefensión material que resulta exigible para la estimación de los recursos formulados al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, en los términos determinados por la jurisprudencia constitucional, que ya han sido expuestos en el Fundamento jurídico Octavo de esta Resolución.

Además, debe rechazarse del mismo modo la existencia de arbitrariedad, por parte de la Delegada Instructora en sus conclusiones, acerca de la provisional determinación de las personas que resultaban, a su legal parecer, presuntas responsables contables.

Tomando como base los hechos y normas jurídicas examinadas en las Consideraciones jurídicas Tercera y Cuarta del Acta de Liquidación Provisional, el criterio mantenido para apreciar la presunta responsabilidad contable, con carácter solidario, de los hoy recurrentes queda nítidamente fijado en la Consideración Quinta del Acta de Liquidación Provisional de 4 de noviembre de 2022.

Y la exclusión, tanto del actual Secretario municipal Don F.J.M.G. y, del Tesorero de la Corporación, Don F.H.S. se encuentra suficientemente razonada en las respuestas que dicha Delegada Instructora efectuó a las alegaciones formuladas por las representaciones legales de Don P.A.S.M. y de Doña M.S.H.A. (que han vuelto a reproducir en esta vía de recurso del artículo 48.1 de la LFTCu). El contenido de dicha motivación de oposición a las alegaciones de estos últimos se encuentra en las páginas 41 a 43 del Acta de Liquidación Provisional y se dan aquí por debidamente reproducidas, en aras a la economía procesal.

Además, una vez finalizado el acto de comparecencia y previa lectura del Acta de Liquidación provisional se dio nuevo turno de alegaciones a los intervinientes, en las que los mismos vinieron nuevamente a incidir en el no llamamiento al Secretario y Tesorero municipales antes citados, volviendo la Delegada Instructora a dejar meridianamente claro el criterio jurídico por ella mantenido (páginas 48 a 50 del Acta de Liquidación provisional).

Queda acreditado, por consiguiente, que el criterio adoptado por la instructora, en orden a determinar las personas presuntamente responsables contables, declarando unas y excluyendo a otras, no fue una actividad llevada a cabo de manera caprichosa, irrazonable o arbitraria, sino que nació del examen de los hechos que reflejaban los documentos aportados al expediente y de las consideraciones de carácter jurídico con aplicación de las normas que entendió aplicables, siguiendo en todo momento la doctrina de esta Sala de Justicia respecto a las alegaciones que les fueron planteadas por los intervinientes -a los que oyó durante la tramitación de la pieza y después de su conclusión- sobre cuyo contenido razonó los motivos de su oposición. Esto último revela que se respetó, en todo momento, el derecho de

defensa de los intervinientes en la liquidación, sin que pueda alegarse indefensión material de los hoy recurrentes, pues se cumplieron las previsiones contenidas en el artículo 47.1 de la LFTCu.

En realidad, lo que los recurrentes pretenden con la interposición del mecanismo revisorio del artículo 48.1 de dicha LFTCu es tratar de imponer sus propias valoraciones fácticas y jurídicas, sustituyendo los argumentos debidamente motivados de la Delegada Instructora. Pero como se ha repetido a lo largo de esta fundamentación, dichas pretensiones no son susceptibles de ser atendidas mediante este excepcional recurso y deben ser desestimadas. Todo ello, sin perjuicio de que en la fase jurisdiccional podrán alegar y practicar las pruebas que a su derecho convenga en defensa de sus intereses.

Y todavía menos aún cabe reprochar arbitrariedad a la Delegada Instructora por no citar como presuntos responsables a los actuales miembros del equipo de gobierno municipal. Y ello por la sencilla razón de que esta pretensión ni tan siquiera fue oportunamente alegada en los trámites de audiencia de la pieza de Actuaciones Previas nº 12/2021 o en el momento de redactarse el Acta de Liquidación Provisional que ponía fin a la comparecencia.

Este pedimento ha sido planteado "*ex novo*" por la representación de Doña M.S.H.A. en este trámite de recurso, mediante una ampliación del mismo. Es decir, ni tan siquiera se le dio oportunidad a la Delegada Instructora de pronunciarse sobre tales extremos en el momento procesal oportuno. Por lo que no procede recurrir un Acta de Liquidación Provisional dictada por una instructora cuando ni tan siquiera se le da oportunidad de motivar decisión alguna sobre tales extremos.

En definitiva, se deben desestimar los motivos primero y segundo de la recurrente Sra. H.A., así como las alegaciones Tercera y Cuarta del recurrente Sr. S.M.

DECIMOTERCERO.- Respecto a la solicitud de suspensión del plazo para el depósito o afianzamiento de las cantidades que provisionalmente han sido declaradas como constitutivas de presunto alcance, realizada por la representación legal de Doña M.S.H.A., también debe ser desestimada.

Cabe recordar que la interposición del recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento, no tiene efecto suspensivo de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales. Dicha suspensión, como se establece en la doctrina de esta Sala de Justicia (entre otros, los Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre y nº 14/2018, de 30 de mayo), sólo se produce en aquellos casos en que la Sala aprecie la existencia de tales circunstancias excepcionales y resulte, por ello, estimada la solicitud planteada en tal sentido por el recurrente. En el presente caso no existe motivo que justifique la suspensión de la eficacia de la Providencia recurrida, por lo que procede rechazar tal solicitud

suspensiva, pues la recurrente no ha justificado suficientemente la suspensión más allá de la supuesta existencia de dudas razonables respecto a la responsabilidad de la Sra. H.A., que ha sido alegadas a lo largo de su recurso.

Del mismo modo, la Sala de Justicia, ha venido manteniendo, por todos en los Autos nº 2/2018, de 30 de enero, 18/2013, de 17 de septiembre y 17/2015, de 2 de julio, que las circunstancias que pueden dar lugar a los efectos suspensivos de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, por su carácter excepcional, deben ser objeto de interpretación restrictiva y no cabe su apreciación si no es porque estén relacionadas con una posible situación de indefensión. Y la supuesta existencia de dudas razonables respecto a la responsabilidad de la Sra. H.A., única circunstancia en que el recurrente parece basar su solicitud de suspensión, nada tiene que ver con una situación de indefensión, al tratarse de una cuestión que afecta al fondo del asunto. Por tanto, y conforme a la doctrina reiterada de esta Sala de Justica, la solicitud de suspensión de actuaciones y, en concreto, de la medida cautelar plasmada en la Providencia recurrida, debe ser desestimada.

DECIMOCUARTO.- Dada la índole de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho precedentes, esta Sala de Justicia debe proceder a la desestimación íntegra de los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu, interpuestos por las representaciones legales de Doña M.S.H.A. y Don P.A.S.M. (a los que se ha adherido la representación legal de Doña M.J.R.M.), contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas de fecha 4 de noviembre de 2022, dictadas por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 12/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), CUENCA.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a ninguna de las partes intervinientes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA.

La Sala acuerda: DESESTIMAR los recursos promovidos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por el Letrado Don Javier Murillo González, en nombre y representación de Doña M.S.H.A. y por el Letrado Don Mauro Saugar Segarra, en nombre y representación de Don P.A.S.M., a los que se ha adherido la Procuradora de los Tribunales Doña María José Moruno Cuesta, en nombre y representación de Doña M.J.R.M., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago,

depósito o afianzamiento, ambas de fecha 4 de noviembre de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 12/21 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), CUENCA. Sin costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 9/2023, de 9 de mayo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 35/22. Actuaciones Previas nº 96/20. Sector Público Estatal (Mº. de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación. Oficina Técnica de Coop. en Panamá) Madrid. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala comienza aludiendo a la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 y a continuación analiza el concepto de indefensión desde el punto de vista legal y jurisprudencial para concluir que no se ha producido en este supuesto.

La valoración de la actuación del recurrente, que no ha tenido participación en la desaparición de los fondos públicos, no corresponde al Delegado Instructor, ya que es una función judicial que correspondería a los órganos jurisdiccionales competentes. El momento procesal para plantear estas cuestiones es el procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe.

En cuanto al archivo de las actuaciones que pretende el recurrente, resulta obligado señalar que en la fase de actuaciones previas no es posible, ni siquiera a través de la interposición del recurso del art. 48 de la LFTCu. Esta ley regula el archivo de las actuaciones en los siguientes momentos procesales: 1) en la fase de diligencias preliminares cuando los hechos manifiestamente no revistan caracteres de alcance o no fuera éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos; 2) en el procedimiento jurisdiccional cuando el Delegado Instructor en la Liquidación Provisional no aprecie la existencia de alcance y los que tengan la legitimación activa en la jurisdicción contable coincidan con lo señalado en aquélla; cuando proceda el sobreseimiento; cuando se produzca allanamiento, desistimiento de la pretensión o sentencia desestimatoria o cuando se ejecute la sentencia estimatoria de declaración de responsabilidad.

Tampoco estima la pretensión de que se acuerde la suspensión de las actuaciones preventivas sobre el patrimonio del recurrente, toda vez que la interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión (Auto 1/2022, de 2 de marzo, de esta Sala de Justicia), que en el presente caso no concurren.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N.º 9/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 35/22. Actuaciones Previas nº 96/20
SECTOR PÚBLICO ESTATAL (Mº. de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación. Oficina Técnica de Coop. en Panamá) MADRID

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

Visto el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas dictadas con fecha 23 de noviembre de 2022, en las Actuaciones Previas nº 96/20.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En la práctica de la liquidación provisional de las actuaciones previas nº 96/20, de 27 de octubre de 2022, en consideración a las alegaciones planteadas por los comparecientes sobre la complejidad y dificultad de valoración y examen del borrador del acta puesta a su disposición, el delegado instructor: **1º)** Les convocó a una nueva liquidación provisional para el día 23 de noviembre de 2022; **2º)** Indicó

que las alegaciones formuladas en ese acto habían sido contestadas y se habían incorporado al acta y **3º)** Entregó una copia completa del borrador del acta, junto con sus anexos, a cada uno de los asistentes a la convocatoria, a efectos de no causar indefensión.

Con fecha 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor en las actuaciones previas de referencia, levantó acta de liquidación provisional en la que, tras el examen y valoración de la documentación aportada, manifestó que:

- Se daban los requisitos previstos en los artículos 49, 50.1 y 72 de la LFTCu para declarar un alcance en los fondos de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

- Se consideraban presuntos responsables contables directos y solidarios, en las cuantías y conceptos correspondientes a cada uno de ellos, en virtud del periodo temporal en que ejercieron sus funciones a: Don O.G.B., a Doña R.M.B.S.**,** a Don C.C.C., a Don G.M.L., a Doña S.V.V., a Doña M.C.S. y a Doña C.C.R.V.

- Se cuantificaba el presunto alcance en un importe total de TRES MILLONES OCHENTA Y TRES MIL TRES EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (3.083.003,55 €), del que correspondían DOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (2.731.930,83 €) al principal, y TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (351.072,72 €), a los intereses legales. En concreto, se consideraba presunto responsable contable directo, por su actuación desde el 1 de agosto de 2017 al 31 de julio de 2020, al recurrente Don C.C.C., por importe de 1.794.992,20 € (1.630.379,29 € de principal y 164.612,91 € de intereses).

SEGUNDO. Por providencia de 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor acordó requerir a los declarados presuntamente responsables el reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más los intereses, en las cuantías y conceptos correspondientes a cada uno de ellos, en el plazo concedido al efecto, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes, en caso de no atender tal requerimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1.f) de la LFTCu.

TERCERO. El 30 de noviembre de 2022 se recibió en el Registro General de este Tribunal escrito del procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., por el que interpuso el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de 23 de noviembre de 2022.

CUARTO. Por diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 35/22, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y remitir oficio al delegado instructor, en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso interpuesto.

QUINTO. Recibidos en esta Sala de Justicia los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso, la Secretaria de la misma, por diligencia de ordenación de 12 de diciembre 2022, dio traslado de copia del recurso a todos los citados a la liquidación provisional, a efectos de que, en su caso, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, en un plazo común de cinco días.

En el trámite conferido se recibieron escritos de oposición al recurso de:

- El Letrado de la Junta de Andalucía, de fecha 19 de diciembre de 2022.
- La Abogada del Estado, de fecha 19 de diciembre de 2022.
- El Ministerio Fiscal, de fecha 20 de diciembre de 2022.

SEXTO. Concluso el recurso, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 28 de febrero de 2023 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que preparase la resolución procedente; los cuales se remitieron por diligencia de 6 de marzo de 2023.

SÉPTIMO. Por Providencia de 25 de abril de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso, rollo nº 35/2022, el día 8 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

OCTAVO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El conocimiento y resolución del recurso interpuesto, corresponde a esta Sala de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO. La representación de Don C.C.C., en el recurso interpuesto, alega indefensión por falta de motivación de la liquidación provisional, y solicita: **1)** La anulación del acta de liquidación provisional; **2)** El archivo de las actuaciones, por la falta de intervención de su representado en los hechos de los que se deriva su presunta responsabilidad contable; y **3)** La suspensión de las actuaciones preventivas

sobre el patrimonio de su representado, en concreto, el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento efectuado al Sr. C., en tanto no se resuelva el recurso.

Fundamenta la indefensión en que:

a) La liquidación provisional practicada no contiene referencia a que fue el Sr. C. quién descubrió la situación que dio origen a estas actuaciones. Y, en concreto, el precitado:

-Descubrió el desfalco en la Oficina Técnica de Cooperación (en adelante, OTC) de Panamá el 19 de febrero de 2019 y lo comunicó inmediatamente a la Embajada de España y a los Servicios Centrales de la AECID (Madrid).

-Denunció el hecho en la Fiscalía panameña el 20 de febrero de 2019.

-Elaboró informes contables que fueron entregados en mano al Inspector General de Servicios durante su visita a Panamá y enviados a la División de Control y Mejora de la Gestión, dependiente de la Dirección General del Servicio Exterior, y a la División de Gestión Económica de la AECID.

b) El propio director de la AECID reconoció la existencia de un mecanismo de falsificación perpetrado por el administrador contable.

c) La contabilidad de la OTC era uno de los cometidos principales del administrador contable.

d) El Sr. C. siempre ha cumplido con sus obligaciones de cajero pagador en el exterior conforme al contrato suscrito con la AECID y su condición de Coordinador General de la OTC de Panamá.

TERCERO. El Letrado de la Junta de Andalucía, en su escrito de oposición al recurso, puso de manifiesto que el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento se ajustan plenamente a derecho, sin que quepa apreciar indefensión alguna derivada de éstas, ya que:

1) Los motivos en los que se sustenta el recurso se refieren a cuestiones de fondo atinentes a la culpabilidad o negligencia grave del Sr. C., que no corresponde analizar en la fase de actuaciones previas, y que no desvirtúan los razonamientos del acta recurrida.

2) El acta de liquidación provisional está debidamente motivada y valora los documentos obrantes en las actuaciones, sin que quepa apreciar indefensión por el hecho de que dicha valoración no coincida con la que realiza el recurrente.

3) El recurrente fue citado para comparecer al acto de la liquidación provisional, tuvo a su disposición la totalidad de las actuaciones previas realizadas, y pudo aducir cuantas alegaciones estimó pertinentes, las cuales fueron analizadas y contrarrestadas, de forma razonada, por el delegado instructor.

Por todo ello, ha considerado que tanto el acta de liquidación provisional como la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento deben ser confirmadas.

CUARTO. La Abogada del Estado, en su escrito de oposición al recurso, indicó que:

1) No se había mermado el derecho de defensa del recurrente, ya que dispuso de numerosas oportunidades de formular las alegaciones que consideró convenientes.

2) Al recurrente no se le ha producido perjuicio real y efectivo alguno.

3) No resulta procedente, a través de este recurso, resolver cuestiones de fondo que habrán de dilucidarse en el posterior procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe.

4) La decisión contenida en el acta y en la providencia recurridas se encuentra motivada, con independencia de que su sentido no sea el pretendido por el recurrente.

5) Las actuaciones practicadas por el delegado instructor han sido conformes a derecho, por lo que no cabe apreciar indefensión alguna conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia y a la doctrina de la Sala de Justicia.

6) No es admisible, en el trámite del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, solicitar el archivo de las actuaciones.

7) La interposición del recurso del artículo 48 de la LFTCu carece de efectos suspensivos.

QUINTO. El Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso señaló lo siguiente:

1) El hecho de colaborar con la justicia no exonera de la posible responsabilidad contable en que el recurrente haya podido incurrir.

2) Las cuestiones de fondo planteadas, relativas a la participación, existencia de responsabilidad contable y tipo de responsabilidad (directa o subsidiaria), no pueden ser objeto impugnación a través de este recurso, puesto que este solo cabe en casos de indefensión o denegación de diligencias.

3) El delegado instructor ha cumplido correctamente lo dispuesto en la normativa vigente, sin que se aprecie un perjuicio real y efectivo en el recurrente, ni limitación alguna de sus medios de defensa.

Por todo ello, ha interesado la desestimación del recurso y la confirmación de las resoluciones recurridas.

SEXTO. Para resolver la impugnación planteada, es preciso partir de la naturaleza del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (entre otros, Autos 1/2019, de 12 de febrero, 4/2019, de 20 de marzo, y 4/2020, de 18 de febrero) ha calificado como medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables. Se configura como un recurso especial y sumario por razón de la materia, que opera *"per saltum",* es decir, sin que los hechos hayan sido conocidos ni resueltos por el órgano de primera instancia de la jurisdicción contable.

Esta naturaleza ha sido confirmada por esta Sala de Justicia en múltiples ocasiones (por todos, Autos 19/2022, de 22 de septiembre, 24/2022, de 18 de octubre, y 6/2023, de 22 de marzo). Por medio de este recurso no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer a los intervinientes en las actuaciones previas un mecanismo de revisión de las resoluciones que puedan cercenar sus posibilidades de defensa.

En consecuencia, los motivos de impugnación de este recurso deben ser los taxativamente establecidos en la Ley, por lo que únicamente procede en los supuestos en que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o que se causare indefensión.

SÉPTIMO. El recurrente dirige su pretensión impugnatoria contra la liquidación provisional efectuada por el delegado instructor, al considerar que le ha causado indefensión por falta de motivación.

El Tribunal Constitucional (Sentencias 95/2020, de 20 de julio, 233/2005, de 26 de septiembre, 130/2002, de 3 de junio, 43/1989, de 20 de febrero, y 48/1986, de 23 de abril) ha establecido que "una indefensión constitucionalmente relevante no tiene

lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella".

El concepto de indefensión, que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu, según la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del artículo 24.1 de la Constitución, es más amplio que el derecho de defensa, pues comprende el derecho de las partes a ser tuteladas por los jueces y tribunales, quienes, al hacerlo, habrán de enjuiciar las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas; y, asimismo, el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho.

Este concepto ha sido acogido por esta Sala de Justicia (Autos 8/2022, de 8 de abril, 11/2022, de 13 de mayo, y 30/2022, de 23 de diciembre) al establecer que el concepto de indefensión que contempla el artículo 48 de la LFTCu es el elaborado por el Tribunal Constitucional y que no existe un concepto de indefensión específico para el recurso que prevé este artículo distinto y más restringido que el contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE). El derecho contemplado en este artículo comprende "el derecho a que la resolución sea motivada y fundada en Derecho, tanto desde un punto de vista externo al tener que expresar la motivación tanto fáctica como jurídica que conduce al fallo, para que el ciudadano pueda conocerla y controlar que no sea ilógica o arbitraria y, en su caso, poder recurrir; como interno, en el sentido de contener una aplicación real y racional de lo previsto en el ordenamiento jurídico".

El recurrente relaciona la indefensión con la falta de motivación del acta de liquidación provisional. Para resolver esta pretensión resulta obligado referirse al Auto nº 11/2020, de 6 de julio, dictado por esta Sala de Justicia, que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 495/2009, de 8 de julio) y la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 114/2009, de 14 de mayo, 61/2009, de 29 de marzo, y 112/2008, de 29 de septiembre) establece que <<"motivar" significa expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, la "ratio decidendi". La resolución debe contener una fundamentación en derecho, que supone la garantía de que la decisión no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, es decir, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni incurre en un error patente.

La motivación habrá de ser además suficiente, y el juicio de suficiencia debe ser realizado atendiendo, no sólo al contenido de la resolución considerada en sí misma, sino, también, dentro del contexto global del proceso, valorando todas las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén

presentes, expresa o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el mismo>>.

Como establece el Tribunal Supremo, en la Sentencia 500/2019, de 21 de febrero, la motivación es un derecho de los intervinientes en la causa, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la Constitución, que únicamente se satisface si la resolución, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, el deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes interesadas puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles son los criterios jurídicos que fundamentan la decisión que se adopte.

La función del delegado instructor, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, es:

1- dilucidar si los hechos de que se trata son o no constitutivos de alcance o malversación contable en los términos previstos en el artículo 72 de la LFTCu; 2- determinar quiénes son los presuntos responsables por ser los encargados del manejo y custodia de los caudales o efectos alcanzados; 3- reflejar todo ello en la liquidación provisional; 4- requerir a los presuntos responsables para que depositen, o afiancen el importe provisional del alcance y 5- embargar los bienes de los presuntos responsables a no ser que afianzasen su posible responsabilidad.

El delegado instructor, en el acta de liquidación provisional suscrita, concluyó que el saldo faltante de tesorería de la OTC de Panamá podía constituir un presunto alcance de fondos públicos; detalló el funcionamiento económico-administrativo de dicha OTC y, en concreto, de sus cuentas bancarias operativas; identificó a los firmantes de las operaciones que se realizaban a través de dichas cuentas -coordinador y administrador contable-; y determinó a los presuntos responsables contables por su condición de administrador contable, coordinadores generales y cajeros pagadores de la OTC y por la atribución estatutaria del control y gestión de los medios económicos financieros en materia de cooperación de la AECID.

La atribución de la presunta responsabilidad del Sr. C. se fundamentó en el acta de liquidación provisional por su condición de Coordinador General y responsable de la ejecución de los fondos del presupuesto de la AECID, en concreto, respecto al Fondo de Cooperación para el Agua, así como de los pagos a justificar a favor de los servicios centrales. Así, se indicaba que:

a) Don C.C.C., Coordinador General de la OTC de Panamá desde el 1 de agosto de 2017 al 31 de julio de 2020, era presunto responsable del faltante de 1.860,807,65 USD, equivalentes a 1.630.379,29 €, porque en el tiempo en que desempeñó sus funciones como coordinador le correspondía la custodia y uso de los fondos de la caja pagadora. Los Coordinadores Generales de la OTC son responsables de la ejecución de los fondos del presupuesto de la AECID en aplicación de su Estatuto, del artículo 5 del Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación, para el Agua y Saneamiento, y de la ejecución de los fondos provenientes de la Junta de Andalucía con base en el Convenio de colaboración de 27/10/1997", así como de "los pagos a justificar a favor de los servicios centrales en su condición de cajeros pagadores, junto con el Administrador contable, en aplicación de los Reales Decretos 640/1987, de 8 de mayo y 725/1989 de 16 de junio" (páginas 51, 52 y 53).

b) No cabe otra opción que determinar la responsabilidad del Sr. C., "habida cuenta que, si bien no consta actuación activa del Sr. C. en la desaparición de los fondos públicos, ello no enerva la responsabilidad contable que le exigía su cargo" (página 72).

El delegado instructor analizó el contenido de la información facilitada por la AECID, dio respuesta a las alegaciones formuladas por el recurrente y señaló en el acta de liquidación provisional suscrita (página 111) que no alteraban la conclusión a la que había llegado y que las falsificaciones de los procedimientos por parte del administrador de la OTC, a las que aludía el Sr. C., no podía valorarlas, porque se extralimitaría de las competencias que le confiere la LFTCu. También se recoge en dicha acta que el Sr. C. fue quien descubrió los hechos; los denunció ante la Fiscalía; facilitó la documentación necesaria para su investigación y colaboró en ésta, y que estas circunstancias, con base en la Sentencia de esta Sala nº 13/2022, de 21 de septiembre, no enervan su presunta responsabilidad.

Por lo expuesto, esta Sala aprecia que la decisión adoptada por el delegado instructor en el acta de liquidación provisional se encuentra debidamente motivada y, por ello, no ha causado indefensión alguna al recurrente. No procede, por tanto, su anulación.

La resolución impugnada cuenta formal y materialmente con una motivación. La valoración de la actuación del recurrente, que no ha tenido participación en la desaparición de los fondos públicos, no corresponde al delegado instructor, ya que es una función judicial que correspondería a los órganos jurisdiccionales competentes. El momento procesal para plantear estas cuestiones es el procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe, en el que podrá solicitarse la práctica de las pruebas que se consideren pertinentes, y en el que se dilucidará si el Sr. C. ejerció las funciones que le correspondían durante el tiempo que desempeñó el

puesto de Coordinador General de la OTC de Panamá y, por ende, de cajero pagador, con la diligencia debida. Será en dicha fase jurisdiccional donde se confirme la responsabilidad contable indiciariamente atribuida en la instrucción, o se desvirtúen los indicios existentes y se le exonere de esa responsabilidad. Ni siquiera, por vía de este recurso del artículo 48 de la LFTCu, podría esta Sala resolver sobre la responsabilidad derivada de la conducta del Sr. C., que está reservada al procedimiento jurisdiccional correspondiente que derive de las actuaciones previas.

OCTAVO. En cuanto al archivo de las actuaciones que pretende el recurrente, resulta obligado señalar que en la fase de actuaciones previas no es posible, ni siquiera a través de la interposición del recurso 48 de la LFTCu. Esta ley regula el archivo de las actuaciones en los siguientes momentos procesales:

1- En la fase de diligencias preliminares, cuando turnado un asunto entre los Consejeros adscritos a la Sección de Enjuiciamiento, los hechos manifiestamente no revistan caracteres de alcance o no fuera éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos (artículo 46.2).

2- En el procedimiento jurisdiccional, cuando:

a) El delegado instructor en la liquidación provisional no aprecie la existencia de alcance y los que tengan la legitimación activa en la jurisdicción contable coincidan con lo señalado en aquélla y no ejerciten pretensión alguna para la exigencia de responsabilidad (artículo 68.1).

b) Proceda el sobreseimiento por: no resultar debidamente acreditados, tras la fase probatoria, los hechos que hubieren dado motivo a la incoación del procedimiento o constatados éstos no existieran motivos para imputarlos a persona alguna; o hubiese sido ingresado el importe del alcance o indemnizados los daños y perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos (artículo 79).

c) Se produzca allanamiento, desistimiento de la pretensión o sentencia desestimatoria. (artículo 78).

d) Se ejecute la sentencia estimatoria de declaración de responsabilidad.

Por tanto, no cabe estimar la pretensión formulada por el recurrente en este sentido.

Debe recordarse que la fase de instrucción es una vía previa que no prejuzga nada. Su finalidad es facilitar el posterior proceso jurisdiccional con los antecedentes precisos para que, posteriormente, tras la valoración de ellos por parte de quienes

tienen la legitimación activa en esta jurisdicción puedan formular o no la pretensión procesal.

NOVENO. Tampoco puede estimarse la pretensión de que se acuerde la suspensión de las actuaciones preventivas sobre el patrimonio del recurrente, en concreto, el requerimiento efectuado para el pago, depósito o afianzamiento del presunto alcance, en tanto no se resuelva el recurso.

La interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión (Auto 1/2022, de 2 de marzo, de esta Sala de Justicia).

En el presente supuesto, el recurrente se ha limitado a solicitar la suspensión del requerimiento de pago, depósito o afianzamiento sin combatir específicamente, a través del recurso interpuesto, la providencia que lo acuerda. No ha alegado razones diferentes a la propia impugnación de la liquidación provisional, ni acreditado que ésta haya supuesto una vulneración real y efectiva de su derecho de defensa, ni tampoco circunstancias excepcionales que pudieran motivar la suspensión del requerimiento efectuado.

La medida cautelar dirigida contra el Sr. C., declarado presunto responsable contable en la liquidación provisional, tiende a asegurar los derechos de la hacienda pública, tal como preceptúa el artículo 47.1.f) de la LFTCu. El requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, como establece el Auto de esta Sala nº 12/2020, de 30 de septiembre, es una medida cautelar de aseguramiento, que en nada afecta a la ulterior determinación de la responsabilidad contable en sus diferentes grados y modalidades.

DÉCIMO. Por lo expuesto, esta Sala de Justicia considera que procede desestimar el recurso formulado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LFTCu, por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas de fecha 23 de noviembre de 2022, dictadas en las actuaciones previas nº 96/20.

UNDÉCIMO. En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no procede su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas de fecha 23 de noviembre de 2022, suscritas en las actuaciones previas nº 96/20. Sin costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 10/2023, de 9 de mayo. Recurso de apelación nº 6/23 interpuesto contra el auto de 13 de octubre de 2022 dictado en el procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Cartagena), Murcia. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, la Sala de Justicia razona que no corresponde a esta instancia judicial realizar un pronunciamiento en relación con la eficiencia o ineficiencia de la gestión realizada o la oportunidad o acierto de una determinada gestión, sino que únicamente debe apreciar si se ha producido, o no, un menoscabo individualizado en los caudales públicos gestionados como consecuencia de una acción u omisión que suponga una vulneración normativa.

Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la falta de motivación del Auto impugnado. Tal y como afirma el Tribunal Supremo (STS 500/2019, de la Sala de lo Contencioso), citando doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, «el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla» y que «es continua y reiterada la afirmación de una posible motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación "aliunde" (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre)».

En el presente caso, el auto recurrido, sobre la base de lo referido en el acta de liquidación provisional, fundamenta el archivo de la causa en el hecho de que la actuación de la corporación -consistente en el pago de cantidades en concepto de costas e intereses de demora- dio cumplimiento y respondió a lo declarado en resoluciones judiciales firmes y ello justificó debidamente la actuación del órgano de contratación municipal.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 10/2023

ASUNTO: Recurso de apelación N.º 6/23 interpuesto contra el auto de 13 de octubre de 2022 dictado en el procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Cartagena), Murcia.

PONENTE: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra.- Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra.- Doña Elena Hernáez Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Excmas. Sras. Consejeras expresadas al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales don Javier Ungría López, en representación del Ayuntamiento de Cartagena, contra el auto de 13 de octubre de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022, del ramo de sector público local (Ayuntamiento de Cartagena), Murcia.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Diligencias preliminares n.º C-117-2021

El procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022 en el que se ha dictado el auto ahora recurrido, trae causa de las diligencias preliminares n.º C-117-2021 las cuales se iniciaron por el escrito que presentó el Ministerio Fiscal a la vista de la denuncia presentada por Don F.P.M.P., la cual había originado la apertura de la acción pública n.º C-10/2021, que sin embargo resultó archivada al no haberse personado el denunciante en la forma prevista en el artículo 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU).

Don F.P.M.P., funcionario del Ayuntamiento de Cartagena y Director de la Asesoría Jurídica Municipal, puso de manifiesto, en su denuncia, que por decisión de la Concejala Delegada de Contratación, el Ayuntamiento adoptó la decisión de continuar ciertas actuaciones procesales, en contra del criterio de la propia Asesoría Jurídica, las cuales dieron lugar a que la corporación fuera condenada finalmente al pago de costas e intereses de demora que se habrían evitado en el caso de haberse obrado conforme al criterio sugerido por el asesor jurídico municipal.

Las diligencias preliminares finalizaron por medio de auto de fecha 8 de septiembre de 2021 a través del cual el Consejero de Cuentas del Departamento Tercero acordó que se elevasen las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento a fin de que se propusiera, a la Comisión de Gobierno, el nombramiento de un delegado instructor o delegada instructora que pudiera practicar las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCU.

SEGUNDO.- Actuaciones Previas n.º 1073/21

Con fecha 7 de octubre de 2021 la Comisión de Gobierno acordó el nombramiento de la delegada instructora de las actuaciones previas número n.º 1073/21, la cual, tras la práctica de las diligencias de averiguación que consideró pertinentes, emitió acta de liquidación el 15 de julio de 2022 en la que declaró, de forma previa y provisional, que no se había producido daño alguno en los fondos públicos del Ayuntamiento de Cartagena que pudiera ser constitutivo de un supuesto de alcance contable.

TERCERO.- Procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022

Concluida la fase de actuaciones previas, por medio de diligencia de reparto de 20 de julio de 2023, se turnó el expediente de reintegro n.º C-1047/2022 al Departamento Tercero de Enjuiciamiento en el que, a la vista de que el acta de liquidación había declarado provisionalmente la inexistencia de un presunto alcance en los fondos públicos municipales, se acordó, de acuerdo con el artículo 68 de la LFTCU, oír al Ministerio Fiscal y al representante legal del Ayuntamiento de Cartagena para que manifestasen lo que a su derecho conviniera en relación con la posibilidad de no incoar un juicio contable.

Si bien el Ministerio Fiscal solicitó que no fuera incoado un procedimiento contable y que se procediera a archivar la causa -por considerar que los hechos no eran susceptibles de generar un supuesto de alcance-, sin embargo, el representante legal del Ayuntamiento de Cartagena alegó que, a su juicio, los hechos sí eran susceptibles de generar un alcance contable de fondos públicos y solicitó una declaración a este respecto.

Finalmente, a la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación obrante en el expediente, el Consejero de Cuentas del Departamento Tercero, por medio de auto de 13 de octubre de 2022, acordó no incoar un juicio contable y el consiguiente archivo del procedimiento. En el mencionado auto, literalmente dispuso:

> «Resuelvo que no procede la incoación del procedimiento de reintegro por alcance n.º C1047/2022, sector público local (Ayuntamiento de Cartagena) Murcia, y en consecuencia, acuerdo el archivo del mismo».

CUARTO.- Recurso de apelación n.º 6/2023

Contra el auto anterior, el representante procesal del Ayuntamiento de Cartagena interpuso, con fecha 10 de noviembre de 2022, el recurso de apelación objeto de resolución por medio del presente auto, el cual fue admitido por diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2022, en la que se acordó dar traslado del mismo a las partes. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso por medio de escrito de 7 de diciembre de 2022.

Por medio de diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2022, se acordó elevar los autos a la Sala de Justicia emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma.

El Ministerio Fiscal y la representación procesal del Ayuntamiento de Cartagena comparecieron, personándose, mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2022 y 3 de febrero de 2023, respectivamente.

Mediante diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió abrir el correspondiente rollo, constatar la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso, designar ponente de acuerdo con el turno establecido, declarar concluso el presente recurso y pasar los autos a la Consejera ponente a fin de que pudiera preparar la pertinente resolución.

Mediante providencia de fecha 26 de abril de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 8 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Objeto y antecedentes del recurso

(1) El presente auto tiene por objeto la resolución del recurso de apelación interpuesto por el representante procesal del Ayuntamiento de Cartagena contra el auto de 13 de octubre de 2022, dictado por el Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de Enjuiciamiento, en el que declaró no haber lugar a la incoación del procedimiento de reintegro por alcance n.º C-1047/2022 y por el que acordó el archivo del mismo.

(2) Como se adelantaba en los antecedentes de hecho, el procedimiento de reintegro por alcance n.º C1047/2022 trae causa de las diligencias preliminares n.º C-117-2021 las cuales se iniciaron por el escrito que presentó el Ministerio Fiscal a la vista de la denuncia presentada por Don F.P.M.P., Letrado Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Cartagena, la cual determinó la apertura de la acción pública n.º C-10/2021, que fue archivada cuando el denunciante no cumplió con los requisitos de personación del artículo 56 de la LFTCU.

(3) El Letrado Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Cartagena denunció en su escrito que la sustanciación y el mantenimiento de diversos pleitos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por parte del Ayuntamiento de Cartagena, por decisión de la Concejala Delegada de Contratación y en contra del criterio de la Asesoría, generó cuantiosos gastos a la corporación, la cual se vio obligada a pagar intereses de demora y costas una vez que los órganos jurisdiccionales desestimaron sus pretensiones. Afirmó que estos gastos en concepto de costas e intereses de demora podrían ser constitutivos de un menoscabo a los fondos públicos municipales que fuera determinante de un supuesto de alcance contable. Los pleitos a los que se refirió el denunciante en su escrito tenían relación con dos contratos adjudicados por la corporación: **a)** el contrato de gestión del Auditorio-Palacio de Congresos suscrito entre el Ayuntamiento de Cartagena y la U.T.E.G.GH, S.L. y S.P., S.L. el 30 de octubre de 2011; y **b)** el contrato de servicios para la limpieza, atención al público, control de acceso y cuidado de zonas arqueológicas y monumentales en el término municipal de Cartagena, suscrito entre el Ayuntamiento de Cartagena y la empresa M.C.A., S.L. el 30 de enero de 2012.

(4) Tras la práctica de las diligencias de averiguación de los hechos previstas en el artículo 47 de la LFTCU, la delegada instructora de las actuaciones previas n.º 1073/21, concluyó que, de los datos obrantes en el expediente, no se desprendía la existencia de un presunto alcance de fondos públicos. Tal y como resulta de la

documentación aportada a la pieza de actuaciones previas y consta en el acta de liquidación provisional, los hechos fueron los siguientes:

1. **En relación con el contrato de gestión del Auditorio-Palacio de Congresos celebrado el 30 de octubre de 2011 entre el Ayuntamiento de Cartagena y la U.T.E.G.GH, S.L. y S.P., S.L.:**

   - Con fecha 29 de agosto de 2011 el Ayuntamiento de Cartagena adjudicó el mencionado contrato a la U.T.E.G.GH, S.L. y S.P., S.L. por el que se estipuló la concesión de una subvención municipal para los cinco primeros años por un total de 10.924.995,72 euros, que la corporación debía abonar semestralmente a la adjudicataria, y un importe de alquiler anual del edificio que la adjudicataria debía satisfacer a la corporación por un importe de 1.000.000,00 euros anuales, los cuales se descontarían de la cantidad a satisfacer por la administración.

   - El abono de las cantidades por la corporación se debía producir una vez acreditada la efectiva realización de la prestación por medio de las certificaciones expedidas por el gestor municipal encargado de la contratación, a partir del examen de la documentación aportada por la adjudicataria.

   - La administración municipal procedió al pago semestral a la adjudicataria, hasta la certificación cuarta incluida. No obstante, como resultado de la fiscalización, por el Tribunal de Cuentas, de la actividad contractual de las entidades locales, el 24 de abril de 2014 se notificó al Ayuntamiento que habían sido detectadas deficiencias en el contrato ahora referido puesto que parte del precio tenía naturaleza subvencional y no se estaban cumpliendo las exigencias de justificación previstas en la Ley General de Subvenciones.

   - Ello motivó que la administración municipal dejase de abonar la quinta certificación y las sucesivas, en tanto la adjudicataria no cumpliese con las exigencias de justificación previstas en la Ley General de Subvenciones, y esto, a su vez, provocó que la adjudicataria sustanciase los correspondientes procedimientos ante la jurisdicción contencioso-administrativa para reclamar los pagos pendientes a la corporación.

   - Consta en el expediente un informe de control financiero permanente elaborado por el Interventor General del Ayuntamiento de Cartagena, el 7 de noviembre de 2014, relativo a la quinta certificación del contrato, en el que puso de manifiesto la conveniencia de que quedasen justificados, antes del pago efectivo de la subvención en los sucesivos semestres, los conceptos integrantes de la totalidad del gasto realizado por la adjudicataria en los semestres anteriores. Consta también en el expediente un informe del Interventor General municipal emitido el 16 de diciembre de 2014 en el que concluyó que, ante la

falta de justificación de la cantidad subvencionada hasta la fecha por el Ayuntamiento -1.576.552,57 euros-, la corporación debía proceder a exigir su reintegro. A su vez, obra en el expediente, un decreto de 6 de febrero de 2015 emitido por el Concejal del Área de Gobierno de Modernización de la Administración, Régimen lnterior, Contratación y Patrimonio y la Directora de la Oficina del Gobierno Municipal por el que se resolvió, a resultas del informe de control financiero permanente emitido por el Interventor, continuar las actuaciones ya iniciadas tendentes a la comprobación de la documentación justificativa presentada por la adjudicataria.

- Por otro lado, obra en el expediente un informe del Director de la Asesoría Jurídica de 24 de septiembre de 2015, en el que se ponía en conocimiento de la Concejala Delegada de Contratación, que se había dictado un auto el 5 de mayo de 2015 por el que se acordaba estimar la medida cautelar solicitada por la adjudicataria en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario n.º 71/15 -referido al pago de la sexta certificación-, consistente en ordenar el inmediato pago del principal de la certificación -562.373,59 euros- relativo al sexto semestre del contrato, más la cuantía provisional de 10.340,75 euros en concepto de intereses de demora devengados del importe anterior, más los intereses de demora que se devengasen con posterioridad hasta el efectivo pago y con la expresa imposición de costas procesales a la corporación apelante. Se puso en conocimiento de la Concejala también, en este informe, que contra dicho auto la corporación había interpuesto recurso de apelación y que, estando pendiente de resolución este recurso, había recaído resolución de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, por la que se desestimaba el recurso de apelación presentado contra el auto que estimó la medida cautelar dimanante del procedimiento ordinario n.º 401/14 -referido a la quinta certificación- consistente en el pago inmediato del principal de la deuda -562.373,87 euros-, más 23.628,95 euros correspondientes a intereses de demora, confirmándolo en todos sus extremos con expresa imposición de costas al Ayuntamiento apelante. Sobre la base de los hechos narrados en el informe, el Director de la Asesoría Jurídica concluyó instando a la Concejala Delegada de Contratación a que le indicase si debía continuar con el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 5 de mayo de 2015 (por el que se impugnaba el auto de estimación de medidas cautelares relativas al procedimiento ordinario en el que se discutía el pago de la sexta certificación) o si, por el contrario, debía desistir del recurso a la vista de que el recurso de apelación análogo interpuesto en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario relativo a la quinta certificación, había sido desestimado con imposición de costas a la corporación y la condena al pago de intereses de demora.

- Consta en la actuaciones un segundo informe del Director de la Asesoría Jurídica municipal, de fecha 6 de abril de 2016, en el que instó a la Concejala Delegada de Contratación a que procediera al pago de las cantidades solicitadas como medida cautelar por la adjudicataria en el procedimiento ordinario n.º 54/16 -relativo al pago de la octava certificación-, para evitar la condena en costas y el pago de innecesarios intereses de demora, puesto que, según manifestó, existían ya tres autos anteriores del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Cartagena en los que se estimaban medidas cautelares idénticas respecto de las certificaciones anteriores y consideraba previsible que, en el caso de la certificación octava, el fallo fuera a ser el mismo.

- Tal y como se desprende de la documentación obrante en el expediente, no consta que el Ayuntamiento atendiera a lo indicado en los informes de la Asesoría Jurídica y resultó finalmente condenado al pago del principal e intereses de demora de las certificaciones quinta a novena, con expresa imposición de costas (procedimientos ordinarios n.º 401/14, n.º 71/15, n.º 28/15, n.º 54/16 y n.º 262/16, según se relaciona en la tabla Excel aportada por la corporación a la Unidad de Actuaciones Previas).

2. En relación con el contrato adjudicado a la mercantil M.C.A., S.L. para el servicio de limpieza, atención al público, control de acceso y cuidado de zonas arqueológicas y monumentales en el término municipal de Cartagena, formalizado el 30 de enero de 2012.

- El 30 de enero de 2012 el Ayuntamiento de Cartagena formalizó con la entidad M.C.A., S.L. el contrato administrativo de servicio de limpieza, atención al público, control de acceso y cuidado de zonas arqueológicas y monumentales en el término municipal de Cartagena.

- El precio del contrato se debía abonar en función de los trabajos efectivamente realizados, con la conformidad del técnico municipal, a la vista de los partes presentados por la adjudicataria.

- El Ayuntamiento de Cartagena abonó las facturas que se le presentaron hasta octubre del año 2014. A partir de esta fecha, respecto de las sucesivas facturas que le fueron presentadas, la corporación denegó su pago pues consideró que la adjudicataria había dejado de cumplir los términos y condiciones del contrato.

- Frente al impago de las facturas por la corporación, la adjudicataria inició sendos procedimientos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los que reclamó el pago de las deudas referidas.

- Consta en la documentación analizada, informe emitido el 24 de mayo de 2016 por el Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Cartagena, relativo

a la conveniencia de proceder al pago inmediato de las facturas pendientes de abono. Dicho informe, según la documentación aportada, fue requerido expresamente por el órgano de contratación. En esa fecha todavía no se había dictado sentencia en ninguno de los pleitos pendientes.

- Asimismo, obra en el expediente un informe de 8 de junio de 2016 del Director de la mencionada Asesoría, dirigido a la Concejala Delegada de Contratación, solicitando la realización de los trámites oportunos que posibilitasen el pago de las facturas debidas para evitar nuevos gastos e intereses de demora.

- Según aparece relacionado en la tabla Excel remitida por la corporación a la Unidad de Actuaciones Previas, el Ayuntamiento fue finalmente condenado al pago del principal de las facturas reclamadas más los intereses de demora hasta la fecha, con expresa condena en costas en cinco procedimientos (procedimientos ordinarios n.º 384/14, n.º 109/15, n.º 308/15, n.º 111/16 y n.º 141/17).

(5) La delegada instructora concluyó, sobre la base de los hechos expuestos, que no se apreciaban indicios de responsabilidad contable por alcance, puesto que de los mismos se desprendía la fundamentación jurídica que motivó la falta de pago de las certificaciones y facturas procedentes de los contratos mencionados y la actuación municipal ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los pleitos sustanciados por las adjudicatarias.

(6) Una vez turnado el procedimiento de reintegro n.º C-1047/2022 al Departamento Tercero de Enjuiciamiento, se dictó auto de fecha 13 de octubre de 2022 en el que se declaró que no procedía la incoación del referido procedimiento y se acordó su archivo pues se argumentó que, tal y como se hacía constar en el acta de liquidación provisional y de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio Fiscal, del análisis de la documentación aportada se desprendía que la actuación del Ayuntamiento respondió al cumplimiento de sentencias judiciales firmes y que, por ello, no se apreciaba la existencia de un saldo deudor injustificado que generase un alcance de caudales públicos en los términos que exige el artículo 72 de la LFTCU.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Cartagena

(7) Frente al referido auto, el representante procesal del Ayuntamiento de Cartagena ha interpuesto recurso de apelación sobre la base de los siguientes argumentos:

- En contra de lo indicado en el auto recurrido, se ha producido un perjuicio en los caudales públicos de la corporación derivado del pago de las costas y los intereses de demora a que fue condenado el Ayuntamiento, por los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a resultas de los pleitos

sustanciados por las adjudicatarias de los dos contratos públicos referidos, ante el impago, por parte de los órganos municipales, de las certificaciones y facturas precedentes de los mismos.

- Indica que el pago de estas costas y de excesivos intereses de demora se habría evitado si se hubiera seguido el criterio sugerido por el Director de la Asesoría Jurídica municipal, que aconsejó que se abonaran las certificaciones y facturas con independencia del resultado de los litigios, los cuales consideraba que se hallaban «perdidos de antemano».

- En particular considera, respecto del contrato de gestión del Auditorio-Palacio de Congresos celebrado el 30 de octubre de 2011 entre el Ayuntamiento de Cartagena y la U.T.E.G.GH, S.L. y S.P., S.L., que se ha generado un perjuicio a los fondos públicos municipales derivado del pago de las costas y los intereses de demora devengados en los pleitos relativos a las certificaciones sexta a décima que constan en la tabla Excel que fue aportada a la Unidad de Actuaciones Previas (del escrito del recurso se entiende que la certificación décima no está incluida puesto que no aparece en la mencionada tabla y además consta que la misma fue abonada por la corporación a la adjudicataria y, por lo tanto, no generó pleito alguno). En el escrito del recurso no refiere las cantidades concretas, sino que se remite a la tabla Excel mencionada.

- Respecto de estas certificaciones -sexta a novena, ambas incluidas- hace referencia a dos de los informes emitidos por la Asesoría Jurídica municipal. En primer lugar, el informe de fecha 24 de septiembre de 2015, en el que el Director de la Asesoría solicitaba a la Concejala Delegada de Contratación que le indicase si debía desistir del recurso de apelación interpuesto frente al auto por el cual se habían estimado las medidas cautelares solicitadas por la mercantil adjudicataria consistentes en el abono, por la corporación, del principal, más los intereses de demora correspondientes a la certificación sexta del contrato. La consulta se realizaba a la vista de que recientemente se había desestimado, por el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, el recurso de apelación presentado por la corporación en la pieza de medidas cautelares del pleito referido a la certificación quinta, con expresa imposición de costas al Ayuntamiento y el devengo de mayores intereses de demora. En segundo lugar, hace referencia al informe de 6 de abril de 2016 en el que se instó, a la Concejala Delegada de Contratación, a que procediese al pago de la medida cautelar solicitada por la adjudicataria en el procedimiento ordinario relativo a la octava certificación para evitar la condena en costas y el pago de innecesarios intereses de demora, así como a adoptar las medidas necesarias para que, en las sucesivas certificaciones, no volviese a ocurrir lo que había ocurrido en las anteriores. Afirmó que la Concejala hizo caso omiso a los informes emitidos y la entidad local fue finalmente condenada al pago de las costas y los intereses de demora previstos,

los cuales se habrían evitado en caso de haberse acatado el criterio sugerido por los informes de la Asesoría.

- Respecto del contrato adjudicado a la mercantil M.C.A., S.L. para el servicio de limpieza, atención al público, control de acceso y cuidado de zonas arqueológicas y monumentales en el término municipal de Cartagena, formalizado el 30 de enero de 2012, considera, igualmente que se ha generado un menoscabo en los fondos públicos municipales, derivado del pago de las costas y de los intereses de demora a que resultó condenado el Ayuntamiento como resultado de los pleitos entablados por la adjudicataria, frente al impago de las facturas por parte de la corporación.

- Afirma que la condena en costas y el devengo de los intereses de demora se habría evitado si se hubiera acatado el criterio del Director de la Asesoría Jurídica municipal, el cual, por medio de informes de 24 de mayo y de 8 de junio de 2016, instó a la Concejala Delegada de Contratación a que procediera al pago de las facturas del contrato que se hallaban impagadas sin esperar al resultado de los litigios pendientes sustanciados por la adjudicataria. Afirma que, en este caso, las costas e intereses de demora cuyo pago constituye un perjuicio a los caudales públicos municipales, son también aquellos que constan en la tabla Excel aportada por la corporación a la Unidad de Actuaciones Previas, sin mayor especificación.

- El apelante indica, además, que la resolución recurrida se encuentra insuficientemente motivada puesto que únicamente refiere que el pago de los intereses y de las costas resulta del cumplimiento de las resoluciones judiciales, pero no determina por qué las mismas se producen ni se pronuncia sobre la necesidad de haber evitado los procedimientos que dieron lugar a aquellas resoluciones.

(8) Con base en todo lo anterior, el representante procesal de Ayuntamiento de Cartagena solicita que se dicte resolución que estime el recurso de apelación interpuesto y revoque el auto recurrido en los términos expresados.

TERCERO.- Oposición al recurso del Ministerio Fiscal

(9) El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Cartagena e interesa la confirmación del auto impugnado por el que se acordó el archivo del procedimiento.

(10) El Ministerio público manifiesta que las irregularidades denunciadas por el Ayuntamiento de Cartagena, relativas a la continuación de determinados procedimientos judiciales de los que se derivó el abono de intereses de demora y costas, han quedado suficientemente justificadas. En efecto, indica en su escrito que,

de la documentación aportada, se desprende la corrección en la actuación de la Concejala Delegada de Contratación en lo referente a las decisiones adoptadas sobre la tramitación de los procedimientos judiciales referidos y que su conducta, carente de negligencia grave o dolo, no fue susceptible de generar responsabilidad contable por alcance. Alega también que, tal y como se motivó en el auto recurrido, la salida de fondos cuestionada se debe al necesario cumplimiento de resoluciones judiciales.

(11) Como consecuencia de lo expuesto, el Ministerio Fiscal solicita que se admita el escrito de oposición al recurso e interesa la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Análisis de los motivos del recurso

(12) Una vez expuestas las alegaciones de las partes procede determinar si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 de la LFTCU, y en los términos declarados en el auto ahora recurrido, del presente expediente resulta, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad por alcance que justifique la decisión de no incoar un juicio contable o si, por el contrario, tal y como sostiene el representante procesal del Ayuntamiento de Cartagena ahora recurrente, los hechos denunciados han producido un menoscabo en los caudales públicos municipales que justifique que deba incoarse un procedimiento por alcance.

(13) Como adelantábamos, el representante procesal del Ayuntamiento sostiene que se ha producido un perjuicio en los fondos públicos de la corporación derivado de la actuación de la Concejala Delegada de Contratación, la cual, en contra del criterio de la Asesoría Jurídica municipal, persistió en ciertas pretensiones procesales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con los dos contratos públicos mencionados, y ello finalmente determinó que la corporación fuera condenada en costas y a pagar intereses de demora que se habrían evitado si el Ayuntamiento hubiera obrado en la forma sugerida por el Letrado Director de la Asesoría Jurídica municipal.

(14) Analizaremos de manera diferenciada los hechos relativos a cada uno de los dos contratos referidos. En el primer caso -el contrato de gestión del Auditorio-Palacio de Congresos-, consta que la corporación, a la vista del informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas en el que se detectaron deficiencias en la justificación de cantidades abonadas -las cuales, según se advirtió en el informe, tenían naturaleza subvencional-, suspendió el pago de las certificaciones a la adjudicataria, a partir de la quinta certificación, en tanto no se procediera a cumplir con las exigencias de justificación requeridas. Ello motivó la iniciación de procedimientos jurisdiccionales por parte de la adjudicataria tendentes a obtener el pago de cada una de las cantidades restantes. En particular, según consta en el cuadro Excel aportado por la

corporación a la Unidad de Actuaciones Previas, se sustanciaron procedimientos tendentes a reclamar el pago de las certificaciones quinta a novena.

(15) En algunos de los pleitos mencionados se solicitaron, por la adjudicataria, medidas cautelares consistentes en el pago, por la corporación, del importe de las certificaciones, más los intereses de demora, las cuales fueron estimadas y posteriormente recurridas por el Ayuntamiento, el cual vio desestimados sus recursos y fue condenado finalmente en costas y a pagar la suma de los intereses de demora correspondientes hasta el momento del efectivo pago. El representante procesal del Ayuntamiento sostiene en el recurso, que el Director de la Asesoría Jurídica municipal sugirió, en sus informes, a partir de la certificación sexta, la necesidad de abonar las cantidades debidas para no incurrir en los mencionados intereses de demora y costas y que, si se hubiera acatado el referido criterio, el pago de estas cantidades se habría evitado. Sostiene, por todo ello, que el pago de los referidos importes ha generado un supuesto de responsabilidad contable por alcance derivado de un menoscabo en los caudales públicos de la corporación, entendiendo por tal, aquel que se produce por acción u omisión contraria a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad, y dolosa o gravemente negligente, del que tiene a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

(16) Esta Sala, sin embargo, en contra de lo que sostiene el recurrente, no considera que de los hechos referidos pueda deducirse, siquiera indiciariamente, la existencia de un menoscabo en los fondos públicos municipales que pudiera ser constitutivo de responsabilidad contable por alcance, puesto que no se desprende, de los mismos, la existencia de acción u omisión alguna que haya podido suponer una vulneración normativa en los términos que exige el artículo 49 de la LFTCU.

(17) En efecto, este órgano jurisdiccional considera que la decisión de continuar con los procedimientos sustanciados relativos al referido contrato administrativo o de no abonar el importe de las certificaciones en tanto no se resolviesen los pleitos, no vulnera precepto alguno de la normativa presupuestaria o contable, con independencia de la solidez de las pretensiones sostenidas o del acierto u oportunidad, a efectos económicos, de las decisiones adoptadas a la vista del resultado final de los referidos litigios.

(18) Tal y como sostiene de manera uniforme esta Sala de Justicia, no corresponde a esta instancia judicial realizar un pronunciamiento en relación con la eficiencia o ineficiencia de la gestión realizada o la oportunidad o acierto de una determinada gestión, sino que únicamente debe apreciar si se ha producido, o no, un menoscabo individualizado en los caudales públicos gestionados como consecuencia de una acción u omisión que suponga una vulneración normativa. En estos términos, el auto de la Sala de 4 de febrero de 2004 -citado recientemente en el auto de 21 de septiembre de 2022- afirmó que «la responsabilidad contable no puede surgir en el

contexto de controversias relativas a la oportunidad en tal o cual decisión económica o financiera, o a la eficiencia en la administración de los factores producidos o, en fin, a la eficacia en la consecución de los objetivos marcados. Si bien el Tribunal de Cuentas puede ciertamente realizar valoraciones acerca de la observación de ciertos principios económicos, las laudas o los reproches correspondientes que a este respecto pudiera pronunciar lo serían siempre en el ejercicio de su función fiscalizadora, en donde la opinión manifestada carecería de consecuencias jurídicas en atención al principio de seguridad jurídica, principio que no toleraría efectos de esa clase para aquello que no sea aprehensible por la norma. Por el contrario, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los reproches que, en forma de declaración de responsabilidad, formulen los órganos competentes del Tribunal de Cuentas van a tomar como fuente de referencia necesaria la infracción de la legalidad, esto es, haber incurrido al efecto en ilícito contable. Sin esto no hay responsabilidad contable».

(19) Pero es que, además, a juicio de esta Sala, la actuación de la Concejala Delegada no solo no constituye una vulneración normativa presupuestaria o contable, sino que tampoco resulta, a la vista de los documentos aportados al expediente, dolosa o gravemente negligente.

(20) En efecto, no se han aportado elementos suficientes que permitan deducir que la Concejala Delegada de Contratación, no actuó, en todo momento, en defensa de los intereses municipales y de la manera que consideró mas beneficiosa para la corporación puesto que, además de los informes de la Asesoría Jurídica en los que el Ayuntamiento recurrente fundamenta su recurso, obra referenciado en el expediente un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas en el que se puso de manifiesto la existencia de deficiencias en la justificación de las cantidades entregadas, así como un informe de la Intervención municipal en el que se declaró la necesidad de exigir la justificación de las cantidades ya entregadas a la adjudicataria del contrato antes de proceder al pago de las siguientes certificaciones. Consta incluso un informe en el que el mismo Interventor municipal concluyó que no se había justificado la cantidad subvencionada por el Ayuntamiento a la adjudicataria del contrato hasta la fecha -16 de diciembre de 2014-, por un importe de 1.576.552,57 euros, y aconsejaba que se procediera a exigir su reintegro. Por ello, no parece irrazonable que la corporación se abstuviera de realizar el pago de las certificaciones sucesivas derivadas del contrato hasta que concluyeran los pleitos relativos a las mismas, a la vista de que las cantidades entregadas hasta el momento no se consideraban debidamente justificadas.

(21) En la línea de lo indicado, de los referidos pleitos no ha resultado pronunciamiento alguno relativo a la concurrencia de mala fe o temeridad en la actuación municipal, circunstancia esta que, de haberse producido, en el presente caso habría permitido deducir que el Ayuntamiento litigó a sabiendas de que sus

actuaciones procesales carecían de fundamento, en perjuicio del interés de la corporación, o conocedora de que sus pretensiones iban a ser desestimadas. Por ello, la afirmación del recurrente relativa a que se trataba de pleitos «perdidos de antemano», no es sino una mera alegación de parte carente de fundamentación suficiente que permita sostener la pretensión del recurso.

(22) En el supuesto del segundo contrato -contrato de servicios de limpieza, atención al público, control de acceso y cuidado de zonas arqueológicas y monumentales en el término municipal de Cartagena- las circunstancias son análogas. El Ayuntamiento, al considerar que la mercantil adjudicataria había incumplido las condiciones del contrato, no abonó determinadas facturas que le fueron presentadas y ello motivó que la adjudicataria sustanciara sendos procedimientos contencioso-administrativos para lograr que la corporación procediera al pago. Los mencionados pleitos finalizaron con la condena, al Ayuntamiento, al pago del principal, más los intereses de demora derivados del retraso, con expresa imposición de las costas.

(23) En este supuesto, el Ayuntamiento de Cartagena, en su recurso, considera igualmente que el pago de estas costas e intereses de demora ha supuesto un perjuicio a los fondos públicos municipales constitutivo de alcance que se habría evitado si se hubiera atendido al criterio del Director de la Asesoría Jurídica, el cual aconsejó en sus informes que, por la corporación, se procediera al pago de las facturas pendientes aun antes de que finalizasen los litigios para evitar la referida condena en costas y el devengo de los mencionados intereses de demora.

(24) Pues bien, tampoco en este caso considera esta Sala que el pago de las cantidades acordadas en sentencia y correspondientes a costas e intereses de demora haya supuesto un perjuicio a la corporación susceptible de haber generado responsabilidad contable por alcance. No se ha producido, en este caso tampoco, vulneración normativa de ninguna clase ni se han aportado, por el recurrente, elementos que permitan deducir que la actuación de la Concejala Delegada fuera gravemente culposa o dolosa en los términos requeridos en el artículo 49 de la LFTCU. Como adelantábamos respecto del contrato anterior, no corresponde a este órgano jurisdiccional, valorar la solidez de las pretensiones procesales de la corporación y del acierto, a efectos de oportunidad y a la vista del resultado final de los pleitos, de la decisión de no abonar las cantidades controvertidas en tanto no finalizasen los litigios pendientes.

(25) Por todo lo expuesto, esta Sala considera que no concurren los requisitos legalmente previstos en los artículos 49 y 72 de la LFTCU, en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para que pueda apreciarse, siquiera indiciariamente, la existencia de un supuesto de responsabilidad contable por alcance, no debiendo prosperar la pretensión del recurrente a este respecto.

(26) Tampoco ha de prosperar la alegación del recurrente relativa a la falta de motivación del auto impugnado. Tal y como afirma el Tribunal Supremo (STS 500/2019, de la Sala de lo Contencioso), citando doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, «el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla» y que «es continua y reiterada la afirmación de una posible motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación "aliunde" (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre)».

(27) En el presente caso, el auto recurrido, sobre la base de lo referido en el acta de liquidación provisional, fundamenta el archivo de la causa en el hecho de que la actuación de la corporación -consistente en el pago de las referidas cantidades en concepto de costas e intereses de demora- dio cumplimiento y respondió a lo declarado en resoluciones judiciales firmes y que ello justificó debidamente la actuación del órgano de contratación municipal. El auto alude, además, a lo sostenido por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, en el que afirmó que existía, en la documentación que obra en el expediente, suficiente fundamentación jurídica a favor de la decisión de impago de facturas y certificaciones y en la decisión de la Concejala Delegada de Contratación, de continuar litigando, hasta su finalización, en los procedimientos judiciales sustanciados por las mercantiles adjudicatarias. Los argumentos referidos permiten conocer, a juicio de este órgano, las razones motivadoras de la decisión de archivar la causa y permiten rebatirlas, no habiéndose incurrido, por tanto, en el vicio de falta de motivación alegado.

(28) Por todo ello, no se aprecia, en los hechos denunciados, circunstancia alguna que permita deducir la existencia, siquiera indiciariamente, de un supuesto de alcance que justifique la incoación de un procedimiento de reintegro y procede, por ello, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Cartagena y confirmar la resolución recurrida por la que se acordó el archivo de la presente causa.

SEXTO.- Desestimación del recurso y costas.

(29) De acuerdo con lo expuesto y razonado debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Cartagena

contra el auto de 13 de octubre de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, quedando confirmada la resolución recurrida.

(30) En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa, procede su imposición al apelante, al haberse desestimado su recurso sin que esta Sala aprecie ninguna circunstancia que permita la no imposición.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador don Javier Ungría López, en representación del Ayuntamiento de Cartagena, contra el auto de 13 de octubre de 2022, dictado por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro n.º C-1047/2922, del ramo de sector público local (Ayuntamiento de Cartagena), Murcia, quedando confirmado el auto recurrido.

SEGUNDO.- Con imposición de costas al Ayuntamiento de Cartagena.

Notifíquese este auto a las partes, con la advertencia de que, contra el mismo, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la LFTCU, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con los artículos 86.4 de la LJCA.

Así lo disponemos y firmamos. - Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 11/2023, de 11 de julio. Recurso de apelación nº 45/21, Acción Pública nº C-7/21, Ramo: Sector Público Local, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

En relación con la renuncia formulada a la Acción Pública ejercitada, el principio dispositivo que impera en los procedimientos contables, tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción) como sobre la pretensión (disposición del proceso a través de una serie de actos) vincula al órgano jurisdiccional siempre que no exista una ley que lo impida o limitaciones por razones de interés público.

Nos encontramos en una fase previa en la que sólo se ha acordado que las actuaciones pasen a la fase de instrucción para que se proceda a la investigación de los hechos. No obstante, y por analogía, se considera aplicable el artículo 20.1 de la LEC, de manera que no habiéndose opuesto las partes a la renuncia de la Acción Pública ejercitada, no se aprecia limitación alguna para aceptar por la Sala de Justicia la renuncia formulada.

En relación con el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento, la Sala invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2009, 27-04-09, (rec 2389/07) que indica que "la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se conecta con la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso en el cual el demandante haya perdido sobrevenidamente todo el interés jurídico que en él tenía."

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 11/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 45/21
Acción Pública nº C-7/21
Ramo: Sector Público Local, Ayuntamiento de Barcelona
Barcelona

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2021, el Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto en la pieza de la Acción Pública nº C-7/21, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento de Barcelona, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"…***PRIMERA.-*** *Trasladar las presentes actuaciones, que fueron turnadas a este Departamento Tercero de Enjuiciamiento como Acción Pública nº C-7/21, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Barcelona), BARCELONA, a la Sección de Enjuiciamiento, con el fin de que por ésta se proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de Delegado Instructor para que practique las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu en relación, exclusivamente, con los hechos descritos en el Fundamento Jurídico Octavo (Consulta ciudadana sobre el agua y Subvenciones a determinadas asociaciones privadas).*

SEGUNDA.- *Archivar las presentes actuaciones en relación con los hechos descritos en Fundamento Jurídicos* (sic) *Séptimo (encargo de gestión nº 100/2017 del Ayuntamiento de Barcelona a la entidad B.C.A., S.A. "BCASA" y encargos a*

B.R, A.D.U., S.A. "BR"), al no deducirse de los mismos supuesto alguno de responsabilidad contable. Sin costas…".

SEGUNDO.- Contra el citado Auto interpusieron sendos recursos de apelación:

- El Procurador Don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de la S.G.A.B., S.A.U., en cuanto al archivo parcial de las actuaciones en relación con el encargo de gestión nº 100/2017 del Ayuntamiento de Barcelona a la entidad B.C.A., S.A. "BCASA" y encargos a B.R, A.D.U., S.A. "BR", mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal en fecha 21 de julio de 2021.

- El Procurador Don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación del Ayuntamiento de Barcelona, en cuanto al nombramiento de Delegado Instructor para practicar las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu en relación, exclusivamente, con la Consulta ciudadana sobre el agua y Subvenciones a determinadas asociaciones privadas, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal en fecha 22 de julio de 2021.

TERCERO.- La representación de la S.G.A.B., S.A.U. (SGAB), mediante escrito recibido en fecha 10 de mayo de 2022, solicitó que se la tuviera por desistida del recurso antes mencionado, al amparo de lo previsto en los artículos 78.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu) en relación con el 74.8 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y, mediante Providencia de 17 de mayo de 2022, se acordó dar traslado por plazo común de cinco días a las demás partes, a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con el desistimiento planteado.

Con fecha 23 de mayo de 2022, se recibió escrito de la representación del Ayuntamiento de Barcelona, por el que manifestó que el desistimiento formulado debería conducir, inexorablemente, al archivo del presente recurso, toda vez que no cabe reformar el Auto impugnado en el sentido de declarar la procedencia de incoar Actuaciones Previas respecto de los hechos ya archivados, puesto que ello supondría una *reformatio in peius* no admisible, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Por otro lado, sin perjuicio de las alegaciones en su día vertidas, como quiera que el procedimiento tuvo su origen en la Acción Pública presentada por la SGAB, habiéndose renunciado formalmente a su ejercicio, manifestó la procedencia de estimar el recurso de apelación formulado por la Corporación municipal, así como de archivar la totalidad de las actuaciones.

El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido, mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2022, y, en su virtud, alegó:

1º.- No tener nada que oponer al desistimiento del recurso interpuesto en su día por la representación procesal de la SGAB, S.A.

2º.- Desistir de la adhesión formulada en su día al referido recurso e interesar el archivo del recurso presentado por la representación procesal de la SGAB, S.A., sin que, tras la tramitación legal oportuna, ninguna de las partes haya realizado alegaciones respecto del mismo.

CUARTO.- La Sala de Justicia dictó Auto de fecha 4 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"**1º)** Tener a la S.G.A.B., S.A. por desistida del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 29 de junio de 2021, dictado en la Acción Pública nº C-7/21, así como al Ministerio Público de su adhesión a dicho recurso; **2º)** Declarar terminado el procedimiento de esta pieza de apelación nº 45/21 respecto de las partes recurrentes S.G.A.B., S.A. y Ministerio Fiscal, éste último por adhesión al anterior y ordenar el inmediato archivo de los autos respecto a las repetidas partes recurrentes**; 3º)** Continuar el procedimiento respecto del recurso de apelación seguido con el número 45/21, interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Barcelona hasta llegar a su resolución definitiva; y **4º)** No realizar pronunciamiento sobre las costas."*

QUINTO.- Con fecha 7 de octubre de 2022, se recibió escrito del representante procesal del Ayuntamiento de Barcelona, aportando nueva documentación, a efectos de su valoración en la resolución del recurso de referencia y mediante Providencia de 13 de octubre de 2022, se acordó dar traslado de copia de la misma a las demás partes, a fin de que alegaran lo que estimaran conveniente.

Con fecha 19 de octubre de 2022, se recibió escrito de alegaciones de la representación de SGAB, S.A., en el que manifestó que, además de desistir del recurso de apelación por ella interpuesto, igualmente había renunciado a la Acción Pública ejercitada, mediante escrito de 10 de mayo de 2022 dirigido al Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, por lo que nada tenía que aducir respecto a la aportación de nueva documentación.

El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido, mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2022, y, en su virtud, alegó:

1º.- Que no se oponía a la admisión de la nueva documentación, aunque no desvirtuaba el fondo a discutir en el presente recurso de apelación.

2º.- Que se remitía a los argumentos contenidos en su informe de fecha 6 de septiembre de 2021 y reiteraba su petición de confirmación del Auto de 29 de junio de 2021, respecto a los hechos que motivaron el nombramiento de Delegado Instructor, con desestimación del recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Barcelona.

SEXTO.- A la luz de las manifestaciones realizadas por la representación procesal de SGAB, S.A., en relación con la renuncia formulada, se dictó Providencia de 4 de noviembre de 2022, por la que se acordó conceder plazo común de cinco días a las demás partes, a fin de que adujeran, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme a lo previsto en el artículo 78.2 de la LFTCu, en relación con el artículo 74.3 de la LJCA.

Con fecha 10 de noviembre de 2022, se recibió escrito de la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona, en el que manifestó que, atendiendo al desistimiento del recurso de apelación presentado por SGAB, S.A., con la adhesión del Ministerio Fiscal, debe tenerse en cuenta que el presente procedimiento no deriva de Informe de Fiscalización alguno, sino que ha sido incoado en virtud de la Acción Pública ejercitada por dicha Sociedad. Por lo que, habiéndose renunciado formalmente al ejercicio de la misma, procede declarar el sobreseimiento y archivo de la totalidad de las presentes actuaciones.

El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de noviembre de 2022, alegó no tener nada que oponer a lo solicitado por SGAB, S.A., debiendo continuar el presente procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 74.5 de la LJCA.

SÉPTIMO.- Por providencia de 3 de julio de 2023, se acordó señalar para votación y fallo de los presentes recursos, el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

OCTAVO.- En la tramitación de este Auto se han observado las prescripciones legales y reglamentarias en vigor.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Corresponde dictar el presente Auto a la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 54.1, b) y 56.4, ambos, de la LFTCu.

SEGUNDO.- Con carácter preliminar, esta Sala de Justicia entiende que, como se apreciará a continuación por el tenor de la ulterior fundamentación jurídica de esta resolución, carece de virtualidad pronunciarse acerca de la admisibilidad, o no, de la diversa documentación aportada en esta fase de apelación por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona.

TERCERO.- *En relación con la renuncia formulada por SGAB a la Acción Pública ejercitada.*

Las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de la Acción Pública ejercitada por SGAB, a tenor de lo establecido en el artículo 56.2 de la LFTCu, que

dio lugar, tras la tramitación legal oportuna, al Auto impugnado de 29 de junio de 2021, de nombramiento de Delegado Instructor en relación con determinadas presuntas irregularidades y de archivo en relación con otras.

La representación de la SGAB, S.A, no sólo ha solicitado que se la tenga por desistida del recurso de apelación formulado contra el Auto de 29 de junio de 2021, sino que, además, ha renunciado a la Acción Pública por ella ejercitada.

Establece el artículo 20.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) que cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisible.

El principio dispositivo que impera en los procedimientos contables, tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción) como sobre la pretensión (disposición del proceso a través de una serie de actos) vincula al órgano jurisdiccional siempre que no exista una ley que lo impida o limitaciones por razones de interés público.

La LFTCu en el artículo 80.3 establece que *"El recurso de apelación contra las resoluciones a que se refieren los párrafos anteriores se sustanciará y decidirá en la forma prevenida para el recurso de la misma naturaleza en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo."*

Por otro lado, el artículo 78.2. de la citada Ley establece que *"El allanamiento, desistimiento y caducidad se regirán por lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo."*

La LJCA en la disposición final primera establece *que "en lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil"*.

Del mismo modo, la LOTC preceptúa en la Disposición Final Segunda Dos, que "*Para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación."*

En este sentido, hay que destacar que en las presentes actuaciones no estamos en fase de instancia donde se haya ejercitado la pretensión de responsabilidad, sino que nos encontramos en una fase previa en la que sólo se ha acordado que las actuaciones pasen a la fase de instrucción para que se proceda a la investigación de los hechos. No obstante, y por analogía, se considera aplicable el artículo 20.1 de la LEC, antes mencionado, de manera que no habiéndose opuesto a la renuncia de la Acción Pública ejercitada por la SGAB ni el Ministerio Fiscal ni el Ayuntamiento de

Barcelona, no se aprecia limitación alguna para aceptar por esta Sala de Justicia la renuncia formulada.

CUARTO.- *En relación con el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Barcelona contra el dispositivo segundo del Auto de 29 de junio de 2021.*

En el presente caso, teniendo en cuenta que mediante el recurso de apelación sustanciado se pretende la revocación del Auto por el que se acordó el nombramiento de Delegado Instructor para practicar las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu en relación, exclusivamente, con la Consulta ciudadana sobre el agua y Subvenciones a determinadas asociaciones privadas, como consecuencia del ejercicio de la Acción Pública por parte de la SGAB, al haber decaído el ejercicio de la Acción, el recurso planteado ha perdido su objeto.

En este sentido, el artículo 22 de la LEC, aplicable con carácter supletorio en lo no previsto por Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, indica que "*Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas."*

A estos efectos, la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2009, 27-04-09, (rec 2389/07) indica que *"la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se conecta con la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso en el cual el demandante haya perdido sobrevenidamente todo el interés jurídico que en él tenía."*

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA: 1º) Tener por renunciada a la S.G.A.B., S.A. a la Acción Pública ejercitada; **2º)** Archivar el recurso de apelación nº 45/21 por pérdida sobrevenida de su objeto; y **3º)** No realizar pronunciamiento sobre las costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en los artículos 80.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en

relación con el 87 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Así lo acordamos y firmamos.- Doy fe.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 12/2023, de 12 de julio. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 4/2023, Actuaciones Previas nº 96/20, Sector Público Estatal (Mº. de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación. Oficina Técnica de Coop. en Panamá), Madrid. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala estima uno de los recursos interpuestos, toda vez que aunque a través de la resolución de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, la Sala no puede entrar a valorar si las medidas cautelares ofrecidas como alternativas a las que pudiera acordar la instrucción son o no las más adecuadas para el aseguramiento perseguido, sí puede pronunciarse sobre si concurren las garantías de defensa para ofrecerlas y obtener adecuada respuesta a las mismas. No ha sido así en el presente supuesto, porque en ningún momento el delegado instructor ha valorado el ofrecimiento de bienes realizado para garantizar la responsabilidad contable que se imputa de modo indiciario.

Por otra parte, en cuanto a la nulidad de actuaciones alegada por defectos procedimentales de notificación que afectan al derecho de defensa, y tras examinar pormenorizadamente los antecedentes, se deduce que ninguno de los acuerdos específicos de embargos de bienes fueron notificados a quien tenía la debida representación, privando del acceso al recurso contemplado en el artículo 48 de la LFTCu, con el consiguiente perjuicio real y efectivo. El defecto producido ha originado una indefensión, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sentencia 43/2000, de 14 de febrero, de la Sala Primera), el sistema de recursos frente a las resoluciones se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo que antecede, la Sala de Justicia considera que procede, además, dejar sin efecto el embargo genérico de bienes y retrotraer las actuaciones relativas a los acuerdos específicos de embargo para que sean debidamente notificados.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 12/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 4/2023
Actuaciones Previas nº 96/20
SECTOR PÚBLICO ESTATAL (Mº. de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación. Oficina Técnica de Coop. en Panamá). MADRID

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

Vistos los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), por los procuradores D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., y D. Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de Doña R.M.B.S., ambos contra los acuerdos de embargo genérico de bienes suscritos el 25 de enero de 2023, y la solicitud de nulidad de actuaciones presentada por el procurador D. Jorge Laguna Alonso, en la representación que ostenta, en las actuaciones previas nº 96/20.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el acto de la liquidación provisional de las actuaciones previas nº 96/20, de 27 de octubre de 2022, en consideración a las alegaciones planteadas por

los comparecientes en cuanto a la complejidad y dificultad de valoración y examen del borrador del acta puesta a su disposición el mismo día de celebración de aquella, el delegado instructor: **1º)** Les convocó a una nueva liquidación provisional para el día 23 de noviembre de 2022; **2º)** Hizo constar que las alegaciones formuladas en ese acto habían sido contestadas y se habían incorporado al acta; y **3º)** Entregó una copia completa del borrador del acta, junto con sus anexos, a cada uno de los asistentes a la convocatoria, a efectos de no causar indefensión.

Con fecha 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor en las actuaciones previas de referencia levantó acta de liquidación provisional en la que, tras el examen y valoración de la documentación aportada, manifestó que:

- Se daban los requisitos previstos en los artículos 49, 50.1 y 72 de la LFTCu para declarar un alcance en los fondos de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

- Se consideraban presuntos responsables contables directos y solidarios, en las cuantías y conceptos correspondientes a cada uno de ellos, en virtud del periodo temporal en que ejercieron sus funciones, a: Don O.A.G.B., a Doña R.M.B.S.**,** a Don C.C.C., a Don G.M.L., a Doña S.V.V., a Doña M.C.S., y a Doña C.C.R.V.

- Se cuantificaba el presunto alcance en un importe total de TRES MILLONES OCHENTA Y TRES MIL TRES EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (3.083.003,55 €), del que corresponden DOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (2.731.930,83 €) al principal, y TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (351.072,72 €), a los intereses legales. En concreto, se consideraban presuntos responsables directos, entre otros, a los siguientes recurrentes: Don C.C.C., por importe de 1.794.992,20 € de principal e intereses y Doña R.M.B.S., por importe de 1.164.425, 97 €, de principal e intereses.

SEGUNDO. Por providencia de 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor acordó requerir a los declarados presuntamente responsables el reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más los intereses, en las cuantías y conceptos correspondientes a cada uno de ellos, en el plazo concedido al efecto, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes, en caso de no atender tal requerimiento, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la LFTCu.

TERCERO. Con fecha 25 de enero de 2023, el delegado instructor acordó los embargos genéricos de bienes y derechos de los presuntos responsables, entre ellos de Don C.C.C. y Doña R.M.B.S., en cantidad suficiente para cubrir el importe

contenido en el requerimiento de pago realizado a cada uno de ellos, y procedió a la remisión de la pieza principal al Departamento de instancia correspondiente.

CUARTO. El 1 de febrero de 2023, se recibieron en el Registro General de este Tribunal escritos de interposición del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra los acuerdos de embargos genéricos de bienes de:

1º) El procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., con la solicitud de suspensión del embargo, en tanto no se resolviera el recurso.

2º) El procurador D. Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de Doña R.M.B.S., por el que solicita la nulidad del acuerdo de embargo genérico por considerar que genera grave indefensión a su representada.

QUINTO. Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2023, la Secretaria de esta Sala de Justicia, acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 4/23, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y remitir oficio al delegado instructor, en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación de los recursos interpuestos.

SEXTO. Recibidos en esta Sala de Justicia los antecedentes necesarios para la tramitación de los recursos, la Secretaria de la misma, por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2023, dio traslado de copia de los recursos a todos los citados a la liquidación provisional, a efectos de que, en su caso, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, en un plazo común de cinco días.

En el trámite conferido se recibieron escritos de:

- D. Aníbal Bordallo Huidobro, procurador de los tribunales y de Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., con fecha 16 de febrero de 2023, por el que se adhiere a los recursos interpuestos por las representaciones de Don C.C.C. y de Doña R.M.B.S.

- El Ministerio Fiscal, con fecha 22 de febrero de 2023, por el que se opuso al recurso interpuesto por la representación de Doña R.M.B.S.; y por el que se adhirió al recurso interpuesto por la representación de Don C.C.C.

- El letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta, con fecha de 27 de febrero de 2023, por el que comunica que dicha Junta no va a personarse en el procedimiento de reintegro por alcance A1003/2002, que se sigue en el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, y, en consecuencia, no va a formular alegaciones respecto de los recursos interpuestos.

La razón de tal posicionamiento, como acredita mediante la documentación que adjunta a su escrito, se debe a que el menoscabo sufrido por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AACID) ha sido reparado, al haberse efectuado por la AECID el abono de la cantidad adeudada.

- La Abogada del Estado, en la representación que tiene en el presente procedimiento, con fecha de 3 de marzo de 2023, por el que se opuso a los recursos interpuestos.

SÉPTIMO. Conclusos los recursos, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 7 de marzo de 2023, se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente. Se remitieron por diligencia de 15 de marzo de 2023.

OCTAVO. Por escrito de 18 de mayo de 2023, recibido en el registro de este Tribunal al día siguiente, el procurador D. Jorge Laguna Alonso solicita la nulidad de las actuaciones realizadas desde el 1 de febrero de 2023, que no le hayan sido notificadas, al ser el único representante legal de Doña R.M.B.S. desde esa fecha, tanto en las actuaciones previas 96/20 como en el procedimiento de reintegro por alcance nº A 1003-2023.

NOVENO. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 30 de mayo de 2023 se solicitaron al delegado instructor de las actuaciones previas 96/20 las diligencias que hubieran sido notificadas a Doña R.M.B.S. desde el 1 de febrero de 2023.

DÉCIMO. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 5 de junio de 2023 se acordó: 1) Unir el escrito del procurador D. Jorge Laguna Alonso de 18 de mayo de 2023 y los antecedentes remitidos por el delegado instructor al recurso del artículo 48 de la LFTCu nº4/2023: 2) Dar traslado de la documentación, por plazo de cinco días, a los interesados en este recurso; y 3) Remitir copia de dicha diligencia a la Unidad de Actuaciones Previas y al Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, en relación con el procedimiento de reintegro por alcance A 1003-2023.

Únicamente el Ministerio Fiscal y la Abogada del Estado se han pronunciado en el trámite conferido, por escritos respectivos de 14 y 21 de junio de 2023. Ambos consideran que no se aprecia que se haya producido indefensión alguna.

UNDÉCIMO. Por providencia de 3 de julio de 2023, se acordó señalar para votación y fallo de los presentes recursos, rollo nº 4/2023, el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

DUODÉCIMO. En la tramitación de los recursos se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El conocimiento y resolución de los recursos interpuestos, corresponde a esta Sala de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO. La representación de Don C.C.C., en el recurso interpuesto, alega que el acuerdo genérico de embargo de bienes le ha causado indefensión. Solicita la anulación del corresondiente acuerdo de embargo o su suspensión.

Fundamenta sus alegaciones en las razones siguientes:

1. El embargo genérico se ha acordado antes de la resolución del recurso interpuesto contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de 23 de noviembre de 2022, por el que, entre otras cuestiones, se había solicitado suspender el citado requerimiento hasta la resolución del recurso. Esta circunstancia vulnera la tutela judicial efectiva del Sr. C. consagrado en el art. 24.1 de la Constitución (CE) que comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos judiciales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

2. La resolución recurrida es contraria a lo dispuesto en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR), cuyo artículo 82.1 establece que: "1. El embargo de sueldos, salarios y pensiones se efectuará teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". En este sentido, el artículo 169.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), relativo a la práctica del embargo de bienes y derechos dispone que: "No se embargarán los bienes o derechos declarados inembargables por las leyes..."; lo que hay que poner en relación con lo dispuesto en el artículo 171.3 del citado texto legal, conforme al cual: "Cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión del deudor. A estos efectos se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior."

3. El acuerdo genérico de embargo es nulo conforme a lo dispuesto en el artículo 588 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que sanciona con la nulidad el embargo indeterminado de bienes.

TERCERO. La representación de Doña R.M.B.S. alega, asimismo, que se le ha originado indefensión por el mantenimiento del acuerdo genérico de embargo de bienes, de 25 de enero de 2023, cuando el 30 de enero de 2023 se decretó embargo específico sobre un bien inmueble que en su día fue ofrecido para el afianzamiento de la totalidad del presunto alcance. Solicita por ello la nulidad de aquel, en virtud de las siguientes consideraciones:

1. El 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor dictó providencia por la que requirió a los declarados presuntamente responsables el reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance, más los intereses, en el plazo concedido al efecto, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes en caso de no atender tal requerimiento.

2. Dentro del plazo conferido, el 14 de diciembre de 2022, el representante de Doña R.M.B.S. designó un bien concreto para el afianzamiento del citado alcance. No obstante, el delegado instructor procedió, el 25 de enero de 2023, a acordar un embargo genérico sobre todos sus bienes por la totalidad de la responsabilidad provisional a ella presuntamente atribuida. En dicha diligencia no se hacía ninguna referencia al bien que se había ofrecido.

3. El 30 de enero de 2023 se notificó el embargo específico sobre la propiedad inicialmente ofrecida y se ordenó la anotación preventiva sobre ella, por el importe total resultante de la liquidación provisional. Dicha resolución no dejó sin efecto el embargo genérico en su momento ordenado sobre la totalidad del patrimonio de Doña R.M.B., ni realizó mención alguna al respecto.

4. Al haberse designado un bien como afianzamiento en las actuaciones, en virtud del requerimiento efectuado por providencia de 23 de noviembre de 2022, no resulta procedente ordenar, primero, y mantener, después, un embargo genérico sobre el resto de los bienes, pues esta situación genera una grave indefensión, al duplicarse la garantía. Esto supone un exceso en el embargo, proscrito por el ordenamiento jurídico (artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-). Tampoco el delegado instructor se pronuncia sobre estas circunstancias, por lo que las correspondientes resoluciones carecen de motivación.

CUARTO. El representante de Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., por escrito de 16 de febrero de 2023, se adhirió a los dos recursos interpuestos, por las razones siguientes:

1. Se aportaron sendas garantías inmobiliarias para hacer frente al presunto alcance establecido en el acta de liquidación provisional, por lo que no cabe acordar un embargo genérico sobre la totalidad de los bienes, sin haberse valorado los inmuebles ni haberse acreditado que sean insuficientes para hacer frente a la cantidad reclamada.

2. La presunta responsabilidad por alcance es solidaria. Al prestar el resto de los presuntos responsables sus respectivas garantías, resulta improcedente dictar un acuerdo de embargo por la totalidad de la cantidad delimitada en el acta de liquidación provisional, cuando la misma ya está garantizada parcialmente a través de las garantías prestadas por Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., así como por el resto de los responsables en las presentes actuaciones.

QUINTO. El Ministerio Fiscal, por escrito de 23 de febrero de 2023:

a) Se opuso al recurso interpuesto por la representación de Doña R.M.B.S., al considerar que no se produce indefensión por decretar un embargo genérico de bienes, previo ofrecimiento de un bien como afianzamiento de la presunta responsabilidad, pues hasta que no se determine que el bien ofrecido es suficiente para cubrir la deuda por el principal e intereses de demora no puede hablarse de exceso de embargo. Y, en cualquier caso, el acuerdo de embargo genérico no supone vulneración del artículo 588 de la LEC, dado que todavía no se ha llevado a cabo una traba específica sobre bienes concretos de la responsable contable.

b) Se adhirió al recurso presentado por la representación de Don C.C.C., ya que no consta que el recurso que interpuso contra la liquidación provisional y solicitud de suspensión del requerimiento haya sido resuelto, por lo debería resolverse antes de acordar el embargo genérico.

SEXTO. La Abogada del Estado, por escritos de 3 de marzo de 2023, ha impugnado los recursos interpuestos por las representaciones de Don C.C.C. y Doña R.M.B.S., al considerar que:

1. El recurso del artículo 48.1 de la LFTCu tiene por único objeto pedir la revisión por la Sala de las resoluciones en que no se accediere a completar las diligencias con determinados extremos o se causare indefensión.

2. La providencia de 23 de noviembre de 2022 se limitaba, por imperio de la Ley, a exigir el pago o afianzamiento de la cantidad que, de manera provisional, se ha determinado como posible alcance, como medida de aseguramiento de las responsabilidades que podrían declararse en el ulterior procedimiento jurisdiccional de reintegro por alcance, de llegar a tramitarse.

3. Al no haberse atendido el requerimiento efectuado mediante la citada providencia, el delegado instructor ha aplicado el apartado g) del art. 47.1 de la LFTCu. El embargo genérico de bienes no equivale a un embargo efectivo de la totalidad del patrimonio de los presuntos responsables, sino que implica una declaración genérica orientada a la averiguación de bienes y limitada al importe

del alcance, para cuya efectividad se precisa la emisión de los correspondientes acuerdos de embargos específicos de los bienes concretos objeto de traba.

4. Los recursos se interponen contra un acto procedimental dirigido a adoptar una medida de aseguramiento que no tiene aptitud para vulnerar el derecho a la defensa, ya que su efecto jurídico no es definitivo y solo tiene carácter cautelar y provisional. En caso de que no se formulase demanda o ésta fuese desestimada se levantaría el embargo.

5. Las consideraciones que se hacen en los escritos de recurso no tienen virtualidad para afectar a la validez del acuerdo recurrido.

6. Ninguna indefensión se produce por dictarse el acuerdo de embargo sin esperar a la resolución del recurso interpuesto contra el acta de liquidación provisional, como alega la representación del Sr. C., ya que aquel no tiene carácter suspensivo y su carácter provisional impide que pueda causar indefensión al recurrente.

   Por las mismas razones, no procede acceder a la pretensión de suspensión formulada en el Primer Otrosí del escrito de recurso, sin que se aprecie el error material o de hecho invocado de contrario.

SÉPTIMO. El procurador ante los tribunales D. Jorge Laguna Alonso, por escrito de 18 de mayo de 2023, ha solicitado la nulidad de actuaciones que realizadas desde el 1 de febrero de 2023 no le hayan sido notificadas, al ser el único representante legal de Doña R.M.B.S. Fundamenta su petición en que los defectos procedimentales de las notificaciones han perjudicado directamente el ejercicio de defensa de su representada en las actuaciones previas 96/20.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Abogada del Estado se han opuesto a dicha petición, al no apreciar que se haya producido indefensión, señalando específicamente el Ministerio Fiscal que, en todo caso, si faltara por notificar alguna resolución, se trataría de diligencias de mera tramitación cuya falta de notificación es subsanable sin necesidad de acordar la nulidad.

OCTAVO. Con carácter previo a la resolución de las pretensiones planteadas por los recurrentes, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (entre otros, Autos 1/2019, de 12 de febrero, 4/2019, de 20 de marzo, y 4/2020, de 18 de febrero) ha calificado como medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables. Se configura como un recurso especial y sumario por

razón de la materia, que opera "per saltum", es decir, sin que los hechos hayan sido conocidos ni resueltos por el órgano de primera instancia de la jurisdicción contable.

Esta naturaleza ha sido confirmada por esta Sala de Justicia en múltiples ocasiones (por todos, Autos 19/2022, de 22 de septiembre, 24/2022, de 18 de octubre, y 6/2023, de 22 de marzo). Por medio de este recurso no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional. Lo que la Ley ofrece a los intervinientes en las actuaciones previas es un mecanismo de revisión de las resoluciones que puedan cercenar sus posibilidades de defensa.

En consecuencia, los motivos de impugnación de este recurso deben ser los taxativamente establecidos en la Ley: los supuestos en que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión.

NOVENO. La indefensión que posibilita la interposición de este recurso excepcional y sumario es la que ha establecido el Tribunal Constitucional (Sentencias 95/2020, de 20 de julio, 233/2005, de 26 de septiembre, 130/2002, de 3 de junio, 43/1989, de 20 de febrero, y 48/1986, de 23 de abril): "una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella".

El concepto de indefensión, que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu, según la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del artículo 24.1 de la Constitución, es más amplio que el derecho de defensa, pues comprende el derecho de las partes a ser tuteladas por los jueces y tribunales, quienes, al hacerlo, habrán de enjuiciar las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas; y, asimismo, el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho.

Esta Sala de Justicia, al amparo de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, ha declarado que la indefensión es una noción material que para tener relevancia ha de obedecer a las siguientes pautas interpretativas:

-Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 8/2006, de 7 de abril).

-La indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución debe llevar consigo el menoscabo del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencias 20/2005, de 28 de octubre, y 8/2006, de 7 de abril).

-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).

DÉCIMO. La representación de Don C.C.C. dirige su pretensión impugnatoria contra el acuerdo genérico de embargo efectuado por el delegado instructor, en aplicación del apartado g) del art. 47.1 de la LFTCu, porque considera que le ha causado indefensión por haberse acordado con anterioridad a la resolución del recurso del artículo 48.1 que había interpuesto contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de 23 de noviembre de 2022.

No cabe estimar esta alegación. Por una parte, porque el recurso del artículo 48 carece de efectos suspensivos, salvo que concurran circunstancias excepcionales. Por otra parte, porque las particularidades que pueden dar lugar a los efectos suspensivos de este recurso, por su carácter extraordinario, deben ser objeto de una interpretación restrictiva, sin que quepa su apreciación si no están relacionadas con una posible situación de indefensión. Resulta obligado además señalar que, por Auto de esta Sala 9/2023, de 9 de mayo, fue desestimado el recurso interpuesto contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, por lo que se ha producido una pérdida o carencia sobrevenida de objeto, por lo que procede la desestimación de este recurso.

Tampoco se aprecia que el acuerdo recurrido infrinja lo dispuesto en los artículos 82.1 del RGC, 169 de la LGT y 588 de la LEC porque, como ha establecido esta Sala de Justicia en el Auto 8/2022, de 11 de mayo, la providencia o acuerdo genérico de bienes no realiza traba alguna ni embargos concretos sobre salarios, cuentas bancarias e inmuebles.

UNDÉCIMO. La representación de Doña R.M.B.S., así como la representación de las presuntas responsables, Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., en su escrito de adhesión a los recursos, razonan la presencia de indefensión por el dictado o mantenimiento del embargo genérico de bienes, cuando, con carácter previo, se había dado cumplimiento a la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, al ofrecer un bien para asegurar su presunta responsabilidad.

Las tres presuntas responsables contables ofrecieron bienes inmuebles de su propiedad, acreditada por las correspondientes escrituras públicas, en concepto de afianzamiento del importe al que alcanzaba su responsabilidad. Lo hicieron en el plazo conferido en la citada providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento. El delegado instructor acordó un embargo genérico de todo su

patrimonio para luego realizar un embargo específico, con la consecuente anotación preventiva sobre los bienes ofrecidos previamente, sin anular el anterior.

El delegado instructor no justificó, ni motivó la causa por la que, hecho el ofrecimiento de bienes, acordó la traba del resto del patrimonio de forma genérica y sobre la totalidad del importe del presunto alcance apreciado en la liquidación provisional. Esta circunstancia ha producido una clara indefensión.

El embargo preventivo está concebido como una medida para asegurar, con carácter cautelar o precautorio, el posible cumplimiento del pago o realización del valor de una obligación por el deudor en favor del acreedor. No presupone una presunción de culpabilidad, ni quebranta la presunción de inocencia, ni quiebra la tutela judicial efectiva, porque en su regulación se pondera la necesidad de tutela de la parte demandante con la de la parte demandada, estableciendo el equilibrio que debe imperar para garantizar la indemnización de los posibles daños y perjuicios causados a los fondos públicos.

Como ha establecido esta Sala en el ya citado Auto 8/2022, de 11 de mayo, la providencia o acuerdo de embargo genérico, al no decretar el embargo de un bien en concreto, no puede producir al presunto responsable un perjuicio real y efectivo causante de indefensión. Además, constituye un trámite de obligado cumplimiento por el delegado instructor conforme a lo previsto en el artículo 47.1, apartados f) y g) de la LFTCu.

En el presente supuesto, sin embargo, no cabe aplicar acríticamente dicha doctrina. Es preciso un análisis más matizado que el previsto en el citado artículo 47.1, para determinar si se ha producido la indefensión alegada por la recurrente porque se haya desatendido, sin justificación alguna, su previo ofrecimiento de bienes en concepto de afianzamiento. Todo ello de conformidad con el pronunciamiento de esta Sala contenido en el Auto 30/2022, de 23 de diciembre, de que: "(…) no es preciso un cambio normativo para un cambio judicial de doctrina, si se considera que la doctrina anterior, remota o reciente, resulta errónea, siempre que el cambio se argumente de forma razonada y razonable".

Conforme a los apartados f) y g) del artículo 47.1 de la LFTCu, el delegado instructor, tras el acta de liquidación provisional, debe requerir a los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance y de los intereses, bajo apercibimiento de embargo. Esto es, con la advertencia de que en caso de que los presuntos responsables no respondieren a lo requerido, se procederá al embargo de sus bienes. Así pues, el acta de liquidación es el título jurídico que permite y del que se deriva el inmediato requerimiento a los presuntos responsables contemplado por el artículo 47.1.f) de la LFTCu. Dicha acta, junto con la desatendida providencia de

requerimiento, conforman el título ejecutivo para el posterior embargo cautelar de los bienes, al que se refiere el apartado g) de dicho artículo.

Aunque el RGR, al que se remite el apartado g) del artículo 47.1 de la LFTCu, no prevé el dictado de una providencia u orden de embargo genérico de bienes, es decir, sin identificar los concretos bienes o derechos que se embarguen, tampoco prohíbe que se haga como acto de instrucción previo y conducente a la obtención de información sobre bienes y derechos del deudor, conseguida la cual podrán acordarse las trabas específicas sobre bienes concretos a que se refiere el artículo 47.1.g) de la LFTCu. Pero este acto de instrucción requiere que previamente se haya desatendido el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento.

En la documentación obrante en las actuaciones previas realizadas constan los siguientes elementos que han de ser considerados:

- El 23 de noviembre de 2022, el delegado instructor suscribió el acta de liquidación provisional positiva, en la que determinó los importes del provisional alcance e intereses que correspondían a cada uno de los presuntos responsables contables directos.

- Al amparo de la liquidación provisional efectuada, con la misma fecha el delegado instructor dictó providencia para requerir a los declarados presuntamente responsables que efectuaran, en un plazo de quince días hábiles, el reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance, más los intereses, en las cuantías y conceptos correspondientes a cada uno de ellos.

- Dentro del plazo conferido por la providencia de 23 de noviembre de 2022, las representaciones de Doña R.M.B.S. y de Doña C.C.R.V. y de Doña M.C.S. presentaron, el 14 y 16 de diciembre de 2022, escritos en los que ofrecían bienes inmuebles de éstas para afianzar su presunta responsabilidad. La titularidad de los bienes ofrecidos se acreditó mediante escritura pública.

-El delegado instructor no se pronunció sobre la viabilidad o suficiencia de los bienes ofrecidos. Pero el 25 de enero de 2023 acordó el embargo genérico de bienes de las tres presuntas responsables, que fundamentó con la siguiente indicación: “Al no haberse atendido el requerimiento efectuado en el plazo concedido al efecto”.

-El 30 de enero de 2023, el delegado instructor procedió a la traba específica sobre los bienes inmuebles previamente ofrecidos en cumplimiento del requerimiento de 23 de noviembre de 2022, mediante anotación preventiva de embargo.

A través de la resolución de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, esta Sala no puede entrar a valorar si las medidas cautelares ofrecidas como alternativas a las que

pudiera acordar la instrucción, son o no las más adecuadas para el aseguramiento perseguido. Pero sí puede pronunciarse sobre si concurren las garantías de defensa para ofrecerlas y obtener adecuada respuesta a las mismas. No ha sido así en el presente supuesto, porque en ningún momento el delegado instructor ha valorado al ofrecimiento de bienes realizado por Doña R.M.B.S., Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S. para garantizar la responsabilidad contable que se le imputa de modo indiciario.

Como ha establecido esta Sala de Justicia en el Auto 17/2014, de 28 de octubre, el ofrecimiento de bienes susceptibles de afianzamiento debió ser valorado por el delegado instructor, quien, en caso de que dichos bienes cubrieran el importe del presunto alcance atribuido, podría haber aceptado éstos en garantía de dicho importe. En caso contrario, el delegado instructor debía haber indicado las causas por las que no aceptaba dichos bienes, antes de proceder al embargo genérico del patrimonio de las tres presuntas responsables.

La falta de un pronunciamiento motivado del delegado instructor en los actos que realice debe considerarse causa de indefensión que justifique la estimación del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, como ha establecido esta Sala de Justicia en las siguientes resoluciones:

- Auto 12/2022, de 11 de mayo: (…) "la propia falta de motivación (…) supone por sí misma una merma de los derechos e intereses legítimos de la recurrente, pues lleva a la interesada a la ignorancia de la causa o razón de la actuación realizada, con la consiguiente indefensión, proscrita expresamente en el artículo 24 del Texto Constitucional".

- Auto nº 11/2020, de 6 de julio, en el que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 495/2009, de 8 de julio) y la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 114/2009, de 14 de mayo, 61/2009, de 29 de marzo, y 112/2008, de 29 de septiembre) establece que "motivar" significa expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, la "ratio decidendi". La resolución debe contener una fundamentación en derecho, que supone la garantía de que la decisión no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, es decir, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni incurre en un error patente.

Se aprecia, por tanto, la indefensión alegada por las representaciones de Doña R.M.B.S., Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S. al haber procedido el delegado instructor al embargo genérico de bienes de las precitadas sin pronunciarse sobre los bienes ofrecidos para garantizar su presunta responsabilidad en cumplimiento de la providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento.

No cabe estimar, por el contrario, la alegación formulada por la representación de Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S. de que es improcedente dictar un acuerdo de embargo por la totalidad de la cantidad fijada en el acta de liquidación provisional, cuando la misma ya está garantizada, a través de las garantías prestadas por el resto de responsables, porque, conforme con lo establecido en el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, la responsabilidad directa es siempre solidaria, en atención al interés general derivado del carácter público de los fondos perjudicados; circunstancia que permite dirigirse indistintamente contra cualquiera de los posibles responsables sin necesidad de fraccionar la reclamación, es decir, cada uno de éstos sería deudor por entero de la obligación de reparar la totalidad del daño que hubieran podido causar.

DUODÉCIMO. La representación de Doña R.M.B.S. solicita la nulidad de actuaciones que regula el artículo 64 de la LFTCu por defectos procedimentales de notificación que afectan al derecho de defensa de su representada.

El citado artículo, sin embargo, se refiere a las actuaciones que realicen los órganos de la jurisdicción contable, y no a la fase de actuaciones previas.

Para resolver si se ha producido la vulneración del derecho de defensa que afirma dicha representación, objeto sobre el que puede conocer esta Sala, por la inclusión de la petición planteada en el rollo del recurso del artículo 48 de la LFTCu, es preciso partir de los antecedentes de la pieza separada de embargo abierta, el 24 de enero de 2023, en las actuaciones previas nº 96/2020. Se trata de:

-Certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales de 26 de enero de 2023, en el que consta el otorgamiento de Doña R.M.B.S. de poder general para pleitos con las facultades expresadas en el artículo 25.1 de la LEC, a favor del procurador ante los tribunales D. Jorge Laguna Alonso y de la abogada Dª. María Amalia Sánchez de León Castellanos, con vigencia del 26 de enero de 2023 al 25 de enero de 2028 (folio 7 de las actuaciones).

-Escrito de personación del procurador ante los tribunales D. Jorge Laguna Alonso en las Actuaciones Previas 96/20, al que se adjuntaba el apoderamiento *apud acta*, recibido en el registro de este Tribunal el 27 de enero de 2023.

- Notificación realizada el 30 de enero de 2023 a D. Francisco Manuel Jiménez Aguilera, en representación de Doña R.M.B.S., del acuerdo adoptado por el delegado instructor del embargo específico de la finca de Ato de Alcanar, número XXXXX, Urbana parcela de terreno o solar, sita en el casco urbano de Alcanar, calle Joan Olivé, inscrita en el Registro de la Propiedad de Amposta número 2.

- Notificaciones realizadas el 19 de abril de 2023 a D. Francisco Manuel Jiménez Aguilera, en representación de Doña R.M.B.S., de los acuerdos adoptados por el delegado instructor de embargos específicos de las siguientes fincas de les Coves de Vinromá:

*Números: XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), XXXX (IDUFIR: XXXXXXXXXX RÚSTICA), inscritas en el Registro de la Propiedad Albocasser-Morella.

- Notificación, el 24 de abril de 2023, a D. Francisco Manuel Jiménez Aguilera, en representación de Doña R.M.B.S., del acuerdo del delegado instructor del embargo del sueldo de la precitada (folio 89 de las actuaciones).

-Correo dirigido a D. Jorge Laguna Alonso, por el Grupo 3 Actuaciones Previas, por el que se envían en un archivo único "todas las actuaciones realizadas hasta la fecha de la pieza separada relativas a su representada Doña R.M.B.S., para su conocimiento y efectos".

De los antecedentes reseñados se deduce que ninguno de los acuerdos específicos de embargos de bienes de Doña R.M.B.S. -sueldo y fincas, tanto urbana como rústicas- fueron notificados a quien tenía su representación desde el 26 de enero de 2023 -D. Jorge Laguna Alonso y Dª. María Amalia Sánchez de León Castellanos-. Se notificaron a D. Francisco Manuel Jiménez Aguilera, quien no contaba ya con aquélla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1. 1º de la LEC.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 147/2022, de 29 de noviembre, ha proclamado "que el incidente de nulidad de actuaciones cumple con una función institucional (…) como instrumento de tutela de derechos fundamentales (…) y ha puesto de manifiesto la importancia que reviste esta vía impugnatoria, pues, como señaló la STC 43/2010, de 26 de julio, si el caso no tiene trascendencia constitucional, el incidente de nulidad de actuaciones constituye la última vía que permite la reparación de la vulneración denunciada".

La Sentencia 140/2022, de 14 de noviembre, de esta misma Sala del Tribunal Constitucional ha establecido que "el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24. 1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus

derechos e intereses legítimos. Un instrumento capital de esa correcta constitución (…) es el régimen de (…) notificaciones a las partes de los distintos actos (…)".

La falta de notificación de los acuerdos específicos de embargos a la representación de Doña R.M.B.S. le ha privado del acceso al recurso contemplado en el artículo 48 de la LFTCu, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses y el derecho a disponer de recursos. El defecto producido ha originado una indefensión, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sentencia 43/2000, de 14 de febrero, de la Sala Primera), el sistema de recursos frente a las resoluciones se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva. Resulta obligado, en consecuencia, estimar la pretensión de nulidad aducida por la recurrente.

DECIMOTERCERO. Por todo lo que antecede, esta Sala de Justicia considera que procede:

1) Desestimar el recurso interpuesto por la representación de Don C.C.C., al que se han adherido el Ministerio Fiscal y Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S.

2) Estimar el recurso interpuesto por la representación de Doña R.M.B.S., al que se han adherido Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., al no haberse pronunciado el delegado instructor sobre la insuficiencia o inviabilidad de los bienes ofrecidos para afianzamiento de su presunta responsabilidad antes de decretar el embargo genérico sobre todo su patrimonio. En consecuencia con lo anterior, procede dejar sin efecto el embargo genérico de bienes de las precitadas, acordado el 25 de enero de 2023.

3) Retrotraer las actuaciones relativas a los acuerdos específicos de embargo de bienes de Doña R.M.B.S. -sueldo y fincas, tanto urbana como rústicas-para que sean debidamente notificados a la representación de Doña R.M.B.S.

DECIMOCUARTO. En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no procede su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERA. Desestimar el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Don C.C.C., al que se

han adherido el Ministerio Fiscal y Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., contra el acuerdo de embargo genérico de bienes suscrito el 25 de enero de 2023 en las actuaciones previas nº 96/20.

SEGUNDA. Estimar el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el procurador D. Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de Doña R.M.B.S., al que se han adherido Doña C.C.R.V. y Doña M.C.S., contra el embargo genérico de bienes, acordado el 25 de enero de 2023, en las actuaciones previas nº 96/20. En consecuencia, dejar sin efecto los embargos acordados en dicha fecha respecto a las anteriores.

TERCERA, Retrotraer las actuaciones relativas a los acuerdos específicos de embargos de bienes de Doña R.M.B.S. -sueldo y fincas, tanto urbana como rústicas- para que sean debidamente notificados a la representación de Doña R.M.B.S.

Sin costas

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

Auto nº 13/2023, de 12 de julio. Recurso de apelación nº 7/23 interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-137/16-05, Sector Público Autonómico (Consejería de Empleo -Ayudas sociolaborales a la prejubilación- G.B., S.A.) Andalucía Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

Se aplica la doctrina reiteradamente establecida por la Sala de Justicia respecto al régimen de compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable, así como el alcance y límites de la prejudicialidad penal en el enjuiciamiento de las responsabilidades contables por alcance.

Asimismo, aplica la doctrina de interés casacional contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) nº 1479/2020 de 10 de noviembre, citada en el Auto recurrido, y que viene siendo aplicada por la Sala de Justicia: Sentencias 2/2023, de 1 de marzo; 15/2021, de 23 de junio; 20/2020, de 1 de diciembre; y Auto 1/2021, de 25 de febrero, entre otros. Pero atendiendo a las particularidades del presente caso en que no existe causa criminal en la que se estén investigando los hechos que fundamentan las pretensiones formuladas en el proceso contable - por lo que no resulta procedente la suspensión del procedimiento ante esta jurisdicción- debe continuarse el conocimiento del asunto.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 13/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 7/23 interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-137/16-05, Sector Público Autonómico (Consejería de Empleo -Ayudas sociolaborales a la prejubilación- G.B., S.A.) ANDALUCÍA

PONENTE: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez - Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

En el recurso de apelación nº 7/23 frente al Auto de 1 de diciembre de 2022, dictado en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-137/16-05, Sector Público Autonómico (Consejería de Empleo -Ayudas sociolaborales a la prejubilación- G.B., S.A.) ANDALUCÍA. Han sido apelantes el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 1 de diciembre de 2022 la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dictó auto, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

"Suspender el presente procedimiento hasta que se acredite que la causa penal que se sigue como Diligencias Previas nº 2714/2016 ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla ha terminado o que se encuentra paralizada por motivo que haya impedido su normal continuación."

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el referido auto, mediante escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 22 de diciembre de 2022.

TERCERO. La Letrada de la Junta de Andalucía, en representación de ésta, interpuso recurso de apelación contra el citado auto de 1 de diciembre de 2022, por escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de enero de 2023.

CUARTO. Por diligencia de ordenación de 24 de enero de 2023, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento acordó tener por interpuestos los recursos y dar traslado de los mismos a las partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición, de conformidad con el artículo 85.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu).

QUINTO. Por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2023, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de este procedimiento, al no haber recibido escrito de oposición alguno frente a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía, acordó elevar los autos a esta Sala, emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la LJCA, y con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la citada LJCA.

Por sendos escritos de 23 de marzo de 2023 se personaron ante esta Sala de Justicia el Ministerio Fiscal, y la Junta de Andalucía y por escritos con entrada en el Registro General de este Tribunal el 3 y el 10 de abril de 2023, las representaciones procesales de la entidad "G.B., S.A." y de Doña J.V.V., en su condición de causahabiente de Don J.M.C.P.

SEXTO. Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma, de 10 de abril de 2023, se acordó: 1) Abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 7/23; 2) Constatar la composición de la Sala y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

SÉPTIMO. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 16 de mayo de 2023 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente. Se remitieron por diligencia de 24 de mayo de 2023.

OCTAVO. Por providencia de 3 de julio de 2023, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 10 de julio de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO. En la tramitación de los recursos se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en lo sucesivo, LOTCu) y 52.1 b) y 54.1 b) de la LFTCu.

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal ha solicitado en su escrito de recurso que se revoque el auto recurrido y se dicte uno nuevo por el que: -Se declare que no cabe apreciar la concurrencia de la cuestión de prejudicialidad penal necesaria en relación con la prescripción; -Se ordene dejar sin efecto y alzar la suspensión del procedimiento; y -Que el procedimiento sea devuelto al Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento para que resuelva sobre el fondo del asunto y proceda a dictar sentencia.

Sustenta la apelación interpuesta en las siguientes consideraciones:

1ª) La doctrina de interés casacional de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) nº 1479/2020 de 10 de noviembre, citada en el auto recurrido, no es aplicable en el presente caso, porque establece que, pendiente una causa penal, la incertidumbre sobre la posibilidad de que los hechos sean constitutivos de delito impide a la jurisdicción contable declarar la prescripción al amparo del nº 1 de la Disposición Adicional Tercera (D.A 3ª) de la LFTCu, mientras no se determine si el precepto aplicable es ese o el nº 4 de dicha disposición, que tiene plazos y formas de prescripción distintos y especiales.

No establece que el Tribunal de Cuentas tenga que suspender sus actuaciones en todo caso, ni tampoco que pueda declararse la "no prescripción", si concurren las circunstancias que permitan indiscutiblemente tal pronunciamiento. Se ha de analizar el supuesto enjuiciado, y si se determina que la responsabilidad contable no está ni puede estar prescrita, por vía del nº 1 o por la del nº 4 de la D.A. 3ª de la LFTCu, no existe incertidumbre y, por tanto, no es necesaria apreciar la prejudicialidad penal, sino desestimar la alegación de prescripción y entrar a conocer del fondo del asunto.

2ª) El auto recurrido suspende el procedimiento contable sin analizar las circunstancias del caso; sin determinar el *dies a quo*, el *dies ad quem*, y el plazo y la forma de prescripción aplicables; sin examinar las actuaciones administrativas o jurisdiccionales que hayan podido interrumpir la prescripción; y sin analizar si la responsabilidad puede estar prescrita.

3ª) No se ha producido la prescripción, ni por la vía del apartado 1 de la D.A.3ª, ni por la de su apartado 4, dado que entre la fecha en que se produjeron los hechos y el inicio de las actuaciones de investigación penal, así como de las fiscalizadoras, han transcurrido menos de dos años; por lo que no existe incertidumbre alguna determinante de la prejudicialidad penal necesaria.

Por tanto, la decisión que pueda adoptar la jurisdicción penal no constituye elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable (art. 17.2 LOTCu); no es susceptible de condicionar el pronunciamiento que realice la jurisdicción contable (art.10.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -(LOPJ-), ni puede tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil para acordar la suspensión del procedimiento (art. 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -LEC-).

TERCERO. La representación de la Junta de Andalucía ha solicitado que se deje sin efecto la suspensión acordada por causa de prejudicialidad penal y se ordene la continuación del procedimiento de responsabilidad contable por alcance, por las razones siguientes:

1ª) La pretendida prescripción de la responsabilidad contable, alegada de contrario, no tiene influencia decisiva ni condiciona directamente la sentencia que haya de dictar este Tribunal de Cuentas, porque: **a)** resulta evidente "el no transcurso del plazo máximo de prescripción de la acción de responsabilidad contable"; **b)** no se dan las condiciones previstas en los artículos 10.2 de la LOPJ y 40.2 de la LEC y **c)** los hechos presuntamente generadores de la responsabilidad contable se produjeron en el año 2008 y las actuaciones fiscalizadoras se iniciaron en el año 2011, por lo que se interrumpió el plazo de prescripción de cinco años.

2ª) La Sentencia nº 1479/2020, a la que se acoge el auto recurrido, no es aplicable a este caso, pues ninguna parte ha alegado la prescripción de la responsabilidad contable prevista en el apartado 4 de la D.A. 3ª, para hechos que pudieran ser delictivos.

La aplicación prevalente del régimen de prescripción penal que decreta el Tribunal Supremo se realiza por concurrir dos circunstancias: 1ª) que "***los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable***" y 2ª) que "***existan elementos que permitan concluir que la identificación del hecho***

constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal podría condicionar directa y sustancialmente el plazo (...) de prescripción del delito".

En el presente caso, no concurre el primer requisito, pues los hechos generadores de responsabilidad contable no están incluidos en la causa penal como posibles hechos delictivos, ya que, con posterioridad a la celebración de la audiencia previa y del juicio de este procedimiento, fue dictado por el Juzgado de Instrucción n.° 6 de Sevilla, en el seno de las diligencias previas 2714/2016, auto de conversión a procedimiento abreviado, en el que ninguna de las acusaciones dirige petición de responsabilidad penal contra las personas físicas y jurídicas demandadas en este procedimiento de responsabilidad contable.

CUARTO. Para la resolución de las apelaciones formuladas es preciso partir de lo establecido en los siguientes preceptos:

1. La Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, en sus apartados 1 y 4, establece el régimen de la prescripción en el ámbito de la jurisdicción contable: "1. Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen (…) 4. Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos".

   Se establecen, por tanto, dos regímenes para determinar la prescripción de la responsabilidad contable, en función de que los hechos enjuiciados sean o no delictivos.

2. Los artículos 18 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu establecen la compatibilidad entre la Jurisdicción Penal y la Jurisdicción Contable, en los términos siguientes:

   -Artículo 18 de la LOTCu: "1.- 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. 2.- Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia".

   -Artículo 49.3 de la LFTCu: "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".

La actuación de la jurisdicción contable (calificada como necesaria, improrrogable, exclusiva y plena, por el art. 17.1 de la LOTCu), es compatible con la actuación del orden jurisdiccional penal. Esta compatibilidad está basada en la autonomía de ambas jurisdicciones, únicamente limitada por la aplicación de los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada, así como por la fijación de los hechos declarados probados, respecto de los que tienen prevalencia los pronunciamientos del órgano jurisdiccional penal.

Debido a la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable, es legalmente posible el enjuiciamiento por ambos órdenes jurisdiccionales, cada uno dentro de su ámbito, dado que la prevalencia del orden penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y la autoría de éstos, pero no en lo referente a la apreciación de los hechos en los que regiría, para el juez contable, el principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a los criterios de la sana crítica.

Esta compatibilidad es reiterada y unánimemente reconocida por la jurisprudencia de esta Sala de Justicia (entre otras, Sentencias 6/2021, de 23 de junio, 20/2020, de 1 de diciembre y 22/2007, de 1 de noviembre) y del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de la Sala Tercera 5763/1996, de 23 de octubre, y 3234/2010, de 24 de mayo).

La posibilidad de enjuiciamiento simultáneo por ambas jurisdicciones no implica, tal como han establecido tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 69/1983, de 26 de julio, y 180/1988, de 11 de octubre) como el Tribunal de Cuentas (autos de esta Sala 14/2021 y 15/2021, ambos, de 23 de junio, 16/2019 y 17/2019, ambos de 17 de diciembre, y sentencias 11/2012, de 25 de mayo y 17/2019, de 8 de octubre), “que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que, como manifestación del principio de independencia jurisdiccional, y con cobertura en una suficiente y debida motivación, es admisible la coexistencia de dos resoluciones producidas por órdenes jurisdiccionales distintos sobre unos mismos hechos, ya que son distintos los modos y principios que rigen cada uno de los enjuiciamientos, así como la normativa aplicable en cada caso, de estructura finalista distinta y, por ende, con eficacia jurídica diferente”.

3. Los artículos 17.2 de la LOTCu y 10 de la LOPJ se refieren a las cuestiones prejudiciales e incidentales, en los siguientes términos:

-El artículo 17.2 de la LOTCu establece que: la jurisdicción contable, necesaria e improrrogable, exclusiva y plena “Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan

elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente"

-El artículo 10 de la LOPJ, establece que: "1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca."

La decisión sobre el carácter delictivo de unos hechos corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional penal, sin que pueda ser atribuida, ni siquiera con carácter prejudicial, a otras jurisdicciones.

Esta Sala de Justicia (Sentencias 3/2021, de 23 de junio, 4/2021, de 23 de junio, y 6/2021, de 23 de julio), ha establecido en cuanto al concepto, fundamento y finalidad de la cuestión de la prejudicialidad penal, que:

"El ordenamiento jurídico ha venido otorgando, tradicionalmente, carácter de prevalencia al orden jurisdiccional penal, sobre otras jurisdicciones, cuando en el procedimiento de que se trate, civil, contencioso o contable, los hechos enjuiciados adopten la apariencia de delito o falta punibles susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción penal. Con ello se pretende evitar la simultaneidad de la tramitación de dos procedimientos en los que pudieran recaer sentencias contradictorias, para la óptima salvaguardia del postulado "non bis in ídem".

Ahora bien, la aplicación de dicha mecánica de pronunciamiento prejudicial, en favor del orden penal, no es absoluta, y los supuestos en los que opere han de ser, necesariamente, de aplicación restrictiva. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia nº 166/1995, de 20 de noviembre, de la que se infiere, además, que dicha limitación surge a fin de evitar infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, mediante injustificadas suspensiones de pleitos no penales. Y por ello, la prejudicialidad penal sólo desplegará sus efectos cuando exista una íntima conexión entre el objeto del pleito correspondiente, en este caso, contable, y la cuestión penal, bien porque el objeto del litigio contable esté inserto en el penal, bien porque la decisión que se adopte en el orden jurisdiccional penal tenga una influencia determinante en el Fallo del procedimiento contable.

Asimismo, se debe subrayar que la regla que inspira la regulación normativa sobre esta materia es que la sentencia penal no tiene por qué producir, siempre, efectos vinculantes sobre el procedimiento contable, dado que el análisis de los

hechos que se realiza en cada orden jurisdiccional parte de perspectivas diferentes y se basa en normas distintas y de muy diversos sentidos y finalidades. Se alude, en este sentido a la jurisprudencia constitucional según la cual "no inciden en exceso de jurisdicción las resoluciones judiciales que no suspendan la decisión de un proceso civil por inadmitir una cuestión prejudicial penal; toda vez que no se trata de un criterio general que venga impuesto por la Constitución, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución.(STC 166/1995, de 20 de noviembre, F. 2 "in fine" y STC 241/1991 fundamento jurídico 4.º)".

4. El artículo 40 de la LEC**,** aplicable en virtud del artículo 73.2 de la LFTCu, dispone, en su apartado 1 que "Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal." Y en su apartado 2 añade que, en ese caso, solo se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil cuando concurran las siguientes circunstancias:

   1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

   2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Por tanto, de los preceptos citados y la interpretación que de los mismos ha realizado la doctrina de esta Sala de Justicia, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, se desprende que el procedimiento contable no se suspende durante la tramitación del procedimiento penal, como regla general, porque unos mismos hechos estén siendo enjuiciados simultáneamente, en la vía penal y contable. Sin embargo, excepcionalmente se prevé que exista una cuestión prejudicial penal que constituya elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y que esté directamente relacionada con ella, en cuyo caso se acordará la suspensión del proceso contable.

QUINTO. La resolución de los recursos interpuestos exige determinar si la decisión del auto recurrido de suspender el procedimiento contable se ajusta a la normativa y jurisprudencia recogidas, y si la interpretación que realiza de la doctrina casacional es conforme con los términos de la Sentencia nº 1479/2020, de 10 de noviembre, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que dicha interpretación constituye su fundamentación.

La suspensión del procedimiento de reintegro por alcance se motivó en que, al existir un procedimiento penal en tramitación por los mismos hechos que son objeto de enjuiciamiento en esta jurisdicción contable (Diligencias Previas nº 2714/2016 ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla), la prescripción de la acción de responsabilidad contable ejercitada por la Junta de Andalucía (alegada por uno de los demandados, por considerar que había transcurrido en exceso el plazo de cinco años previsto en el apartado 1 de la D.A. 3ª de la LFTCu), dependía de que la jurisdicción penal determinara previamente si los hechos eran o no constitutivos de delito (prejudicialidad penal necesaria), ya que, en función de tal circunstancia, debería aplicarse el plazo previsto en el apartado 1 o el del apartado 4 de la citada D.A. Tercera, para determinar la prescripción.

El auto recurrido declara que "el asunto sobre la relevancia o **influencia de la cuestión de la prescripción de la responsabilidad contable, a efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial penal**", ha sido resuelto por **la Sentencia nº 1479/2020, de 10 de noviembre**, **dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo** (Sección Cuarta; recurso de casación nº 5332/2018), que ha fijado doctrina de interés casacional y ha supuesto que esta Sala de Justicia tenga que apartarse de su doctrina anterior sobre la cuestión".

Dicha sentencia fija como doctrina de interés casacional que "la aplicación del régimen de prescripción de la responsabilidad contable prevista en el apartado 4º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, exige determinar si efectivamente es delictivo (el hecho simultáneamente analizado en la jurisdicción penal y contable), por lo que al ser la jurisdicción penal la única competente, se erige en una cuestión prejudicial penal esencial prevista en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de modo que el Tribunal de Cuentas no puede pronunciarse en ningún caso sobre la responsabilidad contable derivada de una conducta presuntamente delictiva mientras no exista una resolución penal firme, que declare si en efecto se trata de hechos constitutivos de delito." Y "en consecuencia, en tanto no haya recaído resolución penal firme, no cabe aplicar en la jurisdicción contable, respecto de esos mismos hechos, de manera total o parcial la prescripción de la responsabilidad contable prevista con carácter general en el apartado 1º de la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas".

A tenor de esta doctrina casacional, asumida ya en diversos pronunciamientos de esta Sala de Justicia (Sentencias 2/2023, de 1 de marzo, 15/2021, de 23 de junio, 20/2020, de 1 de diciembre, y Auto 1/2021, de 25 de febrero, entre otros), lo que establece la D.A.3ª de la LFTCu en su apartado 4 es la prevalencia del régimen de prescripción penal cuando se cumplan dos requisitos: 1) que los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable; y 2) que existan elementos que permitan concluir que la identificación del hecho constitutivo de delito y su

calificación como tal por el Juez penal podría condicionar directa y sustancialmente el plazo de prescripción del delito. Esto es, que la **incertidumbre** sobre la posibilidad de que los hechos sean constitutivos de delito impida a la jurisdicción contable declarar la prescripción al amparo del apartado 1 de la D.A 3ª de la LFTCu, mientras no se determine si el precepto aplicable es ese, o del apartado 4 de dicha disposición, que tiene plazos y formas de prescripción distintos y especiales.

Es necesario, por tanto, que resulte acreditada la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso; y también que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución del asunto. Si se cuestiona la prescripción de las responsabilidades derivadas de los hechos simultáneamente enjuiciados, es necesario que la incertidumbre sobre la posibilidad de que los hechos sean constitutivos de delito impida a la jurisdicción contable declarar la prescripción al amparo del apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu.

A la vista de la evolución de las diligencias previas 2714/2016, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, no se aprecia en las presentes actuaciones la necesaria concurrencia de los procedimientos penal y contable. Como alega la Junta de Andalucía en su escrito de recurso, con posterioridad a la celebración de la audiencia previa y del juicio ordinario del procedimiento de reintegro por alcance, el 17 de noviembre de 2022, se dictó auto de apertura de juicio oral contra diversas personas, entre las que no se encuentra ninguna de las demandadas ante esta jurisdicción contable y se acordó el archivo definitivo de las actuaciones respecto de la sociedad G.B., S.A.

No existe, en consecuencia, causa criminal en que se estén investigando los hechos que fundamentan las pretensiones formuladas en el proceso contable, por lo que no resulta procedente la suspensión del procedimiento ante esta jurisdicción.

SEXTO. A fin de cumplir con el principio de exhaustividad de las resoluciones judiciales, que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución española, esta Sala debe pronunciarse, aunque de forma sucinta, sobre la alegada incertidumbre para la aplicación del régimen prescriptivo del apartado 1 o el del apartado 4 de la D.A 3ª, en el que fundamenta el auto recurrido la declaración de la cuestión prejudicial penal necesaria, por aplicación de la doctrina casacional recogida en la reiterada STS nº 1479/2020, de 10 de noviembre.

La sentencia citada se pronuncia sobre supuestos en que se plantee la dualidad de regímenes prescriptivos, respecto a los que el Tribunal de Cuentas “no puede pronunciarse en ningún caso” sobre la responsabilidad contable derivada de una

conducta presuntamente delictiva mientras no exista una resolución penal firme que declare si en efecto se trata de hechos constitutivos de delito, y, por tanto, elimine la incertidumbre sobre cuál de los regímenes prescriptivos deba aplicarse, porque: **a)** si el hecho que estaba siendo simultáneamente analizado resultara ser considerado delictivo, por aplicación del apartado 4 de la D.A.3ª de la LFTCu se aplicaría el régimen de prescripción de las responsabilidades civiles derivadas del delito; pero **b)** si no se considerara delictivo, por aplicación del apartado 1 de la referida D.A. se imputaría el régimen de prescripción de la responsabilidad contable.

En el presente supuesto, y sentado ya que no concurre el principal requisito para la aplicación de la referida doctrina casacional (enjuiciamiento simultáneo de los hechos por la jurisdicción penal y contable), resulta obligado añadir que, tal como sostienen los recurrentes, la mera alegación de una posible prescripción de la responsabilidad contable no debería determinar, de manera automática, la suspensión de actuaciones ante esta jurisdicción sin realizar un previo análisis de la virtualidad de que dicha alegación pueda prosperar. Actuar así permitiría posponer, de manera indiscriminada, la actuación de esta jurisdicción contable con la simple alegación de prescripción en aquellos casos en que los hechos estuvieran siendo objeto, o pudieran serlo, de un procedimiento penal.

En los supuestos en los que concurran ambas jurisdicciones y se plantee la prescripción de la responsabilidad contable, con arreglo al apartado 1 de la D.A 3ª de la LFTCu, derivada de los hechos que sean presuntamente delictivos, la interpretación de la doctrina casacional expuesta requiere que el órgano jurisdiccional contable analice la cuestión y delimite si, en este ámbito, con los elementos de juicio existentes, procedería acoger dicha alegación de prescripción conforme al citado apartado. Sólo en caso afirmativo, ante la eventualidad de que los hechos pudieran ser constitutivos de delito y por ello aplicable el apartado 4 de la D.A. 3ª, acordar la suspensión del procedimiento, en espera de que se confirme o desestime dicha aplicación en la resolución de la jurisdicción penal.

Por otra parte, como alegan los apelantes, la STS nº 1479/2020 alude a la incertidumbre que pudiera tener el órgano de la jurisdicción contable sobre el plazo de prescripción aplicable a la responsabilidad que le compete. Pero no hace referencia alguna, al supuesto de que dicho órgano, analizados los antecedentes del caso, concluyera que tal prescripción no se ha producido por aplicación del apartado 1 ni por la del apartado 4 de la D.A. 3ª de la LFTCu. Por ello, en el presente caso, no resultaría justificada la suspensión del procedimiento de reintegro por alcance, por la posible falta de prescripción de las responsabilidades contables, porque desde que se produjeron los hechos y el inicio de las actuaciones fiscalizadoras que supusieron la interrupción del plazo de prescripción previsto en el apartado 1 de la D.A.3ª, no han transcurrido cinco años, como razonan los dos recurrentes.

SÉPTIMO. Con arreglo a lo expuesto, procede estimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Junta de Andalucía contra el auto de fecha 1 de diciembre de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-137/16-05 y, en consecuencia, dejar sin efecto dicho auto y remitir las actuaciones a la Consejera de instancia para que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

OCTAVO. Respecto a las costas causadas en esta instancia, de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el art. 80.3 LFTCu, no procede su imposición, por haber sido estimados los recursos interpuestos.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERA. Estimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Junta de Andalucía contra el auto de 1 de diciembre de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-137/16-05 y, en consecuencia, dejar sin efecto dicho auto, y remitir las actuaciones a la Consejera de instancia para que resuelva sobre el fondo del asunto.

SEGUNDA. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a tenor de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de dicha Ley; en relación con los artículos 87 y 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 14/2023, de 12 de julio. Recurso de queja n.º 18/23 interpuesto contra el auto de 12 de mayo de 2023 dictado en la acción pública n.º B-61/2022, del ramo del sector público estatal (Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica el tenor del artículo 85.1 de la LJCA, puesto en relación con el artículo 182.1 de la LOPJ, en la interpretación que de este precepto realiza el Tribunal Supremo, que determina que la referencia a la "respectiva Comunidad Autónoma o localidad", contenida en el artículo 182 LOPJ, necesariamente ha de entenderse hecha a aquella donde radique el órgano judicial legalmente receptor del recurso, por lo que no puede forzarse la interpretación de las normas al extremo de desconocer los límites que al recurso mismo impone el legislador. Asimismo, tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 de la LFTCu, en el que se establece que «el tiempo hábil para las actuaciones judiciales del Tribunal de Cuentas será el regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial para los diferentes órganos de la Administración de Justicia».

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 14/2023

ASUNTO: Recurso de queja n.º 18/23 interpuesto contra el auto de 12 de mayo de 2023 dictado en la acción pública n.º B-61/2022, del ramo del sector público estatal (Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía), Madrid.

PONENTE: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Consejeras y el Consejero de Cuentas expresados al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso de queja formulado por Don J.H.R., actuando en su propio nombre en su condición de funcionario público, contra el auto de 12 de mayo de 2023, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la acción pública n.º B-61/2022, del ramo del sector público estatal (Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía), Madrid.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El 24 de marzo de 2023, el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dictó auto en el que acordó archivar la acción pública n.º B-61/2022, -ejercitada por Don J.H.R.-, al estimar que no existía supuesto alguno de responsabilidad contable por alcance. El mencionado auto fue notificado al accionante el 3 de abril de 2023.

SEGUNDO.- El 28 de abril de 2023, a las once horas y cuarenta y siete minutos, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas, escrito de Don J.H.R. por el cual interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, el cual fue inadmitido por medio de auto de 12 de mayo de 2023 –notificado al recurrente el 22 de mayo de 2023-, cuya parte dispositiva determinó:

> «Inadmitir a trámite el recurso de apelación interpuesto por el actor público Don J.F.R. contra el auto de fecha 24 de marzo de 2023 por haberse presentado fuera del plazo legalmente establecido».

TERCERO.- Por medio de escrito presentado el 26 de mayo de 2023, Don J.H.R. interpuso recurso de queja contra el auto anterior el cual fue remitido a la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas para su tramitación, por medio de oficio de 6 de junio del Letrado Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 9 de junio de 2023, la Letrada Secretaria de la Sala de Justicia resolvió abrir el correspondiente rollo -al que se asignó el n.º 18/23-, constatar la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso y nombrar ponente, de acuerdo con el turno establecido, a la Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez. Por medio de diligencia de 13 de junio de 2023 acordó también remitir los autos a la Consejera ponente a efectos de que pudiera preparar la correspondiente resolución.

QUINTO.- Mediante providencia de fecha 4 de julio de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Objeto del recurso y resolución recurrida

1.- El recurso que ahora se examina tiene por objeto resolver la queja interpuesta por el ejercitante de la acción pública n.º B-61/2022, Don J.H.R., contra el auto de 12 de mayo de 2023 del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en el que se acordó inadmitir a trámite el recurso de apelación formulado frente al auto de 24 de marzo, del mismo año, por el que se decretaba el archivo de la anterior acción pública.

2.- El auto de 12 de mayo de 2023, ahora recurrido, inadmitió por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por Don J.H.R. En efecto, se argumentó que, si bien

el auto de 24 de marzo de 2023 había sido notificado al interesado el 3 de abril de 2023, este no interpuso el recurso de apelación hasta el 28 de abril del mismo año -fecha en que tuvo entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas-, excediéndose así el plazo de quince días al que se refiere el artículo 85.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), el cual habría expirado el día 26 de abril del mismo año. El mencionado auto indicó también que la interposición del recurso resultó extemporánea, aun teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 135.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) -aplicable conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LJCA y la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCU)-, el cual posibilitaba la presentación del recurso hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, es decir, hasta las quince horas del día 27 de abril.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de queja interpuesto por Don J.H.R.

3.- En su escrito de queja, el recurrente sostiene que el recurso de apelación interpuesto frente al auto de 24 de marzo -por el cual se acordó el archivo de la acción pública- no fue presentado de forma extemporánea, sino que se formuló dentro del plazo legal de quince días al que se refiere el mencionado artículo 85 de la LJCA. Al respecto, alega que el plazo para la presentación del recurso no expiró el 26 de abril de 2023, sino que expiró el día 27, puesto que el 11 de abril de 2023 había sido declarado festivo e inhábil, a efectos laborales, en el municipio de Murcia, en el que reside y desde el que se envió el recurso por correo postal certificado, por medio de la resolución de 27 de julio de 2022 dictada por el titular de la Dirección General de Autónomos, Trabajo y Economía Social en la que se publicó el calendario de fiestas laborales de la Región de Murcia para el año 2023. Por ello, entiende que debía excluirse del cómputo del plazo conforme a lo dispuesto en el artículo 182.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), el cual determina que se considerarán inhábiles, a efectos procesales, los días festivos, a efectos laborales, de la Comunidad Autónoma o de la localidad.

4.- En su opinión, la interposición del recurso a las once horas y cuarenta y siete minutos del día 28 de abril de 2023, cumplió con los requisitos exigidos en los artículos 85.1 de la LJCA y 135.5 de la LEC, puesto que se presentó antes de las quince horas del día hábil siguiente al de expiración del plazo para interponer el recurso.

5.- Con base en los motivos expuestos, el recurrente solicita que se tenga por interpuesto en tiempo y forma el recurso de queja presentado frente al auto de 12 de mayo de 2023 por el que se decretó inadmitir a trámite el recurso de apelación formulado frente al auto de 24 de marzo de 2023.

TERCERO.- Análisis y desestimación del recurso de queja.

6.- Una vez expuestas las alegaciones del recurrente y a la vista de la documentación obrante en el expediente, no procede sino desestimar el recurso de queja interpuesto frente al auto de 12 de mayo de 2023.

7.- En primer lugar, para la resolución del presente recurso habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 de la LFTCU, por el que se establece que «el tiempo hábil para las actuaciones judiciales del Tribunal de Cuentas será el regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial para los diferentes órganos de la Administración de Justicia», y lo dispuesto -en virtud de la remisión que realiza el precepto anterior- en el artículo 182.1 de la LOPJ, que determina que «serán inhábiles a efectos procesales (…), los días festivos a efectos laborales, en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad». Además, el artículo 85.1 de la LJCA determina que «el recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso».

8.- Pues bien, en virtud de lo preceptuado en las mencionadas disposiciones y en contra de lo que sostiene el recurrente, el día 11 de abril de 2023 no debe considerarse excluido del cómputo del plazo para la interposición del recurso de apelación contra el auto de 24 de marzo de 2023, a pesar de haber sido declarado festivo e inhábil, a efectos laborales, en el municipio de Murcia, puesto que únicamente han de ser considerados inhábiles, a efectos procesales, para la presentación de escritos ante los órganos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, los días inhábiles a efectos laborales de la Comunidad Autónoma y localidad de Madrid, lugar en que se encuentra su sede, tal y como consta en el calendario de días inhábiles del año 2023, para las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas -a efectos del cómputo de plazos-, publicado en la sede electrónica del organismo. Ello es conforme con el artículo 85.1 de la LJCA y con la interpretación del artículo 182.1 de la LOPJ que realiza el Tribunal Supremo, el cual sostiene de manera uniforme lo siguiente:

> «la referencia a la "respectiva Comunidad Autónoma o localidad", contenida en el artículo 182 LOPJ, necesariamente ha de entenderse hecha a aquella donde radique el órgano judicial legalmente receptor del recurso, criterio en modo alguno contrario al artículo 24 de la Constitución (…) por cuanto, como ha declarado el Tribunal Constitucional, los plazos legales para la interposición de los recursos son de inexcusable observancia, a lo que cabe añadir que redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica y de la propia naturaleza de tales plazos el computar también, como días inhábiles, los festivos a efectos laborales en la Comunidad Autónoma o en la localidad de donde proceda el asunto, respecto de actos procesales para los

que ya no son en absoluto competentes los órganos judiciales de instancia (por todos, Autos de 9 enero y 20 marzo 1996 de la Sala Primera de este Tribunal).

Por último, no cabe olvidar que la interpretación favorable a la admisión del recurso tiene también el límite de ser jurídicamente aceptable, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es garantía de todas las partes del proceso, no sólo de una de ellas (STC 109/1987, de 29 junio [RTC 1987\109]), por lo que no puede forzarse la interpretación de las normas al extremo de desconocer los límites que al recurso mismo impone el legislador» (autos de 1 febrero 2007 -n.º recurso 4940/2006-, de 30 marzo 1998 -n.º recurso 2965/1997- y de 19 octubre 1998 -n.º recurso 4571/1997- de Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, del Tribunal Supremo).

9.- Por ello, tal y como correctamente se dispuso en el auto de 12 de mayo de 2023 -ahora recurrido-, habida cuenta de que el auto de 24 de marzo -por el que se acordó archivar la acción pública n.º B-61/2022- fue notificado al recurrente el día 3 de abril de 2023, el plazo de quince días para interponer el recurso de apelación debía expirar el día 26 de abril del mismo año, pudiendo haberse presentado el recurso hasta las quince horas del día hábil siguiente -el 27 de abril- por imposición del artículo 135.5 de la LEC.

10.- A la vista de que el recurso de apelación tuvo entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas a las once horas y cuarenta y siete minutos del día 28 de abril de 2023, debe considerarse que el mismo fue presentado de forma extemporánea y que, por ello, fue debidamente inadmitido a trámite, en los términos previstos en el artículo 85.2 de la LJCA, por el auto de 12 de mayo de 2023 ahora recurrido.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de queja formulado por Don J.H.R. contra el auto de 12 de mayo de 2023, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la acción pública n.º B-61/2022, del ramo de sector público estatal (Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía), Madrid, por el que se inadmitió a trámite el recurso de apelación presentado por el ahora recurrente contra el auto de 24 de marzo de 2023, quedando confirmada la resolución recurrida en todos sus efectos.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 495 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Así lo acordamos y firmamos. - Doy fe

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 15/2023, de 25 de julio. Recurso de apelación nº 8/23 formulado por el Letrado Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., contra el Auto de fecha 6 de octubre de 2022**,** que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 9 de mayo de 2022 (rectificado mediante Decreto de 17 de noviembre de 2022), y que fue dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-2- E (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Empleo- Ayudas sociolaborales a la prejubilación – D.N.), Andalucia. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Tras analizar la naturaleza del recurso de apelación, según la doctrina de la Sala de Justicia, se estudia la condición de ejecutadas de las recurrentes, herederas del declarado responsable contable fallecido, en el marco fijado por el artículo 55 de la LFTCu y conforme a lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu.

Y así, considera que las medidas de averiguación patrimonial, para que sean acordes con lo dispuesto en el Auto de despacho de ejecución, deberán ir dirigidas a recabar información sobre el fallecido responsable contable directo y no sobre las legitimadas pasivamente en la presente ejecución, causahabientes del anterior pues, en caso contrario, podrían entenderse vulnerados los límites establecidos en el artículo 38.5 de la LOTCu, toda vez que las medidas de averiguación patrimonial responden, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 551 de la LEC, a la búsqueda de los bienes del ejecutado, conforme a lo establecido en los artículos 589 y 590 de la LEC, pero teniendo siempre en cuenta los efectos derivados de la aceptación a beneficio de inventario, previstos en el artículo 1023 del Cc.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 15/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 8/23 formulado por el Letrado Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., contra el Auto de fecha 6 de octubre de 2022**,** que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 9 de mayo de 2022 (rectificado mediante Decreto de 17 de noviembre de 2022), y que fue dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-2- E (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Empleo- Ayudas sociolaborales a la prejubilación – D.N.), ANDALUCIA.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. – Presidenta.
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez. – Consejera.
Excmo. Sr. D. Diego Iñiguez Hernández. – Consejero.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme al margen expresado, ha visto el presente recurso de apelación formulado por el Letrado Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., contra el Auto de fecha 6 de octubre de 2022, dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-2- E (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Empleo- Ayudas sociolaborales a la prejubilación – D.N.), Andalucía.

Han sido partes apeladas el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada Doña María del Rocío Galvín Fañanas.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El Auto recurrido de fecha 6 de octubre de 2022 establece, en su parte dispositiva, lo siguiente:

> "…***ÚNICA.-*** *Acuerdo desestimar el recurso de revisión interpuesto por la representación procesal de Doña L.O.T. y Doña M.G.O. contra el Decreto de 9 de mayo de 2022, que se confirma en todos sus pronunciamientos*…".

SEGUNDO.- Contra el citado Auto interpuso recurso de apelación el Letrado Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2022 en el que solicitó la revocación del auto impugnado, dejando sin efecto los apartados Tercero a Séptimo y Noveno del Decreto de Medidas de fecha 9 de mayo de 2022, resolución recaída en la Pieza Separada de Ejecución del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-2- E.

TERCERO.- El Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal y Secretario del Procedimiento, mediante Diligencia de Ordenación de 26 de enero de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto, abrir la correspondiente pieza de tramitación y trasladarlo al Ministerio Fiscal y a las demás partes intervinientes, para que, en el plazo común de quince días, pudieran, en su caso, formular su oposición.

CUARTO.- En fecha 9 de febrero de 2023 se recibió escrito de oposición del Ministerio Fiscal, interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Con fecha 17 de febrero de 2023, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la representación procesal de la Junta de Andalucía por el que formuló oposición al recurso de apelación interpuesto, solicitando su desestimación, con todos sus efectos inherentes.

QUINTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 21 de marzo de 2023, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento acordó unir a los autos dichos escritos, admitiéndolos, con traslado de copias a los demás intervinientes y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), elevar los autos a la Sala de Justicia y emplazar a las partes a comparecer ante la misma, realizando las oportunas advertencias legales en el caso de incomparecencia.

SEXTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 11 de abril de 2023, la Secretaria de esta Sala de

Justicia acordó: 1º) abrir el rollo de Sala con el número 8/2023; 2º) constatar la composición de la Sala, nombrando Ponente, siguiendo el turno establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó; y 3º) declarar concluso el presente recurso y pasar los autos a la Excma. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

SÉPTIMO.- El traslado material de las actuaciones al Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 20 de abril de 2023, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

OCTAVO.- Por Providencia de 3 de julio de 2023, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 10 de julio de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El Órgano de la Jurisdicción Contable competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante LOTC) y 54.1, b) y 56.4, ambos, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu).

SEGUNDO.- Frente al Auto dictado por la Consejera de instancia el 6 de octubre de 2022, que desestimó, en sede de recurso directo de revisión, la pretensión de anular y suspender las medidas tomadas para proceder a la ejecución de la Sentencia firme frente a la Sociedad D.N. S.L y a las herederas del Sr. G.B. como ejecutadas, contenidas en el Decreto 9 de mayo de 2022, rectificado mediante Decreto de 17 de noviembre de 2022, se alza en apelación la parte recurrente, en mérito a los motivos que se resumen a continuación.

1) Tras realizar un relato de antecedentes y de acusar conocimiento de la rectificación realizada en el Decreto de 17 de noviembre de 2022, reitera en el primer motivo de recurso, los pedimentos contenidos en el recurso de revisión, oponiéndose a que el proceso de ejecución se dirija en toda su extensión contra los bienes personales de sus mandantes, (causahabientes), ajenos al caudal hereditario, por considerarlo ilícito y no permitido en ninguna norma jurídica. Mantiene que la ejecución solo puede dirigirse contra los bienes que componen la herencia.

2) En el segundo motivo de recurso, la parte apelante manifiesta que, en los apartados Tercero a Noveno del Decreto de 9 de mayo de 2022, se disponen una serie de medidas que tienen por objeto la investigación de bienes o derechos

exclusivos y propios de sus mandantes, a título personal, que nada tienen que ver con la herencia del causante. Alega que en los apartados Tercero y Cuarto de la citada resolución se dirige a obtener información sobre posibles bienes de sus representadas y el resto a prestaciones económicas de carácter exclusivamente personal.

Fundamenta que los bienes y derechos del causante, Sr. G.B., fueron profusamente investigados hace más de diez años por los Juzgados y Tribunales, y todos se encuentran embargados por los mismos, entre otros por este Tribunal de Cuentas. Y esos mismos bienes son los que exclusivamente figuran en el Documento nº 2 que se adjuntó al recurso de revisión, consistente en la Escritura Notarial de Inventario de la herencia del Sr. G.B. De manera que lo único que podría encontrar una nueva investigación sobre las herederas serían bienes propios, ajenos a la herencia, o bien esos mismos bienes ya embargados.

Concluye que los bienes o derechos propios de sus mandantes, ajenos por completo a la herencia, no pueden ser objeto de ninguna de las fases del embargo ejecutivo, por lo que esos bienes no pueden ser objeto de investigación lícita en el caso de autos.

3) En el tercero de los motivos de recurso, la parte apelante entiende que el órgano jurisdiccional de instancia, encargado del buen fin de la ejecución, vulnera el artículo 6.1 del Reglamento UE/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante RGPD), en relación con el artículo 4.2 del mismo texto legal, así como el artículo 8 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en adelante, LOPD).

Sostiene, así, que la investigación sobre datos personales de las herederas está vedada por la legislación española y europea sobre protección de datos y no hay ley alguna que lo habilite. Considera que la investigación sobre los bienes de las causahabientes que se pretende investigar, es ilícita por no tener ni fundamento ni finalidad legal y contraviene los mandatos constitucionales definidos expresamente por el Tribunal Constitucional, especialmente teniendo en cuenta la Sentencia nº 292/2000, de 30 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001), que ha venido a definir el derecho a la protección de datos como aquel que tiene todo ciudadano de disponer libremente de sus datos personales, desvinculándolo del derecho a la intimidad del artículo 18 de la Constitución Española (en adelante CE) y configurándolo como un derecho fundamental independiente (fundamentos jurídicos 6 y 7).

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación, en virtud de las siguientes consideraciones:

Manifiesta que el recurso interesa la suspensión o anulación de la ejecución contra bienes personales de las recurrentes y que este motivo debe rechazarse, ya que el artículo 38.5 de la LOTCu establece que las responsabilidades contables, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma, que es lo que se ha acordado en ejecución, no habiéndose tomado en modo alguno medidas contra el patrimonio privativo de los causahabientes.

Lo que sí se acordó, en su día, fue oficiar a determinados organismos, a fin de poder determinar si alguno de los bienes de que son titulares las recurrentes provenían de la herencia del Sr. G.B., lo cual no significa que se haya actuado contra sus bienes.

Respecto a que tal actuación no vulnera el derecho fundamental de la protección de datos, en los términos que emplea la parte recurrente, el Ministerio Público considera que también debe rechazarse, ya que como establece el artículo 6 del RGPD, en su apartado e), será lícito el tratamiento cuando sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Y esta -y no otra- es la actividad desarrollada por el Departamento 2º de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, en aras del cumplimiento total y efectivo de la sentencia, que constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución.

CUARTO.- La Letrada de la Junta de Andalucía ha formulado oposición al recurso presentado, y considera que debe ser desestimado, en virtud de las siguientes alegaciones:

1) En primer lugar, partiendo de la dicción de la fundamentación jurídica del Auto recurrido, afirma que una cosa es la averiguación patrimonial de bienes y de ingresos que hace el Decreto de 9 de mayo de 2022 y otra distinta es la orden de embargo, de retención u otra forma concreta de ejecución que pudiera adoptar el Tribunal. Los efectos son distintos: mientras los primeros son meramente declarativos y tienen una finalidad simplemente informadora, los segundos son ejecutivos y producen consecuencias materiales en el patrimonio, en los bienes y en los derechos del ejecutado. En el caso planteado, la parte apelante anuda su recurso a una actividad meramente declarativa que persigue solamente efectos informadores, desarrollando unas pesquisas tendentes a una ulterior ejecución de la condena impuesta por sentencia firme. Ejecución ésta que, para su materialización, requerirá el dictado de una resolución específica de embargo de bienes y derechos a cumplir por la parte ejecutada, frente a la que, si no se muestra de acuerdo con su contenido, podrá legítimamente recurrir.

2) Además de lo anterior, la Junta de Andalucía manifiesta que, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 590 y 606.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) no cabe dejar sin efecto los apartados del Decreto de Medidas Tercero a Séptimo y Noveno, pues no es baladí la relación de dichas medidas de averiguación e información contenidas en aquellos apartados. El conocimiento de dichos datos patrimoniales es esencial para llevar a cabo la ejecución en los términos legales y, por ende, el debido control de la ejecución de la sentencia firme atendiendo al alcance máximo a que debe ascender dicha ejecución, a tenor de lo preceptuado en los artículos 38.5 de la LOTCu y 55 de la LFTCu. Y además es preciso conocer los patrimonios e ingresos de las recurrentes para determinar si se puede disponer para la ejecución de todos los bienes de la herencia del causante o si, por el contrario, alguno de esos bienes, aplicando el citado artículo 606.1º de la LEC deben ser considerados inembargables. En suma, lo que habrá de determinarse, una vez cumplidos los requerimientos, es qué bienes actualmente a nombre de las sucesoras del declarado responsable contable lo son a título personal y cuáles lo son a título de herencia, de modo que sólo respecto de estos últimos, conforme al artículo 38.5 de la LOTCu, se podrá dictar despacho de ejecución. Por todo ello deberían desestimarse los motivos primero y segundo del recurso de apelación.

3) Tampoco entiende la Junta de Andalucía que deba ser estimado el tercer motivo de recurso, en el que se denuncia vulneración de la normativa vigente, en materia de protección de datos de carácter personal. Y es que las medidas de averiguación e información adoptadas por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución encajan plenamente en el supuesto legal de tratamiento lícito de los datos, según el artículo 6.1.c) del RGPD e, incluso, en el párrafo e) de dicho artículo. Además, la LOPD refrenda lo señalado en su artículo 8.1, precepto que, puesto en relación con los artículos 538 y siguientes de la LEC, ampara la obtención de datos patrimoniales y económicos de las apelantes para los fines propios de la ejecución de sentencia firme de condena a reintegro de cantidades por responsabilidad contable por alcance y su aplicación exclusiva en el ámbito judicial. De ello ya se ha hecho eco la doctrina científica, con invocación de los artículos 591 de la LEC y 24 y 118 de la Constitución.

QUINTO.- Para el enjuiciamiento de las distintas pretensiones que se acaban de reflejar en los fundamentos anteriores, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación. Por todas, en Sentencias de esta Sala números 8/2021, de 27 de octubre; 2/2021, de 21 de abril; y 15/2020, de 30 de septiembre, se afirma que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del Órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación

diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

No cuestiona la parte recurrente que, una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento de reintegro nº B-225/15-02 E, se haya despachado la ejecución contra bienes de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., causahabientes del fallecido Don F.G.B., conforme a lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, ni ha solicitado que se anule el proceso de ejecución iniciado, al ser legítimo siempre que sea conforme con la legislación común y especial del Tribunal de Cuentas y se dirija contra los bienes del causante y no contra los de las herederas, sucesoras procesales del causante.

En las presentes actuaciones de ejecución, al haber fallecido el responsable contable, las recurrentes han pasado a ser responsables contables por transmisión de la responsabilidad y, al haber sido instituidas herederas abintestato y aceptar la herencia a beneficio de inventario, conforme a lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, sólo quedan obligadas a pagar las deudas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de la misma.

El Auto impugnado en sus fundamentos de derecho ha analizado de manera extensa las pretensiones de las recurrentes y ha confirmado la condición de ejecutadas de las mismas en el marco fijado por el artículo 55 de la LFTCu y conforme a lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu.

La parte recurrente discrepa de la interpretación que realiza el Auto recurrido cuando ratifica en todos sus extremos el contenido del Decreto de Medidas de ejecución de fecha 9 de mayo de 2022, al considerarlo no ajustado a derecho, en concreto considera que las medidas ejecutivas comprendidas en los apartados Tercero a Séptimo y Noveno de la citada resolución tienen por objeto la investigación de bienes o derechos exclusivos y propios de sus representadas, y por ello se opone a que el proceso de ejecución se dirija contra los bienes personales de las mismas, al vulnerar lo establecido en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina.

Esta Sala de Justicia, una vez analizados los escritos de alegaciones así como el Auto recurrido, observa que en dicha resolución ya se puso de relieve que el recurso partía de una premisa errónea por cuanto el Decreto impugnado no ordenaba embargar bienes de las recurrentes que no provinieran de la herencia del causante, sino que se limitó a embargar bienes que formaban parte del caudal hereditario aceptado por las propias recurrentes y que por tanto quedaban incluidos en el límite fijado por el artículo 38.5 de la LOTCu. También afirmaba que el Decreto de Medidas partía de los límites establecidos en el Auto de despacho de la ejecución en el que se fijaba la condición de las recurrentes dentro del marco del artículo 55 de la LFTCu y del citado precepto 38.5 de su Ley Orgánica y los ha respetado.

Prueba de ello es que, con fecha 17 de noviembre de 2022, el Letrado Secretario del procedimiento dictó un Decreto de corrección de error material, que modificó el dispositivo octavo del Decreto de 9 de mayo del citado año, anulando la orden de librar oficio a la AEAT para que se retuviere e ingresare en la cuenta de consignaciones las cantidades que tuvieran pendientes de devolución (….) y en la que se eliminó toda referencia a las herederas del fallecido, refiriéndose exclusivamente a Don F.J.G.B.

Además, el propio Auto recurrido en su apartado final cuando desestima el recurso de revisión remarca, por si quedara lugar a duda, que a la hora de adoptar cualquier tipo de medida concreta destinada a la ejecución de la responsabilidad contable de Doña L.O.T. y de Doña M.G.O. en el presente procedimiento de reintegro se deberá observar la limitación establecida en el artículo 38.5 de la LOTCu.

La Letrada de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal han coincidido en señalar que no se ha despachado orden de embargo alguna contra los bienes de herederas del fallecido responsable contable, sino que lo que se han enviado son oficios a diferentes organismos para poder determinar si alguno de los bienes de que son titulares las recurrentes provenían de la herencia del Sr. G.B., lo cual no significa que se haya actuado contra bienes de las recurrentes.

Centrándonos ahora en el contenido del proceso de ejecución por ser objeto del debate suscitado en esta apelación, y sobre la localización de bienes sobre los que puede practicarse la traba y la elección, entre los localizados, de aquellos que han de ser afectados a la ejecución, resulta de aplicación, en la ejecución de sentencias firmes recaídas en el ámbito contable, lo dispuesto en el artículo 85.2 de la LFTCu que ordena: "…*Cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas se practicarán cuantas diligencias se juzguen pertinentes en punto a la averiguación y descubrimiento de bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivas*…"

A la práctica de dichas diligencias viene obligado el órgano judicial contable a fin de dar cumplimiento total y efectivo a la sentencia de condena dictada en el proceso, pero como ya ha quedado expuesto en el presente caso, con el límite de los bienes que formen parte de la herencia.

La finalidad prevista por el ordenamiento jurídico procesal para el correcto desarrollo de tal investigación viene definida por las siguientes notas que delimitan la actividad de localización de bienes y derechos susceptibles de embargo:

1) La traba deberá recaer sobre los elementos patrimoniales de titularidad del deudor.

2) Se deben excluir bienes de terceros, cuando se hallen en el patrimonio del deudor elementos pertenecientes a otras personas.

3) Resulta imprescindible proceder a la determinación del patrimonio del deudor y su integración. Cuando existan bienes o derechos pertenecientes al ejecutado en poder de un tercero, cabe afectarlos a la ejecución, por cuanto pueden ser objeto de traba los elementos patrimoniales del ejecutado, con independencia de donde se hallen, si bien los terceros pueden oponer la tercería de dominio, o de mejor derecho.

4) Respecto a la posibilidad de trabar embargo sobre bienes o derechos de la herencia de una persona, concurriendo sus causahabientes al procedimiento de ejecución por deudas de su causante, en el ámbito contable debe tenerse en cuenta la aceptación expresa (sea, o no, a beneficio de inventario) o tácita de la herencia (artículo 38.5 de la LOTCu).

Los artículos 551 y siguientes de la LEC, disponen las actuaciones que se han de desarrollar para el buen fin de la ejecución, en la que, una vez dictado el auto de ejecución, el Letrado Secretario en el mismo día o en el siguiente día hábil, dictará Decreto en el que se contendrán, entre otros pronunciamientos, las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes, así como la localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la citada norma.

La práctica de la ejecución avala, en determinados casos, la dificultad para la localización y averiguación del patrimonio del ejecutado y para ello el Derecho positivo trata de remediarlo, regulando por un lado el requerimiento al ejecutado para que manifieste sus bienes o derechos con apercibimiento de imposición de sanciones en caso de incumplimiento, (art 589 de la LEC), la investigación judicial del patrimonio del ejecutado y el deber de colaboración de todas las personas y entidades públicas y privadas, (artículos 590 y 591 de la LEC), con el fin de poder localizar bienes para el fin de la ejecución. Y, una vez localizados, procede determinar los bienes embargables o inembargables, atendiendo a lo establecido en las reglas contenidas en los artículos 605, 606 y 607 de la LEC.

Establecido el marco jurídico-procesal aplicable que resulta imprescindible para enjuiciar el debate suscitado en esta apelación, y para dar adecuada respuesta al mismo, se debe analizar si las medidas ejecutivas decididas y adoptadas por el Secretario del procedimiento de reintegro por alcance, satisfacen dichos requerimientos legales, o bien, como afirman las recurrentes, no gozan de apoyo legal para satisfacer el buen fin de la ejecución, al tener por objeto la investigación de bienes y derechos personales de sus representadas que nada tienen que ver con la herencia del causante.

Las medidas ejecutivas que cuestiona el recurrente y respecto a las que considera que se ha extendido la investigación patrimonial a bienes y derechos personales de sus representadas, son las comprendidas en los apartados Tercero a Séptimo y Noveno del Decreto de 9 de mayo de 2022, y son las siguientes:

1) Oficiar al **Servicio de Índices del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España,** para que informe a este Tribunal sobre las titularidades que consten en dicho servicio a favor de los ejecutados …/… y las herederas del fallecido Don F.J.G.B. (Apartado Dispositivo Tercero).

2) Oficiar a **la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid** a fin de que informe sobre los vehículos que consten en el Registro de Vehículos de la DGT a nombre de los ejecutados …/… y las herederas del fallecido Don F.J.G.B. (Apartado Dispositivo Cuarto).

3) Oficiar a la **Tesorería General de la Seguridad Social** sobre si las ejecutadas DOÑA L.O.T. y DOÑA M.G.O. se encuentran en situación de alta como asalariado o autónomo y, en su caso, empresas para las que trabajan (Apartado Dispositivo Quinto).

4) Oficiar al **Instituto Nacional de la Seguridad Social** sobre si las herederas perciben alguna prestación económica del sistema de la Seguridad Social (Apartado Dispositivo Sexto).

5) Oficiar al **Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)** sobre si las herederas perciben alguna prestación por desempleo (Apartado Dispositivo Séptimo).

6) Para el caso de que resultaran infructuosas las anteriores medidas, oficiar a la **Agencia Tributaria**, para que informe sobre bienes o derechos de los ejecutados y las herederas del fallecido Don F.J.G.B. *(*Apartado Dispositivo Noveno).

La parte recurrente ha venido a objetar las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución también con el argumento de que los bienes y derechos del causante, Sr. G.B., fueron profusamente investigados hace más de diez años por los Juzgados y Tribunales, y que todos aquellos bienes se encuentran embargados por los mismos, entre otros, por el Tribunal de Cuentas. Y que esos mismos bienes son los que exclusivamente figuran en la Escritura Notarial de Inventario de la herencia del citado causante que ha aportado a autos.

El auto impugnado señaló que los embargos ejecutivos que se ordenaron en el decreto impugnado se practicaron sobre los bienes propiedad del responsable contable fallecido y no sobre los bienes de las recurrentes y que el requerimiento para presentar la relación de bienes y derechos, así como los oficios enviados en

búsqueda de información patrimonial de las recurrentes no suponían perjuicio alguno a los derechos de las mismas, habida cuenta que no se ha ordenado ninguna actuación de ejecución contra sus bienes personales que hayan producido consecuencias materiales en sus patrimonios. En el recurso se insiste en que la ejecución dictada en la citada resolución se dirige no sólo frente a bienes del caudal hereditario, sino también frente a bienes y derechos de las causahabientes, ajenas a la herencia.

El análisis de las medidas de investigación adoptadas en el Decreto que anuda la parte recurrente en su recurso lleva a esta Sala de Justicia a determinar si estas medidas adoptadas se han tomado con respeto a lo previsto en los artículos 38.5 de la LOTCu, en relación con los artículos 55.2 y 85.2, ambos de la LFTCu y con correcta aplicación de los artículos 584 y siguientes de la LEC.

Pero, además, si dichas medidas se ajustan al hecho acreditado en las actuaciones de que las herederas del fallecido responsable contable, hoy recurrentes, manifestaron su intención de aceptar la herencia del Sr. G.B. a beneficio de inventario, previa solicitud de formación de inventario (por escritura pública otorgada con fecha 26 de noviembre de 2020), habiéndose aportado al órgano judicial encargado de la ejecución, previa la tramitación correspondiente, copia de la escritura notarial de aceptación de la herencia de las recurrentes a beneficio de inventario y formulación del mismo, de fecha 2 de febrero de 2021.

A este respecto, cabe recordar que el artículo 1023 del Código civil (Cc) establece lo siguiente:

"…*El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:*

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia…"

La dicción de este precepto ya viene a indicar que la adopción de las medidas adoptadas por el órgano de instancia, tal y como figuran literalmente redactadas en el Decreto de 9 de mayo de 2022 no se compadecen con el mandato legal contenido en el apartado 3º del artículo 1023 del Cc, pues ateniéndonos a dicha literalidad, pese a que ha resultado pacífico que la intención del órgano que conoce de la ejecución siempre ha tenido en cuenta el límite de responsabilidad de las causahabientes contenido en el artículo 38.5 de la LOTcu (coincidente con el efecto

señalado en el apartado 1º del repetido artículo 1023 del Cc), ha suscitado serias dudas del cumplimiento del requisito de no confusión de los patrimonios del causante y de los causahabientes. Lo que lleva aparejado una divergencia jurídica con lo acordado en el Auto de Despacho de ejecución dictado en la misma fecha que el Decreto.

SEXTO.- Para que la legal adopción y correcta sustanciación de la labor investigadora que, en ejecución de sentencia firme sobre el patrimonio de una persona fallecida -como es el caso- adopte el órgano judicial, la misma ha de ir dirigida a recabar información sobre el finado responsable contable directo – en el presente caso Don F.J.G.B.-. Máxime cuando consta debidamente acreditado que ha sido aportado al órgano judicial contable la Escritura Notarial de Inventario del caudal relicto constitutivo de la herencia del causante, de fecha 2 de febrero de 2021, tras la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, al fallecimiento de Don F.J.G.B., donde se relacionan los bienes que se conocen y constan dejados por el causante a su fallecimiento que se detallan en el activo, en concreto las fincas urbana y rústica que constan embargadas, entre otros procedimientos, en las presentes actuaciones.

Sin perjuicio de ello, la propia escritura de formación de inventario, en el apartado V, cuando relaciona las manifestaciones relativas a la formación de inventario manifiesta que *"los bienes dejados son los siguientes que se detallan, sin perjuicio de otros que pudieran aparecer y que serán descritos mediante diligencias posteriores y cuyo inventario final se confeccionará en los plazos legalmente establecidos"*.

Es cierto que, ello no impide la adopción de otras medidas investigadoras, en cumplimiento de lo dispuesto en los ya mencionados 55.2 y 85.2, ambos de la LFTCu, en relación con el artículo 590 de la LEC, pues no debe olvidarse que el órgano judicial encargado de la ejecución debe asegurar siempre el buen fin de la misma.

Pero dicha labor investigadora, en supuestos como el contemplado en estos autos, debe salvaguardar en todo momento los efectos previstos en el artículo 1023.3º del Cc, pues de otro modo podrían vulnerarse los inequívocos términos del artículo 38.5 de la LOTCu (y apartado 1º del artículo 1023 del Cc, como ya se ha apuntado).

Coincide esta Sala de Justicia con el Auto recurrido (aceptado pacíficamente por las partes intervinientes en esta apelación) en el que consta acreditado que las actuaciones que han previsto adoptar en la presente ejecución no suponen ninguna medida concreta sobre los bienes personales de las herederas del Sr. G.B. Y también que la ejecución solo pueda satisfacerse en lo que respecta a los causahabientes del

responsable contable, Sr. G.B., con y hasta el importe de los bienes del caudal relicto, en aplicación del artículo 38.5 de la LOTCu.

Las eventuales medidas adicionales de averiguación patrimonial, para que sean acordes con lo dispuesto en el Auto de Despacho de ejecución, deberán ir dirigidas a recabar información sobre el fallecido responsable contable directo y no sobre las legitimadas pasivamente en la presente ejecución de sentencia firme, causahabientes del anterior, pues en caso contrario podrían entenderse vulnerados los límites establecidos en el artículo 38.5 de la LOTCu, toda vez que las medidas de averiguación patrimonial responden, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 551 de la LEC, a la búsqueda y averiguación de los bienes del ejecutado, conforme a lo establecido en los artículos 589 y 590 de la LEC, pero teniendo siempre en cuenta los efectos derivados de la aceptación a beneficio de inventario, previstos en el artículo 1023 del Cc.

En cierto modo, el propio órgano judicial entendió correctamente el anterior criterio que ahora establece esta Sala de Justicia y procedió a rectificar el ordinal Octavo del Decreto de Medidas, posteriormente recurrido en revisión, mediante otro Decreto de fecha 17 de noviembre de 2022. Pero dicho criterio no fue seguido por el Auto recurrido que desestimó aquél y confirmó el Decreto de 9 de mayo anterior.

Por consiguiente, a pesar de que examinadas las actuaciones no consta que en este momento se haya tomado ninguna medida contra los patrimonios privativos de las recurrentes, debe entenderse que no resultan legalmente procedentes las medidas que se pretenden adoptar por el órgano judicial que conoce de la ejecución, en los términos que están previstos en los apartados Tercero a Séptimo y Noveno del Decreto de Medidas de fecha 9 de mayo de 2022, tal y como han señalado las recurrentes, por lo que han de estimarse los motivos primero y segundo de su recurso de apelación, revocándose, así, el Auto impugnado.

SÉPTIMO. –La parte recurrente ha denunciado, en el motivo Tercero del recurso, la vulneración del artículo 6.1 del RGPD, en relación con el artículo 4.2 del mismo texto legal, así como el artículo 8 de la LOPD.

Sostiene que la reclamación de los datos personales de las sucesoras del fallecido responsable contable supone una vulneración de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal al no quedar habilitada por ningún precepto de la legislación europea e interna española.

Entiende esta Sala de Justicia que la estimación de los anteriores motivos de recurso de apelación convierte en superfluo el tratamiento exhaustivo de esta pretensión.

No obstante, en relación con la labor de localización y, en su caso, determinación de los bienes embargables, se debe apuntar que constituye una medida de investigación

que debe adoptarse para asegurar el buen fin de la ejecución de la sentencia firme dictada en el procedimiento de reintegro por alcance y a ello está obligado el órgano judicial contable en aras al cumplimiento total y efectivo de la sentencia, lo que constituye una manifestación de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 117.3 de la Constitución, conforme con los casos previstos en el artículo 6.1, c) y e) del RGPD, siendo refrendado por lo dispuesto en el artículo 8.1 y 2 de la LOPD.

OCTAVO.- Por todas estas razones, esta Sala de Justicia estima, en los términos ya vistos, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña L.O.T. y de Doña M.G.O. contra el Auto de fecha 6 de octubre de 2022.

Conforme a lo establecido en los artículos 80.3 y 85.1 de la LFTCu, y en virtud de lo establecido en los artículos 139.2 de la LJCA y 398 LEC, al haber sido estimadas las pretensiones de la parte recurrente, no procede imponer las costas causadas en la presente apelación.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de particular y general aplicación,

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Letrado Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Doña L.O.T. y Doña M.G.O., contra el Auto de fecha 6 de octubre de 2022**,** que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 9 de mayo de 2021 (rectificado mediante Decreto de 17 de noviembre de 2022), y que fue dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-2- E (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Empleo- Ayudas sociolaborales a la prejubilación – D.N.), Andalucía.

SEGUNDO.- Sin imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese este auto a las partes, con la advertencia de que, contra el mismo, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con los artículos 86.4, 87 y 89, todos ellos de la LJCA.

Así lo disponemos y firmamos.- Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la

intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 16/2023, de 2 de novimbre. Recurso del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 14/23, Actuaciones Previas nº 1041/22, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Chipiona), Cádiz. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala realiza un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme a doctrina reiterada (Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre; nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero; así como Autos números 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021).

Desestima la alegación relativa a la indefensión denunciada al no haber tenido en cuenta la Delegada Instructora unos documentos, a su juicio, fundamentales, que son los informes donde se detallan pormenorizadamente las horas fuera de jornada llevadas a cabo.

La Sala mantiene que para que en este trámite pudiera prosperar la denuncia de indefensión, deberían concurrir las características establecidas por una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido en doctrina consolidada.

Realiza un amplio examen de los antecedentes del cual deriva que la Delegada Instructora tuvo en cuenta las alegaciones formuladas, antes incluso, de la celebración del acto de la liquidación provisional. Pese a la incomparecencia del hoy recurrente a dicho acto, todas sus alegaciones obtuvieron respuesta razonada no concurriendo, por ello, causa de indefensión.

Asimismo, desestima la petición del recurrente de dejar sin efecto el Acta de Liquidación Provisional, declarando su sobreseimiento. Y ello por aplicación de la doctrina reiterada por la Sala de Justicia contenida, entre otros, en el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo, según la cual, en la fase de Actuaciones Previas no cabe el archivo por sobreseimiento que pretende la representación del recurrente al poder ser acordado sólo por el Consejero de Cuentas al que por turno corresponda el procedimiento jurisdiccional en primera instancia.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 16/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 14/23, Actuaciones Previas nº 1041/22. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Chipiona), CÁDIZ.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta.
Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.- Consejero.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

Visto el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, "LFTCu"), por el Letrado Don Ricardo Fernández de Vera Ruiz, actuando en nombre y representación de Don L.M.A.F.R., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 26 de abril de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1041/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Chipiona), CÁDIZ.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 26 de abril de 2023 la Delegada Instructora practicó, en las actuaciones de referencia, Liquidación Provisional, dictándose la correspondiente Acta, en la que, de forma previa y provisional, se declaró la existencia de un presunto alcance por importe de 132.490,93 euros (127.338,16 euros correspondientes al principal y 5.152,77 euros a los intereses, provisionalmente calculados), considerando como presunto responsable contable directo a Don

L.M.A.F.R., Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Chipiona, al tiempo de producirse los hechos investigados.

Mediante Providencia de 26 de abril de 2023, se requirió al presunto responsable contable para que reintegrara, depositara o afianzara el importe del alcance declarado, previa y provisionalmente, junto con sus correspondientes intereses legales, bajo apercibimiento de que, en caso de no atender dicho requerimiento, se procedería al embargo de sus bienes.

SEGUNDO.- Mediante escrito recibido en este Tribunal de Cuentas el día 3 de mayo de 2023, el Letrado Don Ricardo Fernández de Vera Ruiz, en nombre y representación de Don L.M.A.F.R., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional en el que solicitó a la Sala de Justicia que acordara, previa declaración de existencia de indefensión para el presunto responsable contable directo, el sobreseimiento del expediente al considerar que no han existido las irregularidades a las que se refiere la liquidación practicada.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 8 de mayo de 2023, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó, abrir el correspondiente rollo, con el nº 14/2023, constatar la composición de la Sala de Justicia, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio a la Delegada Instructora en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- Recibidos los antecedentes necesarios de la Unidad de Actuaciones Previas, mediante Diligencia de Ordenación de 16 de mayo de 2023, se acordó dar traslado de copia del recurso a todos los citados al acto de la Liquidación Provisional, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Mediante escrito recibido en este Tribunal el día 17 de mayo de 2023 la Letrada Doña María Mercedes Hidalgo Patino, en nombre y representación del Ayuntamiento de Chipiona, efectuó sus alegaciones solicitando que el recurso se resolviera conforme a Derecho.

SEXTO.- Por escrito de fecha 24 de mayo de 2023, el Ministerio Fiscal evacuó el citado trámite de audiencia y solicitó la desestimación del recurso del 48.1 de la LFTCu y la confirmación del Acta de Liquidación Provisional recurrida.

SÉPTIMO.- Conclusa la tramitación del recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 30 de mayo de 2023, se acordó pasar las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto, una vez verificadas las oportunas notificaciones, el día 5 de junio de 2023.

OCTAVO.- Mediante Providencia de fecha 23 de octubre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

NOVENO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión de los recursos formulados contra las resoluciones dictadas en las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 26 de abril de 2023, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1041/22 practicó Acta de Liquidación Provisional en la que determinó que el recurrente Don L.M.A.F.R., por razón de su cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Chipiona, resultaba, de manera indiciaria, incurso en un presunto ilícito de alcance contable, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que pudiera incoarse al efecto.

Es preciso, señalar en primer término, una serie de consideraciones respecto al objeto de la Instrucción, y sobre diversos aspectos determinados por la Instructora en la práctica de la liquidación, en aras a una exposición clara y ordenada de las conclusiones:

1.- Respecto al objeto de la Instrucción. La Delegada Instructora en el Acta de Liquidación Provisional, consideración primera, ha determinado que de conformidad con el Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 12 de mayo de 2022, dictado en las Diligencias Preliminares A35/2022, el objeto de la instrucción quedaba circunscrito a "*los informes de reparo en nóminas y gratificaciones a la Policía Municipal durante el ejercicio 2021 emitidos por la Intervención del Ayuntamiento de Chipiona*", no siendo objeto de instrucción otros reparos (y decretos de alcaldía), que también se incluían en la comunicación efectuada por la Interventora municipal y que venían referidos a otro tipo de personal y a distintos períodos (página 3 y 4 del Acta de Liquidación).

Respecto de los reparos remitidos posteriormente por la Interventora municipal, iniciada la instrucción, la Instructora incorporó los que quedaban dentro del objeto delimitado en el citado Auto de 12 de mayo de 2022, no siendo objeto de análisis otros que quedaron incorporados al expediente, y respecto de los cuales dejó

indicada tal circunstancia a efectos de si el Ministerio Fiscal decidiera, en su caso, iniciar unas diligencias preliminares.

2.- Respecto a la referencia de determinadas cuestiones, la Delegada Instructora, debido al gran volumen de documentación que integra el expediente y a las dificultades para determinar y concretar los hechos objeto de instrucción, motivado en gran parte por la confusa información remitida y facilitada en el curso de la labor de investigación, estimó procedente hacer referencia a los siguientes aspectos, en aras a llevar a cabo una exposición clara y ordenada de las conclusiones (páginas 4 y 5 del Acta de Liquidación Provisional):

a) La instrucción se refiere a las retribuciones abonadas a la Policía Municipal durante el año 2021, y tiene su origen en los reparos formulados por la Intervención municipal que integran el Anexo del acta.

b) Las retribuciones cuestionadas se refieren a dos conceptos retributivos, siguiendo la denominación utilizada en la documentación obrante en el expediente: a) Horas extraordinarias y b) Gratificaciones por servicios extraordinarios.

c) Constituye el objeto de Instrucción, determinar si el pago de tales remuneraciones por horas extraordinarias y gratificaciones por servicios extraordinarios a la policía local, durante el ejercicio 2021, están o no justificados. La Interventora municipal formuló reparos al abono de estos conceptos, al considerar la no procedencia de tales pagos, toda vez que para que existiera el derecho a tales percepciones, la policía local debía haber cumplido su jornada ordinaria de trabajo, lo que considera que no había ocurrido en este caso.

d) Las diligencias practicadas han ido dirigidas a verificar si la policía local ha cumplido o no su jornada ordinaria anual durante el año 2021, siendo necesario determinar cuál era la jornada ordinaria anual de los policías locales del Ayuntamiento de Chipiona.

TERCERO.- Contra la citada Acta de Liquidación Provisional la representación legal de Don L.M.A.F.R., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu., en base a las siguientes alegaciones que resumidamente se exponen:

1. Chipiona. Añade que, de forma tendenciosa, la Intervención de Fondos, ha tomado partido con las afirmaciones de la oficina de personal, y pone reparo a las horas extras realizadas por los Policías Locales fuera de su jornada, considerando improcedente su abono en la cuantía de 127.338,16 euros.

2. En la alegación segunda, manifiesta que existen en el expediente, a los folios 182 y ss, 496 a 552, 970 a 991, unos documentos fundamentales, los informes del Jefe de Policía Local, que afirman y relacionan las horas que el personal

perteneciente a Policía Local ha realizado fuera de la jornada ordinaria de trabajo, que debieron ser tenidos en cuenta por la Instructora en la liquidación y que solo los ha considerados a efectos de alegar en un futuro juicio, la falta de dolo o intención, lo que ha provocado indefensión a su representado.

Manifiesta que los Policías han realizado las horas fuera de la jornada ordinaria trabajo y que se ha utilizado la confusión de los cuadrantes de la Policía para intentar justificar una irregularidad inexistente. Sostiene que Seguridad Ciudadana es un departamento clave para el municipio Turístico de Chipiona y que sólo existen 37 funcionarios, de una plantilla de 61, que tienen que cubrir todos los servicios, y la única forma de hacerlo es con las gratificaciones que se cuestionan, que las retribuciones percibidas por los Policías Locales en el año 2021 están muy por debajo de las presupuestariamente asignadas, teniendo los abonos, y ningún pago se ha hecho al margen del presupuesto como reconoce la interventora

3. En la alegación tercera, el recurrente denuncia que existe una confusión, al tratar el tema de la jornada ordinaria junto con las gratificaciones por servicios extraordinarios. Entiende que si no se ha realizado la jornada ordinaria se debería requerir por la oficina de personal y detraer del sueldo las horas correspondientes, en aplicación del artículo 30.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), pero en el presente caso existe un documento suscrito por el Jefe de Policía Local donde dice que efectivamente se han llevado a cabo esas horas.

   Respecto a la jornada considera que tendrá que estarse a la fijada en el Ayuntamiento, de conformidad con la posibilidad establecida en la Disp. Adicional. 144ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE); y en caso de que no la hayan establecido, a lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), cuyo art. 94 establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local es, en cómputo anual, la misma que la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, siendo de aplicación el artículo 12.2 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaria de Estado de Función Pública, de instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, que contempla los supuestos y cálculo de la deducción proporcional de haberes por la parte de jornada no realizada sin causa justificada.

4. En su alegación cuarta, explica que la Intervención se ha dejado llevar por los informes de la Letrada de Personal, que la oficina de personal no ha investigado y ha propuesto las deducciones porque la Policía Local hace el cálculo por

semanas cuando, como pone de manifiesto el Jefe de Policía Local, el cálculo no se hace por semana sino en periodos superiores.

5. En quinto lugar, el recurrente manifiesta que, de forma clara, se tiene que separar el abono del salario por la jornada ordinaria de trabajo del abono de las gratificaciones extraordinarias. Sostiene que el objeto del debate es el relativo a las gratificaciones extraordinarias, por horas llevadas a cabo fuera de jornada ordinaria, respecto de las cuales el informe del Jefe de Policial Local acredita que esas horas se han realizado y procedía su abono, y no se ha tenido en cuenta a la hora de elaborar la liquidación provisional.

6. Por último, en su alegación sexta, reitera la parte recurrente la indefensión que se ha causado a su representado, al no haber tenido en cuenta la Delegada Instructora los informes del Jefe de Policía Local de Chipiona, donde se detallan pormenorizadamente las horas que cada policía ha realizado fuera de la jornada, y no habiéndose cuestionado la veracidad de las afirmaciones vertidas, esto es que las horas se han realizado fuera de la jornada de trabajo, sostiene que procede la estimación de su recurso, dejando sin efecto la liquidación provisional en cuestión y declarando la procedencia del sobreseimiento del presente procedimiento, al entender que no ha existido irregularidad alguna por parte del Alcalde-Presidente de la citada Corporación, Sr. A.F.R.

CUARTO.- La Letrada del Ayuntamiento de Chipiona ha realizado alegaciones contra el recurso formalizado de contrario, que se resumen en las siguientes:

1. Como se determina en el informe de la asesora jurídica de personal, al no haberse cumplido la jornada anual de 1642 horas, no pueden abonarse como horas extraordinarias, las ejecutadas fuera de la jornada laboral (8 h día).

2. No se ha cumplido en cómputo anual la jornada que se establece en la Resolución de la Secretaria de Estado de Función Pública de 28 de febrero de 2019. El Alcalde abonó las horas extraordinarias en base a los informes del Jefe de la Policía, cuando el cuadrante anual de horas no había sido explicado por el Subinspector Jefe, ni tampoco la reducción de horario en base a unos coeficientes que, según el informe de Secretaria General, no habían sido aprobados.

3. Las alegaciones realizadas por el recurrente sobre si los informes son consecuencia de las diferencias entre los departamentos del ayuntamiento, o la insuficiencia justificada de la plantilla de la Policía Local nada añaden al caso que nos ocupa del cumplimiento del cómputo de la jornada anual.

4. El informe del Jefe de la Policía sobre la efectiva realización de horas, fuera de la jornada laboral, es farragoso y no se llegan a entender las causas, ni si el cómputo de las 37,5 horas semanales estaba realizado.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal ha formulado oposición al recurso interpuesto, interesando la desestimación del mismo y la confirmación del Acta de Liquidación recurrida.

Manifiesta el Ministerio Público que a la vista de las actuaciones no se aprecia indefensión, dado que consta acreditado que la Delegada Instructora valoró toda la documentación aportada por el recurrente y llegó a una conclusión, cuestión distinta es que la conclusión de la Delegada difiera de la pretendida por el recurrente.

SEXTO.- Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por el recurrente, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (por todos, v. 4/2020, de 18 de febrero de 2020; auto 4/2019, de 20 de 6 marzo de 2019; auto 1/2019, de 12 de febrero de 2019) ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia. Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer, a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o per saltum) de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa. De ahí que los motivos de impugnación no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en el artículo 48.1 de la LFTCu, es decir que "no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren" o que "se causare indefensión".

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrá alegar y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión, puesto que, de lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "ex lege" a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en el artículo 25 de la LOTCu, y en los artículos 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu**.**

Por ello, hay que insistir en que, por vía de este recurso no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del o de los presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, conforme ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia

(por todos, Auto nº 3/2016, de 8 de marzo), debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no pueda realizarse al amparo de este excepcional trámite, sino que su enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del Derecho aplicable, en el ámbito del juicio que corresponda.

SÉPTIMO.- Una vez delimitada la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu procede analizar los motivos de recurso planteados contra el Acta de Liquidación Provisional, si bien teniendo en cuenta que los motivos referidos en los apartados 3, 4, 5 y 6 reproducen alegaciones idénticas, se van a resolver en un único fundamento, a fin de evitar reiteraciones.

Plantea el recurrente en el primer motivo de recurso, que el enfrentamiento existente entre la oficina de personal y la Jefatura de Policía Local en el Ayuntamiento de Chipiona ha llevado a la Intervención a tomar partido por las afirmaciones de la Oficina de Personal y a poner reparo a las horas extras realizadas por la Policía Local, considerando improcedente su abono.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, y como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu únicamente puede basarse en los motivos taxativamente establecidos en dicho precepto, que se concretan en los siguientes: 1) que la resolución recurrida no acceda a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren, o 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

Las cuestiones referidas a las posibles discrepancias entre las diferentes unidades municipales y a la motivación que hubiere llevado a la Intervención a reparar los abonos realizados por el Ayuntamiento de Chipiona, a la Policía Local, durante el ejercicio 2021, son cuestiones que exceden del objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, se refieren a cuestiones ajenas a la capacidad decisoria de la Delegada Instructora y no tienen relación con una posible indefensión de los recurrentes ni con una eventual omisión injustificada de la práctica de las actuaciones instructoras, por lo que el motivo de recurso debe ser desestimado.

OCTAVO.- La parte recurrente ha manifestado como segundo motivo de recurso, que se ha producido indefensión a su representado por cuanto la Delegada Instructora solo ha tenido en cuenta en su liquidación a efectos de valoración del elemento subjetivo en la fase jurisdiccional posterior, unos documentos fundamentales, los informes del Jefe de la Policía Local de Chipiona, que obran en el expediente. Mantiene que en dichos informes se detalla pormenorizadamente la relación de horas que el personal perteneciente a la Policía Local ha realizado fuera

de jornada ordinaria de trabajo, y afirman que las horas descritas se han llevado a cabo fuera de la jornada de trabajo y se ha usado la confección de los cuadrantes para intentar justificar una irregularidad inexistente. Alega, asimismo, que para cubrir los servicios la única forma de hacerlo es con las gratificaciones que se cuestionan, al existir muchos menos efectivos que los que constan en plantilla, que las retribuciones percibidas están muy por debajo de las presupuestadas para ese año y que todos los pagos que se han hecho tenían consignación presupuestaria.

Esta Sala de Justicia, para apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de "indefensión" que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, parte de la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, en relación con el derecho fundamental a la defensa del artículo 24 de la Constitución (por todos, v. los siguientes Autos de la Sala de Justicia: Auto núm. 33/2008, de 3 de diciembre; Auto núm. 10/2010, de 17 de mayo, Auto núm. 12/2019, de 13 de noviembre; Auto núm. 2/2020, de 18 de febrero):

El Tribunal Constitucional, por todas en Sentencia 48/1986, de 23 de abril, manifiesta que una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella.

La doctrina de esta Sala también 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 8/2006, de 7 de abril); de otra, la indefensión prohibida en el art. 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 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 (Sentencias 3/2005, de 1 de abril, 6/2005, de 13 de abril y 11/2005, de 14 de julio).

En el caso que nos ocupa y conforme consta acreditado, con carácter previo a la celebración de la liquidación provisional la representación del Sr. A.F.R. presentó escrito de alegaciones, que tuvieron debida respuesta en la Consideración Cuarta del Acta de Liquidación, como se refleja en las páginas 18 y 19 cuando determina: *"el objeto de la instrucción no es el número de horas realizadas por los policías locales, si se han cumplido los cuadrantes con que se organizan sus servicios, cuestión en la que se centra el escrito de alegaciones, sino si el tiempo de trabajo que se ha retribuido como horas extraordinarias, previo levantamiento de los*

reparos formulados por la Intervención Municipal, pueden ser compensadas como tales, por tener o no esa consideración. Por ello, la cuestión previa que es preciso plantearse, como se ha expuesto más arriba, es saber si (al margen de esos cuadrantes y los turnos que los mismos marcan) los policías locales cumplen con su Jornada ordinaria. Ya que solo el exceso sobre esa Jornada ordinaria podría ser retribuido como horas extraordinarias. 2. *Y en ese sentido y a efectos de determinar, si esos policías locales cumplen o no su Jornada ordinaria, esta instrucción no pueda validar los cuadrantes del Subinspector-Jefe de Policía (en los que se insiste en el escrito de alegaciones) si de ellos, en definitiva, resulta, por los motivos o mecánica que sean, la realización en cómputo anual de una jornada inferior a las 1692 horas; y ello, a la vista del Informe de la Secretaria General del Ayuntamiento de Chipiona núm. 373/2009 (folios 1043 a 1049 del expediente), cuyo contenido se ha analizado en la Consideración Primera, en la forma y términos que aquí se dan por reproducidos, y que en modo alguno, esta instrucción puede obviar. Como tampoco puede apartarse, esta instrucción, del Decreto de la Alcaldía de Chipiona Núm. 2756/2019, de 28 de junio -también examinado en esa misma Consideración Primera- que establece esa jornada para la totalidad de la plantillade la entidad local, incluidos, por tanto, los policías locales; Io que no resulta acorde, con el hecho de que desde esa Alcaldía se levanten sucesivamente los reparos formalizados por la Intervención Municipal que tienen su causa precisamente en que esos policías locales no cumplan con esa jornada. 3. La encrucijada en que se encuentra el Alcalde, en términos utilizados por el propio alegante, entre compartir del criterio del Subinspector-Jefe de Policía o el de la Letrado del área de Recursos Humanos y el hecho de que levante los reparos formulados por la Intervención Municipal, apoyándose en la postura e información que le proporciona el primero, puede afectar en la declaración de una posible responsabilidad contable, si ello determinara la ausencia del dolo, culpa o negligencia grave que exigen tal instituto. Pero tal valoración del elemento subjetivo queda fuera del alcance de la fase en la que nos encontramos quedando postergado al procedimiento jurisdiccional posterior qua pueda en su caso, tramitarse. 4. Por último, ninguna consideración ha de efectuarse respecto a la falta de personal en la plantilla local de policías, incluida en las alegaciones formuladas, no alterando en nada, tal circunstancia, Io expuesto en este acto, ni las conclusiones alcanzadas respecto a la existencia de un presunto alcance contable."*

Dicha respuesta refleja claramente que la Instructora ha tomado en consideración las alegaciones realizadas, ha valorado la extensa documentación obrante en las actuaciones, y ha motivado el criterio adoptado respecto a los extremos que le fueron planteados, reiterándose en el resultado de la labor investigadora desplegada en las actuaciones y en las conclusiones que de ella derivaron.

Por tanto, la Delegada Instructora ha cumplido correctamente con las previsiones del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal, ha practicado las

diligencias que ha considerado oportunas en averiguación de los hechos, ha concedido al recurrente un plazo con vista del expediente para que presentara las alegaciones y aportara cuantos documentos estimara oportunos, que han sido valorados oportunamente, y ha contestado a todas las alegaciones que le fueron planteadas que, prácticamente, coinciden con las manifestadas en esta fase de recurso y, aunque no compareció al acto de la Liquidación, todas sus alegaciones obtuvieron la respuesta razonada de la Delegada Instructora, reflejándose en el Acta de Liquidación Provisional, como ha quedado anteriormente expuesto.

Esta Sala de Justicia (Autos, entre otros, 5/2008 de 5 de marzo, 7/2008, de 31 de marzo, 27/2008, de 13 de octubre y 29/2008, de 20 de octubre) ha venido manteniendo de manera uniforme que lo que puede provocar indefensión a los interesados, en fase de Actuaciones Previas, es que el órgano instructor no dé respuesta a las alegaciones formuladas por los mismos, no que la respuesta que exponga no coincida con el criterio de los alegantes.

No cabe apreciar, que se haya causado indefensión alguna al recurrente en la tramitación de las actuaciones previas, puesto que consta acreditado que la Delegada Instructora ha valorado la documentación obrante en las actuaciones y ha dado una respuesta razonada a las alegaciones realizadas, cuestión diferente es que el recurrente no coincida con las realizadas por la Instructora.

NOVENO.- Teniendo en cuenta que las alegaciones realizadas por el recurrente en los motivos tercero a sexto del recurso plantean idénticas cuestiones, van a ser analizadas en un único fundamento, en aras a evitar reiteraciones y remisiones innecesarias.

En el motivo tercero del recurso, el recurrente denuncia que existe una confusión, al tratar la cuestión de la jornada ordinaria junto con las gratificaciones por servicios extraordinarios, y entiende que si no se ha realizado la jornada ordinaria se debería requerir por la oficina de personal y detraer del sueldo las horas correspondientes, en aplicación de la normativa reguladora. Sostiene que en el presente caso existe un documento suscrito por el Jefe de Policía Local que acredita que las horas se han llevado a cabo.

En el motivo cuarto de recurso, reproduce de nuevo la falta de consideración del informe del jefe de Policía Local y el cálculo de las horas realizadas.

En el motivo quinto del recurso vuelve a insistir en la supuesta confusión que se ha producido al realizarse el acta de liquidación entre horas ordinarias y gratificaciones extraordinarias, respecto de las cuales el informe de la Policía Local acredita su realización y procedencia del pago que no ha sido tenido en cuenta por la Instructora a la hora de elaborar la liquidación, lo que ha causado indefensión a su representado, motivos que reitera en el apartado sexto del recurso, para finalmente solicitar que se

deje sin efecto la liquidación y que se declare el sobreseimiento del procedimiento al entender que no ha existido irregularidad alguna por parte del presunto responsable contable.

En el caso que nos ocupa, la simple lectura del Acta de liquidación provisional determina que no existe confusión al tratar el tema de la jornada ordinaria junto con las gratificaciones por servicios extraordinarios. La Delegada Instructora en la página 5 de la liquidación señala que constituye el objeto de la Instrucción, determinar si el pago de las remuneraciones por horas extraordinarias y gratificaciones por servicios extraordinarios a la Policía local durante el ejercicio 2021 están o no justificados. Valorada la documentación obrante en las actuaciones, alcanzó como primera conclusión, páginas 8 y 9 de la Liquidación, en base a las manifestaciones de la Secretaria General del Ayuntamiento, folio 1049 del expediente, que la jornada ordinaria en cómputo anual de la Policía Local del Ayuntamiento de Chipiona es de 1.642 horas, la misma que para el resto de empleados municipales, sin posibilidad de aplicar coeficientes reductores en virtud de lo regulado en el apartado cuarto de la Disposición Adicional 144 de la LPGE 2018, y no ser aprobados dichos coeficientes por los órganos negociadores de la Corporación, en contra del criterio sostenido por el Subinspector-Jefe de la Policía Local, que si entiende su aplicación correctora. Una vez fijada la jornada ordinaria de los policías locales en 1.642 horas, determinó que la cuestión a evaluar era si los policías que cobraron las horas extraordinarias en el año 2021 habían cumplido o no su jornada ordinaria de trabajo, pues si no se había cumplido resultaba imposible hacer horas extraordinarias, que por definición solo pueden trabajarse una vez cumplido el tiempo ordinario de trabajo, concluyendo, una vez valorados los documentos aportados así como los datos de control horario, que los policías locales, excepto el Subinspector jefe de Policía, no habían cumplido durante el año 2021 su jornada ordinaria de trabajo, por lo que las retribuciones que se les habían abonado en concepto de horas extraordinarias no estaban justificadas (página 12 de la liquidación).

Respecto a las gratificaciones extraordinarias, la Instructora consideró que compensaban unos servicios extraordinarios concretos que habían sido efectivamente realizados, por lo que procedía su abono (página 14 de la liquidación).

A juicio del recurrente, la confusión en que ha incurrido la Instructora, no es sino su discrepancia con las conclusiones de la liquidación provisional en cuanto a la procedencia del pago de unos conceptos retributivos a la policía local de Chipiona por la realización de las horas correspondientes, que se trata de cuestiones que afectan al fondo del asunto objeto de las actuaciones.

La jurisprudencia de esta Sala de Justicia rechaza que el recurso del artículo 48,1 de la LFTCu pueda basarse en discrepancias de fondo con las conclusiones del acta de

liquidación provisional en relación con los hechos investigados y la concurrencia en los mismos de los requisitos legalmente exigidos para apreciar la exigencia de responsabilidad contable. Dicha circunstancia deberá ser valorada en la fase jurisdiccional correspondiente, cual es la fase probatoria del proceso de responsabilidad contable que en su caso se incoe.

A este respecto, la Sala ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que por medio del recurso que nos ocupa "no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional" y que "al amparo de este excepcional recurso no pueden plantearse cuestiones procesales o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia" (Sentencias 11/2020, de 6 de julio; 4/2020, de 18 de febrero; y 14/2019, de 17 de diciembre, entre otras muchas).

No cabe apreciar, por lo demás, que se haya causado indefensión alguna al recurrente en la tramitación de las actuaciones previas, puesto que fue citado al acto de la liquidación provisional, aunque no compareciera, formuló alegaciones y la delegada instructora dio razonada respuesta a las mismas valorando debidamente tanto el informe del Jefe de la Policía Local - que el recurrente insiste en que no ha sido debidamente valorado por la Instructora- como los demás documentos que obran en las actuaciones - consideración cuarta del acta de liquidación provisional -. Cuestión distinta es que no coincida con el criterio del recurrente que, como ha quedado expuesto, no es motivo de que concurra causa de indefensión.

Finalmente solicita el recurrente que se deje sin efecto la liquidación y que se declare el sobreseimiento del procedimiento al entender que no ha existido irregularidad alguna por parte del presunto responsable contable.

Dicha pretensión no puede ser atendida por esta Sala de Justicia, al amparo de la interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

El posible archivo o sobreseimiento de las actuaciones por absolución de la recurrente de la responsabilidad contable que se le reclama, no cabe decretarlo ni por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas (que puede hacer una liquidación concluyendo la inexistencia de responsabilidad contable por alcance, pero no sobreseer ni archivar el procedimiento), ni por esta Sala a través del presente recurso.

En este sentido, la Sala de Justicia en doctrina reiterada, por todos en Auto nº 14/2018, de 30 de mayo, ha venido estableciendo que, "*las posibilidades de archivo, no incoación o sobreseimiento están legalmente reservadas a los Consejeros de Cuentas, en fase de diligencias preliminares ex artículo 46.2 de la citada LFTCu, o en las instancias jurisdiccionales de acuerdo con los artículos 73 y 79 de la LFTCu, pero no pueden articularse ni a través de un Delegado Instructor en las Actuaciones*

Previas del artículo 47 de la citada Ley, ni por esta Sala de Justicia cuando está conociendo de impugnaciones por posible indefensión contra diligencias practicadas en fase instructora".

Por tanto, no cabe decretar el sobreseimiento de actuaciones por esta Sala de Justicia a través del presente recurso, ni procedía tampoco por el órgano instructor en fase de actuaciones previas, debiendo desestimarse la solicitud planteada en este sentido.

DÉCIMO.- De conformidad con los Fundamentos de Derecho precedentes, esta Sala de Justicia debe proceder a la desestimación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, interpuesto por la representación legal de Don L.M.A.F.R., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 26 de abril de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1041/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Chipiona), CÁDIZ.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a ninguna de las partes intervinientes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA.

La Sala acuerda: DESESTIMAR el recurso promovido, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por el Letrado Don Ricardo Fernández de Vera Ruiz, en nombre y representación de Don L.M.A.F.R., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 26 de abril de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1041/22 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Chipiona), CÁDIZ. Sin costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la

intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 17/2023, de 2 de noviembre. Recurso del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 16/23, Actuaciones Previas nº 41/20, Ramo: Admón. Seguridad Social (Mº de Trabajo, Migraciones y S. Social -"I.", Mutua Colaboradora Seg. Social nº 274-), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Tras resumir las posturas de los intervinientes en esta fase, la Sala estudia la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu y alude a que la indefensión que justifica la estimación de este recurso excepcional y sumario es la conceptuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Lo relevante es la infracción, el desconocimiento, la negación, la minoración de una garantía que merme la capacidad de defensa del interesado, siquiera de forma reducida, pues esa capacidad de defensa debe permanecer intacta.

La indefensión alegada por la entidad recurrente, considera la Sala, únicamente pone de manifiesto la existencia de una discrepancia sobre el fondo del asunto en relación con la valoración de los hechos y las conclusiones alcanzadas por el delegado instructor en el acta de liquidación provisional, quien dio motivada respuesta y manifestó que la existencia de las sentencias no suponía un obstáculo para la investigación de las posibles responsabilidades contables que pudieran concurrir. Indicó, además, que las mencionadas resoluciones no habían de ser óbice para la prosecución de las actuaciones previas dirigidas a la presunta existencia de alcance en los fondos públicos, puesto que la responsabilidad contable se configura como una responsabilidad de carácter patrimonial no sancionadora, encaminada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los caudales públicos; esto implica que no existe una identidad de ámbito competencial con la Jurisdicción Social ante la que se impugnó el Acuerdo Sancionador del Consejo de Ministros, como tampoco implica que exista identidad una vez recaída sentencia firme, como así ha sucedido.

Por todo lo que antecede, la Sala considera que procede desestimar el recurso interpuesto.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 17/2023

ASUNTO: Recurso del art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n.º 16/23, interpuesto contra el acta de liquidación provisional dictada en las actuaciones previas n.º 41/20, Administración de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.- "I.", Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX-), Madrid.

PONENTE: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

Visto el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el procurador don Victorio Venturini Medina, actuando en nombre y representación de I., Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX, contra el acta de liquidación provisional de 12 de mayo de 2023 dictada en las actuaciones previas n.º 41/20, Administración de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.- "I.", Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX-), Madrid.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El delegado instructor de las actuaciones previas n.º 41/20, con fecha 12 de mayo de 2023, practicó liquidación provisional en la que declaró la existencia de un posible alcance en los fondos públicos de la Administración de la Seguridad

Social que fue cifrado en un total de 866.194,96 euros, de los que 730.131,25 euros correspondieron al principal y 136.063,71 euros correspondieron a intereses. En el acta de liquidación, asimismo, se atribuyó la responsabilidad contable directa por el alcance provisionalmente declarado a las cuarenta y seis personas relacionadas en los anexos 1.1 y 1.2 de la citada acta -cada uno de ellos, por las concretas cantidades que constan en los mismos-, y a la entidad I., (Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX), a la cual se atribuyó la responsabilidad contable directa del total de la cifra del alcance con carácter solidario respecto de los anteriores presuntos responsables.

Las cuarenta y seis personas a las que se atribuyó responsabilidad contable por las cantidades relacionadas en los anexos 1.1 y 1.2 del acta de liquidación son: Don J.A.U., Don A.A.G.; Doña L.A.V., Don J.L.B.F., Don J.B.R., Don R.B.M. (siendo sus herederos Don R., Don A. y Doña C.B.R.A.M.), Don E.C.C., Don J.C.B., Don A.C.P., Don H.C.R., Doña C.D.P., Don J.M.F.C., Don C.F.R., Doña N.F.G-L., Doña M.P.G.C., Doña C.G-R.M., Doña P.G.P., Don G.G-O.G., Doña R.M.G.M., Don E.G.M. (siendo sus herederas Doña C.I. y Doña V.M.G.G.), Doña E.G.J., Don J.M.I.R., Don A.J.R., Don S.L.C., Don J.J.M.L., Don J.A.M.M., Don J.M-T.F., Don M.M.G., Don R.P.R., Don R.R.M., Don J.R.G., Doña E.R.M., Don E.R.E., Don R.S.G., Don J.S.B., Doña A.S.L., Doña C.S.P., Don C.J.S.G., Don P.S.G., Don C.S.D.C., Doña E.T.G., Doña L.T.P., Don R.T.M., Don J.M.V.L., Don O.V.G. y Don D.V.B.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de mayo de 2023, se recibió escrito de la representación procesal de la entidad I. por el que interponía recurso, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU), contra el acta de liquidación provisional referida en el apartado anterior.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 30 de mayo de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió abrir el correspondiente rollo de la Sala, constatar la composición de la misma para conocer del recurso, nombrar ponente siguiendo el turno establecido y requerir al delegado instructor de las actuaciones previas n.º 41/20 la remisión de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- El 31 de mayo de 2023 se recibieron, en la Sala, los antecedentes solicitados procedentes de la Unidad de Actuaciones Previas de la Sección de Enjuiciamiento.

QUINTO.- La Secretaria de la Sala de Justicia resolvió, por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2023, dar traslado de copia de los recursos a todos los citados a la liquidación provisional, a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal y el representante procesal de la Administración de la Seguridad Social se opusieron al recurso mediante escritos de fecha 14 y 15 de junio de 2023, respectivamente.

SÉPTIMO.- El procurador don Victorio Venturini Medina, con fecha 14 de junio de 2023, se adhirió al recurso actuando en nombre y representación de Don J.A.U., Don A.A.G.; Doña L.A.V., Don J.L.B.F., Don J.B.R., Don R., Don A. y Doña C.B.R.A.M. (como herederos de Don R.B.M.), Don E.C.C., Don J.C.B., Don A.C.P., Don H.C.R., Doña C.D.P., Don J.M.F.C., Don C.F.R., Doña N.F.G-L., Doña M.P.G.C., Doña C.G-R.M., Doña P.G.P., Don G.G-O.G., Doña R.M.G.M., Doña C.I. y Doña V.M.G.G. (como herederas de Don E.G.M.), Doña E.G.J., Don J.M.I.R., Don A.J.R., Don S.L.C., Don J.J.M.L., Don J.M-T.F., Don M.M.G., Don R.P.R., Don R.R.M., Don J.R.G., Doña E.R.M., Don E.R.E., Don R.S.G., Don J.S.B., Doña A.S.L., Doña C.S.P., Don C.J.S.G., Don P.S.G., Don C.S.D.C., Doña E.T.G., Doña L.T.P., Don R.T.M., Don O.V.G. y Don D.V.B.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 3 de julio de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia declaró concluso el procedimiento y resolvió dar traslado de los autos a la Consejera ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución.

NOVENO.- La Sala de Justicia acordó, mediante providencia de 24 de octubre de 2023, señalar para votación y fallo del presente recurso, el día 30 de octubre de 2023, fecha en la que tuvo lugar el mencionado acto.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso. Acta de liquidación provisional

1.- El presente recurso del artículo 48.1 de la LFTCU interpuesto por la entidad I., Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX, se interpone frente al acta de liquidación provisional de 12 de mayo de 2023 emitida las actuaciones previas n.º 41/20. En la mencionada acta, el delegado instructor declaró provisionalmente la existencia de un alcance en los fondos públicos de la Administración de la Seguridad Social por importe de 866.194,96 euros, derivado de infracciones cometidas por la entidad I. las cuales habían sido detectadas por la Dirección Especial de Inspección de Trabajo y Seguridad Social -que emitió la correspondiente acta de inspección el 6 de marzo de 2019- y sancionadas por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2019. En el acta de liquidación se atribuyó la presunta responsabilidad contable directa del alcance provisionalmente detectado y por su importe total a la recurrente I., así como a las cuarenta y seis personas relacionadas en los anexos 1.1

y 1.2 de la citada acta, -cada uno de ellos por las cantidades parciales correspondientes a las infracciones cometidas, con carácter solidario respecto de I.-.

SEGUNDO.- Alegaciones de la recurrente I.

2.- Como se ha indicado, la representación procesal de la entidad I. ha interpuesto el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCU frente al acta de liquidación, pues considera que la misma le ha producido indefensión. Sostiene, en concreto, que el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2019 -en el que constan las infracciones atribuidas a I., las cuales han sido objeto de la presente instrucción y han originado la declaración provisional de un alcance por el delegado de las actuaciones previas-, ha sido anulado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2021 y que, seguidamente, por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2021, se ha anulado también la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 28 de noviembre de 2019 por la que se reclamaba a I. el pago de las sanciones previstas en el mencionado acuerdo. Afirma, además, que el propio Abogado del Estado se allanó a la demanda presentada por la entidad ante la Audiencia Nacional a la vista de que el acuerdo del Consejo de Ministros había sido anulado.

3.- La recurrente sostiene que, a pesar de todo ello, y desoyendo las alegaciones que se realizaron al respecto en sede de actuaciones previas, el delegado instructor ha rehusado tener en cuenta las resoluciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y ha emitido acta de liquidación provisional declarando un presunto alcance en los fondos públicos de la Administración de la Seguridad Social por causa de las infracciones relacionadas en el acuerdo anulado, aduciendo, en el acta de liquidación, que las resoluciones judiciales citadas no son óbice para la investigación de las presuntas responsabilidades contables y que, en fase de actuaciones previas, no es posible realizar una valoración de aquéllas por el delegado instructor.

4.- Por causa de lo anterior, el recurrente sostiene que la actuación del delegado instructor supone una vulneración de los artículos 24, 25, 103.1, 117.3, 118 y 123 de la Constitución Española y que le ha causado una situación de indefensión. Considera, además, que a la vista del acta de liquidación, ante la Audiencia Nacional se ha instado la ejecución de la sentencia de 22 de septiembre de 2021, sin perjuicio de los derechos de resarcimiento por responsabilidad patrimonial que eventualmente proceda ejercitar frente a la Administración de la Seguridad Social. Con el escrito de recurso la recurrente adjunta, al efecto, copia del escrito dirigido a la Audiencia Nacional solicitando la ejecución de la referida sentencia.

5.- Por todo ello, solicita que se revoque la liquidación provisional practicada y que se acuerde el sobreseimiento y archivo de las actuaciones que la precedieron.

6.- Al recurso interpuesto se adhirió el representante procesal de las personas indicadas en el antecedente de hecho séptimo.

TERCERO.- Alegaciones del Ministerio Fiscal

7.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso pues considera que no concurre ninguno de los motivos que permiten que el mismo prospere en virtud del artículo 48 de la LFTCU, es decir, que no se haya accedido a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o que se causare indefensión. Sostiene, en concreto, que no se ha producido indefensión pues el acta de liquidación en ningún caso ha supuesto una minoración de las posibilidades de defensa de los interesados en el sentido al que se refiere el Tribunal Constitucional puesto que, en sede de las referidas actuaciones previas, se realizaron correctamente las notificaciones a los recurrentes, estos tuvieron a su disposición -antes del acto de la liquidación- la totalidad de las actuaciones previas, pudieron aducir las alegaciones que estimaron oportunas y aportar cuantos elementos de juicio consideraron que debían tenerse en cuenta.

8.- Por todo ello, el Ministerio Público considera que se ha producido una correcta aplicación del artículo 47. e) y f) de la LFTCU e interesa la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación del acta de liquidación impugnada.

CUARTO.- Alegaciones de la Administración de la Seguridad Social

9.- Por su parte, la representación procesal de la Administración de la Seguridad Social se opone también al recurso presentado al considerar, igualmente, que no se ha producido indefensión alguna a la recurrente. Sostiene, en concreto, que la exigencia de responsabilidad contable es compatible con los procedimientos ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional que dieron lugar a las sentencias 11 de mayo y de 22 de septiembre de 2021, respectivamente, tal y como así lo argumentó el delegado instructor en el acta de liquidación provisional. Indica, además, que dicha compatibilidad ha sido declarada en la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal (auto de 16 de diciembre de 2019), así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2010 y de 16 de abril de 2008).

10.- Solicita, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto frente al acta de liquidación provisional.

QUINTO.- Naturaleza del recurso del artículo 48.1 de la LFTCU

11.- Una vez expuestas las alegaciones de las partes y antes de proceder a su examen, resulta preciso recordar brevemente la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCU, que ha sido delimitada por una constante y uniforme doctrina de esta Sala de Justicia. En efecto, la Sala califica el referido recurso como «un medio de impugnación especial y sumario, por razón de la materia, tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer, a los intervinientes en las actuaciones previas, un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o *per saltum*) de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa» (auto 4/2020, de 18 de febrero; auto 1/2019, de 12 de febrero; auto 4/2019, de 20 de marzo).

12.- Por ello, los motivos de impugnación en los que ha de fundamentarse el presente recurso no pueden ser distintos a los taxativamente establecidos en el artículo 48.1 de la LFTCU, es decir que «no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren» o que «se causare indefensión».

13.- En concreto, la indefensión que justifica la estimación de este recurso excepcional y sumario es la conceptuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, en las SSTC 95/2020, de 20 de julio, y 258/2007, de 18 de diciembre), acogida por esta Sala de Justicia (así, en los recientes autos 5/2023, de 23 de marzo; 9/2023, de 9 de mayo; 30/2022, de 23 de diciembre; 6/2022, de 8 de abril; 28/2021, de 14 de octubre, y 11/2020, de 6 de julio), la cual sostiene que la referida indefensión es una noción material que producirá relevancia jurídica de acuerdo con las tres siguientes pautas interpretativas (auto de la Sala de Justicia 28/2021, de 14 de octubre o auto 33/2008, de 3 de diciembre):

a) las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 145/86, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 3º);

b) 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 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º);

y c) finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

14.- Respecto a la indefensión material alegada conforme al art. 48 LFTCU, concreta el auto de la Sala de Justicia 30/2022, de 23 de diciembre (párrafo 62) que «no se puede obligar al concepto de indefensión a transitar en nuestro ámbito por un camino de exigencias tan rigurosas y angostas que virtualmente eliminen su capacidad invalidante por infracción de garantías que es, en última instancia, lo que constituye el aspecto o concepción material de la indefensión que obliga a su examen casuístico, canon material que juega en detrimento de su dimensión formal. Lo relevante es la infracción, el desconocimiento, la negación, la minoración de una garantía que merme la capacidad de defensa del interesado, siquiera de forma reducida, pues esa capacidad de defensa debe permanecer intacta».

SEXTO.- Análisis de los motivos del recurso

15.- Dado el análisis casuístico requerido, la entidad recurrente alega, como pretensión impugnatoria, que se le ha causado indefensión puesto que el delegado instructor ha declarado un alcance en los fondos públicos de la Seguridad Social derivado de infracciones cometidas por la misma a pesar de tener conocimiento de que, por medio de sentencia del Tribunal Supremo, se había anulado el acuerdo del Consejo de Ministros en el que se concretaron y sancionaron las referidas infracciones y que dio origen a las actuaciones ante este Tribunal de Cuentas.

16.- Pues bien, a pesar de lo alegado por el recurrente, la actuación descrita no es susceptible de producir indefensión en los términos delimitados por la doctrina constitucional y de la Sala citadas -sin perjuicio de que haya sido calificada de esta forma en el recurso-, sino que únicamente pone de manifiesto la existencia de una discrepancia sobre el fondo del asunto en relación con la valoración de los hechos y las conclusiones alcanzadas por el delegado instructor en el acta de liquidación provisional.

17.- En efecto, en relación con la alegación concreta relativa a la existencia de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, el delegado instructor dio motivada respuesta en el acta de liquidación, habiendo sido, por ello, tratada debidamente con independencia de que la valoración efectuada no resulte concordante con las pretensiones de los interesados. Así, el instructor manifestó que la existencia de las sentencias no suponía un obstáculo para la investigación de las posibles responsabilidades contables que pudieran concurrir (página 81 del acta de liquidación provisional). Indicó, además, que las mencionadas resoluciones no habían de ser óbice para la prosecución de las actuaciones previas dirigidas a la presunta existencia de alcance en los fondos públicos, puesto que «la responsabilidad contable se configura como una responsabilidad de carácter patrimonial no sancionadora, encaminada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los caudales públicos; esto implica que no existe una identidad de ámbito competencial con la Jurisdicción Social ante la que I. impugnó el Acuerdo

Sancionador del Consejo de Ministros, de 26 de julio de 2019, como tampoco implica que exista identidad una vez recaída sentencia firme, como así ha sucedido. Es por ello por lo que hay que advertir que en estas actuaciones no se da una situación de litispendencia en los términos que se desprenden de las alegaciones formuladas por la representación legal de I., tanto previas como posteriores a la sentencia, y, en consecuencia, no cabe entender, por haberse abierto el procedimiento contable, infracción del principio *non bis in idem*, ya que la jurisdicción de este Tribunal de Cuentas resuelve cuestiones distintas a la que tiene por objeto la Jurisdicción Social y la Contencioso-Administrativa, como así se señala en el auto en el que se propone el nombramiento de Delegado Instructor». Finalmente, concluyó que «las competencias relativas a la IGSS, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y al Tribunal Supremo en su Sala de lo Social, se desarrollan en ámbitos distintos al propio del Tribunal de Cuentas de tal manera que el objeto y alcance del enjuiciamiento de este último Tribunal, recaen sobre objetos distintos y mediante procedimientos que persiguen una finalidad diferente, de modo que no existe solapamiento ni duplicidad en ningún caso» (páginas 8 y 9 del acta de liquidación provisional).

18.- Tal y como adelantábamos, el presente medio impugnatorio no ha sido legalmente concebido como un cauce para la resolución de las discrepancias, relativas al fondo del asunto, que los interesados pudieran albergar en relación con las conclusiones alcanzadas por el delegado instructor, sino que únicamente supone un mecanismo de revisión de aquellas actuaciones que hubieran podido producir indefensión en los términos delimitados por la jurisprudencia constitucional y doctrina de la Sala de Justicia, citadas.

19.- Por ello, con ocasión de la resolución de este concreto recurso, en ningún caso se podrá realizar un nuevo análisis de los hechos ya examinados por el delegado ni modificar sus valoraciones, pues ello supondría desbordar las competencias de este órgano jurisdiccional en el presente momento procedimental tal y como así lo refiere la doctrina de la propia Sala, de manera uniforme, al indicar que «no cabe (…) plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrán desarrollar las alegaciones que procedan, en orden a la defensa de las respectivas pretensiones que se ventilen en juicio, y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión. De lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "*ex lege"* a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la Ley Orgánica

2/1982, de 12 de mayo, y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento» (auto de la Sala 28/2021, de 14 de octubre; auto 2/2022 de 2 de marzo; auto 18/2019, de 17 de diciembre).

20.- En conclusión, de acuerdo con lo expuesto y razonado, no se aprecia que se haya producido «minoración de una garantía que merme la capacidad de defensa del interesado, siquiera de forma reducida, pues esa capacidad de defensa debe permanecer intacta» (auto 30/2022, de 23 de diciembre citado), por lo que procede desestimar el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la LFTCU, por el representante procesal de I. -con la adhesión de las personas indicadas en el antecedente de hecho séptimo- contra la liquidación provisional practicada el 12 de mayo de 2023 en las actuaciones previas n.º 41/2020, Administración de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.- "I.", Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º 274-), que deberá ser confirmada en todos su extremos.

SÉPTIMO.- Costas

21.- En cuanto a las costas, tal y como sostiene reiteradamente esta Sala de Justicia, «no cabe imponerlas a las partes recurrentes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas» (auto de la Sala de Justicia 28/2021; auto 1/2019, de 12 de febrero; auto 18/2019, de 17 de diciembre).

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso promovido, al amparo del artículo 48.1 de la LFTCU por el procurador don Victorio Venturini Medina, actuando en nombre y representación de I., Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX -al que se han adherido las personas referidas en el antecedente de hecho séptimo-, contra el acta de liquidación provisional de 12 de mayo de 2023 dictada en las actuaciones previas n.º 41/20, Administración de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.- "I.", Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º XXX-), que queda confirmada en todos sus extremos.

SEGUNDO.- No realizar pronunciamiento en relación con las costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución no cabe recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

Auto nº 18/2023, de 2 de noviembre. Recurso de Apelación nº 20/23, Acción Pública nº 4/23, Sector Público Local (Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla), Burgos. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica las normas sobre interposición del recurso contra Autos de archivo de actuaciones, en forma y plazo, distinguiendo las respectivas previsiones de los artículos 46.2 y 56.4, ambos de la LFTCu.

Asimismo, aplica la doctrina de la Sala de Justicia respecto a los requisitos exigibles para decretar, o no, el archivo de la acción pública en el ámbito contable -artículo 56 de la LFTCu-. E invoca el principio de "favor actoris" o principio "pro actione", en relación con el ejercicio de la acción pública, que no exime, sin embargo, de que concurran los requisitos legalmente exigibles para viabilizar las pretensiones que se ventilan en estos casos, es decir:

- la aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable con referencia específica a determinadas cuentas o actos concretos y
- la concreción de la normativa presupuestaria o contable que se estime infringida y que dé lugar al consiguiente menoscabo de los fondos públicos

Con base en dicha fundamentación jurídica y aplicando la doctrina de la Sala contenida en los Autos 10/2020, de 6 de Julio; 15/2022, de 22 de septiembre; 8/2018 de 28 de febrero; 10/2015, de 13 de abril; y 27/2012, de 17 de julio, desestima el recurso, a la luz de la documentación obrante en las actuaciones, puesto que los hechos no revisten de manera clara, patente y manifiesta los caracteres de alcance.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 18/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 20/23 interpuesto contra el Auto de 11 de abril de 2023, dictado en la Acción Pública nº B4/2023. Sector Público Local (Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla) BURGOS

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez - Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

En el recurso de apelación nº 20/23 frente al Auto de 11 de abril de 2023, dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos de la Acción Pública nº B4/2023, Sector Público Local (Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla) BURGOS. Ha sido apelante la Letrada doña María Mercedes Garrido Navarro, en nombre y representación de Don J.L.A.O., Presidente de la Asociación vecinal "A.T.A.".

Han sido partes apeladas el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla, representado por la procuradora doña Ana María Jabato de la Dehesa, bajo la dirección letrada de don Fernando Castro Palacios.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 11 de abril de 2023, la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dictó auto, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

> "PRIMERO.- Que respecto de los hechos a los que se refiere el fundamento de derecho tercero, elevar las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento para que proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de un Delegado Instructor, para la práctica de las diligencias previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
>
> SEGUNDO.- Archivar las presentes diligencias respecto de los hechos a los que se refiere el fundamento de derecho cuarto."

En el fundamento de derecho cuarto del auto recurrido se establece que la Consejera de instancia coincide con el criterio manifestado en el informe del Ministerio Fiscal de 23 de febrero de 2023, que indica que los hechos derivados del expediente de la modificación presupuestaria número 1/2022 no son constitutivos de alcance, sino más bien incumplimientos de carácter formal que podrían dar lugar a otro tipo de responsabilidades, en todo caso ajenas a la responsabilidad contable.

El ejercitante de la acción pública había denunciado respecto a la modificación presupuestaria reseñada lo siguiente:

- Que el Ayuntamiento habría estado gastando créditos por encima de las posibilidades presupuestarias.
- Que no había una Memoria justificativa.
- Que no se cumplía el principio de estabilidad presupuestaria.
- Que no se había observado lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que establece que, en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, la administración incumplidora formulará un plan económico-financiero que permita en un año el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto, con el contenido y alcance previstos en este artículo.
- Que había indicios de que los gastos ya habían sido efectuados y puede que abonados a los contratistas correspondientes y sin embargo nada de esto quedaba claramente explicitado en el expediente.

Por todo lo expuesto, consideraba la modificación presupuestaria nula de pleno derecho, o anulable, conforme a lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La propuesta de nombramiento de delegado instructor, al que se refería la parte dispositiva primera de la resolución recurrida, se realizaba para que se practicaran las diligencias previstas en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu) respecto a los siguientes hechos: "que los gastos de inversiones se reflejaron en el presupuesto general del año 2022 de forma previa en un anejo de inversiones, que ya fue sujeto a exposición pública y a aprobación del Pleno, y se tenía conocimiento de que su coste para el año 2022 suponía un montante total de 254.000 € de los cuales no se habrían ejecutado aún las siguientes inversiones: bóveda iglesia Santa Magdalena: 20.000 €; caminos rurales PPC 2022: 26.000 €; pavimentación calles PPC 2022: 48.000 €; derribo cantina y adecuación entorno: 15.000 €; suma total, 109.000 €".

SEGUNDO. La Letrada doña María Mercedes Garrido Navarro, en nombre y representación del accionante público Don J.L.A.O., Presidente de la Asociación vecinal "A.T.A.", interpuso recurso de apelación contra el auto de 11 de abril de 2023, por escrito con fecha de registro de entrada de 3 de mayo de 2023.

TERCERO. Por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2023, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de las actuaciones acordó tener por interpuesto el recurso y dar traslado del mismo al Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla y al Ministerio Fiscal, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición.

CUARTO. Recibidos los escritos de impugnación del recurso del Ministerio Fiscal y del Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de las actuaciones, por diligencia de ordenación de 22 de mayo de 2023, acordó elevar los autos a esta Sala y emplazar a las partes para que comparecieran ante la misma en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la citada Ley.

Por escritos con fechas de registro de entrada de 24 de mayo, 15 de junio y 5 de julio de 2023, se personaron, respectivamente, ante esta Sala de Justicia, el Ministerio Fiscal y las representaciones de Don J.L.A.O. y del Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla.

QUINTO. Recibidos los autos en esta Sala de Justicia; por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 15 de junio de 2023, se acordó: 1) Abrir el

correspondiente rollo, asignándole el nº 20/23; 2) Constatar la composición de la Sala y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

SEXTO. Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2023, la Secretaria de esta Sala acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, lo que se llevó a cabo por diligencia de 18 de julio de 2023.

SÉPTIMO. Por providencia de 17 de de octubre de 2023, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 30 de octubre de 2023, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

OCTAVO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en lo sucesivo, LOTCu) y 52.1 b), 54.1 b) y 56.4 de la LFTCu.

SEGUNDO. La Letrada doña María Mercedes Garrido Navarro, en nombre y representación del accionante público Don J.L.A.O., ha solicitado en el recurso interpuesto contra el auto de 11 de abril de 2023: que se revoque el auto recurrido y se dicte uno nuevo por el que se estime su petición de nombramiento de delegado instructor para la investigación de todos los hechos denunciados, con expresa condena en costas al Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla.

Sustenta la apelación interpuesta en las siguientes consideraciones:

1ª) Debe tenerse en cuenta la globalidad de las circunstancias, y que el denunciante es presidente de una asociación vecinal a la que la Corporación Municipal "impide el acceso a toda la documentación": al no exhibir los expedientes completos y citar a los interesados con escaso espacio de tiempo para realizar un análisis de los mismos a efectos de aclarar circunstancias específicas objeto de análisis.

Por ello, solicita de este Tribunal, que, en uso de su competencia para examinar las cuentas, partidas y expedientes administrativos obrantes en la Corporación, realice un análisis global del estado de presupuestos y cuentas generales, a efectos de que se concrete, en su caso, el daño a los caudales públicos que considera se está produciendo, en su mayor parte, a través de salidas injustificadas de efectivo de las arcas públicas; en concreto, a través de pagos indebidos o pagos sin causa, o pagos sin contraprestación de utilidad pública.

2ª) El Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla ha aportado a estas actuaciones documentación "ex novo", de la que no se tenía conocimiento y no obraba en el expediente administrativo que se le exhibió en su día.

3ª) Estima necesaria la intervención del delegado instructor para el esclarecimiento de todos los hechos relacionados en el escrito de denuncia y en la documentación complementaria presentada, al considerarlos supuestamente constitutivos de alcance de caudales públicos.

TERCERO. El Ministerio Fiscal, por escrito de 17 de mayo de 2023, se ha opuesto al recurso de apelación e interesado su desestimación, por considerar que no aporta información adicional al contenido de la denuncia inicial. Reproduce sus informes de 23 de febrero y 23 de marzo de 2023, conforme a los cuales los hechos denunciados no se consideran constitutivos de alcance, sino más bien incumplimientos de carácter formal que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades, ajenas a la contable; por lo que no procede el nombramiento de delegado instructor.

Muestra su conformidad con el auto recurrido dado que en él se acogían todas las peticiones del Ministerio Fiscal y solicita su confirmación.

CUARTO. El Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla, por escrito de 18 de mayo de 2023, se ha opuesto igualmente al recurso interpuesto, con base en las siguientes consideraciones:

1º) Extemporaneidad del recurso, al amparo del artículo 46.2 LFTCu (que establece un plazo de cinco días para recurrir el archivo), en relación con los artículos 46.1, 51. d) y 69. e) de la LJCA por remisión de los artículos 71 y 80 de la LFTCu.

2º) Se opone a todos los hechos expuestos por el recurrente, que no sean expresamente reconocidos en su escrito de oposición.

3º) El recurrente tenía un conocimiento exhaustivo del expediente de modificación presupuestaria y del cumplimiento de los requisitos legales para la adopción del acuerdo correspondiente, por lo que la documentación aportada por el Ayuntamiento carece del carácter *ex novo*.

4º) El acuerdo de modificación presupuestaria se llevó a cabo mediante la debida tramitación legal del expediente.

5º) La inadecuación del procedimiento seguido ante este Tribunal.

Solicita, por todo ello, que se decrete la inadmisibilidad del recurso o, en caso de admisión a trámite, sea desestimado en su totalidad, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO. Antes de resolver las pretensiones del recurso interpuesto resulta obligado que esta Sala se pronuncie sobre la extemporaneidad de éste aducida por el Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla en virtud del artículo 46.2 LFTCu.

El artículo precitado establece un plazo de cinco días para la interposición del recurso contra los autos de archivo que se dicten en las actuaciones que se turnen como diligencias preliminares. El presente caso se refiere al archivo de una acción pública, que se regula en el artículo 56 de la LFTCu, y el apartado cuarto de este artículo establece que el auto que inadmita dicha acción será susceptible de recurso de apelación. Este recurso fue ofrecido en el pie de notificación de la resolución recurrida y el plazo para su interposición es de quince días, conforme a lo establecido en los artículos 80.3 y 85.1de la LJCA, aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 80.1 de la LFTCu.

Por tanto, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, tal como se estableció en la diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de las actuaciones de 9 de mayo de 2023.

SEXTO. Para resolver las pretensiones de la representación del accionante público hay que partir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias 436/2020, de 15 de julio, 419/2021, de 21 de junio, 611/32021, de 20 de septiembre, y 308/2022, de 19 de abril), conforme a la cual el recurso de apelación es un recurso ordinario, que permite al Tribunal competente para resolverla abordar la cuestión fáctica y jurídica planteada en la instancia.

Esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril, y 15/2020, de 30 de septiembre) ha establecido que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

La segunda instancia exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan 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; sin perjuicio de que el principio de tutela judicial efectiva aconseje entrar a conocer de los alegatos de los recurrentes.

La representación del recurrente en el recurso interpuesto se ha limitado a reiterar lo inicialmente denunciado, añadiendo ejemplos sobre alguna de las irregularidades manifestadas en la primera instancia. Reproducir los argumentos que se han

desestimado en la primera instancia en la segunda no se ha aceptado como fundamentación para un recurso de apelación por la doctrina constante (SSJ 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; y 16/2017, de 28 de abril), sin perjuicio de que el principio de tutela judicial efectiva aconseje entrar a conocer de los alegatos de aquélla.

Esta Sala de Justicia (por todos, Autos 5/2019, de 16 de mayo, y 1/2020, de 18 de febrero) se ha venido pronunciando en el sentido de que, aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la Constitución, comprende el obligado respeto al principio pro actione, éste se constituye como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma.

SÉPTIMO. El artículo 56 de la LFTCu, en sus apartados segundo y tercero, se refiere al ejercicio de la acción pública afirmando que "se efectuará mediante escrito compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos", y que, en el caso de que "en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas, previa audiencia, por término común de cinco días, del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante auto motivado, el escrito formulado (…)".

El Auto 10/2020, de 6 de Julio, de esta Sala de Justicia, en una interpretación conjunta y sistemática de los artículos 56.3 y 46.2 de la LFTCu, establece que para poder apreciar que debe admitirse una acción pública, han de aportarse indicios jurídicamente relevantes de la existencia de responsabilidad contable y, en particular, elementos suficientes para demostrar, en grado indiciario, que se ha producido una vulneración de la normativa económico-financiera aplicable a la gestión enjuiciada y, además, que se ha provocado un menoscabo real, efectivo y evaluable económicamente, en relación con cuentas y partidas determinadas.

Procede, por ello, resolver si los hechos respecto de los que se solicita por la representación del accionante público que se proceda al nombramiento de delegado instructor justifican tal pronunciamiento o, por el contrario, son susceptibles de archivo, tal como determina el auto recurrido.

El Auto 15/2022, de 22 de septiembre, de esta Sala de Justicia (con cita a su vez de los Autos 8/2018 de 28 de febrero, 10/2015, de 13 de abril, y 27/2012, de 17 de

julio) establece que el archivo de las actuaciones procede "(…) cuando, de manera manifiesta, los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance, sin que los antecedentes evidencien, sin lugar a equívocos, la posible relevancia en el ámbito de la jurisdicción contable de los hechos sometidos a su enjuiciamiento, es decir, cuando por su intrascendencia en el ámbito contable haga innecesaria o inútil la continuación de las actuaciones". Esta falta de relevancia debe constar de modo manifiesto e inequívoco, y si no existiera tal certeza, deberían proseguirse las actuaciones, si estuvieran las presuntas irregularidades cuantificadas y fundadas en hechos debidamente identificados, dado que en otro caso el archivo sería prematuro e infundado.

Son, por tanto, dos las cuestiones a determinar para resolver si el auto recurrido es conforme a Derecho, al acordar el archivo de las actuaciones respecto a las seis irregularidades para cuya investigación la apelante solicita el nombramiento de delegado instructor: 1-aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable con referencia específica a determinadas cuentas o actos concretos y 2-concreción de la normativa presupuestaria o contable que se estime infringida y que dé lugar al consiguiente menoscabo de los fondos públicos.

Respecto a la presunta existencia de vulneración de la normativa económico-presupuestaria aplicable, alegada por la representación del recurrente, tanto el Ministerio Fiscal como la Consejera de instancia estimaron en la tramitación y resolución de la acción pública que se tratarían de incumplimientos de carácter formal que podrían dar lugar a otro tipo de responsabilidades, en todo caso ajenas a la responsabilidad contable.

Con independencia de los incumplimientos formales que pudieran haberse producido en algunas fases del expediente administrativo de la modificación presupuestaria tramitada, del análisis de la documentación que obra en las actuaciones cabe concluir que la tramitación de dicho expediente se realizó conforme al procedimiento regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL) y en el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla la Ley de Haciendas Locales en materia de presupuestos.

Así, constan en el expediente de modificación presupuestaria los siguientes documentos:

- Memoria justificativa.

- Documento acreditativo de la utilización del remanente de tesorería del ejercicio anterior.

- Anuncio de la aprobación definitiva de la modificación presupuestaria publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Burgos.

- Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de septiembre de 2022, por el que se decretó aprobar inicialmente la modificación presupuestaria 1/2022 para el ejercicio 2022.

- Informe de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento, de 7 de noviembre de 2022, que analizaba y desestimaba las pretensiones efectuadas por el ahora recurrente (prácticamente coincidentes con las realizadas ante esta jurisdicción, tanto en la denuncia como en el presente recurso) en la reclamación administrativa contra la aprobación inicial de la modificación presupuestaria.

Por lo expuesto, esta Sala estima que no se ha producido, en cuanto a los hechos respecto de los que se decretó el archivo en el auto recurrido, vulneración alguna de la normativa económico-presupuestaria.

En cuanto a si concurría o no en la acción pública interpuesta por la representación del recurrente la irrelevancia manifiesta de los hechos denunciados en el ámbito jurisdiccional contable, resulta obligado destacar lo siguiente:

-Son múltiples las resoluciones de esta Sala (por todas, Sentencia 22/2022, de 21 de septiembre, y Autos 21/2005, de 22 de septiembre, 30/2011, de 18 de diciembre y 8/2012, de 28 de marzo), en las que se establece que para que las irregularidades puestas de manifiesto en denuncias o acciones públicas pudieran revestir caracteres de alcance sería necesario que señalaran hechos concretos que pudieran dar lugar a un descubierto y que produjesen un perjuicio a los fondos públicos, el cual ha de ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance.

-La acción pública ejercitada versaba sobre deficiencias en la tramitación de una modificación presupuestaria -número 1/2022- que la recurrente estima que pudieran ser constitutivas de alcance de caudales o efectos públicos.

-El artículo 162 del TRLRHL define los presupuestos generales de las entidades locales como “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”. Esto es, se trata de una previsión de ingresos y gastos, en virtud de la cual el Pleno de la Corporación autoriza al gobierno de la entidad a realizar gastos, para los fines y por los importes previstos, en un ejercicio económico. No obstante, cabe modificar a lo largo del ejercicio la cantidad o la finalidad de los gastos presupuestados mediante la debida tramitación de expedientes de modificaciones de crédito.

-En el desarrollo del ciclo presupuestario resultan diferenciables dos fases: **a)** la de planificación, que incluye los créditos iniciales, sus modificaciones y los créditos definitivos; y **b)** la de ejecución, que comprende la autorización y disposición de los gastos, el reconocimiento y liquidación de las obligaciones y la ordenación de los pagos y su realización material.

En la fase de planificación no se está ejecutando el presupuesto, por lo que no se produce, de forma alguna, una salida de fondos públicos susceptible de generar daños al patrimonio municipal.

En este sentido, cabría citar, a sensu contrario, la Sentencia 6/2015, de 11 de noviembre, de esta Sala de Justicia en la que, tras recoger la definición de los presupuestos generales de las entidades locales del precitado artículo 162 del TRLRHL, expone que " (…) lo que se discute en esta contienda no afecta a las previsiones presupuestarias sino a la deficiente ejecución de dichos presupuestos, en concreto, a la falta de justificación en las salidas de fondos examinadas de la finalidad o actividad pública a la que van destinadas."

En consecuencia, cabe concluir que los seis hechos recogidos en la acción pública ejercitada referidos en el antecedente de hecho primero de esta resolución, respecto a los que la representación del recurrente solicita la revocación del auto impugnado a efectos de que se estime la petición de nombramiento de delegado instructor para su investigación, no revisten de manera manifiesta los caracteres de alcance.

La propia apelante, en su escrito de recurso indica que, "viendo los hechos a simple vista, parece evidente que no hay indicios de una responsabilidad contable, ya que a priori, no cumplen con los requisitos indiciarios suficientes para acreditar un daño al caudal público", y por ello requiere de este Tribunal que, con la posibilidad de examinar las cuentas, partidas y expedientes administrativos obrantes en la Corporación, realice un análisis global del estado de presupuestos y cuentas generales, ya que, es la única forma de que, de existir, aflore el daño al caudal público.

El examen de las cuentas de la corporación no corresponde a este ámbito jurisdiccional, ya que de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la LOTCu, el Tribunal de Cuentas tiene atribuidas dos funciones claramente diferenciadas: la fiscalizadora y el enjuiciamiento contable, con un contenido claramente diferenciado y así mientras que por la primera se comprueba el sometimiento de la actividad económica y financiera del sector público de que se trate a los principios de legalidad, eficiencia y economía, la segunda se circunscribe 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, por dolo, culpa o

negligencia grave originaren daño en dichos caudales a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario.

No cabe en el marco de las actuaciones jurisdiccionales que nos ocupan proceder a una fiscalización de las cuentas del Ayuntamiento de Monasterio de Rodilla, ya que la iniciativa para el ejercicio de las actuaciones fiscalizadoras corresponde al propio Tribunal de Cuentas, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas u otros órganos representativos análogos que se constituyan en las Comunidades Autónomas (artículo 45 de la LOTCu), sin que, como prevé el artículo 32 de la LFTCu, quepa dar curso a ninguna petición de fiscalización que no provenga de dichas instancias.

Tampoco puede pronunciarse esta jurisdicción contable sobre la supuesta nulidad o anulabilidad del acuerdo de la modificación de créditos que alega la recurrente, por corresponder la declaración de su validez al orden contencioso-administrativo (artículo 1 de la LJCA). La Sentencia 12/2013, de 11 de abril, de esta Sala, al delimitar la extensión de la jurisdicción de este Tribunal, establece que no puede conocer de la legalidad administrativa de las resoluciones administrativas impugnadas. Así se recoge, además, expresamente en los artículos 16. b) de la LOTCu y 49.2 de la LFTCu.

El Auto de esta Sala 10/2023, de 9 de mayo, establece que "no corresponde a esta instancia judicial realizar un pronunciamiento en relación con la eficiencia o ineficiencia de la gestión realizada o la oportunidad o acierto de una determinada gestión, sino que únicamente se debe apreciar si se ha producido, o no, un menoscabo individualizado en los caudales públicos gestionados como consecuencia de una acción u omisión que suponga una vulneración normativa".

De lo anteriormente indicado se concluye que la parte dispositiva de la resolución impugnada que acuerda el archivo de las actuaciones, objeto del recurso, fue ajustada a derecho, al descartarse de forma manifiesta la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad contable y, en especial, la del perjuicio real, efectivo y evaluable económicamente a los fondos municipales.

OCTAVO. En consecuencia con lo anterior procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada doña María Mercedes Garrido Navarro, en nombre y representación de Don J.L.A.O., Presidente de la Asociación vecinal "A.T.A.", contra al Auto de 11 de abril de 2023, dictado en la Acción Pública nº B4/2023.

Respecto a las costas causadas en esta instancia, de acuerdo con el artículo 139.2 de la LJCA, en relación con el artículo 80.3 LFTCu y la Disposición Final Segunda Dos de la LOTCu, procede su imposición al recurrente, por haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación interpuesto.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERA. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada doña María Mercedes Garrido Navarro, en nombre y representación de Don J.L.A.O., Presidente de la Asociación vecinal "A.T.A.", contra el auto de 11 de abril de 2023, dictado en la Acción Pública nº B4/2023, que se confirma en todos sus términos.

SEGUNDA. Imponer a Don J.L.A.O. las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de dicha Ley; en relación con los artículos 87 y 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

Auto nº 19/2023, de 2 de noviembre. Recurso del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 23/23, Actuaciones Previas nº 1028/22, Sector Público Estatal (Entidad Pública Empresarial Puertos del Estado), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

La Sala realiza un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme a doctrina reiterada (entre otros también aplicables, los Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre; nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero; así como los Autos números 20 y 23, ambos de 23 de junio de 2021) y, asimismo, del concepto de indefensión material seguido por la Sala de Justicia, tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Se rechazan los motivos mantenidos por los tres recurrentes, siempre teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales seguidos por la Sala de Justicia por inexistencia de indefensión atendiendo a la valoración de la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas y su funcionamiento legal. Especial relevancia tiene la asunción de la doctrina reiterada por la Sala de Justicia respecto a la pretensión de suspensión de las medidas cautelares adoptadas en fase previa.

Asimismo, la Sala alude a la ausencia de indefensión en el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, aplicando doctrina consolidada que la configura como mera medida cautelar previa a la fase jurisdiccional posterior.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 19/2023

ASUNTO: Recursos del art. 48.1 de la Ley 7/88, n.º 23/23, interpuestos contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 29 de junio de 2023, en las Actuaciones Previas n.º 1028/22, del ramo de Sector Público Estatal (Entidad Pública Empresarial Puertos del Estado), Madrid.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó - Presidenta
Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez - Consejera
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

VISTOS los recursos formulados contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 29 de junio de 2023, dictadas en las Actuaciones Previas n.º 1028/22, que se han interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Letrado don Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, en nombre y representación de Doña O.C.M.; por el Letrado don Juan Ramón García Notario, en nombre y representación de Doña O.C.M.; y por Don S.E.O., en su propio nombre y representación.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera doña Elena Hernáez Salguero quién, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acta de Liquidación Provisional levantada por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas n.º 1028/2022, con fecha de 29 de junio de 2023, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 32.704,89 euros, cantidad a la que habría que sumar 3.468,99 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha, suponiendo todo ello un total de 36.173,88 euros; y, asimismo, se declaró como presuntos responsables contables directos a los recurrentes, Doña O.C.M., Don J.L.O. y Don S.E.O.

SEGUNDO.- Con esa misma fecha de 29 de junio de 2023, por parte de la Delegada Instructora se dicta Providencia de requerimiento a los citados presuntos responsables directos para que efectúen el reintegro, depósito o afianzamiento de la referida cantidad de 36.173,88 euros, bajo apercibimiento de embargo.

TERCERO.- Con fecha de entrada 4 de julio de 2023, la representación procesal de Doña O.C.M., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 7 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), presentó recurso contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 29 de junio de 2023. Asimismo, mediante OTROSÍ, solicita la suspensión de los efectos de la Providencia de requerimiento de pago.

Con fecha de entrada 6 de julio de 2023, la representación procesal de Don J.L.O., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, presentó recurso contra el Acta de Liquidación Provisional, de fecha 29 de junio de 2023; asimismo, mediante OTROSÍ, solicita que la Sala acuerde la medida cautelar de suspensión del procedimiento. Mediante escrito también fechado a 6 de julio de 2023, procede a la aportación de poder de representación otorgado *apud acta*.

Con fecha de entrada 7 de julio de 2023, Don S.E.O., en su propio nombre y representación, al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, presentó recurso contra las ya citadas Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago. Asimismo, mediante OTROSÍ, solicita la suspensión de los efectos de las resoluciones recurridas.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 10 de julio de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia dispuso abrir el correspondiente rollo de la Sala, y pedir a la Delegada Instructora los antecedentes necesarios para la tramitación de los indicados recursos.

QUINTO.- Una vez recibidos los precitados antecedentes, por Diligencia de Ordenación de fecha 13 de julio de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió dar traslado de los recursos y de los antecedentes remitidos por la Delegada Instructora a todos los citados al acto de liquidación provisional, a efectos de que pudieran realizar las alegaciones estimaran pertinentes por un plazo común de cinco días.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 24 de julio de 2023 pidiendo tanto la desestimación de los tres recursos interpuestos como de las solicitudes de suspensión, y la consiguiente confirmación de la liquidación provisional y providencia recurridas.

SÉPTIMO.- Asimismo, mediante tres escritos de fecha 24 de julio de 2023, la Abogada del Estado ha procedido a impugnar los tres recursos interpuestos.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 25 de julio de 2023, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se efectuó mediante posterior diligencia de fecha 6 de septiembre de 2023, una vez practicadas las oportunas notificaciones.

NOVENO.- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas acordó, mediante Providencia de fecha 19 de octubre de 2023, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición de los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- La representación procesal de Doña O.C.M. ha presentado recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra el

Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, ambas dictadas con fecha 29 de junio de 2023, en las Actuaciones Previas Nº 1028/2022.

Una vez analizado el contenido del escrito de recurso, se constata que el mismo se estructura en cinco apartados de fundamentos de derecho, quedando referidos los tres primeros a la caracterización legal de las actuaciones previas, su liquidación y el propio recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, pasando a fundamentar en sustancia su pretensión en el apartado cuarto, rubricado como *"Diligencias que no se han completado en la instrucción llevada a cabo por la Delegada Instructora"*; no obstante, más adelante viene a manifestar que *"no está en cuestión que las diligencias eran pertinentes y útiles para la investigación, sino que, por el contrario, si esas diligencias han sido practicadas debidamente, y si los resultados de esas diligencias han tenido su debida traducción en las actuaciones previas".* La recurrente sigue con un detallado análisis de determinadas actuaciones de instrucción y la documentación obrante en las actuaciones, extrayendo unas conclusiones divergentes de las reflejadas en el acta de liquidación, especialmente, en relación con la posible responsabilidad del Secretario General de la entidad pública. Por otro lado, en el quinto y último apartado del recurso, se viene a sostener la presunta indefensión de la recurrente, argumentando que *"no es lo mismo que un procedimiento judicial se inicie ya con una determinación acabada de los hechos y de los posibles responsables, a que los hechos y la información vaya apareciendo a medida que avanza el procedimiento judicial",* por lo que, a juicio de la recurrente, *"dejar esa determinación para una fase ulterior, cuando bien puede hacerse en la fase de actuaciones previas, sitúa a esta parte en una situación de indefensión"*. Finalmente, mediante OTROSÍ, *"a la vista del contenido del mismo* -del recurso- *en el que se ponen de manifiesto los claros motivos de nulidad del acta",* la Sra. C.M. también solicita la suspensión de los efectos de la Providencia de requerimiento de pago.

TERCERO.- La representación procesal de Don J.L.O. ha formalizado el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra *"el acto de Liquidación Provisional"* (sic), que se estructura en cuatro apartados de alegaciones precedidos de siete breves puntos de antecedentes, en los que se hace referencia a las alegaciones y documentación presentados, y a una supuesta denegación de la intervención del letrado del recurrente durante el curso de las actuaciones previas y en el acto de la liquidación provisional.

En el primero de los cuatro apartados de alegaciones, el recurrente pone de manifiesto la negativa de la Delegada Instructora a analizar o dar respuesta a las alegaciones presentadas en relación con un "Informe de Recomendaciones de Control Interno e Informe Adicional" obrante en las actuaciones, extendiéndose sobre el contenido material del precitado Informe para acabar concluyendo que la recepción de la referida documentación por el instructor, sin dar respuesta a las alegaciones sobre la misma, da lugar a indefensión para el recurrente si no se razona mínimamente el motivo por el que las alegaciones y los elementos probatorios no se consideran relevantes. En el segundo apartado de alegaciones del recurso, se aduce una supuesta negativa de la Delegada Instructora a permitir la intervención del abogado del recurrente durante el acto de liquidación, a pesar de la constancia en las actuaciones del poder *apud acta* otorgado a sus letrados a efectos de representación; si bien reconoce que, al inicio del acto, habida cuenta de la comparecencia del propio interesado -acompañado de los abogados-, se comunicó que las alegaciones y firma del acta habrían de ser realizadas por él mismo; no obstante, en virtud del poder conferido, entiende la posibilidad de la intervención conjunta o alternativa de interesado y abogados, estimando que en caso contrario se genera una vulneración del derecho de defensa y la consiguiente indefensión. En el tercer apartado de alegaciones, el Sr. L.O. pone de manifiesto que, con la suspensión del acto de la liquidación provisional, la Delegada Instructora solicitó cierta documentación a "Puertos del Estado", y que si bien, cuando fue aportada, se citó a los interesados para el nuevo y definitivo acto de liquidación con traslado de dicha documentación, no se otorgó un trámite específico de alegaciones respecto de ella. Finalmente, en el cuarto y último apartado de alegaciones, el recurrente se limita reiterar la indefensión que supuestamente se le habría generado con carácter general.

Por todo lo anterior, el Sr. L.O. solicita la revocación del acto de liquidación, con retrotracción de actuaciones a fin de completar el mismo con los extremos y actuaciones que, a su juicio, deberían haberse observado, de conformidad con lo razonado en los apartados primero a tercero de las alegaciones del escrito de recurso. Finalmente, mediante OTROSÍ, *"a la vista de los perjuicios irreparables que depararía la continuación del procedimiento, con el inicio de la fase de enjuiciamiento sin haber corregido las irregularidades aquí señaladas, y habiéndose afectado el derecho fundamental a la defensa",* el recurrente también solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento en tanto no recaiga resolución en el presente recurso.

CUARTO.- Finalmente, Don S.E.O., en su propio nombre y representación, y al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, también ha presentado recurso contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, en las Actuaciones Previas Nº 1028/2022.

Tras exponer una serie de antecedentes, el recurso se estructura en seis apartados de fundamentos de derecho. En los dos primeros, se expone la caracterización legal de las actuaciones previas y del mismo recurso del artículo 48.1 de la LFTCu. En el tercero, se aduce que se habría producido un error evidente en la apreciación de la prueba basándose en los documentos que obran en el procedimiento y en las diligencias practicadas para la averiguación de los hechos y los presuntos responsables, en relación con determinada documentación que se aporta con el escrito de recurso, y que se refiere a otro empleado que, con posterioridad al período investigado, habría ocupado la misma Dirección Corporativa de "Puertos del Estado" a la que se refieren los hechos objeto de la instrucción contable. En el cuarto apartado, el recurrente se refiere a las diligencias que, presuntamente, no se habrían completado al ser rechazadas por la Delegada Instructora, especificándose que las pruebas denegadas consisten en documentación acreditativa de reducciones salariales, cantidades deducidas y contrato de trabajo del mismo empleado al que se acaba de aludir. Asimismo, en el apartado quinto, el Sr. E.O. reitera nuevamente que, a su juicio, tampoco se ha accedido a completar las diligencias en lo relativo a las reiteradas peticiones para identificar a la persona responsable de la liquidación, saldo y finiquito de la exdirectora corporativa, ya que la contestación final de la Delegada Instructora a tales peticiones no realiza una adecuada valoración de la ocultación de información llevada a cabo por parte del Secretario General, quien habría sido la persona que efectuó los referidos trámites de liquidación, saldo y finiquito. En el sexto apartado, el recurrente invoca la presunta indefensión sufrida por desconocimiento de los hechos, dado que, por un lado, no se puso en su conocimiento la existencia de un abono injustificado de fondos públicos a la mencionada exdirectora corporativa; y, por otro lado, la indefensión consustancial a la inexistencia de prueba o indicio respecto de su actuación dolosa, culposa o negligente, en relación con el citado desconocimiento.

Finalmente, mediante OTROSÍ, al entender que en el presente caso concurren circunstancias excepcionales, el Sr. E.O. también solicita la suspensión de los efectos de las resoluciones recurridas.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal ha pedido tanto la desestimación de los tres recursos interpuestos como de las solicitudes de suspensión de las resoluciones recurridas.

Respecto del formulado por la representación procesal de Doña O.C.M., señala el error de concepto en que incurre la recurrente por cuanto alega como fundamento que no se han completado las diligencias que tenían que haberse practicado, pero, a su vez, no señala ni los extremos sobre los que interesó que se completaran las actuaciones, ni que esa solicitud fuera indebidamente denegada por la instrucción. Añade el Ministerio Público que, realmente, el motivo invocado consiste en una discrepancia entre el criterio de la recurrente y el de la Delegada Instructora en relación con la cuestión de fondo referente a quien incumbiría la responsabilidad por los hechos investigados. Por otro lado, en relación con la alegación de indefensión, añade que en el recurso no se manifiesta que se haya producido la misma en la fase de instrucción, sino que se refiere a la indefensión que, eventualmente, se produciría en la ulterior fase jurisdiccional del procedimiento de reintegro por alcance, volviendo a plantear nuevamente cuestiones relativas al fondo del asunto; finalmente en cuanto a la suspensión solicitada, resalta que no se fundamenta en la concurrencia de circunstancias excepcionales, sino en la remisión al contenido del propio recurso, por lo que debe ser rechazada.

En cuanto al recurso interpuesto por la representación procesal de Don J.L.O., en primer lugar, en relación con la alegación relativa a la presunta indefensión sufrida como consecuencia de la negativa de la Delegada Instructora a analizar o dar respuesta a las alegaciones presentadas en relación con el "Informe de Recomendaciones de Control Interno", el Ministerio Fiscal alega que, realmente, el recurrente viene a plantear una serie de cuestiones de fondo que se reprochan omitidas en el estudio del citado Informe por parte de la instrucción, lo que no puede realizarse por la vía del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, en el que no procede analizar cuestiones no planteadas en las actuaciones previas.En este sentido, de acuerdo con el contenido del acta de liquidación provisional, que en todo caso presenta la adecuada motivación fáctica y jurídica, según aduce, se constata que el Sr. L.O. realizó alegaciones, solicitó la aclaración de lo que citó como una *"incongruencia"* y, asimismo, adjuntó el citado "Informe de

Recomendaciones de Control Interno", dándose efectiva contestación por la Delegada Instructora -mediante remisión a sus consideraciones anteriores-, realizando la aclaración que se le había solicitado e incorporándose las alegaciones efectuadas por el presunto responsable contable. Ante dicha respuesta, el recurrente no procedió a rebatir la misma, sino que, simplemente, alegó que no se había concedido la palabra a su letrado en el acto de la práctica de la liquidación provisional. Precisamente, en relación con esta alegación del Sr. L.O., que se desarrolla en el apartado segundo del escrito de recurso, el Ministerio Fiscal se opone indicando que el recurrente compareció con dos letrados y que, en aras de la ordenada realización del acto de liquidación, la Delegada Instructora le requirió para que designase quién iba a alegar y firmar el acta, contestándose por el interesado que él mismo; por lo tanto, debe desestimarse este motivo del recurso, resaltando además la libre comunicación entre el recurrente y sus dos letrados durante el completo desarrollo del acto de la práctica de la liquidación provisional, lo que conduce a la ausencia de materialidad en esta alegación de indefensión que se plantea en el recurso. Finalmente, en cuanto al tercer motivo o alegación del escrito de recurso, que se refiere a una supuesta ausencia de un trámite de alegaciones en relación con la última documentación requerida a "Puertos del Estado", el Ministerio Público se remite nuevamente al contenido del Acta de Liquidación Provisional, poniendo de manifiesto la formulación de alegaciones en el propio acto por el Sr. L.O., quien evidentemente tenía pleno conocimiento de la documentación que se le había trasladado cuando se le citó para su comparecencia a la liquidación provisional.

En relación con el recurso formalizado en su propio nombre por Don S.E.O., el Ministerio Fiscal se opone alegando, en primer lugar, que la prueba solicitada por el recurrente versaba sobre la relación laboral de "Puertos del Estado" con el empleado que sucedió en el mismo puesto a la directiva cuyas retribuciones indebidas constituyen el objeto de las actuaciones instructoras, y que fue denegada por cuanto tales diligencias iban dirigidas a acreditar aspectos fuera de la competencia de la Delegada Instructora. Por otro lado, añade que en este recurso se viene a reiterar -en coincidencia con el recurso de la Sra. C.M.- un desacuerdo con el criterio de la Delegada Instructora, insistiendo en que la responsabilidad habría de ser imputada al Secretario General. Finalmente, en relación con la petición de suspensión de las resoluciones recurridas, concluye igualmente que, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, al no justificarse la

concurrencia de circunstancias excepcionales, debe ser igualmente desestimada.

SEXTO.- La Abogacía del Estado en el Tribunal de Cuentas ha procedido a impugnar los tres recursos interpuestos.

En relación el recurso formulado por la representación procesal de Doña O.C.M., la Abogada del Estado comienza afirmando la corrección de las actuaciones de la Delegada Instructora en lo relativo al traslado de documentación y ofrecimiento de alegaciones a los interesados, concluyendo que lo que realmente se discute en este recurso es la valoración efectuada por la instrucción, pretendiendo, entre otros aspectos, la responsabilización del Secretario General de "Puertos del Estado"; asimismo, rechaza la alegación relativa a la presunta falta de motivación del Acta de Liquidación Provisional. Finalmente, en cuanto a la petición de suspensión, la rechaza igualmente por ausencia de justificación de excepcionalidad.

Por otro lado, respecto del recurso formulado por la representación procesal de Don J.L.O., la impugnación de la Abogada del Estado se remite al desarrollo de las actuaciones llevadas a cabo por la Delegada Instructora, poniendo de manifiesto que, en primer lugar, dispuso la suspensión de la primera convocatoria al acto de la liquidación provisional y la práctica del requerimiento para que se aportase a las actuaciones la documentación solicitada por los interesados presuntos responsables, a quienes se les dio el correspondiente traslado, una vez recibida dicha documentación, y se les citó nuevamente para la liquidación provisional final, reseñándose que, a diferencia del recurrente, los otros dos presuntos responsables presentaron nuevamente escritos de alegaciones. Añade que los razonamientos del recurso vienen a confluir en discrepancias jurídico-materiales sobre el fondo, tales como la atribución de responsabilidad al Secretario General de la entidad pública, presentando el Acta una suficiente motivación fáctica y jurídica. Asimismo, niega la existencia de cualquier tipo de indefensión producida al recurrente, poniendo de manifiesto que, en el desarrollo del acto de la liquidación provisional, se produjo la intervención personal y por propia voluntad del Sr. L.O. quien manifestó a la Delegada Instructora que sería él mismo quien alegaría y firmaría el Acta de Liquidación Provisional; asimismo, la Delegada Instructora advirtió de que no podía intervenir su letrado, sin perjuicio de que sí admitía la comunicación entre éste y el recurrente. Por lo demás, en cuanto a la petición de suspensión, la rechaza igualmente por ausencia de justificación de excepcionalidad.

Finalmente, respecto del recurso formulado por Don S.E.O., la Abogada del Estado, con la finalidad de rechazar la existencia de indefensión material, procede a relatar la sucesión de momentos en que el recurrente presentó alegaciones. En este sentido, manifiesta que la Delegada Instructora consideró ajeno al objeto de las actuaciones previas el contrato y demás documentación aportada en relación con el otro directivo de "Puertos del Estado", que habría sucedido en el puesto a la persona cuyas retribuciones constituyen el objeto de la instrucción; y, asimismo, que la Delegada Instructora procedió a realizar una efectiva valoración sobre la delegación que sustentaría la presunta responsabilidad del Secretario General de la entidad pública, expresando sus dudas sobre ello. Además de lo anterior, la Abogada del Estado precisa que, a su juicio, todas las anteriores alegaciones se referían realmente a cuestiones de fondo y ajenas al objeto del recurso. Por lo demás, en cuanto a la petición de suspensión, al igual que en los otros dos casos, la rechaza por ausencia de acreditación de la concurrencia de circunstancias excepcionales.

SÉPTIMO.- Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por los recurrentes, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (por todos, v. 4/2020, de 18 de febrero de 2020; auto 4/2019, de 20 de marzo de 2019; auto 1/2019, de 12 de febrero de 2019) ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer, a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o *per saltum*) de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa. De ahí que los motivos de impugnación no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en el artículo 48.1 de la LFTCu, es decir que "no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren" o que "se causare indefensión".

La indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido sin ambages.

Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986, de 23 de abril, se manifiesta lo siguiente: *"[...] una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella [...]"* (F. 1).

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrá alegar y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión, puesto que, de lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "ex lege" a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en el artículo 25 de la LOTCu, y en los artículos 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

OCTAVO.- Sin perjuicio de poner de manifiesto las posibles coincidencias en las contestaciones a las alegaciones o motivos planteados en los tres recursos presentados, a continuación, se va a proceder a analizar cada uno de ellos por separado, a la luz de la consolidada doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal recaída con ocasión de la resolución de los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu.

En cuanto al recurso interpuesto por la representación procesal de Doña O.C.M., en primer lugar, debe partirse del propio tenor literal del primero de los motivos alegados (apartado cuarto del escrito de recurso) bajo el enunciado siguiente: *"Diligencias que no se han completado en la instrucción llevada a cabo por la Delegada Instructora".* No obstante, dicho enunciado queda inmediatamente matizado por la recurrente al precisar que ***"no estamos hablando de diligencias que se han interesado y que no se han practicado por no considerarlas relevantes la delegada instructora",*** **sino sobre el hecho de** ***"si esas diligencias han sido practicadas debidamente y si, los resultados de esas diligencias, han tenido su debida traducción en las actuaciones previas".***

Por lo tanto, resulta evidente que el verdadero objeto de la anterior pretensión no es otro que **sustituir el criterio de la Delegada Instructora por el de la propia recurrente,** quien sostiene que la presunta responsabilidad contable por los hechos investigados debería atribuirse al Secretario General de "Puertos del Estado". Además de que esta cuestión alegada se trataría, sin ninguna duda, de una cuestión de fondo fuera del objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, debe advertirse que **la Delegada Instructora sí se ha pronunciado expresamente sobre la misma (págs. 43 y 44 del Acta),** aunque sus conclusiones no coincidan con las de la recurrente. En este sentido, si se analizan dichos pronunciamientos de la Delegada Instructora, así como el resto del contenido del Acta de liquidación Provisional, debe concluirse que **se cumplen plenamente los requisitos de motivación que viene estableciendo reiteradamente la doctrina de esta Sala de Justicia (v. Autos 7/2018, de 28 de febrero; 3/2017, de 24 de abril; 9/2016, de 19 de abril; 3/1997, de 11 de febrero),** con apoyo en la jurisprudencia constitucional y en la del Tribunal Supremo, conforme a la cual *"la motivación de las actas de liquidación provisional no requiere la consideración minuciosa de todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes (STC 70/91, de 8 de abril y STS de 22 de mayo de 1996),* ***ni exige una respuesta pormenorizada a todas las alegaciones de las partes, bastando que el órgano decisor exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión (STC 144/91, de 1 de julio)".***

Además de lo anterior, como se acaba de advertir *ut supra,* mediante este motivo planteado por la recurrente, consistente en una discrepancia entre su criterio y el de la Delegada Instructora, realmente, **también se está planteando la cuestión de fondo referente a quien incumbiría la presunta responsabilidad contable por los hechos investigados.** Por lo tanto, la alegación debe ser igualmente desestimada de acuerdo con la consolidada doctrina de esta Sala de Justicia, en la que se viene rechazando que el recurso regulado en el artículo 48.1 de la LFTCu pueda basarse en discrepancias de fondo con las conclusiones del Acta de Liquidación Provisional, en relación con los hechos investigados y la concurrencia en los mismos de los requisitos legalmente exigidos para apreciar la existencia de responsabilidades contables. A este respecto, **la Sala ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que por medio del recurso que nos ocupa "*no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional*" y que "*al amparo de este excepcional recurso no pueden plantearse cuestiones procesales o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia*"** (por todos, v.

Autos 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre). En un mismo sentido que las anteriores resoluciones, puede citarse **el reciente Auto n.º 8/2023, de 11 de mayo,** que se pronuncia en los siguientes términos literales:

"[...] Por ello, hay que insistir de nuevo en que, ***por vía de este recurso no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del, o de los presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, conforme ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia (por todos, Auto nº 3/2016, de 8 de marzo),*** *debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no pueda realizarse al amparo de este excepcional trámite, sino que su enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del Derecho aplicable, en el ámbito del juicio que corresponda [...]".*

Por otro lado, debe analizarse **la alegación de presunta indefensión que plantea la recurrente (apartado cuarto del escrito de recurso),** razonando que se le habría producido porque en el Acta de Liquidación se estaría dejando *"la determinación acabada de los hechos y de los posibles responsables para una fase ulterior jurisdiccional",* cuando, a su juicio, dicha determinación podría hacerse en la fase de Actuaciones Previas. Para analizar esta alegación, debe recordarse **la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas,** que ha sido precisada por reiterada doctrina de esta Sala de Justicia. **En este sentido, pueden citarse, por todos, los pronunciamientos contenidos en los Autos n.º 11/2020, de 6 de julio, y n.º 7/2011, de 9 de mayo:**

"[...] las Actuaciones Previas ***no constituyen un procedimiento contradictorio,*** *ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable, ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos, o sobre su calificación jurídica, que en dichas actuaciones se examinan,* ***quedando excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia.*** *Es en el trámite de liquidación provisional donde se prevé la citación de los intervinientes en las actuaciones previas para que asistan al acto de levantamiento del Acta del*

presunto alcance, y en ese momento, es dónde se ponen a disposición de aquellos el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado ha formado sobre el supuesto alcance y la supuesta responsabilidad, para que aporten las alegaciones y documentación que tengan por conveniente, ***pero, la defensa plena de sus derechos se despliega en el ámbito*** *del proceso jurisdiccional* ***que, necesariamente, sucede a las actuaciones previas.*** *Es, pues, dentro del proceso ante el órgano jurisdiccional independiente, competente y establecido por la Ley,* ***donde se van a desarrollar, con plenas garantías, las alegaciones y pruebas de las partes, y donde se va a dictar la resolución fundada que otorgue la efectiva tutela en el orden contable […]"***.

Por lo anterior, de acuerdo con la referida doctrina de la Sala de Justicia, debe ser desestimada la alegación de presunta indefensión que plantea la recurrente por cuanto que, en la fase de actuaciones previas, lo que precisamente no cabe es lo alegado en el recurso: esto es, que en la fase de actuaciones previas, en la que están *"excluidas cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción",* se realice una *"determinación acabada de los hechos y de los posibles responsables";* **al contrario, dicha *"determinación acabada"* se realizará en la posterior fase del proceso jurisdiccional,** en la que se desarrollará, con plenas garantías, las alegaciones y pruebas de las partes, y se dictará la resolución fundada que otorgue la efectiva tutela en el orden jurisdiccional contable.

Finalmente, en cuanto la petición realizada mediante OTROSÍ por la representación procesal de Doña O.C.M., consistente en **la suspensión de los efectos de las resoluciones recurridas,** debe ser igualmente desestimada en atención a que la recurrente **no ha justificado, en el supuesto objeto del presente recurso, la concurrencia de circunstancias excepcionales que estén relacionadas con una posible situación de indefensión,** tal y como se exige por la reiterada doctrina que también ha fijado esta Sala de Justicia al analizar este tipo pretensión cautelar durante la tramitación de los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu. En este sentido, por todos, puede volver a citarse **el citado Auto n.º 8/2023, de 11 de mayo,** que, a su vez, recoge pronunciamientos anteriores en idéntico sentido:

"[…] Cabe recordar que la interposición del recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento, ***no tiene efecto suspensivo de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales.*** *Dicha suspensión, como se establece en la doctrina de esta*

Sala de Justicia (entre otros, los Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre y nº 14/2018, de 30 de mayo), ***sólo se produce en aquellos casos en que la Sala aprecie la existencia de tales circunstancias excepcionales*** *y resulte, por ello, estimada la solicitud planteada en tal sentido por el recurrente. En el presente caso no existe motivo que justifique la suspensión de la eficacia de la Providencia recurrida, por lo que procede rechazar tal solicitud suspensiva, pues la recurrente no ha justificado suficientemente la suspensión más allá de la supuesta existencia de dudas razonables respecto a la responsabilidad de… que han sido alegadas a lo largo de su recurso. Del mismo modo, la Sala de Justicia, ha venido manteniendo, por todos en los Autos nº 2/2018, de 30 de enero, 18/2013, de 17 de septiembre y 17/2015, de 2 de julio, que las circunstancias que pueden dar lugar a los efectos suspensivos de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu,* ***por su carácter excepcional, deben ser objeto de interpretación restrictiva y no cabe su apreciación si no es porque estén relacionadas con una posible situación de indefensión.*** *Y la supuesta existencia de dudas razonables respecto a la responsabilidad de…, única circunstancia en que el recurrente parece basar su solicitud de suspensión, nada tiene que ver con una situación de indefensión, al tratarse de una cuestión que afecta al fondo del asunto […]".*

En definitiva, por todo lo expuesto anteriormente, se desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de de Doña O.C.M.

NOVENO.- En relación con el recurso formulado por la representación procesal de Don J.L.O., la primera de sus alegaciones consistía en la presunta negativa de la Delegada Instructora a analizar o dar respuesta a las alegaciones presentadas en relación con un "Informe de Recomendaciones de Control Interno e Informe Adicional" obrante en las actuaciones, extendiéndose sobre el contenido material del precitado Informe para acabar concluyendo que la recepción de la referida documentación por el Instructor, sin dar respuesta a las alegaciones sobre la misma, da lugar a indefensión para el recurrente si no se razona mínimamente el motivo por el que las alegaciones y los elementos probatorios no se consideran relevantes.

Una vez analizado el contenido del Acta de Liquidación Provisional, se constata que el referido "Informe de Recomendaciones de Control Interno e Informe Adicional" **sí ha sido objeto de valoración y pronunciamiento por parte de la Delegada Instructora (v. pág. 21-26, 30, 33 y 34 del Acta),** aunque sus conclusiones no coincidan con las del recurrente; por ello, debe

desestimarse la alegación de presunta indefensión planteada, al no haberse producido, en ningún caso, una mera recepción de documentación por la Delegada Instructora sin motivación o sin consideración a la relevancia del documento.

En definitiva, la pretensión del recurrente va realmente dirigida a sustituir la valoración o criterio de la Delegada Instructora por el suyo propio. En este sentido, si se analizan estos concretos pronunciamientos de la Delegada Instructora, así como el resto del contenido del Acta de liquidación Provisional, debe concluirse que **se cumplen plenamente los requisitos de motivación que viene estableciendo reiteradamente la doctrina de esta Sala de Justicia (v. Autos 7/2018, de 28 de febrero; 3/2017, de 24 de abril; 9/2016, de 19 de abril; 3/1997, de 11 de febrero),** a los que ya hecho referencia en el anterior fundamento, debiendo añadirse que *"la doctrina de esta Sala de Justicia, expresada en numerosísimas ocasiones (entre otras, en los Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 28/2011, de 18 de diciembre; 22/2011, de 27 de septiembre; 13/2011, de 20 de julio; 36/2008, de 14 de diciembre; 8/2008, de 31 de marzo; 6/2008, de 4 de marzo; 5/2008, de 4 de marzo; 51/2007, de 21 de octubre y 49/2007, de 16 de octubre), es que los Delegados Instructores no tienen por qué realizar todas las diligencias que los intervinientes en las Actuaciones Previas les propongan* ***si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y de su imputación, y que las diligencias que debe practicar el órgano instructor no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal".***

Por lo anterior, debe ser desestimada la primera alegación del recurso del Sr. L.O. por cuanto, de conformidad con la precitada doctrina de la Sala de Justicia -y como acertadamente concluye el Ministerio Fiscal en este punto-, la liquidación provisional **contiene sobradamente la motivación fáctica y jurídica que soporta sus pronunciamientos (v. págs. 18-35)** y, después, en relación con las concretas alegaciones realizadas por el recurrente (v. págs. 36-40), **también se contienen las consideraciones a las que se remitió la Delegada Instructora al finalizar el acto de la liquidación provisional.**

Por otro lado, en cuanto a la segunda alegación que se realiza en este recurso, consistente en **la presunta indefensión sufrida por la supuesta negativa de**

la Delegada Instructora a la intervención del abogado del recurrente en el acto de la liquidación provisional, en primer lugar, debe hacerse referencia a cómo se produjeron los hechos durante la práctica de la liquidación provisional, tal y como se recogen en el propio Acta de Liquidación Provisional (v. pág. 52 del Acta) y también han corroborado el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en sus correspondientes escritos. En efecto, fue el propio Sr. L.O. quien, en el propio acto de la práctica de la liquidación provisional, confirmó que sería él mismo quien realizaría las alegaciones y firmaría el Acta. Asimismo, no se le impidió en ningún momento comunicarse con su letrado; prueba de ello es que el letrado fue informando al Sr. L.de lo que debía ir diciendo durante la celebración del acto.

De los anteriores hechos, que han resultado acreditados, se colige de manera incontrovertible que **no se le ha producido ningún tipo de indefensión material al recurrente durante el acto de la práctica de la liquidación provisional, esto es, que no se ha vulnerado el contenido de su derecho fundamental a la defensa del artículo 24 de la Constitución,** conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, que ha recogido esta Sala en diversos pronunciamientos dictados al resolver los recursos del artículo 48.1 de la LFTCu (por todos, v. los siguientes Autos de la Sala de Justicia: Auto núm. 33/2008, de 3 de diciembre; Auto núm. 10/2010, de 17 de mayo, Auto núm. 12/2019, de 13 de noviembre; Auto núm. 2/2020, de 18 de febrero):

"[…] la doctrina general del Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de indefensión exige, en relación con la tutela judicial efectiva (ex. art. 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 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 8/2006, de 7 de abril); de otra, la indefensión prohibida en el art. 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 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 (Sentencias 3/2005, de 1 de abril, 6/2005, de 13 de abril y 11/2005, de 14 de julio) […]".*

Por lo anterior, debe ser igualmente desestimada esta segunda alegación del recurso del Sr. L.O.

Finalmente, en cuanto a la tercera y última alegación que se plantea en el recurso -ya que la cuarta viene a ser una reiteración general de la indefensión que supuestamente se habría generado al recurrente-, se pone de manifiesto que se citó a los interesados para el "acto final" de liquidación provisional, con traslado de la documentación que motivó la suspensión y que se requirió a "Puertos del Estado", pero sin otorgar formalmente un nuevo trámite de alegaciones.

En relación con esta alegación, además de la circunstancia que advierte la Abogada del Estado en su escrito de impugnación, en relación con la actuación de los otros dos presuntos responsables tras recibirse la documentación requerida a "Puertos del Estado" -esto es, que, *"**con fecha 30 de mayo y 1 de junio de 2023,** presentaron, respectivamente, alegaciones Don S.E.O. y Doña M.O.C.M. Asimismo, **con fecha 19 de junio de 2023,** ambos presentaron nuevamente respectivos escritos de alegaciones [...]"* (v. pág. 6 del Acta)-, debe advertirse que la cuestión planteada por el recurrente ya ha sido analizada por esta Sala de Justicia en **el Auto núm. 8/2021, de fecha 21 de abril de 2021,** que viene a reproducir el criterio recogido en otros anteriores (Auto núm. 11/ 2020, de fecha 6 de julio de 2020; núm. 24/ 2015, de fecha 16 de septiembre de 2015; núm. 16/ 2014, de fecha 28 de octubre de 2014), pronunciándose de la siguiente manera:

> *"[...] Es, precisamente, en el trámite de liquidación provisional, donde se prevé la citación de los intervinientes en las actuaciones previas para que asistan al acto de liquidación provisional del presunto alcance. **En ese momento, han de ponerse a disposición de aquellos el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado Instructor ha formado sobre el supuesto alcance y la supuesta responsabilidad para que éstos aporten las alegaciones y documentación que tengan por conveniente,** pero bien entendido que la defensa plena de sus derechos se despliega en el ámbito del proceso jurisdiccional que necesariamente sucede a las actuaciones previas.*
>
> *Es, pues, dentro del proceso ante el órgano jurisdiccional independiente, competente y establecido por la Ley, donde se van a desarrollar, con plenas garantías, las alegaciones y pruebas de las partes, y donde se va a dictar la resolución fundada que otorgue la efectiva tutela en el orden contable. **Por***

tanto, no cabe introducir en el seno de las actuaciones previas, como pretende el recurrente, un trámite de audiencia **distinto del que conlleva la propia liquidación provisional.**

En definitiva, en las actuaciones previas la liquidación provisional es el trámite en el que los intervinientes, previamente citados, pueden alegar y aportar lo que tengan por conveniente, sin perjuicio, claro está, de las alegaciones y pruebas que puedan y deban efectuar y aportar en el ámbito del ulterior proceso jurisdiccional […]".

En definitiva, resulta patente que en el "acto final" de la práctica de la liquidación provisional, el Sr. L.O. tuvo la oportunidad de comparecer -como así hizo- con pleno conocimiento de la documentación de la que se dio traslado junto con la citación (entre ella, la documentación requerida a "Puertos del Estado"), así como efectuar las alegaciones que al respecto tuviera por conveniente- como también hizo. Por lo anterior, no procede apreciar ningún tipo indefensión y, por consiguiente, debe desestimarse la tercera y última alegación que se plantea en el recurso.

Finalmente, en cuanto la petición realizada mediante OTROSÍ por la representación procesal de Don J.L.O., consistente en **la suspensión de los efectos del acta de liquidación provisional,** debe ser igualmente desestimada en atención a los razonamientos jurídicos que se han expuesto al final del anterior fundamento de derecho octavo en relación con la petición análoga formulada por la representación procesal de de Doña O.C.M.; esto es, **el recurrente no ha justificado, en el supuesto objeto del presente recurso, la concurrencia de circunstancias excepcionales que estén relacionadas con una posible situación de indefensión.**

En definitiva, por todo lo expuesto anteriormente, se desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de Don J.L.O.

DÉCIMO.- Finalmente, en relación con el tercer recurso interpuesto por Don S.E.O., en su propio nombre y representación, deben diferenciarse tres grupos de motivos o alegaciones:

1º) Las alegaciones relativas a acreditar que la presunta responsabilidad contable debería haber sido atribuida al Secretario General de "Puertos del Estado". Estas alegaciones deben desestimarse en atención a los

razonamientos ya expuestos en el fundamento de derecho octavo sobre este mismo motivo.

2º) Las alegaciones relativas a las diligencias que, presuntamente, no se habrían completado al ser rechazadas por la Delegada Instructora, especificándose que las pruebas denegadas consisten en documentación acreditativa de reducciones salariales, cantidades deducidas y contrato de trabajo del empleado público que, con posterioridad al período investigado, habría ocupado la misma Dirección Corporativa de "Puertos del Estado" a la que se refieren los hechos objeto de la instrucción contable.

Estas alegaciones deben ser igualmente desestimadas, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Sala de Justicia relativa a la denegación por el Delegado Instructor de diligencias solicitadas por los interesados. En este sentido, existen numerosas resoluciones de esta Sala de Justicia que pueden resumirse, **con cita del Auto núm. 7/2018, de 28 de febrero de 2018-** en idéntico sentido, también se ha pronunciado el reciente Auto 13/2021, de 21 de abril de 2021**-,** en los siguientes términos literales:

"[...] En relación con esto último, por el contrario, la doctrina de esta Sala de Justicia, expresada en numerosísimas ocasiones (entre otras, en los Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 28/2011, de 18 de diciembre; 22/2011, de 27 de septiembre; 13/2011, de 20 de julio; 36/2008, de 14 de diciembre; 8/2008, de 31 de marzo; 6/2008, de 4 de marzo; 5/2008, de 4 de marzo; 51/2007, de 21 de octubre y 49/2007, de 16 de octubre), es que los Delegados Instructores no tienen por qué realizar todas las diligencias que los intervinientes en las Actuaciones Previas les propongan ***si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, de los hechos denunciados y de su imputación, y que las diligencias que debe practicar el órgano instructor no pueden llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la Ley prevé para la primera instancia procesal.***

Por ello, la doctrina de la Sala viene exigiendo, para que pueda prosperar un recurso del art. 48.1 de la LFTCU basado en la negativa del delegado instructor a "completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren", que "sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto" (Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre;

22/2014, de 3 de diciembre; 18/2014, de 28 de octubre; 16/2014, de 28 de octubre; 10/2013, de 11 de abril; 51/2007, de 21 de octubre; 20/2005, de 22 de septiembre y 19/2004, de 27 de octubre).

En este sentido, ha precisado también esta Sala que ***no ha de confundirse la expresión "diligencia" a la que se refiere el artículo 48 de la LFTCU, con la de "prueba de parte",*** *ya que, cuando declara este precepto que es viable recurrir siempre que no se haya accedido "a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren", se debe entender que* ***prosperará ese motivo cuando sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto, enlazando con la posible indefensión, hecho que es compatible con no ahondar en exceso en todos los extremos que se aleguen si, con lo ya verificado o diligenciado, no se suscitan elementos relevantes para considerar otras líneas nuevas de investigación, y máxime si se asume el carácter provisional e indiciario que adquiere esta primera fase, a expensas de que se aporten otros elementos y se evalúen con mayor rigor en fases posteriores.*** *Así pues, el término "diligencias", que en dicho precepto se utiliza, debe entenderse como "actuaciones de investigación en su conjunto" y no como cada uno de los documentos o actividades concretas que reclaman quienes intervienen en las Actuaciones Previas (Autos 9/2016, de 19 de abril; 32/2015, de 11 de noviembre; 16/2014, de 28 de octubre; 10/2013, de 11 de abril; 20/2005, de 22 de septiembre y 19/2004, de 27 de octubre).*

En la misma línea, se ha afirmado también por la Sala que las diligencias que debe practicar el delegado instructor están limitadas por el propio objetivo que les atribuye el legislador, ***no pudiendo llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la ley prevé para la primera instancia procesal.*** *El delegado instructor deberá realizar cuantas diligencias sean, a su juicio, necesarias para determinar, siempre con carácter previo y provisional, los hechos de que se trate y si estima que de los mismos se desprenden indicios racionales de responsabilidad contable por alcance, proceder a la cuantificación y a la fijación de los presuntos responsables bastando que a juicio del Instructor los hechos investigados se muestren en un grado razonable para tener cumplida su misión (Autos 21/2015, de 23 de julio; 9/2015, de 13 de abril; 5/2015, de 3 de marzo; 7/2010, de 9 de marzo y 34/2008, de 2 de diciembre, entre otras) […]".*

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa conduce a la desestimación del presente motivo de impugnación, ya que, a los efectos del enjuiciamiento previo y provisional sobre la responsabilidad contable propio de la fase de actuaciones previas del artículo 47 de la LFTCu, la documentación obrante en el expediente resultaba apta y suficiente para practicar la Liquidación Provisional de la responsabilidad contable de la recurrente, no siendo necesario, en el marco de las referidas Actuaciones Previas n.º 1028/22, y a los efectos propios de completar la realización de las mismas, que se practicasen las diligencias solicitadas por Don S.E.O.

No existe en el presente caso la "notable" ausencia de investigación o de aportación de datos básicos que, conforme a la doctrina de esta Sala, sería necesaria para que pudiera prosperar el motivo de impugnación que nos ocupa, sino que, por el contrario, la totalidad de los documentos obrantes en las Diligencias Preliminares y en las Actuaciones Previas (v. Hechos Duodécimo a Decimocuarto, págs. 5-6 del Acta de Liquidación Provisional) proporcionan suficiente base al juicio indiciario y provisional que legalmente corresponde al Delegado Instructor.

En cualquier caso, la desestimación de este motivo de impugnación no significa negar el derecho del recurrente a proponer cuantas pruebas estime necesarias y pertinentes para su defensa, sino únicamente que el ejercicio del derecho a la prueba ha de realizarse en el momento procesal oportuno y conforme a lo establecido en las normas procesales aplicables; esto es, en los procesos sobre responsabilidad contable, en los que dicho derecho se despliega con plenitud una vez que, concluida la fase de actuaciones previas, se inician las actuaciones propiamente jurisdiccionales, tras la presentación de la correspondiente demanda. De esta forma, si llegara a presentarse demanda de responsabilidad contable contra el ahora recurrente, Don S.E.O., éste podrá proponer cuantas pruebas estime necesarias y pertinentes para la mejor defensa de sus derechos, sin más límites que los establecidos con carácter general para la admisibilidad de los medios de prueba en los procesos jurisdiccionales.

3º) Las alegaciones relativas a la presunta indefensión sufrida por desconocimiento de los hechos, dado que, por un lado, no se puso en conocimiento del recurrente la existencia de un abono injustificado de fondos públicos a la exdirectora corporativa de la entidad pública; y, por otro lado, la indefensión consustancial a la inexistencia de prueba o indicio respecto de su

actuación dolosa, culposa o negligente, en relación con el citado desconocimiento.

Esta alegación debe ser igualmente desestimada por tratarse de una cuestión de fondo. En este punto, además de remitirnos nuevamente a los razonamientos jurídicos contenidos en el fundamento de derecho octavo, debe añadirse que, **en relación concreta con la exclusión del elemento subjetivo de un presunto responsable contable como objeto de un recurso del artículo 48.1 LFTCU,** esta Sala de Justicia lo ha venido confirmando reiteradamente, pudiendo citarse, por todo, el Auto n.º 6/2022, de fecha 8 de abril de 2022, que se pronuncia en los siguientes términos literales:

"[…] El elemento de culpa (criterio de imputación) consiste en que la acción u omisión debe ser producto de una deliberada intención de dañar (dolo) o de la negligencia o imprudencia grave (culpa), radicando la diferencia en la intencionalidad. Al respecto, es importante recordar que, tratándose de la responsabilidad del propio autor del hecho dañoso, ***es principio básico y general que tanto el dolo como la culpa o negligencia deberán ser probados,*** *salvo casos excepcionales de objetivación, por quien la alegue a quien se impone la carga de la correspondiente prueba (artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil), pues el sistema que sigue nuestro Código Civil es el de responsabilidad subjetiva o por culpa.* ***Tal prueba solo puede practicarse en un procedimiento judicial donde, con plenitud del derecho de defensa, del principio de contradicción y con respeto del principio de igualdad de partes, éstas puedan defenderse, alegar y acreditar su propio derecho, replicando dialécticamente la posición contraria en absoluta igualdad de condiciones.*** *El dolo o la culpa, por tanto, solo puede ser examinado y apreciado por un órgano judicial […]".*

Finalmente, en cuanto la petición realizada mediante OTROSÍ por por Don S.E.O., consistente en **la suspensión de los efectos de las resoluciones recurridas,** debe ser igualmente desestimada en atención a los razonamientos jurídicos que se han expuesto al final de los anteriores fundamentos de derecho octavo y noveno en relación con la petición análoga formulada por las representaciones procesales de los otros dos recurrentes; esto es, el Sr. E.O. **no ha justificado, en el supuesto objeto del presente recurso, la concurrencia de circunstancias excepcionales que estén relacionadas con una posible situación de indefensión.**

En resumen, por todo lo expuesto anteriormente, se desestima el recurso interpuesto por Don S.E.O.

Y, en definitiva, y de acuerdo con todos los razonamientos expuestos, procede la desestimación de los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la representación procesal de Doña O.C.M.; por la representación procesal de Don J.L.O.; y por Don S.E.O., en su propio nombre y representación. En cuanto a las costas, no se aprecian circunstancias que aconsejen su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado contra las actuaciones previas a la vía jurisdiccional, previsto en el artículo 48 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar los recursos formulados contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 29 de junio de 2023, dictadas en las Actuaciones Previas n.º 1028/22, que se han interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Letrado don Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, en nombre y representación de Doña O.C.M.; por el Letrado don Juan Ramón Garcia Notario, en nombre y representación de Don J.L.O.; y por Don S.E.O., en su propio nombre y representación. Sin costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución no cabe recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que

requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Auto nº 20/2023, de 2 de noviembre. Recurso de Apelación nº 24/23, Acción Pública nº 40/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Vallmoll), Tarragona. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica la doctrina establecida respecto a los requisitos exigibles para decretar, o no, el archivo de la acción pública en el ámbito contable -artículo 56 de la LFTCu- y aplica el principio de "favor actoris" o principio "pro actione", en relación con el ejercicio de la acción pública, que no exime, sin embargo, de que concurran los requisitos legalmente exigibles para viabilizar las pretensiones que se ventilan en estos casos, es decir:

- la aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable con referencia específica a determinadas cuentas o actos concretos y

- la concreción de la normativa presupuestaria o contable que se estime infringida y que dé lugar al consiguiente menoscabo efectivo de los fondos públicos.

Por lo que, a la vista de los antecedentes obrantes en el expediente de Acción Pública, la Sala considera que no puede afirmarse que se cumplan dichos requisitos ya que los hechos denunciados no pueden ser incardinados, de manera manifiesta e inequívoca, en la figura jurídica del alcance.

La Sala viene a reflejar la doctrina asentada respecto a que la mera existencia de irregularidades en la gestión llevada a cabo por un ente público no constituye base suficiente para la actuación de la jurisdicción contable. Sólo se genera responsabilidad contable si la tramitación irregular de los procedimientos administrativos o presupuestarios hubiera originado daños o perjuicios patrimoniales concretos en el erario público, lo que no acontece en el presente caso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 20/2023

ASUNTO: Recurso de Apelación nº 24/2023 interpuesto contra el auto de 12 de abril de 2023, dictado en la acción pública nº B40/2022 del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Vallmoll), Tarragona.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta
Excma. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.- Consejera
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos de la acción pública nº B40/2022 del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Vallmoll), Tarragona, como consecuencia del recurso interpuesto contra el auto de 12 de abril de 2023 dictado en primera instancia por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.

Han sido partes en el presente recurso, como apelante Doña M.A.G.G., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Gracia Marías, y, como apelados, el Excmo. Ayuntamiento de Vallmoll representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Laguna Alonso, y el Ministerio Fiscal.

Ha actuado como ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia de conformidad con los siguientes

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La Acción Pública nº B40/2022 en la que se ha dictado el auto ahora recurrido, se inició mediante el escrito presentado por Doña M.A.G.G. en el que se ponían de manifiesto presuntas irregularidades en materia de subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Vallmoll (Tarragona) a una Entidad Urbanística de Conservación, en concreto: sin la existencia de un Plan Estratégico de Subvenciones; la Entidad debería haberse extinguido al haberse cumplido su objeto; y se ubica en una zona colindante a la que reside el Alcalde.

2.- El Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Vallmoll solicitaron el archivo de las actuaciones, en virtud de sus respectivos escritos de 5 de abril de 2023 y de 24 de marzo de 2023, mientras que la actora pública, mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2023, solicitó el nombramiento de delegada o delegado instructor.

3.- El auto de 12 de abril de 2023 del Departamento Segundo, a la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación obrante en el expediente, acordó el archivo de esta Acción Pública n.º B40/22.

SEGUNDO.- Recurso de apelación n.º 24/2023

1.- El citado auto de 12 de abril del Departamento Segundo, fue recurrido por el representante procesal de Doña M.A.G.G., mediante el escrito presentado el 27 de abril de 2023, al que se opusieron el representante procesal del Excmo. Ayuntamiento de Vallmoll, y el Ministerio Fiscal.

2.- La Secretaria de la Sala de Justicia en fecha 12 de julio de 2023 comunicó la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso, y designó ponente, de acuerdo con el turno establecido, a la Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez. Por medio de diligencia de ordenación de fecha 18 de septiembre de 2023, se acordó remitir los autos a la Consejera ponente a efectos de que pudiera preparar la correspondiente resolución.

Mediante providencia de fecha 24 de octubre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y resolución recurrida

1.- Los hechos denunciados hacían referencia a las subvenciones otorgadas desde 2009 por el Ayuntamiento de Vallmoll sin la existencia de un plan estratégico, a una entidad Urbanística de Conservación que debería haberse extinguido ya, y de cuya acometida de agua y luz se aprovechaba la residencia colindante del Alcalde, subvenciones que en consecuencia deberían ser declaradas nulas, todo ello según constaba en la denuncia.

2.- Como consta en los antecedentes de hecho del auto recurrido, tras la subsanación de los defectos de postulación que presentaba la denuncia, fue tramitada como acción pública, de la que se dio traslado al Ministerio Fiscal, al Ayuntamiento de Vallmoll y, de nuevo, a la actora pública, para que presentasen alegaciones, como efectivamente realizaron en sus respectivos escritos, de 24 y de 27 de marzo, y de 5 de abril. En concreto, como asimismo consta en el auto impugnado, el Ministerio Fiscal solicitó el archivo porque la información no afecta a la indebida concesión de las subvenciones o a la falta de justificación del destino de los caudales públicos, sino a la inexistencia de un plan estratégico de subvenciones, y respecto a la afirmación de la denunciante sobre los supuestos intereses del Alcalde en la mencionada entidad, alegó que no reviste la mínima concreción de indebida concesión de subvenciones.

3.- El auto impugnado de 12 de abril de 2023, a la vista de los antecedentes referidos, y con base en los arts. 46.2 y 56, apdos. 2 y 3, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), en la doctrina de esta Sala de Justicia que cita, y en coincidencia con el criterio del Ministerio Fiscal referido, acuerda el archivo de la denuncia, porque, según se fundamenta, al margen de que en hipótesis las adjudicaciones pudieran vulnerar eventualmente la normativa de subvenciones, ello no pondría de manifiesto daño efectivo alguno, evaluable económicamente e individualizado en relación a caudales públicos; y asimismo, porque la denuncia carece de concreción suficiente, al no mencionar tan siquiera el fin al que dichas subvenciones estaban destinadas, lo que, según refiere el auto impugnado, hace imposible valorar si los fondos

se destinaron al fin previsto y se impide al Tribunal hacer la valoración sobre los posibles indicios de ilicitud contable conforme al artículo 56 LFTCu.

4.- En la apelación, la actora pública rechaza que los hechos denunciados carezcan de concreción suficiente, como fundamenta de contrario el auto impugnado, pues se aporta una relación de cantidades de dinero que desde el Ayuntamiento se han entregado a la entidad urbanística de conservación, como figura en las actas de las juntas periódicas, y ello aunque tales actas no concreten la finalidad a la que se destinan, de forma que estas entregas crean una red clientelar afín a los intereses políticos y particulares, del Alcalde (en el recurso se alude también al Teniente de Alcalde), que, según alega, aprovecha la luz y el agua. Asimismo se alega, en oposición al auto impugnado, que la entrega de tales cantidades a una entidad privada sin interés social o finalidad pública, es contraria a los fines propios de los caudales públicos, por lo que tales hechos denunciados, ponen de manifiesto un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos, y que constituiría, en definitiva, un supuesto de responsabilidad contable imputable al Alcalde como cuentadante y de la competencia del Tribunal de Cuentas.

5.- En su escrito de oposición, el Ayuntamiento alega que tales subvenciones vienen a ejecutar el presupuesto municipal, que las recoge, aprobado por el Pleno y competencia de la Junta de Gobierno Local, y cuyas bases establecen el procedimiento para su adjudicación, entre otras a la citada entidad denunciada; que ésta consta inscrita como entidad urbanística colaboradora, y es titular de una zona definida en la Memoria del Plan Parcial vigente, como espacio libre de uso comunitario; y que por todo ello la denuncia no pone de manifiesto la existencia de supuesto alguno de responsabilidad contable.

6.- En su escrito, el Ministerio Fiscal opone que el recurso altera el planteamiento de la denuncia, referida esencialmente a la ausencia de plan estratégico de cobertura y solo residualmente al interés social y la finalidad pública; y, asimismo, que los hechos denunciados no aportan indicios razonables de alcance, sino apreciaciones personales no verificables, todo ello al margen de que la entidad reciba una subvención del Ayuntamiento, por lo que no implica la existencia de indicios de responsabilidad contable.

SEGUNDO.- Análisis de los motivos del recurso

7.- De conformidad con el art. 49.1 LFTCu «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 perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable».

8.- De acuerdo con los arts. 46 y 56 LFTCu, en términos similares, procede el archivo únicamente cuando, de una manera manifiesta, los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance. Así, con carácter general, procederá el archivo de las diligencias preliminares conforme al art. 46.2 LFTCu «cuando los hechos, manifiestamente, no revistan caracteres de alcance o cuando no fuere éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos», y en los mismos términos en las acciones públicas, conforme al art. 56.3 LFTCu, en el caso de que «en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos».

9.- El concepto de alcance, en términos legales, se establece en el art. 72. 1 LFTCu, 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», y a estos mismos efectos del art. 74.1 LFTCu, la malversación de caudales públicos, en el apdo. 2 del mismo art. 72 LFTCu, como «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».

10.- En este sentido se pronuncian, entre otros, los autos de esta Sala de Justicia 22/2022, de 21 de septiembre; 23/2022, de 21 de septiembre; y 9/2014, de 1 de julio, en estos supuestos de archivo en fase previa, de diligencias preliminares y de acciones públicas. Así, del art. 56.3 LFTCu, y con base en la doctrina previa, el Auto de esta Sala de Justicia 22/2022, de 21 de septiembre, fundamento de derecho quinto, señala que se deben aportar indicios suficientes de la responsabilidad contable, de manera que concreten los hechos que dieron lugar al perjuicio en los fondos públicos, real, efectivo y evaluable económicamente, porque es lo que resulta esencial para la existencia del alcance.

TERCERO.- Desestimación del recurso

11.- La denuncia inicial refiere las subvenciones otorgadas por el Ayuntamiento de Vallmoll desde 2009, sin plan estratégico alguno, a una entidad Urbanística de Conservación, que debería haberse extinguido y de cuya acometida de agua y luz se aprovecharía la residencia colindante del Alcalde, subvenciones que en consecuencia deberían ser declaradas nulas. En el recurso de apelación, como se ha referido *supra*, la actora pública alega, en contra del auto de archivo impugnado, que los hechos denunciados sí tienen concreción suficiente, pues figura en las actas de las juntas periódicas una relación de cantidades de dinero que desde el Ayuntamiento se han entregado a la Entidad Urbanística de Conservación, que no concretan la finalidad a la que se destinan y que crean una red clientelar afín a los intereses políticos y particulares del Alcalde (en el recurso se alude también al Teniente de Alcalde), que, según manifiesta, aprovecha la luz y el agua. Asimismo, alega que la entrega de tales cantidades a una entidad privada sin interés social o finalidad pública, es contraria a los fines propios de los caudales públicos, por lo que tales hechos ponen de manifiesto un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos públicos, que constituiría un supuesto de responsabilidad contable imputable al Alcalde como cuentadante y de la competencia del Tribunal de Cuentas.

12.- Para analizar estas alegaciones, se debe señalar, en primer término, que la constitución, inscripción, fines y extinción de las entidades urbanísticas colaboradoras se establece en los arts. 24ss del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; que deben cumplir tales fines para los que fueron

creadas; y que, previo acuerdo de disolución adoptado por la misma Administración urbanística actuante, tal disolución sólo procede cuando no se sigan prestando tales servicios y puedan ser asumidos por los Ayuntamientos (entre otras, STS de 27 de enero de 2022, recurso nº 160/2020, FD quinto; y STS de 16 de diciembre de 1998, rec. nº 8409/1992).

13.- En este caso, efectivamente, consta en el escrito del Ayuntamiento que tales subvenciones se otorgan de conformidad con el presupuesto municipal que las recoge y vienen a ejecutarlo, presupuesto aprobado por el Pleno y cuyas bases establecen el procedimiento para obtener tales subvenciones. Asimismo se debe apreciar, que la citada Entidad Urbanística de Conservación denunciada, consta inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya (expediente 1984/099983/A, primera inscripción 105, folio 60m, Tomo 1 .9), y asimismo, que es titular de una zona definida en la Memoria del Plan Parcial vigente como espacio libre de uso comunitario, que, a fecha de hoy, y de acuerdo con las Normas Subsidiarias de Planeamiento, forma parte del sistema urbanístico de equipamientos comunitarios, con espacios libres para jardines y gran zona deportiva, y no sólo para la propia urbanización sino como complemento deportivo y pulmón de la Villa de Vallmoll, zonas que, a su vez, son mantenidas por la entidad subvencionada, según consta en la Memoria del Plan Parcial aportado por el Ayuntamiento. No consta, por otra parte, impugnación o ilegalidad alguna referida al citado presupuesto municipal que da la cobertura legal a las subvenciones otorgadas, cobertura legal suficiente con carácter general, como asimismo se resuelve en el caso de la STS de 30 de septiembre de 2009, recurso nº 3284/2006.

14.- En definitiva, la denuncia se refiere a las subvenciones a una Entidad urbanística de conservación, que, de acuerdo con lo actuado, consta formalmente inscrita en el registro correspondiente, mantiene equipamientos comunitarios, y que, según hace constar el Ayuntamiento de Vallmoll, han sido además otorgadas de conformidad con el presupuesto municipal y el procedimiento establecido en sus bases. De esta forma, tras la actuación realizada, no habiendo aportado la denuncia otros datos que discutan tales extremos o sobre si las prestaciones o servicios no se hubieren prestado efectivamente, esta Sala aprecia que los hechos denunciados no aportan indicios ni concreción suficiente de los hechos que dieron lugar al perjuicio en los fondos públicos, real, efectivo y evaluable económicamente, para poder identificar un posible caso de responsabilidad contable por alcance. En

consecuencia, procede confirmar el archivo de las actuaciones, como decretó el auto impugnado, todo ello de conformidad con el art. 56 LFTCu, y la doctrina de esta Sala de Justicia (entre otros, auto 6/2020, de 26 de febrero, o auto nº 15/2022, de 22 de septiembre de 2022, con cita de los precedentes autos 8/2018 de 28 de febrero, 10/2015, de 13 de abril y 27/2012, de 17 de julio), dado que, efectivamente en el caso, como se fundamenta en la resolución recurrida, los hechos denunciados en la acción pública nº 24/2023 no pueden ser incardinados, de manera manifiesta e inequívoca, en la figura jurídica del alcance.

CUARTO.- Costas

15.- En cuanto a las costas, procede su imposición al recurrente, de acuerdo con el art. 139.2 LJCA en relación con el art. 80.3 LFTCu, y la Disp. Final Segunda Dos, de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador D. José Manuel Gracia Marías, Procurador de los Tribunales y de Doña M.A.G.G., contra el auto de 12 de abril de 2023 dictado en primera instancia por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento en la acción pública nº B40/2022 del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Vallmoll), Tarragona, quedando confirmado el auto recurrido.

Con imposición de costas al apelante.

Notifíquese este auto a las partes, con la advertencia de que, contra el mismo, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la LFTCu, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

Auto nº 21/2023, de 31 de octubre. Recurso del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 29/23, Actuaciones Previas nº 1025/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala comienza realizando un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme a doctrina reiterada de la misma (entre otros, también aplicables los Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre; nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero, así como los Autos números 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021) y del concepto de indefensión material seguido tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Se rechazan los motivos mantenidos por la representación legal de la recurrente, siempre teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales seguidos por la Sala de Justicia, en la impugnación del Acta de Liquidación Provisional, por inexistencia de indefensión de la presunta responsable contable, atendiendo siempre a una adecuada valoración de la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas y su funcionamiento legal.

Y esta falta de vulneración por dicha causa de indefensión se extiende a la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento.

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 21/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 29/2023.
Actuaciones Previas nº 1025/2022
SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Gijón). ASTURIAS

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

Visto el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), por el Procurador ante los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de Doña M.C.M.E., contra el acta de Liquidación Provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de fecha 19 de julio de 2023, suscritas en las Actuaciones Previas nº 1025/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 19 de julio de 2023, el delegado instructor en las Actuaciones Previas nº 1025/2022, suscribió acta de Liquidación Provisional en la que, tras el examen y valoración de la documentación aportada, manifestó que:

- Se daban los requisitos previstos en los artículos 49, 59.1 y 72 de la LFTCu para declarar un alcance en los fondos del grupo municipal de Foro Asturias del Ayuntamiento de Gijón.

- Se consideraba presunta responsable contable directa del alcance a Doña M.C.M.E.

- Se cuantificaba el presunto alcance en un importe total de TREINTA Y CINCO MIL SESENTA EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (35.060,35 €), del que correspondían 31.240,36 €, al principal, y 3.819,99 €, a los intereses legales.

SEGUNDO. Por providencia de 19 de julio de 2023, el delegado instructor acordó requerir, como presunta responsable contable, a Doña M.C.M.E., el reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, en el plazo concedido al efecto, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes, en caso de no atender tal requerimiento, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la LFTCu.

TERCERO. El 26 de julio de 2023 se recibió, en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador ante los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de Doña M.C.M.E., por el que interponía el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra el acta de Liquidación Provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de 19 de julio de 2023, suscritas en las Actuaciones Previas nº 1025/2022.

CUARTO. Mediante diligencia de ordenación de 27 de julio de 2023, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 29/23, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y solicitar al delegado instructor los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso interpuesto.

Con fecha 28 de julio de 2023 se recibieron en esta Sala los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO. El 4 de septiembre de 2023, la Secretaria de esta Sala acordó dar traslado de copia del recurso a todos los citados a la Liquidación Provisional, a efectos de que pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes en un plazo común de cinco días.

En el trámite conferido se recibieron escritos de oposición al recurso de:

- Doña. Marta Barthe García de Castro, en nombre y representación de Doña M.C.S.M., Don S.M.C., Don R.P.R., Doña M.J.E.S.C., Don F.R.F., Don F.F.H.D., Don J.M.P.C., Don J.C.M., Don J.A.B.G., Doña F.D-F.A., Doña M.C.P.C., Don P.J.B.A., Don J.M.P.V., Don V.M.V., Doña F.M.M.J. y Don H.A.A., con fecha 8 de septiembre de 2023.
- El Ministerio Fiscal, con fecha 13 de septiembre de 2023.

SEXTO. Conclusos los recursos, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 15 de septiembre de 2023, se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente. Se remitieron por diligencia de 27 de septiembre de 2023.

SÉPTIMO. Por providencia 17 de octubre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso, rollo nº 29/2023, el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el acto.

OCTAVO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El conocimiento y resolución del recurso interpuesto, rollo nº29/23, corresponde a esta Sala de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO. En el recurso interpuesto por la representación de Doña M.C.M.E. se solicita que se aprecie la existencia de indefensión y se anulen las resoluciones recurridas, por los siguientes motivos:

1. Falta de intervención en las actuaciones previas, por las siguientes razones:

a) No se le comunicó la existencia de las actuaciones, ni conoció las mismas, hasta que se le citó al acto de la liquidación provisional el 23 de junio de 2023, a diferencia de lo que ocurrió en las Actuaciones Previas 33/2021 -en las que concurre identidad de personas (presunta responsable y denunciantes)-, que fueron tramitadas por el mismo delegado instructor. En estas últimas se notificó a la presunta responsable "la apertura del procedimiento de actuaciones previas" mediante providencia de 6 de octubre de 2020 del Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal y se puso en conocimiento de aquélla la iniciación de la acción pública interpuesta contra ella.

Argumenta que se le ha causado indefensión no sólo formal sino material, ya que no le ha sido posible formular alegaciones ni proponer prueba destinada a acreditar determinados extremos, lo que le ha generado un resultado dañoso: la obligación de pagar o avalar un importe elevado en un breve plazo de tiempo.

Cita la Sentencia de 27 de febrero de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya doctrina considera aplicable al caso (en cuanto a que los artículos 45 a 48 de la LFTCu imponen la citación e intervención de los presuntos responsables, con la consecuencia de nulidad en caso contrario).

Insiste en que no sólo la liquidación provisional sino también la práctica de las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables debe hacerse previa citación de éstos, dado el carácter "marcadamente sancionador" de este procedimiento y la necesidad de respetar el derecho de defensa.

2. Indefinición de las presuntas irregularidades objeto de denuncia, porque ésta adolece de inconcreción y vaguedad, y abre una especie de "causa general" contra la gestión de la Sra. M., durante el tiempo que ocupó la Alcaldía de Gijón.

Entiende que no es admisible que sea la presunta responsable la que deba justificar todos los cargos realizados con la tarjeta VISA, ni las dietas percibidas por ella o su personal de confianza, sino que debería haberse requerido a estos efectos a los denunciantes la concreción de los cargos y dietas cuestionados, antes de recabar del grupo municipal su justificación.

3. Imposibilidad de acceso a las alegaciones de las otras partes, porque el Letrado de la parte recurrente solicitó en el acto de la Liquidación Provisional que se le facilitara las alegaciones formuladas por los denunciantes para poder

defenderse y contestar a las mismas. Esta petición fue denegada por el delegado instructor, quien señaló que "en este momento procesal no procede facilitar las citadas alegaciones y además están reflejadas a partir de la página 30 de la presente liquidación".

TERCERO. La oposición al recurso formulada por la representación de Doña M.C.S.M. y otros quince vecinos de Gijón se justifica por las siguientes razones:

1ª) La fase de actuaciones previas no es contradictoria, y, por lo tanto, no es el momento de ejercer el derecho de defensa. Además, no se ha producido un perjuicio real para la defensa de la recurrente, consustancial para alegar la indefensión a la que se refiere el artículo 48.1 de la LFTCu.

2ª) No se ha minorado la defensa de la recurrente, y se han respetado sus derechos y garantías en todo momento, porque: a) Se citó y notificó adecuadamente el acta de Liquidación Provisional, lo que le permitió conocer los hechos bajo investigación y presentar sus argumentos y documentación; b) El Letrado de la Sra. M.E. realizó alegaciones en la Liquidación Provisional, que fueron incorporadas al acta y a las que el delegado instructor dio respuesta motivada; c) Se ha valorado la documentación remitida por el portavoz del grupo municipal de Foro Asturias en el Ayuntamiento de Gijón, al que pertenece la Sra. M.E., sin que haya existido denegación de prueba alguna; y d) La Sra. M.E. tenía conocimiento de las actuaciones a través de Don J.M.S., portavoz del grupo municipal de Foro Asturias en el Ayuntamiento de Gijón. Ello se puso de manifiesto incluso en la Audiencia Previa del procedimiento de reintegro por alcance nº C-209/21, finalizado por Sentencia nº 5/2023, de 7 de junio, dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal.

3ª) Se ha concretado y acreditado la indebida gestión de la asignación recibida por el grupo municipal de Foro Asturias en el Ayuntamiento de Gijón (percepciones de dietas sin justificación, pagos a personal sin relación con la actividad política municipal, transferencias a una procuradora y gastos ajenos a la actividad municipal). Se ha presentado desde el inicio la contabilidad y la cuenta general del grupo municipal de Foro Asturias en el Ayuntamiento de Gijón. También consta el certificado emitido por el portavoz de dicho grupo municipal con fecha de 15 de noviembre de 2021, con la firma de la Sra. M.E., que acredita que fue ésta la responsable de la gestión última y control de los caudales públicos de dicho grupo.

4ª) El motivo de indefensión solo sería válido si hubiera una ausencia de investigación por parte del delegado instructor que impidiera al órgano de control pronunciarse sobre el asunto en cuestión. Sin embargo, en este caso se han llevado a cabo suficientes diligencias de investigación y se ha realizado una instrucción completa.

5ª) A través de este medio de impugnación no pueden plantearse ni resolverse cuestiones procesales, o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrá alegar y practicar la prueba pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión.

CUARTO. El Ministerio Fiscal, en su escrito de 13 de septiembre de 2023, fundamenta su oposición en los siguientes motivos:

1º. La intervención de la recurrente antes de la Liquidación Provisional contradice la normativa y la interpretación de esta Sala del artículo 47 de la LFTCu (Autos 17/2017, de 6 de noviembre, y 11/2020, de 6 de julio), que establece que la citación de los presuntos responsables contables debe realizarse en el momento de la liquidación provisional, y no antes. Las fases previas en las que se practican diligencias de averiguación tienen como objetivo determinar la existencia de un perjuicio, su cuantía y quiénes podrían ser los presuntos responsables contables, sin carácter contradictorio.

2º. En el caso de las Actuaciones Previas 33/2021, la recurrente no fue notificada por el delegado instructor, sino por diligencia de ordenación del Departamento de primera instancia, en virtud de la cual se procedía a la apertura de la pieza de acción pública, es decir, en una fase anterior a las actuaciones previas.

3º. La responsabilidad contable tiene una naturaleza patrimonial o reparadora, no sancionadora, según la jurisprudencia de la Sala de Justicia (entre otros, Auto 4/2020, de 18 de febrero).

4º. Las Actuaciones Previas no son contradictorias y en ellas no se dictan resoluciones declarativas de responsabilidad contable. El delegado instructor no tiene como objetivo practicar pruebas contradictorias, sino determinar si los hechos son constitutivos de alcance o malversación contable y quiénes podrían ser los presuntos responsables (Auto 8/2023, de 11 de mayo).

5º. El argumento del recurso no refleja una situación de indefensión, sino más una discrepancia con el enfoque de la investigación. Esta discrepancia no es válida en el contexto de la vía de impugnación prevista en el artículo 48.1 de la LFTCu, ya que este recurso no permite plantear cuestiones procesales o de fondo que corresponden a una primera instancia.

6º. El auto del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de 10 de febrero de 2023, por el que se propone el nombramiento de delegado instructor, ya confirmó la existencia de irregularidades y definió el objeto de la investigación.

7º. La recurrente tuvo acceso al contenido del documento que contenía las alegaciones de los actores públicos, y a la respuesta del delegado instructor (páginas 30 a 39 del acta de Liquidación Provisional).

QUINTO. Para resolver la impugnación planteada, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala (entre otros, Autos 4/2019, de 20 de marzo, 4/2020, de 18 de febrero, y 9/2023, de 9 de mayo) ha calificado como medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables. Se configura como un recurso especial y sumario por razón de la materia, que opera "per saltum", es decir, sin que los hechos hayan sido conocidos ni resueltos por el órgano de primera instancia de la jurisdicción contable.

Esta naturaleza ha sido confirmada por esta Sala de Justicia en múltiples ocasiones (por todos, Autos 19/2022, de 22 de septiembre, 24/2022, de 18 de octubre, y 6/2023, de 22 de marzo). Por medio de este recurso no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional. Lo que la Ley ofrece a los intervinientes en las actuaciones previas es un mecanismo de revisión de las resoluciones que puedan cercenar sus posibilidades de defensa.

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones procesales o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrá alegar y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión. Lo

contrario significaría no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias. Se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "ex lege" a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en el artículo 25 de la LOTCu, y en los artículos 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

En consecuencia, los motivos para su interposición deben ser los taxativamente establecidos en la Ley: los supuestos en que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión.

SEXTO. La recurrente dirige su pretensión impugnatoria contra el acta de Liquidación Provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, al considerar que le han causado indefensión.

El Tribunal Constitucional (Sentencias 95/2020, de 20 de julio, 233/2005, de 26 de septiembre, 130/2002, de 3 de junio, 43/1989, de 20 de febrero, y 48/1986, de 23 de abril) ha establecido que "una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella".

Esta Sala de Justicia, al amparo de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, ha declarado que la indefensión es una noción material que para tener relevancia ha de obedecer a las siguientes pautas interpretativas:

-Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 8/2006, de 7 de abril).

-La indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución debe llevar consigo el menoscabo del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencias 20/2005, de 28 de octubre, y 8/2006, de 7 de abril).

-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).

SÉPTIMO. La representación de Doña M.C.M.E. fundamenta su pretensión impugnatoria en uno de los motivos previstos en el artículo 48 de la LFTCu, la indefensión causada por una triple causa: falta de intervención en las Actuaciones Previas, indefinición de las presuntas irregularidades objeto de la denuncia, y la negativa por parte del delegado instructor de que accediera a las alegaciones de las otras partes.

A efectos de resolver la indicada petición, resulta procedente que esta Sala se pronuncie sobre cada una de las causas de forma independiente.

1. **Falta de intervención en las Actuaciones Previas:** al haber sido citada la recurrente, tan solo a la liquidación provisional, fase final del desarrollo de aquéllas.

El artículo 47.1.e) de la LFTCu establece que "1. Hecho el nombramiento de Delegado Instructor en los términos establecidos en la Ley Orgánica 2/1982, procederá éste a la práctica de las siguientes actuaciones (…) e) Liquidación provisional del alcance, previa citación de los presuntos responsables, Ministerio Fiscal, Letrado (Abogado) del Estado o, en su caso, legal representación de la entidad perjudicada, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo".

En cumplimiento de lo previsto en el indicado precepto, el 23 de junio de 2023 el delegado instructor citó a las partes, entre ellas a la recurrente, para la práctica de la Liquidación Provisional, que se efectuaría el 19 de julio.

Como alega el Ministerio Fiscal, el momento en el cual el delegado instructor deberá citar a los presuntos responsables contables es, precisamente, cuando se practica la liquidación provisional del presunto alcance y no antes. Reiterada doctrina de esta Sala (Autos 1/2014, de 20 de enero, 17/2017, de 6 de noviembre, y 11/2020, de 6 de julio) establece que "la función del Delegado Instructor es determinar, de forma previa y provisional, si los hechos son, o no, constitutivos de alcance o de malversación contable en los términos previstos en el art. 72 de la Ley de Funcionamiento, de acuerdo con su valoración personal, y determinar quiénes puedan ser los presuntos

responsables por ser los encargados del manejo y custodia de los caudales o efectos alcanzados, reflejando todo ello en la liquidación provisional. Si de toda la labor de instrucción resultan indicios racionales de que ha habido un presunto alcance y de que en los hechos generadores del mismo han intervenido una persona o personas, en los términos anteriormente indicados, es cuando el Delegado ha de citarlos, junto con los demás interesados que menciona el art. 47.1.e), a la práctica de la liquidación provisional, concediéndoles un plazo de diez días hábiles, a contar desde la fecha de notificación de la Providencia de citación a la Liquidación Provisional, para que realicen las alegaciones y aporten cuantos documentos estimen convenientes en su defensa".

Las actuaciones anteriores a dicha liquidación tienen por objeto concretar si se ha producido efectivamente un perjuicio, establecer su importe y averiguar quiénes serían los presuntos responsables contables. Solo cuando se hayan determinado todas estas cuestiones es cuando se podrá individualizar provisionalmente el alcance y citar a comparecer a los presuntos responsables contables ya identificados.

Como se ha indicado, el delegado instructor citó a la recurrente, puso a su disposición el expediente obrante en las actuaciones y contestó debidamente a sus alegaciones, como a las del resto de las partes interesadas. Esta Sala, en el Auto 2/2022, de 2 de marzo, ha manifestado que "para establecer si se ha causado o no indefensión al recurrente, hay que analizar, si se ha visto privado de la posibilidad de ser oído o se le ha imposibilitado la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Y en el supuesto aquí enjuiciado consta que el Delegado Instructor, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, practicó la citación en forma al presunto responsable contable para el acto de la Liquidación Provisional, de tal manera que tanto antes de la comparecencia para la práctica de dicha Liquidación Provisional, como durante el desarrollo de la misma, el recurrente disponía de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación".

Esta circunstancia se ha producido en el supuesto de autos, por lo que se desestima la indefensión alegada por la representación de la recurrente.

2. **Indefinición de las presuntas irregularidades objeto de la denuncia**.

La recurrente argumenta que la inconcreción de las irregularidades denunciadas por los actores públicos le impidió, cuando fue citada a la liquidación provisional, conocer de qué tenía que defenderse. Y que ello supone una vulneración de los principios y requisitos de todo procedimiento sancionador, naturaleza que corresponde a las actividades de persecución de alcances contables.

No cabe estimar tal argumentación, por las siguientes razones:

-La responsabilidad contable tiene una naturaleza patrimonial o reparadora y, en ningún caso, sancionadora.

-Los procedimientos de las fases de actuaciones previas y de enjuiciamiento contable son distintos, si bien ninguno de ellos participa del carácter sancionador.

-Las actuaciones de instrucción desarrolladas por el Tribunal de Cuentas no tienen naturaleza jurisdiccional y no constituyen procedimientos sancionadores, al estar dirigidas a preparar la vía jurisdiccional contable en la que no se impone sanción alguna, sino que lo que se dirime es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al Erario Público.

-Las medidas cautelares que se puedan adoptar en la fase de actuaciones previas tienen un carácter exclusivamente patrimonial, para asegurar una eventual futura sentencia condenatoria de resarcimiento o reparadora de los perjuicios que se hubieran causado a los fondos públicos.

Esta Sala de Justicia (por todos, Autos 9/2018, de 22 de marzo, 4/2020, de 18 de febrero, y 8/2023, de 11 de mayo), ha establecido que las Actuaciones Previas no constituyen un procedimiento contradictorio, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos o sobre su calificación jurídica. Quedan excluidas de cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción, que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia.

Como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, con base en diversas resoluciones de esta Sala (Autos 14/2019, de 17 de diciembre, 4/2020, de 18 de febrero, 11/2020, de 6 de julio, y 24/2021, de 22 de julio) el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no puede basarse en discrepancias de

fondo con las conclusiones del acta de Liquidación Provisional, en relación con los hechos investigados. Tampoco persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, por lo que en ellas no pueden plantearse cuestiones procesales o de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia.

Lo contrario desbordaría el ámbito objetivo de este recurso especial, y trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "ex lege" a los Consejeros como órganos de primera instancia, en los términos previstos en los artículos 25 de la LOTCu, y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

Por lo indicado, no cabe estimar tampoco esta alegación.

3. **Negativa de acceso a las alegaciones de las otras partes.**

Tampoco puede estimarse la indefensión que alega la recurrente por este motivo, por lo siguiente:

-Como ha indicado el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, no es función del delegado instructor formar su criterio sobre la base de argumentaciones y contraargumentaciones contradictorias, sino que debe practicar las diligencias que considere procedentes para determinar si se ha producido un perjuicio en los fondos públicos y en este caso determinar quiénes son los responsables y acordar las medidas de aseguramiento necesarias para resarcir a la hacienda pública perjudicada.

-No hay obligación legal que determine que el delegado instructor deba dar traslado a cada uno de los citados a la práctica de la liquidación provisional de las alegaciones que hubieran podido realizar los demás interesados.

-Para impugnar la resolución por vía del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, la indefensión que se cause a los interesados debe tener carácter material y no meramente formal. En el supuesto de autos, aunque a la recurrente no se le entregaron las alegaciones de los actores públicos, tuvo conocimiento de su contenido y a la respuesta dada a las mismas por el delegado instructor, en el momento de celebración de la liquidación provisional, tal como consta en las páginas 30 a 39 del acta suscrita.

De todo lo expuesto, se concluye que el acta de Liquidación Provisional fue adecuada a Derecho, por lo que no procede la anulación solicitada por la recurrente.

OCTAVO. Resuelta la procedencia de la Liquidación Provisional, resulta obligado indicar que la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento dictada por el delegado instructor tiene su cobertura legal en el apartado 1.f) del artículo 47 de la LFTCu.

Los delegados instructores están obligados a adoptar los debidos aseguramientos del eventual menoscabo económico detectado, una vez practicada la Liquidación Provisional. Así la doctrina de esta Sala de Justicia (Autos nº 21/2018, de 20 de julio, nº 12/2020, de 30 de septiembre, y 9/2023, de 9 de mayo), establece que constituyen medidas de tipo cautelar, cuya aplicación viene determinada en el artículo 47.1, letra f) de la LFTCu, precepto que habilita legalmente al delegado instructor para que persiga el aseguramiento, en esa fase previa, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el curso del correspondiente procedimiento jurisdiccional, en sus diferentes grados y modalidades.

Como ha establecido esta Sala en su Auto 12/2020, de 30 de septiembre, la finalidad de la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento es "(…) evitar que en el curso del ulterior procedimiento de reintegro que pudiera incoarse, el eventual demandado pueda ocultar sus bienes o devenir insolvente, (…). El requerimiento (…) es una típica medida cautelar de aseguramiento, que en nada afecta a la ulterior determinación de la responsabilidad contable".

El delegado instructor tiene que dictar, una vez practicada la Liquidación Provisional, si ésta es positiva, la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento por imperativo legal, por lo que no procede la anulación de ésta.

NOVENO. Por todo lo que antecede, esta Sala de Justicia considera que debe desestimarse el recurso interpuesto por la representación de Doña M.C.M.E. contra el acta de Liquidación Provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento suscritas, el 19 de julio de 2023, en las Actuaciones Previas nº 1025/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias.

DÉCIMO. En cuanto a las costas, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no procede su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Procurador ante los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de Doña M.C.M.E., contra el acta de Liquidación Provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento suscritas, el 19 de julio de 2023, en las Actuaciones Previas nº 1025/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias. Sin costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

Auto nº 22/2023, de 31 de octubre. Recurso de Apelación nº 30/23, Acción Pública nº 51/22, Sector Público Local (Ayuntamiento de Astillero), Cantabria. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala aplica la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el requisito de motivación suficiente de la resoluciones jurisdiccionales que ha acogido la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 338/2023, de 1 de marzo) que establece que "es consolidada la jurisprudencia que proclama que la motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada al margen de que satisfaga o no las pretensiones de las partes (SSTC 14/91, 28/94, 153/95, 33/96 y SSTS 889/2010, de 12 de enero, 465/2019 de 17 de septiembre, y 899/2021, de 21 de diciembre, entre otras). (…) Ahora bien, la exigencia de motivación no requiere un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión litigiosa, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que dejen constancia de cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamenten la decisión; o dicho de otra manera la "ratio decidendi" (razón de decidir) que ha determinado la resolución tomada (SSTS 294/2012, de 18 de mayo, 763/2013, de 3 de diciembre, 95/2014, de 11 de marzo (…) 43/2021, de 2 de febrero y 170/2021, de 25 de marzo, entre otras muchas)".

Asimismo, aplica la doctrina de la Sala de Justicia respecto a los requisitos exigibles para decretar, o no, el archivo de la acción pública en el ámbito contable -artículo 56 de la LFTCu-. Y aplica el principio de "favor actoris" o principio "pro actione", en relación con el ejercicio de la acción pública, que no exime, sin embargo, de que concurran los requisitos legalmente exigibles para viabilizar las pretensiones que se ventilan en estos casos, es decir:

- la aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable con referencia específica a determinadas cuentas o actos concretos y

- la concreción de la normativa presupuestaria o contable que se estime infringida y que dé lugar al consiguiente menoscabo de los fondos públicos.

La Sala pone de manifiesto que la mera existencia de irregularidades en la gestión llevada a cabo por un ente público no constituye base suficiente para la actuación de la jurisdicción contable. Sólo se genera responsabilidad contable si la tramitación irregular de los procedimientos administrativos o presupuestarios de contratación hubiera originado daños o perjuicios patrimoniales concretos en el erario público, lo que no acontece en el presente caso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 22/2023

ASUNTO: Recurso de apelación nº 30/23 interpuesto contra el Auto de 21 de marzo de 2023, dictado en la Acción Pública nº A-51/2022. Sector Público Local (Ayuntamiento de Astillero) CANTABRIA

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:
Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta
Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández- Consejero
Excma. Sra. Doña Elena Hernández Salguero- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

En el recurso de apelación nº 30/2023 interpuesto contra el Auto de 21 de marzo de 2023, dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos correspondientes a la Acción Pública nº A-51/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Astillero) Cantabria.

Ha sido apelante el Letrado D. Javier Calvo Sánchez, en nombre y representación de Don F.O.U. y Don S.M.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas D. Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de marzo de 2023 la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto en la Acción Pública nº A-51/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Astillero), Cantabria,

en cuya parte dispositiva se acordó: "Declarar el archivo de la presente Acción Pública, al no existir supuesto alguno de responsabilidad contable".

SEGUNDO.- El Letrado D. Javier Calvo Sánchez, en nombre y representación de Don F.O.U. y Don S.M.A., interpuso el 24 de abril de 2023 recurso de apelación contra el Auto de 21 de marzo, y solicitó su estimación y la revocación de la resolución recurrida, con el fin de que se propusiera el nombramiento de delegado instructor.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 27 de abril de 2023, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de las actuaciones acordó admitir a trámite el recurso de apelación y dar traslado del mismo a las demás partes intervinientes, para que, en el plazo de quince días, pudieran formular, en su caso, su oposición.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 24 de mayo de 2023, se opuso al recurso interpuesto e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- La Letrada Dª. Gema Uriarte Mazón, en nombre y representación del Ayuntamiento de Astillero, formuló oposición al recurso interpuesto, mediante escrito de 27 de mayo de 2023.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 22 de junio de 2023, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de las actuaciones acordó admitir los escritos de oposición al recurso de apelación y elevar los autos a esta Sala; y emplazar a las partes para que comparecieran en ella en el plazo de treinta días, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), bajo apercibimiento de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de dicha Ley.

SÉPTIMO.- Por escritos de 27 de junio y 1 de septiembre de 2023, respectivamente, se personaron ante esta Sala el Ministerio Fiscal y D. Javier Calvo Sánchez, en nombre y representación de Don F.O.U. y Don S.M.A. No consta en las actuaciones la personación en tiempo y forma del Ayuntamiento de Astillero.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 4 de septiembre de 2023 se acordó: abrir el rollo de apelación, al que se asignó el nº 30/2023; constatar la composición de la Sala; y nombrar ponente al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, siguiendo el turno establecido.

Por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala, de 19 de septiembre de 2023, se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, lo que se llevó a cabo por diligencia de 26 de septiembre de 2023.

NOVENO.- Por providencia de 17 de octubre de 2023, esta Sala acordó señalar el día 30 de octubre de 2023 para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

DÉCIMO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en lo sucesivo, LOTCu) y 52.1 b), 54.1 b) y 56.4 de la LFTCu.

SEGUNDO.- En las actuaciones en las que fue dictado el Auto recurrido, los accionantes públicos denunciaron los siguientes hechos:

- El 14 de junio de 2022 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Santander, que estimó íntegramente la demanda interpuesta por los representantes de los grupos políticos del Partido Regionalista de Cantabria (PRC) y del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) del Ayuntamiento de Astillero y anuló los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local de 7, 14, 21 y 28 de enero de 2021. La Sentencia reconoció la irregularidad manifiesta en el reconocimiento y pago de numerosas facturas del año 2021, que habían sido imputadas al ejercicio de 2020, con infracción de los principios de anualidad presupuestaria y de competencia en la aprobación del gasto, al haber sido aprobados por ese órgano en lugar de por el Pleno de la Corporación. Contra la citada Sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, cuya resolución no consta en las actuaciones.

- El Ayuntamiento de Astillero celebró sucesivos contratos menores con la sociedad mercantil L.E., S.A., eludiendo con ello el procedimiento abierto de contratación, con incidencia en el control de precios pagados por los servicios prestados, como hizo constar el Interventor en sus informes.

- En el contrato de mantenimiento de parques y jardines, adjudicado a la sociedad T., S.A. por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de junio de 2019, con un plazo de duración inicial de cuatro años, con posibilidad de prórroga de un año, y por un precio total de 1.849.571,76 euros, IVA incluido, se produjeron: numerosos

incumplimientos del contratista, sin imposición de penalidades; gastos extraordinarios e injustificados ocasionados por reclamaciones judiciales; y pagos por prestaciones realizadas fuera de contrato.

TERCERO.- La Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento fundamentó, en el Auto de 21 de marzo de 2023, el archivo en primera instancia de la Acción Pública nº A-51/2022, por las siguientes razones:

"Del escrito en que se ejercita la acción pública de responsabilidad contable no se aprecia una clara e inequívoca individualización de los supuestos de responsabilidad contable que pudieran caber con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, no puede considerarse, ni inicial ni indiciariamente, la existencia de un posible daño patrimonial en los fondos o caudales públicos que determinase un posible reproche contable."

CUARTO.- La representación de los recurrentes reiteró en la apelación interpuesta su denuncia inicial, aportó documentación adicional y fundamentó su impugnación en las siguientes razones:

- Ausencia de motivación del auto de instancia.
- Vulneración del artículo 24 de la Constitución, que garantiza el principio de tutela judicial efectiva y que exige una interpretación de las normas que rigen el acceso a los tribunales del modo más favorable al principio pro actione y no de manera rigorista y restrictiva.
- Improcedencia del archivo de la acción pública, por las razones siguientes:
  - Los hechos denunciados y la documentación aportada demuestran el incumplimiento de la normativa y la irregularidad de la gestión, sin que los denunciantes tengan la obligación de acreditar el daño individualizado, porque no tienen acceso a la documentación necesaria para ese análisis y además carecen de medios y conocimientos presupuestarios. Será en el expediente de enjuiciamiento contable donde se comprueben la infracción, ya sea por acción o por omisión de la normativa presupuestaria y de contabilidad, y el alcance del daño.
  - Las irregularidades en la gestión municipal y las infracciones de la normativa presupuestaria y contractual no han sido justificadas por el Ayuntamiento de Astillero, por lo que el Tribunal de Cuentas tiene la obligación de analizarlas. No cabe admitir que la irregularidad en la gestión se vea subsanada porque la contraprestación exista, el servicio se haya prestado y el pago impida el enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

QUINTO.- Para resolver la impugnación planteada resulta obligado partir del criterio de esta Sala de Justicia, que ha reiterado que en la resolución de un recurso de apelación, como recurso ordinario, cabe aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia. Es posible, por ello, confirmar, corregir, enmendar o revocar lo resuelto en la primera instancia e incluso acordar lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y con el límite de las pretensiones de las partes (por todas, Sentencias 4/1995 y 5/1995, ambas de 9 de marzo, 7/1997, de 9 de mayo y 5/2018, de 30 de mayo).

SEXTO.- Para determinar si el auto recurrido adolece de la falta de motivación alegada, es preciso partir del criterio del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Civil 338/2023, de 1 de marzo, que establece que "es consolidada la jurisprudencia que proclama que la motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada al margen de que satisfaga o no las pretensiones de las partes (SSTC 14/91, 28/94, 153/95, 33/96 y SSTS 889/2010, de 12 de enero, 465/2019 de 17 de septiembre, y 899/2021, de 21 de diciembre, entre otras). (…) Ahora bien, la exigencia de motivación no requiere un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión litigiosa, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que dejen constancia de cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamenten la decisión; o dicho de otra manera la "ratio decidendi" (razón de decidir) que ha determinado la resolución tomada (SSTS 294/2012, de 18 de mayo, 763/2013, de 3 de diciembre, 95/2014, de 11 de marzo (…) 43/2021, de 2 de febrero y 170/2021, de 25 de marzo, entre otras muchas)".

Es continua y reiterada la posibilidad de una motivación breve y sintética, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, y 25/2000, de 31 de enero). También resulta aceptable desde las exigencias de motivación del artículo 24.1 de la Constitución la que tiene lugar por remisión o motivación "aliunde" (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre).

Esta Sala de Justicia, en su Auto 16/2022, de 21 de septiembre, ha establecido que el deber de motivar las resoluciones judiciales se halla integrado dentro del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y, al mismo tiempo, conecta de una manera directa con el principio del Estado democrático de Derecho que establece el artículo 1 de la misma y con el principio legitimador de la función jurisdiccional, sometida al imperio de la Ley y por ello

exigente de la expresión de los motivos por los que se estima que una pretensión tiene o no amparo en la misma, conforme al artículo 120 de aquélla.

La exigencia de motivación no excluye, sin embargo, como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 184/1988, de 13 de octubre, la posible economía de los razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o expuestos por referencia a los que ya constan en el proceso. "Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de una posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores ejercer la función que les corresponde".

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 232/2992, de 14 de diciembre, comprende el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en Derecho, es decir, motivada y razonada, lejos de la arbitrariedad, y razonable. Es una exigencia que el Tribunal Constitucional ha reiterado constantemente (por todas, sentencias 135/1995, de 11 de septiembre; 184/1998, de 28 de septiembre; 68/1999, de 26 de abril; 32/2002, de 11 de febrero, y 65/2009, de 9 de marzo).

En el presente caso, el auto impugnado fundamenta la decisión de archivo de la acción pública en las alegaciones del Ministerio Fiscal, del Ayuntamiento de Astillero y de los actores públicos, con remisión a ellas, pues considera que son precisamente aquéllas, corroboradas documentalmente, las que conducen a la conclusión de que no existen indicios de responsabilidad contable por alcance que justifiquen su continuación mediante la incoación de un juicio contable.

Así, en el fundamento de Derecho Séptimo del auto recurrido se indica, como justificación de la decisión, que del escrito en que se ejercita la acción pública de responsabilidad contable y la documentación que le acompaña, no resulta una clara e inequívoca individualización de los supuestos de responsabilidad contable que pudieran caber con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos. No puede considerarse, en consecuencia, ni inicial ni indiciariamente, la existencia de un posible daño patrimonial en los fondos o caudales públicos que determine un posible reproche contable.

Esta afirmación permite concluir que en la resolución recurrida se especifican las razones por las que se archiva la acción pública, es decir, se motiva la decisión de instancia, por lo que se desestima la pretensión de los actores públicos, ya que el auto impugnado no incurre en vicio de indefensión. Además, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, el recurso no expone

ningún razonamiento que pudiera servir para contradecir los criterios aplicados por la juzgadora de instancia en la resolución recurrida.

Los actores públicos conocieron las razones por las que se rechazaba su petición. Por tanto, el auto impugnado no puede considerarse no razonado: es una resolución motivada y ajustada a las exigencias constitucionales.

SÉPTIMO.- La representación de los actores públicos argumenta que el archivo decretado supone una vulneración del artículo 24 de la Constitución, que garantiza el principio de tutela judicial efectiva, y que este artículo obliga a interpretar las normas que rigen el acceso a los tribunales del modo más favorable al principio *pro actione* y no de manera rigorista y restrictiva.

Los derechos y garantías procesales, que delimitan el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se acogen a tres grandes principios: el principio del *favor actionis* o *pro actione*, que tiene su aplicación en los derechos de acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución fundada en derecho; el deber judicial de promover y cooperar en la efectividad de la tutela, que afecta a todas las fases de su resolución; y, por último, el principio de razonabilidad.

El principio *pro actione* impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada, si no es con base en una causa expresamente prevista por la ley e interpretada en el sentido más favorable a su desarrollo hasta el fin. Obliga a resolver un litigio, si cabe hacerlo, por lo que no debe cerrarse al ciudadano la vía para el ejercicio de un derecho, si en la interpretación lógica de la norma permite otras alternativas.

Como establece el Tribunal Constitucional en su Sentencia 60/2017, de 22 de mayo, el principio *pro actione* (de obligada observancia por los órganos judiciales) opera con especial intensidad en los supuestos de acceso a la jurisdicción. Impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

Esta Sala de Justicia, en su Auto 1/2020, de 18 de febrero, con base en la doctrina constitucional, ha establecido que el derecho fundamental a obtener una resolución fundada en Derecho puede verse satisfecho en una de inadmisión, cuando concurra alguna causa legal y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma, porque: "El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador".

El artículo 56 de la LFTCu, en sus apartados segundo y tercero, regula el ejercicio de la acción pública y establece que «se efectuará mediante escrito, compareciendo en forma, en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos» y que, en el caso de que «en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas, previa audiencia, por término común de cinco días, del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante auto motivado, el escrito formulado e impondrá las costas en los términos previstos para el proceso civil al mencionado ejercitante, sin perjuicio del testimonio de particulares que quepa deducir para el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultare procedente».

Por ello, de acuerdo con el apartado tercero del artículo 56 de la LFTCu, la admisión de una acción pública se condiciona a la aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable y, en particular, de los elementos suficientes para demostrar, en grado indiciario, que se ha producido una vulneración de la normativa económico-financiera aplicable a la gestión enjuiciada, y que se ha provocado un menoscabo real y efectivo en las arcas públicas como consecuencia de dicha gestión.

Como establece esta Sala de Justicia en su Auto 9/2020, de 6 de julio, si bien los requisitos para la admisión de una acción pública deben ser objeto de una interpretación no rigorista, ésta no puede ser tan flexible que permita la incoación de un juicio de responsabilidad contable por hechos que, expresados en el escrito de interposición de la acción pública, no presenten indicios suficientes de haber generado un menoscabo en los fondos públicos presuntamente constitutivos de alcance.

La admisión de una acción pública se encuentra condicionada, por tanto, a la aportación de indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable y, en particular, de los elementos suficientes para demostrar, en grado indiciario, que se ha producido una vulneración de la normativa económico-financiera aplicable a la gestión enjuiciada y que se ha producido un menoscabo real y efectivo en las arcas públicas como consecuencia de dicha gestión.

En el supuesto de autos, no se han cumplido los requisitos del artículo 56 LFTCu. El motivo de que resulte improcedente la continuación del procedimiento es que los hechos denunciados por los accionantes públicos no presentan indicios de haber originado perjuicios en los fondos públicos, por constar, incluso en las relaciones

con los contratistas controvertidas y conflictivas, la conformidad de los responsables municipales con las prestaciones recibidas. Así ha quedado constatado en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Santander aportada a los autos.

Los hechos puestos de manifiesto en estas actuaciones, pueden suponer irregularidades presupuestarias o contractuales, pero no presentan las evidencias de indicios de responsabilidad contable que serían necesarias para continuar las actuaciones.

La representación de los apelantes identifica los hechos que considera contrarios a Derecho, pero de los mismos no cabe concluir que se haya producido un saldo deudor injustificado o la ausencia de numerario que pueda constituir un daño real, efectivo, evaluable económicamente e identificado en relación con concretos caudales o efectos públicos.

Por ello, esta Sala concluye que el auto recurrido no vulnera la tutela judicial efectiva de los accionantes públicos, ni es improcedente.

OCTAVO.- Los actores públicos alegan que en la gestión municipal se han producido infracciones de la normativa presupuestaria y contractual que no han sido justificadas por el Ayuntamiento de Astillero.

Como establece el Auto de esta Sala 34/2021, de 27 de octubre, la responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparatoria, por lo que no concurre en actuaciones que no impliquen un menoscabo identificable y cuantificable en el patrimonio público. Las conclusiones especulativas sobre menoscabos patrimoniales meramente deducibles o aparentes no pueden encuadrarse en el concepto técnico-jurídico de daño real y efectivo legalmente exigible para que exista responsabilidad contable. La tramitación irregular de procedimientos administrativos o presupuestarios no supone, por sí sola, responsabilidad contable, ya que ésta sólo se genera si además da lugar a daños y perjuicios patrimoniales concretos en el erario público.

En el supuesto de autos no se ha acreditado, ni tan siquiera denunciado, que las prestaciones acordadas no se hubieran realizado. Por el contrario, la propia sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo número 1 de Santander, aportada por los recurrentes en los autos, reconoce que «no obstante, en los casos en los cuales se habría ejecutado una obra o servicio (como sucede aquí, pues no existe prueba alguna de incumplimiento), no se desampara al contratista». Los pagos realizados por el Ayuntamiento de Astillero corresponden a contraprestaciones ejecutadas y, por ello, con independencia de las irregularidades contractuales que en su caso se hubieran producido, tuvieron por objeto retribuir prestaciones, obras, suministros o

servicios que la entidad local recibió. En otro caso se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración municipal.

Además, el escrito por el que se ha ejercitado la acción pública no va acompañado de ningún informe o tasación que permita fundamentar que entre las cantidades pagadas y las contraprestaciones recibidas no existiera proporcionalidad en perjuicio del patrimonio público.

Como ha razonado el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, «la mera existencia de irregularidades en la gestión llevada a cabo por un ente público no constituye base suficiente para la actuación de la jurisdicción contable». Sólo se genera responsabilidad contable si la tramitación irregular de los procedimientos administrativos o presupuestarios de contratación hubiera originado daños o perjuicios patrimoniales concretos en el erario público (SSJ 9/2019, de 21 de junio y ASJ 22/2022 de 21 de septiembre).

En la acción pública ejercitada se ponen de manifiesto hechos concretos relativos a la inadecuada ejecución del contrato de mantenimiento de parques y jardines o la falta de imposición de penalidades. Sobre el primer hecho, los recurrentes no han aportado datos que permitan afirmar la existencia de indicios de la producción de un perjuicio para los fondos públicos. En cuanto a la falta de imposición de las penalidades previstas en los pliegos de un contrato, como reacción a los incumplimientos del mismo, esta Sala de Justicia ha establecido, en su Auto 8/2012, de 28 de marzo, que la no imposición al contratista de las penalidades por demora no implica necesariamente la existencia de un daño para los caudales públicos real, efectivo y evaluable económicamente, toda vez que esas penalidades, atendida su especial naturaleza, no implican un automatismo en su imposición, ni por ello suponen una obligación de ineludible cumplimiento.

Por todo ello, esta Sala concluye que los recurrentes no han acreditado que de las deficiencias denunciadas en la gestión de los procedimientos de contratación se haya generado perjuicio alguno susceptible de ser calificado de responsabilidad contable por alcance en el sentido exigido en el artículo 56 de la LFTCu.

NOVENO.- Con arreglo a lo expuesto, se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado D. Javier Calvo Sánchez, en nombre y representación de Don F.R.U. y Don S.M.A., contra al Auto de 21 de marzo de 2023, dictado en la Acción Pública nº A-51/2022; y, en consecuencia, se confirman los pronunciamientos de dicho auto.

DÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta instancia, de acuerdo con el artículo 139.2 de la LJCA, en relación con el artículo 80.3 LFTCu y la Disposición Final Segunda Dos de la LOTCu, procede su imposición a los actores públicos, por haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación interpuesto.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Javier Calvo Sánchez, en nombre y representación de Don F.O.U. y Don S.M.A., contra el Auto de 21 de marzo de 2023, dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en la Acción Pública nº A-51/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Astillero), Cantabria, que queda confirmado en todos sus términos.

SEGUNDO. Imponer las costas causadas en esta instancia a Don F.O.U. y Don S.M.A.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de dicha Ley; en relación con los artículos 87 y 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

Auto nº 23/2023, de 2 de noviembre. Recurso del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 31/23, Actuaciones Previas nº 1063/22, Ramo: Sector Público Local (Entidad Local Menor de Valpuesta. Ayuntamiento de Berberana), Burgos. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala realiza en primer término un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme a la doctrina reiterada de la Sala (Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre; nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero; así como Autos números 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021) y, por todos, en el Auto nº 3/2016, de 8 de marzo.

A continuación, rechaza el motivo de impugnación aducido, toda vez que se sustenta en alegaciones sobre el fondo del tema litigioso, que suponen mera disconformidad con las conclusiones a las que llegó la Delegada Instructora en el Acta de Liquidación Provisional, por lo que el recurso debe desestimarse al constatarse, además, que no se ha producido quiebra del derecho de defensa y, asimismo, ni tan siquiera se ha hecho mención de las causas que viabilizan este recurso excepcional, cuales son la denegación de diligencias y la indefensión.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 23/2023

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 31/23, Actuaciones Previas nº 1063/2022. Ramo: Sector Público Local (Entidad Local Menor de Valpuesta. Ayuntamiento de Berberana), BURGOS.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:
Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta.
Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. - Consejero.
Excma. Sra. Dña. Elena Hernáez Salguero.- Consejera.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

AUTO

Visto el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, "LFTCu"), por la Letrada Doña María Pilar Arana Carcedo, actuando en nombre y representación de Don J.L.O., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 27 de julio de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1063/2022 del ramo Sector Público Local (Entidad Local Menor de Valpuesta. Ayuntamiento de Berberana), BURGOS.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2023 la Delegada Instructora practicó, en las actuaciones de referencia, Liquidación Provisional, dictándose la correspondiente Acta, en la que, de forma previa y provisional, se declaró la existencia de un presunto alcance por importe total de 170.099,43 euros (155.775,86 euros correspondientes al principal y 12.323,57 euros a los intereses, provisionalmente calculados), considerando como presuntos responsables contables directos y solidarios a las siguientes personas y por las cuantías que se reflejan a continuación:

- A Don D.J.F.T. por importe total de 170.099,43 euros (155.775,86 euros correspondientes al principal y 12.323,57 euros a los intereses, provisionalmente calculados).

- De manera directa y solidaria con Don D.J.F.T., a Doña S.G-B.T. por importe total de 7.773,59 euros (correspondiendo 7.012,10 euros al principal y 761,49 euros s los intereses), a Don L.M.U.F. por importe total de 38.154,10 euros (correspondiendo 35.573,55 euros al principal y 2.580,55 euros a los intereses), a Don J.L.O. por importe total de 45.496,26 euros (correspondiendo 42.174,22 euros al principal y 3.322,04 euros a los intereses) y a Don L.B.S. por importe total de 78.675,48 euros (correspondiendo 73.015,99 euros al principal y 5.659,49 euros a los intereses).

Mediante Providencia de 27 de julio de 2023, se requirió a los presuntos responsables contables para que reintegraran, depositaran o afianzaran el importe del alcance declarado, previa y provisionalmente, junto con sus correspondientes intereses legales, bajo apercibimiento de que, en caso de no atender dicho requerimiento, se procedería al embargo de sus bienes.

SEGUNDO.- Mediante escrito recibido en este Tribunal de Cuentas el día 31 de julio de 2023, la Letrada Doña María Pilar Arana Carcedo, actuando en nombre y representación de Don J.L.O., interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional de referencia, en el que solicitó a la Sala de Justicia que tuviera por impugnada la misma en la cantidad de 2.380,55 euros, importe que corresponde al Complemento de Agrupación de los ejercicios 2019, 2020 y 2021, e interesó la corrección y modificación del Acta de Liquidación Provisional de la que se debe descontar la citada cantidad.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 5 de septiembre de 2023, se acordó, abrir el correspondiente rollo con el nº 31/2023, constatar la composición de la Sala de Justicia, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio a la Delegada Instructora en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- Recibidos los antecedentes necesarios de la Unidad de Actuaciones Previas, mediante Diligencia de Ordenación de 11 de septiembre de 2023, se acordó dar traslado de copia del recurso a todos los citados al acto de la Liquidación Provisional, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Por escrito de fecha 20 de septiembre de 2023, el Ministerio Fiscal evacuó el citado trámite de audiencia y solicitó la desestimación del recurso del 48.1 de la LFTCu y la confirmación del Acta de Liquidación Provisional recurrida.

SEXTO.- Conclusa la tramitación del recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 26 de septiembre de 2023, se acordó pasar las actuaciones a la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto, una vez verificadas las oportunas notificaciones, el día 9 de octubre de 2023.

SÉPTIMO.- Mediante Providencia de fecha 20 de octubre de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 30 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

OCTAVO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión de los recursos formulados contra las resoluciones dictadas en las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 27 de julio de 2023, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1063/2022 dictó Acta de Liquidación Provisional en la que determinó que el recurrente Don J.L.O. (junto a otros, de forma solidaria) resultaba, de manera indiciaria, incurso en un presunto ilícito de alcance contable, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en fase jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que pudiera incoarse al efecto.

TERCERO.- Contra el Acta de Liquidación Provisional la representación legal de Don J.L.O. interpuso recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, cuyo único motivo de impugnación se fundamenta en las siguientes alegaciones:

Sostiene que el Complemento de Agrupación es un emolumento reglado, cuyo cobro es obligatorio, con los límites que legalmente se establecen, y no ha sido tenido en cuenta en la Liquidación Provisional practicada.

Considera, con base en el artículo 8.1 del RD 861/986, de 25 de abril, que establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, que en el supuesto que nos ocupa, al tratarse de tres Ayuntamientos agrupados, el

Complemento de Agrupación supondría el 45% del Complemento de Destino, incluido en el Complemento Específico, debiendo tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 11 de los Estatutos de la Agrupación Secretarial, precepto que determina que las retribuciones del Secretario serán las establecidas en la legislación vigente en cada momento, y las complementarias se señalarán por la Junta de la Agrupación dentro de los límites legales, con ratificación de los Ayuntamientos afectados.

Por ello afirma que, de la aplicación de tales normas, le hubiera correspondido cobrar al Secretario Interventor en concepto de Complemento de Agrupación, en los años 2019, 2020 y 2021, un total de 2.380,55 €, según el siguiente detalle:

- Año 2019, la cantidad de 701,16 €, resultado de aplicar el 45% al importe del complemento de destino de nivel 26 (1.558,13 €)

- Año 2020, la cantidad de 716,06 €, resultado de aplicar el 45% al importe del complemento de destino de nivel 26 (1.591,24 €).

- Año 2021, la cantidad de 963,33, resultado de aplicar el 45% al importe del complemento de destino de nivel 26 (2.140,74 €).

Dichas cantidades, a juicio del recurrente, habría que restarlas a la que determina el Acta de Liquidación Provisional como Exceso retribuido en concepto de Complemento Específico durante los ejercicios 2019, 2020 y 2021, por lo que interesa la corrección y modificación de la misma en esos términos.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal ha formulado oposición al recurso interpuesto, interesando la desestimación del mismo y la confirmación del Acta de Liquidación recurrida.

Tras resumir las alegaciones realizadas por el recurrente, considera que se refieren a cuestiones de fondo que exceden del objeto del presente recurso, ya que éste sólo cabe en supuestos de indefensión o denegación de diligencias, por lo que, en su caso, deberán tratarse en fase jurisdiccional.

QUINTO.- Resumidas, del modo que antecede, las posturas de los intervinientes en esta fase, dada la índole de las alegaciones expresadas en sus respectivos escritos de recurso y los fundamentos de oposición al mismo, se hace imprescindible recordar que el recurso innominado, previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, conforme con la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia (Autos nº 14/2019, de 17 de diciembre; nº 4/2020, de 18 de febrero; nº 5/2021, de 26 de febrero; y nº 20 y 23, ambos, de 23 de junio de 2021), constituye, en el Orden procesal Contable, un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer un mecanismo de revisión a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, que sólo puede prosperar si concurren los motivos taxativamente establecidos en dicho precepto: 1) que la resolución recurrida no acceda a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren; o, 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

No cabe, por consiguiente, plantear, a través de este medio de impugnación, cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrán desarrollar las alegaciones que procedan, en orden a la defensa de las respectivas pretensiones que se ventilen en juicio, practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión.

De lo contrario, ello significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido "*ex lege*" a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la LOTCu, y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

Por ello hay que insistir de nuevo en que, por vía de este recurso, no puede entrar la Sala a conocer del tema referente a la calificación jurídico-contable del, o de los presuntos responsables, ni del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, conforme ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia (por todos, Auto nº 3/2016, de 8 de marzo), debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no puede realizarse al amparo de este excepcional trámite, sino que su enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del Derecho aplicable.

SEXTO.- En el presente caso, el recurrente ha planteado su disconformidad con las conclusiones a las que llegó la Delegada Instructora en el Acta de Liquidación Provisional recaída en la pieza de Actuaciones Previas 1063/2022, en relación con la cuantificación del alcance, al considerar que habría que restar la cantidad de 2.380,55 €, del importe determinado como exceso retribuido en concepto de

Complemento Específico en los ejercicios 2019, 2020 y 2021, en aplicación del artículo 8.1 del RD 861/986, de 25 de abril, y del artículo 11 de los Estatutos de la Agrupación Municipal.

Dichas alegaciones, por tanto, se refieren a cuestiones de fondo, que habrán de ser analizadas en el seno del procedimiento de reintegro que, en su caso, se desarrolle, sin que corresponda en este momento proceder a su valoración. Se trata de cuestiones que exceden del ámbito del presente recurso, el cual debe limitarse a dilucidar si se ha producido indefensión al recurrente o se ha producido una denegación injustificada de diligencias, como ha quedado expuesto en el fundamento de derecho anterior. Ninguna de tales cuestiones ha sido planteada aquí, lo que bastaría para desestimar el recurso planteado, no obstante cabe añadir, en aras de la tutela judicial efectiva, que no se aprecia por esta Sala vulneración alguna del derecho de defensa del recurrente, quien ha dispuesto de la posibilidad de ser oído y defender sus derechos e intereses, sin ser preterido en trámite esencial alguno y sin que sus medios de defensa se hayan visto limitados en fase de actuaciones previas.

SÉPTIMO.- Dada la índole de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho precedentes, esta Sala de Justicia debe proceder a la desestimación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, interpuesto por la representación legal de Don J.L.O., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 27 de julio de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1063/2022 del ramo Sector Público Local (Entidad Local Menor de Valpuesta. Ayuntamiento de Berberana), BURGOS.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a ninguna de las partes intervinientes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA.

La Sala acuerda: DESESTIMAR el recurso promovido, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por la Letrada Doña María Pilar Arana Carcedo, en nombre y representación de Don J.L.O., contra el Acta de Liquidación Provisional de fecha 27 de julio de 2023, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 1063/2022 del ramo Sector Público Local (Entidad Local Menor de Valpuesta. Ayuntamiento de Berberana), BURGOS. Sin costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe recurso alguno.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

ÍNDICE CRONOLÓGICO 2023

SENTENCIAS 2023

1º.- **Sentencia nº 1/2023**
Recurso de apelación nº 24/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 99/21 9

2º.- **Sentencia nº 2/2023**
Recurso de apelación nº 30/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 48/20 34

3º.- **Sentencia nº 3/2023**
Recurso de apelación nº 36/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 123/20 62

4º.- **Sentencia nº 4/2023**
Recurso de apelación nº 29/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 102/21 88

5º.- **Sentencia nº 5/2023**
Recurso de apelación nº 39/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 97/21 124

6º.- **Sentencia nº 6/2023**
Recurso de apelación nº 2/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 8/18 150

7º.- **Sentencia nº 7/2023**
Recurso de apelación nº 5/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 133/21 180

8º.- **Sentencia nº 8/2023**
Recurso de apelación nº 11/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 166/21.1 202

9º.- **Sentencia nº 9/2023**
Recurso de apelación nº 12/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 76/21 222

10º.- **Sentencia nº 10/2023**
Recurso de apelación nº 17/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 166/21-0 251

AUTOS 2023

1º.- **Auto nº 1/2023**
Recurso de apelación nº 26/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 111/03 273

2º.- **Auto nº 2/2023**
Recurso de apelación nº 28/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 1027/22 288

3º.- **Auto nº 3/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 32/22. Actuaciones Previas nº 1050/22 304

4º.- **Auto nº 4/2023**
Recurso de apelación nº 38/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 215/17 323

5º.- **Auto nº 5/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 37/22. Actuaciones Previas nº 1089/21 335

6º.- **Auto nº 6/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 1/23. Actuaciones Previas nº 1004/22 356

7º.- **Auto nº 7/2023**
Recurso de apelación nº 21/22. Acción Pública nº 5/22 372

8º.- **Auto nº 8/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 34/22. Actuaciones Previas nº 12/21 402

9º.- **Auto nº 9/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 35/22. Actuaciones Previas nº 96/20 427

10º.- **Auto nº 10/2023**
Recurso de apelación nº 6/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 1047/22 440

11º.- **Auto nº 11/2023**
Recurso de apelación nº 45/21. Acción Pública nº 7/21 457

12º.- **Auto nº 12/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 4/23. Actuaciones Previas nº 96/20 465

13º.- **Auto nº 13/2023**
Recurso de apelación nº 7/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 137/16-05 483

14º.- **Auto nº 14/2023**
Recurso de Queja nº 18/23. Acción Pública nº 61/22 497

15º.- **Auto nº 15/2023**
Recurso de apelación nº 8/23. Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 225/15-2-E (P.S.Ej.) 504

16º.- **Auto nº 16/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 14/23. Actuaciones Previas nº 1041/22 520

17º.- **Auto nº 17/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 16/23. Actuaciones Previas nº 41/20 536

18º.- **Auto nº 18/2023**
Recurso de apelación nº 20/23. Acción Pública nº 4/23 547

19º.- **Auto nº 19/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 23/23. Actuaciones Previas nº 1028/22 560

20º.- **Auto nº 20/2023**
Recurso de apelación nº 24/23. Acción Pública nº 40/2022 586

21º.- **Auto nº 21/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 29/23. Actuaciones Previas nº 1025/22 596

22º.- **Auto nº 22/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 30/23. Acción Pública nº 51/22 611

23º.- **Auto nº 23/2023**
Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 31/23. Actuaciones Previas nº 1063/22 623

ÍNDICE DE MATERIAS

ÍNDICE DE MATERIAS

A

Acción Pública

A-11; A-18

Acción u omisión atribuible al cuentadante

S-3

Acta de Liquidación Provisional

A-3

Anulación Liquidación Provisional

A-9

Archivo de Acción Pública

A-18; A-20; A-22

Archivo de actuaciones

A-1; A-9

C

Caducidad de las Actuaciones Previas

S-6

A-6

Citación a la Liquidación Provisional

A-21

Compatibilidad de la jurisdicción contable con la jurisdicción penal

S-2; S-7

A-13

Cómputo de plazos procesales

A-14

Cómputo del plazo de prescripción

S-5

Consignación (naturaleza)

A-4

Cuentadante

S-4; S-7

Cuestión de fondo

A-2; A-5; A-6; A-8

Culpa *in vigilando*

S-1

D

Daño a los caudales públicos

S-5

Derecho a la tutela judicial efectiva

A-3

Dies a quo

S-5

Diferencia diligencia/prueba de parte

A-6

Dolo o negligencia grave

S-7; S-10

E

Elemento subjetivo constitutivo de la responsabilidad

S-1; S-3

Embargo específico

A-12

Embargo genérico

A-12

Enriquecimiento injusto

A-5

Error de derecho

A-2

Error en la valoración de la prueba

S-1; S-3; S-9; S-10

Estafa

S-4

Estimación del recurso

S-2; S-5;

A-1; A-13; A-15

Estimación parcial del recurso

S-1; S-6

A-7

Extemporaneidad del recurso

A-14

Extraneus

S-4

F

Falta de legitimación pasiva

S-4

Falta de motivación de las resoluciones

A-3

Falta de motivación Liquidación Provisional

A-9

G

Gratificaciones por servicios extraordinarios

A-16

H

Herederos testamentarios

A-1

Herencia yacente

A-1

I

Imposición de costas

S-9

Inadmisión recurso de apelación

A-14

Incidente de ejecución

A-15

Incongruencia

S-10; A-3

Incongruencia omisiva

A-7

Indefensión

S-6; S-9

A-2; A-3; A-5; A-6; A-8; A-9; A-12; A-16; A-17; A-19; A-21; A-23

Inexistencia de prueba

S-10

Intereses (cómputo)

A-4

Intereses de demora

A-10

Inversión de la carga de la prueba

S-8

L

Legitimación pasiva

A-1; A-15

M

Medidas de averiguación patrimonial

A-15

Menoscabo de fondos públicos

S-3

A-10

Motivación *in aliunde*

A-10

Motivación de las resoluciones

S-6

A-10

Motivación suficiente de las resoluciones jurisdiccionales

A-22

Motivos de fondo

A-23

Motivos del recurso del artículo 48.1

A-5; A-6

Mutatio libelli

S-7

A-7

N

Naturaleza de la responsabilidad contable

A-17

Naturaleza, extensión y límites del recurso del artículo 48.1

A-2; A-3: A-5;A-8; A-9; A-16; A-17; A-19; A-21; A-23

Naturaleza jurídica de las Actuaciones Previas

A-3; A-6; A-8; A-19

Naturaleza jurídica del recurso de apelación

S-1; S-3; S-7; S-9; S-10

A-18

Negligencia grave

S-10

Nexo causal

S-3

Nulidad de actuaciones

A-12

O

Ofrecimiento de bienes

A-12

Onus probandi

S-10

P

Pagos indebidos

S-8

Pérdida sobrevenida del objeto

A-11

Prejudicialidad penal

S-2

A-13

Prescripción

S-5

A-5

Prescripción de la responsabilidad contable

S-2

Principio de conservación de los actos procesales

A-7

Principio de presunción de inocencia

A-2

Principio de seguridad jurídica

A-3

Principio dispositivo

A-11

Principio *in dubio pro reo*

A-2

Principio *non bis in idem*

S-2

Principio *pro actione*

A-18; A-20; A-22

Principio *solve et repete*

A-4

R

Recusación

A-8

Remuneraciones extraordinarias

A-16

Renuncia a la acción pública

A-11

Reproducción de alegaciones

S-3; S-6; S-9

A-18

Requerimiento de pago, depósito o afianzamiento

A-19

Requisitos constitutivos de la responsabilidad contable

S-4; S-5; S-7; S-9

Responsabilidad civil derivada del delito

S-7

Responsabilidad contable directa

S-1

Responsabilidad contable subsidiaria

S-1

Restitutio in integrum

A-4

Retroacción de actuaciones

A-12

Revocación de resolución

S-2

S

Sobreseimiento de actuaciones

A-16

Subvenciones

A-20

Suspensión de actuaciones

A-9

Suspensión de medidas cautelares

A-19

Suspensión por prejudicialidad penal

A-13

T

Transmisión *mortis causa* de la responsabilidad contable

A-15

V

Valoración conjunta de la prueba

S-6

Valoración de la prueba

S-4; S-5; S-8; S-9; S-10

Voto particular

S-4

Vulneración artículo 45 de la LFTCu.

S-9

Vulneración de la normativa económico presupuestaria

A-18

Vulneración de la normativa económico-financiera reguladora del Sector Público

S-3