

Resoluciones
de la Sala de Justicia
del Tribunal de Cuentas
Año 2022

SUMARIO

Presentación	5
Sentencias	7
Autos	293
Índice cronológico	807
Índice de materias	815

Presentación

En la presente publicación se recogen las resoluciones definitivas dictadas por la Sala de Justicia en el año 2022, 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 2022, 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 1/2022, de 1 de marzo. Recurso de apelación nº 37/21, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2021, que desestimó la demanda deducida por el actor público, Don F.J.S.C., contra Don J.M.J. y Don B.G.M., con imposición de las costas causadas en la primera instancia a Don F.J.S.C., del ramo Sector Público Local (Ayto. de Villarino de los Aires), Salamanca. Ponente: Excm. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

El recurso de apelación se fundamenta en los siguientes motivos:

- Error en la valoración de la prueba. Se afirma en la sentencia recurrida que las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción competente concluyeron el día 26 de junio de 2020, sin embargo, dichas actuaciones penales siguen abiertas.
- Incongruencia interna de la sentencia de primera instancia y vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos.
- En la realización de los pagos efectuados en concepto de “provisión de fondos” no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido.

La Sala considera que al no ser determinante para la resolución del presente recurso de apelación el hecho relativo a si la causa penal había finalizado o no cuando se dictó la sentencia de primera instancia, debe desestimarse este motivo.

En cuanto al segundo motivo, la Sala pone de manifiesto que los gastos de defensa y representación de los funcionarios y cargos públicos de la Administración Local, siempre que sean consecuencia de su imputación en procesos penales por causas derivadas del ejercicio de las funciones propias del cargo o puesto de trabajo, pueden ser considerados como gastos indemnizables por la Corporación local a la que pertenezcan atendiendo a lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el artículo 13.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre.

Asimismo, consta unido a las actuaciones el informe del Interventor del Ayuntamiento en el que se precisa que las provisiones de fondos efectuadas se realizaron siempre a salvo del derecho de repetición que ostentaba el Ayuntamiento para el caso de que se dictase sentencia condenatoria.

A la vista de los razonamientos realizados por la Juzgadora “a quo” en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, debe concluirse que ninguna incongruencia se observa.

En cuanto al último motivo esgrimido, se alega que en la realización de los pagos efectuados en concepto de “provisión de fondos” no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido.

La Sala de Justicia (por todas, Sentencia 10/05, de 14 de julio) ha venido reiterando que las posibles infracciones de tramitación en una actuación administrativa generadora de un gasto no bastan por sí mismas para generar responsabilidad contable si no van asociadas a la producción de un daño indemnizable (Sentencia 20/05, de 28 de octubre).

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 1/2022

ASUNTO: Recurso de apelación nº 37/21, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2021, que desestimó la demanda deducida por el actor público, Don F.J.S.C., contra Don J.M.J. y Don B.G.M., con imposición de las costas causadas en la primera instancia a Don F.J.S.C., del ramo Sector Público Local (Ayto. de Villarino de los Aires), Salamanca.

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, integrada conforme se expresa en el margen, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2021, 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 nº A-133/20.

Han sido parte en el presente recurso, como apelante, Don F.J.S.C. en su propio nombre y representación; y como apelados, Don J.M.J. y Don B.G.M., representados y asistidos por el Letrado don Oscar Barbero García.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Dña. Elena Hernández 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 29 de julio de 2021, la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento dictó sentencia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-133/20, por la que se desestimó la demanda interpuesta por el actor público, Don F.J.S.C., contra Don J.M.J. y Don B.G.M., con imposición de las costas causadas en la primera instancia a Don F.J.S.C.

SEGUNDO.- Don F.J.S.C., en su propio nombre y representación, y mediante escrito recibido el 9 de agosto de 2021, interpuso recurso de apelación contra la precitada sentencia de fecha 29 de julio de 2021.

TERCERO.- Por escrito de 17 de septiembre de 2021, Don F.J.S.C. adjuntó copia de una providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, y pidió su incorporación a los autos.

CUARTO.- Con fecha de 27 de septiembre de 2021, se dictó diligencia de ordenación acordando admitir el recurso interpuesto e incorporar a los autos la providencia aportada, así como dar traslado a las partes para que pudieran formular su oposición.

QUINTO.- Con fecha de 13 octubre de 2021, la representación procesal de Don J.M.J. y Don B.G.M. presentó escrito de oposición al recurso de apelación.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 15 de octubre de 2021, se acordó admitir el escrito de oposición, dar traslado del mismo al actor público y elevar las actuaciones a la Sala de Justicia emplazando a las partes para comparecer en el plazo de treinta días.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de fecha 2 de noviembre de 2021, se acordó nombrar Ponente a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Dña. Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

OCTAVO.- Una vez dictada la diligencia de ordenación de fecha 9 de diciembre de 2021, por la que se puso en conocimiento de las partes la nueva composición de la Sala de Justicia para el presente recurso tras los Acuerdos del Pleno del Tribunal de Cuentas de fechas 23 y 29 de noviembre de 2021, por diligencia de ordenación de fecha 23 de diciembre de 2021, se acordó pasar los autos a la nueva ponente, la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Dña. Elena Hernández Salguero, a fin de que preparase la pertinente resolución.

NOVENO.- Por providencia de fecha 15 de febrero de 2022, se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación de Don F.J.S.C. se fundamenta en los siguientes motivos:

- Error en la valoración de la prueba. Se afirma en la sentencia recurrida que las Diligencias Previas nº 72/2016, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitigudino, concluyeron el día 26 de junio de 2020, a pesar de que dichas actuaciones penales siguen aún abiertas.
- Incongruencia interna de la sentencia de primera instancia y vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos. Alega incongruencia interna de la sentencia recurrida por cuanto en la misma se invoca expresamente la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002 (Sala Segunda- ROJ STS 656/2002) cuando, realmente, la doctrina recogida en esta resolución del Alto Tribunal es contraria a la interpretación que hace la Juzgadora de primera instancia. Asimismo, añade que la sentencia impugnada también es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos: concretamente, el apelante alega que contraviene los pronunciamientos de la sentencia 4/2015, de 2 de julio, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas; y de la sentencia 14/2013, de 11 de diciembre, dictada por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.
- En la realización de los pagos efectuados en concepto de “provisión de fondos” no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En este sentido, se realizaron los pagos con cargo al erario municipal sin esperar a que hubieran finalizado las actuaciones penales de referencia cuya resolución definitiva podría haber justificado los mismos. Por ello, el alcance se produjo desde el mismo momento en que se transfirieron los fondos públicos municipales para el pago de intereses particulares sin respeto a procedimiento alguno.

SEGUNDO.- Con fecha de 13 octubre de 2021, la representación procesal de Don J.M.J. y Don B.G.M. presentó escrito de oposición al recurso de apelación, pidiendo la inadmisión del documento acompañado al escrito de recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida en su integridad, en atención a los motivos que, resumidamente, se exponen a continuación:

- Con carácter previo, alega la extemporánea e indebida aportación por el recurrente, junto con su escrito de recurso de apelación, del documento

consistente en la providencia de fecha 3 de diciembre de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación núm. 357/2020.

– Inexistencia de error en la valoración de la prueba. La sentencia recurrida se limita a afirmar que, en fecha 2 de enero de 2020, se dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo de las Diligencias Previas núm. 72/2016; y que, con fecha de 26 de junio de 2020, se dictó otro auto que desestimó el recurso interpuesto contra la precitada resolución judicial, confirmando así el sobreseimiento provisional y el archivo de las citadas actuaciones penales. Ambos hechos son ciertos y deben completarse con los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada.

– No hay ningún tipo de incongruencia interna de la sentencia de primera instancia ni ningún tipo de contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Sala de Justicia recaída en supuestos análogos. Precisamente, la sentencia recurrida se ha pronunciado, conforme a reiterada doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, declarando que no puede existir responsabilidad contable si no se ha producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos de titularidad pública, y para poder apreciar esta circunstancia en el supuesto de autos resulta necesario que hayan finalizado las actuaciones penales de referencia.

– En ningún caso puede concluirse que se realizaron los pagos con inobservancia del procedimiento legalmente establecido, en atención al beneficiario de los mismos (el Alcalde), a la clase de asunto ventilado en las actuaciones penales de referencia y al tipo de contratación que implicaron los pagos para el Ayuntamiento (contratos menores por importes de 1.050 euros y 1.100 euros); y teniendo en cuenta que, en todo caso, dichos pagos quedaban condicionados al resultado final que se produjera en las meritadas actuaciones penales.

TERCERO.- Antes de entrar a valorar los motivos del recurso de apelación, esta Sala debe resolver, con carácter previo, la cuestión planteada por la representación procesal de los apelados que, conforme a lo dispuesto en los artículos 80.3 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y 85.3 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alega la extemporánea e indebida aportación del documento adjunto al escrito de interposición del recurso de apelación. Precisa que dicho documento no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en los precitados artículos, ya que está fechado a 3 de diciembre de 2020 y estaba en poder del apelante desde el día 12 de diciembre de 2020, por lo que pudo haber sido aportado con el escrito de demanda. Además, añade que este documento no ha sido objeto de denegación ni propuesto como prueba en el momento procesal oportuno, por lo que se ha aportado de manera

extemporánea y con notoria infracción del principio de preclusión procesal, lo que debe conducir necesariamente a la declaración judicial de inadmisión con devolución del mismo a la parte apelante.

Efectivamente, Don F.J.S.C. adjuntó a su escrito de recurso de apelación la providencia de fecha 3 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación núm. 357/20 (dimanante de las diligencias previas núm. 72/2016, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vitigudino). Pero también, mediante posterior escrito de 17 de septiembre de 2021, aportó una nueva providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, dictada por la meritada Audiencia Provincial en esas mismas actuaciones penales, que fue unida al presente recurso de apelación por diligencia de ordenación de fecha 27 de septiembre de 2021; resolución esta que no fue recurrida por los apelados. En cuanto al contenido de las referidas providencias dictadas por la Audiencia Provincial de Salamanca, debe advertirse que en la resolución de fecha 3 de diciembre de 2020, se acordó señalar el día 9 de diciembre de 2020 para deliberación y fallo del meritado recurso de apelación núm. 357/20; mientras que en la providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, se acordó que, haciéndose necesaria una nueva deliberación del recurso, quedara pendiente de señalamiento preferente en el plazo más breve posible.

La parte apelante fundamenta la solicitud de incorporación de estos documentos en que uno de los motivos de su impugnación es “error en la valoración de la prueba”, ya que en la sentencia recurrida se afirma que el procedimiento núm. 72/16, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vitigudino, había finalizado el 26 de junio de 2020 con exoneración de responsabilidad; sin embargo, según resulta acreditado con la documental aportada, cuando se dictó la meritada providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, el proceso penal aún continuaba abierto.

Si bien es cierto que el apelante tuvo la posibilidad de aportar la meritada providencia de fecha 3 de diciembre de 2020 junto a su escrito de demanda de fecha 1 de marzo de 2021, no es menos cierto que, mediante escrito de 17 de septiembre de 2021, también aportó la referida providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, que es de fecha posterior a la sentencia de primera instancia, y que quedó incorporada a los autos integrantes del presente recurso de apelación por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2021; resolución esta que no fue recurrida por los apelados.

Por lo tanto, a efectos de resolver el presente recurso de apelación, resulta indiferente que se tenga, o no, por incorporada a los autos la providencia de fecha 3 de diciembre de 2020, ya que con la posterior incorporación de la providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, acordada por diligencia de ordenación de 27 de

septiembre de 2021, quedó acreditado el precitado hecho invocado por el apelante, esto es, que aún no habían finalizado las meritadas diligencias previas núm. 72/2016, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vitigudino.

Pero, además de lo anterior, debe destacarse que la parte apelada no ha cuestionado en ningún momento la afirmación de la recurrente de que las referidas actuaciones penales no hubieran finalizado. Por el contrario, la representación procesal de los apelados pide la confirmación de la sentencia de primera instancia porque, a su juicio, el razonamiento contenido en el fundamento jurídico quinto es adecuado y ajustado a derecho por cuanto declara que, en tanto no concluya la tramitación de las diligencias penales, no se podrá determinar el requisito del “daño efectivo” en los términos que exige la jurisprudencia para la producción del ilícito contable.

Por todo lo anterior, no apreciándose que la incorporación a los autos de la providencia de fecha 3 de diciembre de 2020 suponga la práctica de una prueba documental sobre hechos nuevos discutidos por la parte contraria, se desestima la petición de declarar la inadmisión del documento aportado junto al escrito de interposición del recurso de apelación, quedando confirmada la incorporación del mismo a los autos.

CUARTO.- Entrando a conocer de las pretensiones planteadas por el apelante, y de acuerdo con el contenido de los motivos primero y cuarto del escrito de recurso de apelación, debe comenzarse por el examen de la alegación relativa al error en la valoración de la prueba.

Señala el recurrente que en la sentencia impugnada se afirma que las meritadas diligencias previas núm. 72/2016 finalizaron el 26 de junio de 2020, fecha en la que se dictó el auto desestimatorio del recurso contra el auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones; y que esa afirmación es errónea por cuanto dicho auto desestimatorio fue recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial, no constando que hasta la fecha se haya dictado pronunciamiento alguno. En cualquier caso, añade el apelante que, a su juicio, lo determinante para resolver el presente recurso no es que las actuaciones penales de referencia estén aún abiertas o hayan finalizado, sino que en el supuesto aquí enjuiciado se hayan transferido cantidades litigiosas antes de hubieran finalizado ambos procedimientos penales.

Pues bien, teniendo en cuenta los términos en que ha planteado sus pretensiones el apelante, esta Sala de Justicia considera igualmente que, a efectos de la resolución del presente recurso, es irrelevante si la causa penal núm. 72/16 había finalizado o no cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Y ello, porque el recurrente cuestiona el pronunciamiento de la sentencia recurrida entendiendo que, a su juicio, procede declarar responsabilidad contable por el pago de las transferencias que se

hicieron en concepto de “provisión de fondos” para la sustanciación de dos procesos penales que, en aquel momento, aún no habían finalizado.

Por lo tanto, de acuerdo con los términos en que ha planteado sus pretensiones el apelante, al no ser determinante para la resolución del presente recurso de apelación el hecho relativo a si la causa penal núm. 72/16 había finalizado, o no, cuando se dictó la sentencia de primera instancia, debe desestimarse el presente motivo del recurso de apelación.

Y, a mayor abundamiento, debe destacarse que, si se analiza la declaración de Hechos Probados de la sentencia impugnada, tampoco puede concluirse que la Juzgadora de primera instancia hubiera cometido dicho error en la valoración del precitado hecho. En efecto, en relación con las diligencias previas núm. 72/2016, en el Hecho Probado Primero se afirma literalmente lo siguiente: “[...] la Jueza titular del citado Juzgado por auto de fecha 2 de enero de 2020 acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de la citada causa, por inexistencia del hecho imputado. Dicho auto fue recurrido por la parte denunciante, siendo desestimado el recurso por auto de 26 de junio de 2020 [...]”. Luego, en ningún momento se afirma en la sentencia apelada que lo resuelto en las precitadas actuaciones penales hubiera alcanzado firmeza.

Por todo lo anterior, se desestiman los motivos primero y cuarto del apelante relativos al error en la valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de primera instancia.

QUINTO.- Por otro lado, alega Don F.J.S.C. la incongruencia interna de la sentencia de primera instancia y la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos al enjuiciado.

En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación de incongruencia interna y vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el apelante considera que, si bien en la sentencia recurrida se invoca la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002 (Sala Segunda- ROJ STS 656/2002), realmente, la Juzgadora “a quo” realiza unos razonamientos que contravienen la doctrina recogida en esta resolución del Alto Tribunal. Añade que, a su juicio, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002 interpreta que “solo cuando se declare la inexistencia de responsabilidad criminal”, nace el derecho legal de los funcionarios o responsables públicos para que sean resarcidos de los gastos producidos por su representación y defensa en juicio; y que la regulación contenida en el art. 13.5 del RD 2568/1986 y en el art. 75.4 de la Ley 7/85 se refiere a la posibilidad de indemnizar los gastos ya producidos y justificados, pero no se refiere a gastos futuros. Por lo tanto, el recurrente entiende que los pagos que se han efectuado en concepto de “provisión de fondos” en el supuesto de autos han

ocasionado, desde el mismo momento en que se realizaron, un daño a los fondos públicos municipales, discrepando así de la interpretación que se realiza en la sentencia impugnada, en la que se concluye que, hasta que las causas penales no hayan finalizado, no se podrá determinar si, en su caso, se ha producido un “daño efectivo” para los caudales públicos.

Por su parte, la representación procesal de los apelados entiende que procede confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se puede determinar la existencia de un “daño efectivo” para los caudales públicos en tanto no haya concluido la tramitación de las diligencias penales.

Los gastos de defensa y representación de los funcionarios y cargos públicos de la Administración Local, siempre que sean consecuencia de su imputación en procesos penales por causas derivadas del ejercicio de las funciones propias del cargo o puesto de trabajo, pueden ser considerados como gastos indemnizables por la Corporación local a la que pertenezcan atendiendo a lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el artículo 13.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre.

En relación con esta cuestión, se ha pronunciado la meritada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002 (Sala Segunda- ROJ STS 656/2002), en los siguientes términos literales (Fundamento de Derecho Tercero):

“[...] Tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local. Para ello es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos deben entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la

actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.

c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito [...]”.

Las transferencias en concepto de “provisión de fondos” a que se refiere el objeto de este procedimiento fueron hechas por el Ayuntamiento de Villarino de los Aires, a favor del Letrado don César Palomo Jiménez, que intervenía en dos causas penales dirigidas contra el Alcalde de dicha Corporación Local (ambas por presuntos delitos de prevaricación). La primera transferencia se hizo el día 9 de marzo de 2017, por importe de 1.050 euros, correspondiendo a las Diligencias Previas núm. 185/16; y la segunda se efectuó el día 1 de septiembre de 2017, por importe de 1.100 euros, correspondiendo a las Diligencias Previas núm. 72/16. Constan unidos a los autos los escritos del Letrado solicitando la provisión de fondos para cada uno de esas actuaciones penales y las transferencias realizadas en dicho concepto, no habiéndose cuestionado por las partes que las cantidades fueron entregadas para esa finalidad.

Asimismo, consta unido a las actuaciones el informe del Interventor del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, de fecha 25 de marzo de 2020, en el que se precisa que las provisiones de fondos efectuadas se realizaron siempre a salvo del derecho de repetición que ostentaba el Ayuntamiento para el caso de que se dictase sentencia condenatoria; y que en las órdenes de pago correspondientes se hacía constar que las transferencias se efectuaban en concepto de “provisión de fondos” y no del pago de una factura definitiva.

Pues bien, para fundamentar la desestimación de las pretensiones del demandante en la primera instancia, efectivamente, en la sentencia impugnada (Fundamento de Derecho quinto) se invoca expresamente la aplicación de la meritada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, en relación con la interpretación de los meritados artículos 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 13.5 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre. Y, en este sentido, se entiende que tanto las Diligencias Previas núm. 185/16 como las Diligencias Previas núm. 72/16, tienen por objeto delitos por razón del cargo desempeñado por el Alcalde en el Ayuntamiento de Villarino de los Aires, por lo que resultaría de aplicación la citada doctrina jurisprudencial. Y, en relación con las Diligencias Previas núm. 185/16, se precisa que, hasta que dichas actuaciones penales no concluyan, no se podrá producir, en su caso, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública; requisito este que es exigido por la Ley y por la jurisprudencia para apreciar la existencia de responsabilidad contable; de tal manera que, cuando concluyan las referidas actuaciones penales, si se dieran los supuestos señalados por la sentencia del

Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, no existirá daño efectivo y por tanto tampoco responsabilidad contable; pero si no se cumplieran, la provisión de fondos debería ser devuelta por el ordenante de la misma y, en caso contrario, exigida por los procedimientos jurisdiccionales legalmente establecidos.

Por lo tanto, a la vista de los razonamientos realizados por la Juzgadora “a quo” en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, debe concluirse que ninguna incongruencia se observa ni ninguna contravención se ha producido en relación con la doctrina contenida esta sentencia del Alto Tribunal. Efectivamente, de acuerdo con el requisito exigido por el Tribunal Supremo, relativo a la necesidad de que se declare la “inexistencia de responsabilidad criminal” del funcionario o cargo público de la Corporación Local, en la sentencia recurrida se razona que hasta que las actuaciones penales de referencia no hayan finalizado, no se podrá producir, en su caso, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de la titularidad del Ayuntamiento de Villarino de los Aires. Y, por ello, en relación con las transferencias en concepto de “provisión de fondos” que se enjuician, la Juzgadora de primera instancia concluye que, en ese momento, no es posible apreciar un alcance en los caudales públicos municipales por cuanto aún no se han resuelto de forma definitiva las actuaciones penales de referencia.

Por lo demás, el recurrente también plantea como motivo de apelación que la sentencia recurrida contraviene no sólo la meritada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, sino también la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos al enjuiciado.

En primer lugar, el apelante se refiere a la sentencia de la Sala de Justicia 4/2015, de 2 de julio. Pues bien, si se analiza el contenido de esta resolución judicial, se comprueba que se aplica la misma doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002, que también se ha aplicado en la sentencia apelada. Sin embargo, en este caso concreto, la Sala apreció la existencia de responsabilidad contable porque se efectuaron unos pagos por unos servicios de asistencia letrada que nada tenían que ver con los servicios que se habían contratado realmente, esto es, porque se hicieron unos pagos por unos trabajos que carecían de la más mínima justificación; pero, en ningún caso, el motivo por el que se apreció la existencia de responsabilidad contable fue que los pagos se hubieran realizado antes de que finalizaron las correspondientes actuaciones penales, tal y como pretende fundamentar el apelante.

Finalmente, el recurrente se refiere a la sentencia 14/2013, de 10 de diciembre, dictada por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento. Pues bien, al igual que en el caso de la sentencia anterior, si se analiza el contenido de esta resolución judicial, se comprueba que se aplica la misma doctrina contenida en la

sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2002. Concretamente, en la sentencia 14/2013, de 10 de diciembre, se afirma que, en relación con la cuestión de la asistencia letrada de un miembro de una Corporación Local, pueden darse tres supuestos: la contratación de un despacho profesional por la Corporación Local; la contratación directa de la asistencia letrada por el propio miembro de la Corporación Local, en cuyo caso las indemnizaciones serán abonadas ex post facto; y la concesión por vía de “ayudas” para evitar indefensión que deberán ser reintegradas en caso de condena penal. Por lo tanto, en esta sentencia dictada por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, lejos de exigir que el pago se haga una vez terminado el correspondiente proceso penal, se prevé la posibilidad de contratar un despacho profesional o de conceder ayudas que luego puedan ser reintegradas.

Por todo lo anterior, debe concluirse que la sentencia apelada en el presente procedimiento de reintegro por alcance no adolece de ningún tipo de incongruencia interna y es plenamente respetuosa con el criterio mantenido en esta materia por el Tribunal Supremo (sentencia de fecha 4 de febrero de 2002; Sala Segunda- ROJ STS 656/2002) que, posteriormente, ha sido aplicado por esta Sala de Justicia. Precisamente, en este sentido, la sentencia de primera instancia concluye que los pagos que se realizaron en concepto de “provisión de fondos” en el supuesto de autos deberán ser reintegrados al erario público municipal si no se dan los supuestos legal y jurisprudencialmente previstos para que la Corporación Local esté obligada a asumir los gastos de defensa y representación del Alcalde. Y, por lo tanto, la declaración de que el daño a los caudales públicos no puede realizarse en este momento, al no haber finalizado aún las actuaciones penales de referencia, no es contraria al concepto de responsabilidad contable en los términos que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo y por esta Jurisdicción Contable, por lo que debe desestimarse la petición de la parte impugnante de revocar la sentencia de primera instancia por el presente motivo.

SEXTO.- En cuanto al último motivo recogido en el recurso de apelación de Don F.J.S.C., se alega que en la realización de los pagos efectuados en concepto de “provisión de fondos” no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En este sentido, añade que se realizaron dichos pagos con cargo al erario municipal sin esperar a que hubieran finalizado las actuaciones penales de referencia cuya resolución definitiva podría haber justificado los mismos. El apelante precisa que el Pleno de la Corporación nunca se pronunció sobre las transferencias realizadas en concepto de “provisión de fondos” y que las mismas fueron abonadas sin que en ese momento hubiera nacido aún derecho alguno al resarcimiento por los gastos de asistencia letrada, de tal manera que el Alcalde procedió a firmar las correspondientes órdenes de pago en beneficio propio y, todo ello, con el concurso del Interventor que firmó igualmente la transferencia de fondos sin formular reparo alguno.

Conforme a lo establecido en el artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la Jurisdicción Contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogado los perjuicios. Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

Luego, para poder determinar si se ha producido un alcance en el supuesto enjuiciado, resulta necesario analizar si las meritadas transferencias efectuadas en concepto de “provisión de fondos” han dado lugar, o no, a una salida de fondos sin justificar, esto es, si han provocado en el patrimonio público municipal un daño real y efectivo.

Así se desprende de una doctrina extensa y uniforme de esta Sala de Justicia que exige que para que pueda declararse la responsabilidad contable es necesario que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública, al amparo del artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En este sentido, la sentencia 1/2011, de 1 de marzo, que citando diversa doctrina de esta Sala, señala que el requisito del daño efectivo se *“deduce de la interpretación conjunta de los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 y 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril”*; y la sentencia 9/2010, de 24 de mayo, al señalar que *“si no existe un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública, no puede existir responsabilidad contable y, puesto que su contenido es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, entendida como subespecie de la responsabilidad civil, no tiene carácter de responsabilidad sancionadora, ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión; por eso, no es suficiente acreditar que se han cometido, como en el presente caso, errores o irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que se debe probar que, como consecuencia de esas irregularidades, se ha producido un menoscabo en el patrimonio municipal”*. Siguiendo los argumentos expuestos hasta ahora, la sentencia de esta Sala de Justicia nº 13/2013, de 11 de abril, concluye señalando que *“en el ámbito de esta jurisdicción contable lo más relevante es que se haya producido un daño en relación a determinados caudales públicos y que, además ese daño sea efectivo y evaluable económicamente”*.

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, el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece que corresponde al demandante la

carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; y al demandado le corresponde la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda.

El principio del onus probandi establecido en el precepto citado, según ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, parte de la base de que su aplicación por el órgano jurisdiccional 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 quién correspondía la carga de la misma.

Aplicando los anteriores razonamientos al supuesto objeto del presente recurso de apelación, debe concluirse que corresponde al apelante probar que las transferencias realizadas en concepto de “provisión de fondos” al Letrado don César Palomo Jiménez no estaban debidamente justificadas y que, en consecuencia, se ha producido daño a los fondos públicos de la Corporación Local por su abono. Para fundamentar su pretensión, el recurrente afirma que el daño existe porque las meritadas transferencias en concepto de “provisión de fondos” se realizaron sin respetar el procedimiento establecido.

Esta Sala de Justicia (por todas, v. sentencia 10/05, de 14 de julio) ha venido reiterando, desde una perspectiva general, que las posibles infracciones de tramitación en una actuación administrativa generadora de un gasto no bastan por sí mismas para generar responsabilidad contable si no van asociadas a la producción de un daño indemnizable. En particular (por todas, v. sentencia 20/05, de 28 de octubre), esta Sala tiene dicho que los posibles defectos en la tramitación presupuestaria de un gasto no pueden dar lugar a responsabilidades contables si como consecuencia de ellos no se hubiera producido un menoscabo patrimonial en los fondos públicos. Todo ello, sin perjuicio, lógicamente, de que la gestión irregular de que se trate pueda generar, en su caso, otras responsabilidades exigibles en derecho distintas de la responsabilidad contable.

De acuerdo con lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores, debe desestimarse el presente motivo por cuanto el recurrente no ha probado que se haya originado un menoscabo inmediato a los caudales públicos con el pago de las meritadas transferencias en concepto de “provisión de fondos”, ya que estas entregas dinerarias se hicieron condicionadas a lo que resultase de las actuaciones penales de referencia, por lo que debe esperarse a lo que en las mismas se resuelva definitivamente. En consecuencia, en el momento presente, no ha resultado acreditada la producción de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos de la titularidad del

Ayuntamiento de Villarino de los Aires; y, todo ello, con independencia de las eventuales irregularidades que hubieran podido cometerse en el procedimiento, y que podrían generar, en su caso, otro tipo de responsabilidades jurídicas distintas de la responsabilidad contable.

SÉPTIMO.-Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 Don F.J.S.C. contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2021, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-133/20, por la que se desestimó la demanda interpuesta por el actor público, Don F.J.S.C., contra Don J.M.J. y de Don B.G.M., con imposición de las costas causadas en la primera instancia a Don F.J.S.C., la cual se confirma en su integridad.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta segunda instancia al actor público, Don F.J.S.C.

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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 37/21**Procedimiento de Reintegro nº A-133/20****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayto. de Villarino de los Aires)****SALAMANCA****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 2/2022, de 1 de marzo. Recurso de Apelación nº 41/21, interpuesto contra la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-130/2018 (Sector Público Local-Ayuntamiento de Íllora), Granada, por la que se estimaron parcialmente las demandas deducidas por el Ayuntamiento de Íllora y por el Ministerio Fiscal, y se absolvió de la responsabilidad contable que se les reclamaba a Don F.I.G., a Don F.B.V. y a Don J.G.V. Sin imposición de costas en la primera instancia. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

El apelante fundamenta su pretensión en el error en que incurre, a su juicio, la Juzgadora *a quo* por considerar al recurrente como responsable contable directo. Sólo se le podría haber imputado, a su juicio, una responsabilidad subsidiaria.

En este sentido, la Sala concluye que, no obstante, ha actuado con negligencia grave, como mínimo, en la gestión de los efectos públicos que tenía encomendada, lo cual es incompatible con la diligencia especialmente cualificada y reforzada que le era exigible. Ha resultado plenamente acreditada su condición de cuentadante y gestor y no puede admitirse otra calificación que no sea la de responsabilidad directa en el incumplimiento de su obligación ya que, en su calidad de Alcalde-Presidente y como librador de fondos públicos y, por tanto, cuentadante, estaba obligado a exigir al perceptor de los pagos, que cumpliera con la obligación prevista en el artículo 190.2 del TRHL, esto es, que procediera a la oportuna rendición de cuentas o justificación del destino dado a los fondos públicos entregados.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 2/2022

ASUNTO: Recurso de Apelación nº 41/21, interpuesto contra la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, dictada por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-130/2018 (Sector Público Local- Ayuntamiento de Íllora), Granada, por la que se estimaron parcialmente las demandas deducidas por el Ayuntamiento de Íllora y por el Ministerio Fiscal, y se absolvió de la responsabilidad contable que se les reclamaba a Don F.I.G., a Don F.B.V. y a Don J.G.V. Sin imposición de costas en la primera instancia.

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, integrada conforme se expresa en el margen, previa deliberación, ha resuelto dictar la siguiente

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, 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 nº A-130/2018.

Ha sido parte apelante Don F.J.D.R., representado y asistido por el Letrado D. Darío Domene Rodríguez; han sido partes apeladas el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Íllora, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Maria de la Misericordia Garda; y ha presentado escrito de adhesión a la apelación Don J.G.V., representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Pedro Marcos Moreno.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Dña. Elena Hernández Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2021, la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento dictó sentencia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-130/2018, por la que se estimaron parcialmente las demandas deducidas por el Ayuntamiento de Íllora y por el Ministerio Fiscal, y se absolvió de la responsabilidad contable que se les reclamaba a Don F.I.G., a Don F.B.V. y a Don J.G.V. Sin imposición de costas en la primera instancia.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2021, la representación procesal de Don F.J.D.R. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 24 de mayo de 2021, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado del mismo a las partes para que pudieran formular su oposición.

CUARTO.- Tanto el Ayuntamiento de Íllora como el Ministerio Fiscal, mediante escritos recibidos los días 14 y 15 de junio de 2021, respectivamente, se opusieron al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don F.J.D.R.

QUINTO.- Con fecha 15 de junio de 2021, se recibió escrito de la representación procesal de Don J.G.V., poniendo de manifiesto que se adhería al recurso de apelación interpuesto por Don F.J.D.R.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 7 de julio de 2021, dictada por el Letrado Secretario del Departamento de instancia, se admitió el precitado escrito y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), se acordó dar traslado del mismo a la parte apelante, por plazo de diez días, a los solos efectos de que pudiera oponerse a la adhesión.

SEXTO.- Mediante posterior Diligencia de Ordenación de fecha 22 de septiembre de 2021, se acordó admitir los escritos de oposición a la apelación formulados por el Ayuntamiento de Íllora y el Ministerio Fiscal, y elevar los autos a la Sala de Justicia emplazando a las partes para que pudieran comparecer ante la misma en el plazo de treinta días.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de diciembre de 2021, dictada por la Letrada Secretaria de la Sala de Justicia, se puso en conocimiento de las partes la composición de la Sala para el presente recurso, se declaró concluso el mismo y se acordó pasar los autos a la Consejera ponente a fin de que preparase la pertinente resolución.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 21 de febrero de 2022, se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación, rollo nº 41/21, 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.- El recurso de apelación de Don F.J.D.R. se fundamenta en los siguientes motivos:

- Que respecto de los pagos ordenados a favor de Don F.I.G., por importes de 1.300 euros y 1.170 euros, el responsable contable directo no es el recurrente sino el Sr. I.G., empleado público municipal que percibió los fondos públicos e incumplió su obligación legal de justificar el destino dado a los mismos.
- Que, en todo caso, el recurrente sólo podría ser responsable contable subsidiario por no haber requerido al Sr. I.G. la rendición de cuentas de los fondos públicos percibidos, una vez vencido el plazo de tres meses desde la entrega de los mismos, que prevé la normativa vigente; y al haberse declarado en la sentencia la prescripción de la responsabilidad contable directa de Don F.I.G., no se puede imputar al recurrente responsabilidad subsidiaria alguna, ya que la responsabilidad subsidiaria solo cabe cuando previamente haya sido declarada una responsabilidad directa, conforme prevé el artículo 49 de la LFTCu.
- Que, además de lo anterior, sería de aplicación la causa de exención de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 40.1 LOTCu por cuanto el Sr. D.R. no habría podido cumplir las obligaciones que le incumbían con los medios personales y materiales que tenía a su alcance. En este sentido, el recurrente alega que, habiendo cesado como Alcalde escasos meses antes de que venciera el plazo de tres meses que tenía Don F.I.G. para haber justificado el destino dado a la partida de 1.170 euros, no sólo no disponía de los medios

materiales y del tiempo preciso para reclamar la correspondiente justificación al perceptor de los pagos, sino que también carecía de competencia para hacerlo.

TERCERO.- Tanto el Ayuntamiento de Íllora como el Ministerio Fiscal, mediante escritos recibidos los días 14 y 15 de junio de 2021, respectivamente, se opusieron al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don F.J.D.R. Ambas partes apeladas coinciden sustancialmente en los motivos expuestos en sus escritos de oposición que, resumidamente, se exponen a continuación:

- Conforme a la normativa vigente que resulta de aplicación, Don F.J.D.R., en su condición de Alcalde de la Corporación, ostentaba la condición de gestor de fondos públicos o cuentadante respecto de los caudales públicos del Ayuntamiento de Íllora.
- Habiendo quedado probado que el apelante ordenó los dos pagos de referencia a favor de Don F.I.G., por un importe total de 2.470 euros, así como que, actuando de manera gravemente negligente, no requirió ni comprobó la justificación preceptiva que acreditara el destino dado a los fondos públicos municipales entregados, debe concluirse que la declaración de responsabilidad directa de Don F.J.D.R. contenida en la sentencia apelada es plenamente conforme a derecho.

CUARTO.- Con fecha 15 de junio de 2021, la representación procesal de Don J.G.V. presentó escrito de adhesión al recurso de apelación interpuesto por Don F.J.D.R., que fundamentó en un motivo único consistente en la falta de legitimación “ad processum” del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Íllora por cuanto, a su juicio, el órgano competente para ejercitar la acción de responsabilidad contable era el Pleno de la Corporación, y no el Alcalde-Presidente; y, además, añadió que este defecto procesal no había sido subsanado de manera conforme a derecho.

QUINTO.- Antes de entrar a valorar los motivos del recurso de apelación de Don F.J.D.R., esta Sala debe pronunciarse sobre la admisión, o no, del precitado escrito de adhesión a la apelación presentado por la representación procesal de Don J.G.V., que fue admitido por Diligencia de Ordenación de fecha 7 de julio de 2021, dictada por el Letrado Secretario del Departamento de instancia, y por la que se acordó dar traslado del mismo a la parte apelante, por plazo de diez días, a los solos efectos de que pudiera oponerse a la adhesión, conforme lo dispuesto en el artículo 85.4 de la LJCA.

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 85.4 *in fine* de la LJCA dispone lo siguiente: “[...] También podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el Secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión”. Luego, la

posibilidad de la adhesión a la apelación es un trámite previsto para la/s parte/s apelada/s a fin de poder impugnar también la sentencia de primera instancia en el propio escrito de oposición a la apelación, razonando los puntos en que crean que la sentencia les es perjudicial.

Pues bien, en el supuesto aquí enjuiciado, a la vista del contenido de los autos, resulta que tanto el Ministerio Fiscal como el Ayuntamiento de Íllora demandaron en primera instancia a Don F.J.D.R.; y que la Corporación local demandó, además, a Don J.G.V., Don F.I.G. y Don F.B.V. Finalmente, se dictó la sentencia apelada por la que se estimaron parcialmente las dos demandas dirigidas contra Don F.J.D.R., y se absolvió de las pretensiones de responsabilidad contable dirigidas por el Ayuntamiento de Íllora contra los demandados Don J.G.V., Don F.I.G. y Don F.B.V.

Por lo tanto, en el presente recurso de apelación interpuesto por Don F.J.D.R. contra la sentencia de primera instancia, la relación jurídico-procesal de la segunda instancia quedaría configurada con el Sr. D.R., como parte apelante, y con el Ayuntamiento de Íllora y el Ministerio Fiscal, como partes apeladas.

Conforme a reiterada doctrina de esta Sala de Justicia, por todas ellas, debe hacerse referencia al contenido de la Sentencia 2/2011, de 28 de febrero, que, a su vez, se remite a distintas sentencias del Tribunal Supremo, y se pronuncia en los siguientes términos literales:

“[...] Por tanto, la posibilidad de adherirse al recurso de apelación está limitada a lo que resulte desfavorable a la parte que lo impugna, debiendo recordarse que es un presupuesto procesal básico en todo recurso la existencia de un gravamen o perjuicio real y efectivo, no meramente teórico, para la parte que lo formula, por lo que la legitimación para interponerlo la tiene quien ha resultado perjudicado por la parte dispositiva de la decisión del juez o tribunal "a quo". La verdadera causa del recurso es el interés del recurrente, siempre que sea un interés personal, objetivo y directo; tal interés se encuentra en el hecho de haber sido perjudicado por la resolución judicial contra la que se recurre; por lo tanto, la condición que determina la causa del recurso es el vencimiento en la instancia o instancias judiciales precedentes; de ahí, que el vencido pueda siempre recurrir, si la Ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior.

En este sentido el Tribunal Supremo en la sentencia 309/2007, de 9 de marzo afirma que, ha de recordarse que la legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales, entre ellos el de casación, se funda en la existencia de un gravamen producido a la parte recurrente por la resolución que se impugna (STS 25 de febrero de 2002). A este respecto ha insistido la Sala que la

exigencia de legitimación para recurrir viene condicionada por la concurrencia de tres requisitos, cuales son ser parte en el proceso, la existencia de un gravamen o perjuicio y la no aceptación de la resolución perjudicial (STSS de 10 de noviembre de 1981, 15 de octubre de 1984, 29 de junio de 1985, 19 de septiembre de 1989, 23 de octubre de 1990 y 1 de diciembre de 1999). Ahondando más en lo expuesto, establecía la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 que, «la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate». Este principio se ha traducido ya en norma positiva, al contemplar el art. 448.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, el derecho a recurrir a las partes «contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente [...]».

En el supuesto de autos, de acuerdo con la jurisprudencia citada *ut supra*, resulta que la sentencia de primera instancia no contiene pronunciamiento alguno que sea perjudicial para Don J.G.V., ya que la misma desestima todas las pretensiones de responsabilidad contable que el Ayuntamiento de Íllora dirigía contra él. Y, en cualquier caso, si hubiera querido tratar de hacer valer en esta segunda instancia algún tipo de pretensión impugnatoria de la sentencia dictada por la Juzgadora *a quo*, el trámite procesal adecuado habría sido dentro de los quince días conferidos a las partes para interponer recurso de apelación, pero no en el trámite de adhesión a la apelación previsto en el meritado artículo 85.4 de la LJCA, que tiene lugar cuando la relación jurídico-procesal de la segunda instancia ya está configurada, y que está previsto para la/s parte/s apelada/s, que en el supuesto aquí enjuiciado son el Ayuntamiento de Íllora y el Ministerio Fiscal.

Por todo lo anterior, debe inadmitirse el escrito de adhesión al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don J.G.V., con fecha 15 de junio de 2021.

SEXTO.- A la hora de analizar las pretensiones planteadas en el recurso de apelación de Don F.J.D.R., debe precisarse, en primer lugar, el objeto del mismo. La sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad contable del Sr. D.R. por haber ordenado cuatro pagos no justificados durante los ejercicios 2013-2014. Concretamente, por dos pagos ordenados a favor de él mismo, por un importe total de 830 euros, que el apelante no ha impugnado, y por los siguientes dos pagos ordenados a favor de Don F.I.G., que constituyen el objeto del presente recurso de apelación: uno realizado el día 9 de octubre de 2013, por importe de 1.300 euros y en concepto de “festejos populares”; y otro efectuado el día 4 de abril, por importe de 1.170 euros y en concepto de “atenciones protocolarias”.

El apelante fundamenta su pretensión en el error en que incurre, a su juicio, la Juzgadora *a quo* por considerar a Don F.J.D.R. como responsable contable directo. Alega que la única responsabilidad directa que podría derivarse de los hechos enjuiciados -que en ningún momento discute-, sería predicable de Don F.I.G., conforme a la definición contenida en el artículo 42.1 de la LOTCu, que dispone que serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. En este sentido, añade que el Sr. I.G. fue el receptor de los pagos y, por consiguiente, el único obligado a justificar o acreditar el destino dado a los fondos públicos municipales percibidos. Por lo demás, los dos libramientos impugnados se ajustaron a la normativa vigente, habiendo sido previamente informados favorablemente por la Intervención municipal.

Finalmente, el recurrente concluye que, a lo sumo, al Sr. D.R., en cuanto librador de los fondos, sólo se le podría haber imputado una responsabilidad subsidiaria por no haber requerido al receptor de los pagos la rendición de cuentas o la justificación del destino dado a los caudales públicos, una vez vencido el plazo de tres meses desde el libramiento; y esta clase de responsabilidad no sería exigible, en primer lugar, y conforme a lo establecido en el artículo 49.1 *in fine* de la LFTCu, al haberse extinguido la responsabilidad directa del Sr. I.G. por causa prescripción; y, además, tampoco sería exigible en el supuesto de autos por concurrir la causa de exención de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 40.1 de la LOTCu.

El artículo 55.2 de la LFTCu atribuye legitimación pasiva a “los presuntos responsables directos o subsidiarios, a sus causahabientes y a cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”.

La Jurisprudencia de la Sala de Justicia viene identificando de manera reiterada 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 F.J.D.R. que, en el

ejercicio de sus funciones de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Íllora, era el ordenador de los pagos realizados por el Ayuntamiento, y tenía el deber velar por el buen fin de los fondos municipales y de rendir cuentas de los referidos pagos (arts. 2 b), 15 y 38 de la LOTCu y 49 de la LFTCu), y que, concretamente, ordenó durante los ejercicios 2013-2014 los cuatro pagos que se recogen en la sentencia apelada sin que se justificara el destino dado a los caudales públicos entregados, ocasionando así un alcance en el patrimonio del Ayuntamiento de Íllora.

Concretamente, su responsabilidad como cuentadante y gestor de fondos públicos se circunscribe al momento relativo al incumplimiento de las obligaciones que le correspondían al Sr. D.R. como Alcalde-Presidente con posterioridad al libramiento de los fondos. En este sentido, debe partirse de la regulación legal de la obligación establecida en el artículo 190.2, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRHL): “[...] *Los perceptores de estas órdenes de pago quedarán obligados a justificar la aplicación de las cantidades percibidas en el plazo máximo de tres meses, y sujetos al régimen de responsabilidades que establece la normativa vigente [...]*”. Efectivamente, el apelante ni siquiera discute el hecho de que incumplió la obligación legal de requerir al Sr. I.G. la correspondiente justificación del destino dado a los fondos públicos entregados, una vez transcurrido el plazo de tres meses desde el libramiento; simplemente, niega que dicho incumplimiento pueda calificarse como de responsabilidad directa, afirmando que debería considerarse como responsabilidad subsidiaria.

Sin embargo, no puede admitirse otra calificación que no sea la de responsabilidad directa para el incumplimiento de la citada obligación por parte del apelante, ya que, en su condición de Alcalde-Presidente y como librador de fondos públicos y, por tanto, cuentadante respecto de esos caudales públicos de la titularidad del Ayuntamiento de Íllora, estaba obligado a exigir a Don F.I.G., como perceptor de los pagos, que cumpliera con la obligación prevista en el citado artículo 190.2 del TRHL, esto es, que procediera a la oportuna rendición de cuentas o justificación del destino dado a los fondos públicos entregados; y Don F.J.D.R. incumplió esta obligación de requerir la correspondiente justificación al perceptor de los pagos—hecho este que no discute el recurrente en ningún momento.

Por lo tanto, debe concluirse que la actuación del apelante en el supuesto de autos se ajusta plenamente al concepto de responsabilidad directa regulado en el artículo 42.1 de la LOTCu, en relación con el artículo 38.1 del mismo cuerpo legal (“*el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados*”), por cuanto el incumplimiento de la obligación de exigir la justificación del empleo de los fondos librados al Sr. I.G., y, en su caso, el reintegro de los

misimos, ex artículo 190.2 TRHL, se aprecia como causa esencial y relevante del perjuicio causado a los caudales públicos de la Corporación local.

Por lo demás, en cuanto a la alegación que realiza el recurrente relativa a una supuesta imposibilidad de exigir al Sr. I.G. que justificase los fondos librados respecto del segundo pago impugnado, que se realizó con fecha 4 de abril de 2014, carece de cualquier tipo de sustentación fáctica, ya que si bien es cierto que el apelante cesó como Alcalde-Presidente de la Corporación con fecha 30 de septiembre de 2014, desde el 4 de julio de 2014 (fecha en la que se cumplieron los tres meses de los que disponía el Sr. I.G. para justificar voluntariamente los fondos que percibió) hasta el día del cese del Sr. D.R. dispuso de tiempo suficiente (casi tres meses) para requerir al perceptor de los pagos a fin de que cumpliera la obligación que le impone el meritado artículo 190.2 THRL y, en su virtud, justificara el destino dado a los fondos públicos entregados.

Finalmente, debe destacarse que la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha establecido que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos resulta especialmente cualificada como consecuencia de la naturaleza de los bienes y derechos que gestiona (Sentencias 12/2014, de 28 de octubre y 9/03, de 23 de julio, entre otras). Y en un mismo sentido, la Sala de Justicia ha declarado también que en la gestión de fondos públicos debe extremarse la diligencia hasta el punto de llegar a lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo llama “*agotamiento de la diligencia*”, lo que exige la adopción de todas las medidas jurídicas y técnicas necesarias para la evitación del daño patrimonial a las arcas públicas (Sentencias 12/2014, de 28 de octubre y 4/2006, de 29 de marzo, entre otras).

En este sentido, Don F.J.D.R. era perfecto conocedor de sus funciones como Alcalde-Presidente de la Corporación local y, por ello, al no haber requerido al perceptor de los pagos para que cumpliera la obligación prevista en artículo 190.2 THRL, una vez transcurrido el plazo de tres meses desde libramiento de los fondos, a efectos de justificar el destino dado a los caudales públicos entregados, debe concluirse que ha actuado con negligencia grave, como mínimo, en la gestión de los efectos públicos que tenía encomendada; lo cual es incompatible con la diligencia especialmente cualificada y reforzada que le era exigible conforme a la jurisprudencia citada *ut supra*.

SÉPTIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Inadmitir la adhesión al recurso de apelación de Don J.G.V.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don F.J.D.R. contra la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-130/2018 (Sector Público Local-Ayuntamiento de Íllora), Granada, por la que se estimaron parcialmente las demandas deducidas por el Ayuntamiento de Íllora y por el Ministerio Fiscal, y se absolvió de la responsabilidad contable que se les reclamaba a Don F.I.G., a Don F.B.V. y a Don J.G.V., confirmando esta resolución judicial en su integridad.

TERCERO.- Imponer las costas causadas en esta segunda instancia a Don F.J.D.R.

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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 41/21**Procedimiento de Reintegro nº A-130/18****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayto. de Íllora)****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 3/2022, de 11 de mayo. Recurso de Apelación nº 32/21. Procedimiento de Reintegro nº 131/20. Ramo: Sector Público Estatal (Dirección General de la Policía. Mº del Interior), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación formulado, la Sala comienza analizando la alegación relativa a la existencia de prejudicialidad penal.

A este respecto, pone de manifiesto que la sentencia de instancia ha dedicado su Fundamento de Derecho Segundo a dirimir la controversia planteada con razonamientos jurídicos que la Sala de Justicia comparte en su totalidad.

Debidamente establecido el principio de compatibilidad entre los 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 LOTCu, 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 el supuesto que nos ocupa, en el que se enjuician los daños o perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de las irregularidades en el cobro de tasas por la renovación o expedición del Documento Nacional de Identidad, no concurre la necesidad de que haya un previo pronunciamiento penal sobre un presunto delito de falsedad o malversación de caudales u apoderamiento de fondos, ya que la delimitación del perjuicio económico causado al Tesoro público es competencia única y exclusiva de la Jurisdicción Contable, en línea con la doctrina de esta Sala de Justicia, mantenida -entre otros muchos pronunciamientos- en la Sentencia nº 22/2020, de 17 de diciembre.

En relación con el error en la valoración de la prueba que aduce la recurrente lo que persigue ésta es que se declare que no ha incurrido en responsabilidad contable directa y, por tanto, que no tiene obligación de resarcir el perjuicio económico causado al Erario, con reintegro de la cantidad a que se contrae el alcance, más los intereses correspondientes.

Debe destacarse que la parte recurrente ha formulado sus argumentos de descargo de responsabilidades sin referirse, en ningún momento, a los ramos de prueba aportados al procedimiento, que pudieran servir para apoyar sus manifestaciones y desvirtuar las conclusiones a las que llegó la Consejera de instancia en su resolución (Fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto). Ello impide considerar que se haya

producido infracción del principio de carga de la prueba, en los términos previstos en el artículo 217 de la LEC.

En cuanto a la petición subsidiaria planteada por la recurrente de nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento de dictarse Sentencia con suspensión del procedimiento, por haberse desestimado la excepción de prejudicialidad penal invocada no procede en modo alguno.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 3/2022

ASUNTO: Recurso de apelación nº 32/21, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2021, de 13 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-131/20, del ramo de Sector Público Estatal (Dirección General de la Policía. Ministerio del Interior), Madrid.

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

Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-131/20, del ramo de Sector Público Estatal (Dirección General de la Policía. Ministerio del Interior), por el recurso interpuesto contra la Sentencia nº 6/2021, de 13 de julio, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas.

Ha sido parte apelante Doña M.S.C., representada y defendida por el Letrado Don José Ramón Ventura Arias y, como partes apeladas, el Abogado del Estado 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

Estimo la demanda interpuesta por el Abogado del Estado y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro como importe total en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos, el de CUATROCIENTOS SIETE EUROS (407 €).

SEGUNDO.- Declaro responsable contable directo del alcance a DOÑA M.S.C. en la cuantía de CUATROCIENTOS SIETE EUROS (407 €).

TERCERO.- Condeno a DOÑA M.S.C. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

CUARTO.- Condeno a DOÑA M.S.C. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

QUINTO.- Condeno a DOÑA M.S.C. 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 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, por un importe total de 407 euros, del que resultaría responsable contable directa Doña M.S.C.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia, el Letrado Don José Ramón Ventura Arias, en nombre y representación de la Sra. S.C., mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas, en fecha 1 de septiembre de 2021, interpuso recurso de apelación contra la misma, en el que solicitó que se dictara resolución revocatoria de la Sentencia de 13 de julio de 2021, dictada en primera instancia, dejándola sin efecto y que por esta Sala de Justicia se dictara otra, por la que se declarara la absolución de la Sra. S.C., o, subsidiariamente, se acordara la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior a dictarse la meritada Sentencia, suspendiéndose el procedimiento por causa de prejudicialidad penal, con imposición de costas a la parte demandante.

Mediante escrito recibido en fecha 13 de septiembre de 2021, el Abogado del Estado impugnó el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Sra. S.C., solicitando su desestimación, la confirmación de la resolución recurrida, así como la imposición de costas a la parte apelante.

Mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2021, el Ministerio Fiscal impugnó, asimismo, el recurso de apelación interpuesto e interesó la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 8 de octubre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó: 1º) abrir el rollo de Sala con el número 32/21; 2º) constatar la composición de la Sala y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.

QUINTO.- Habiéndose producido las correspondientes personaciones de las partes ante esta Sala de Justicia, mediante Diligencia de Ordenación dictada el día 9 de diciembre de 2021, se comunicó a las partes la nueva composición del Pleno del Tribunal de Cuentas y, consecuentemente, de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, así como la constitución de la Sala de Justicia para resolver el presente recurso, indicando a dichas partes que, en ejecución de los acuerdos de la Sección sobre reparto de asuntos, la ponencia del mismo había correspondido a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña Rebeca Laliga Misó. Asimismo, en dicha Diligencia de Ordenación se declaró concluso el presente recurso y se acordó pasar los autos a la Excm. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

SEXTO.- El traslado material de las actuaciones al Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 20 de diciembre de 2021, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 29 de abril de 2022, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 9 de mayo de 2022, 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 estimó la demanda interpuesta por el Abogado del Estado, al entender que se había acreditado que concurrían en la actuación de la demandada Doña M.S.C., los requisitos legales y jurisprudenciales, según los criterios doctrinales fijados por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, para declarar la existencia de un alcance en los fondos públicos, cifrado en

407 euros, del que resultó responsable contable directa la Sra. S.C., que fue condenada a su reintegro, más los correspondientes intereses legales.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de la Sra. S.C., quien ha fundamentado la impugnación de la Sentencia dictada en primera instancia en dos motivos, que se resumen a continuación.

1.- En el primer motivo del recurso, invoca la vulneración de los artículos 16 y 17.2 de la LOTCu, así como del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”) y del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”), al no acordar la Juzgadora de instancia la suspensión del procedimiento, por causa de prejudicialidad penal. Con apoyo en la literalidad de los citados preceptos y en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/1984, de 21 de mayo, afirma que en el caso de autos existe una absoluta identidad de hechos entre el procedimiento penal y el procedimiento contable, con riesgo de que se produzcan fallos contradictorios, por lo que procedía acordar la suspensión del procedimiento, a causa de prejudicialidad penal.

2.- En el segundo motivo de apelación, la parte recurrente aduce que se ha producido error en la valoración de la prueba por parte de la Excm. Sra. Consejera de instancia. Partiendo de pronunciamientos de esta Sala de Justicia sobre el principio de la carga de la prueba, la apelante considera que los hechos probados reflejados en la sentencia impugnada no han resultado acreditados por la parte actora ya que los datos que se consignaron tenían como base una supuesta auditoría de la sección de Informática de la División de Documentación que estimó que no resultaba acreditativa de tales hechos. De esa manera, el Abogado del Estado no ha demostrado ni las acciones que se atribuyeron a la Sra. S.C., ni tampoco la existencia de un alcance producido a los fondos públicos por acción dolosa alguna.

CUARTO.- El Abogado del Estado formula su oposición al recurso de apelación, presentando las siguientes alegaciones:

En un motivo previo afirma que el recurso interpuesto no puede prosperar porque su contenido se limita a reiterar las alegaciones fácticas y jurídicas invocadas durante el procedimiento y que han sido rechazadas en la sentencia. Añade que ninguna de las alegaciones plasmadas en el recurso desvirtúa o deja sin efecto los fundamentos de la resolución recurrida.

Respecto a la excepción de prejudicialidad penal, el Servicio Jurídico del Estado, tras resumir los razonamientos de la parte apelante, considera que dicha excepción debe rechazarse y debe prevalecer el criterio expuesto en la sentencia recurrida por ser acorde con el reiterado criterio doctrinal de esta Sala de Justicia, en el que, por una parte, se afirma que la caracterización legal de la responsabilidad contable como

de tipo no sancionador, sino reparatorio, determina que el enjuiciamiento de un mismo hecho por dos jurisdicciones (penal y contable) no supone la vulneración del principio “non bis in idem”. Y, por otra, que no basta para la suspensión de un procedimiento contable por pendencia de uno penal que las pretensiones en uno y otro se basen en los mismos hechos, sino que resulta exigible que el pronunciamiento del orden penal constituya un elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable. Requisito que, según el Abogado del Estado, no se da en el caso enjuiciado en la instancia.

En cuanto al pretendido error en la valoración de la prueba, el Abogado del Estado destaca que la sentencia apelada contiene una intachable fundamentación jurídica en la que valora los medios de prueba aportados al procedimiento. Señala los documentos que han sido tenidos en cuenta para la elaboración del relato de hechos probados, que son, el listado de la auditoría sobre la actividad de la demandada en la base de datos GESACCES de la Dirección General de la Policía, durante el mes de junio de 2018, y la documentación aneja a dicho informe, así como las imágenes de la base de datos de DNI-Pasaportes que se acompañaban al informe de 3 de marzo de 2020. Y, destaca que, la parte recurrente no propuso ningún medio de prueba o diligencia con objeto de desvirtuar el valor probatorio de la referida documentación.

Por último, considera que la sentencia recurrida también analiza con detenimiento la autoría de los hechos y la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable, poniendo de manifiesto que ha quedado probado que la conducta de la recurrente consistente en desviar, en interés propio, las tasas cobradas, y no ingresadas en el Erario es imputable a la misma, por haber sido la persona que tramitó esos expedientes. Añade que la desestimación de este segundo motivo de recurso queda todavía más justificada atendiendo a la doctrina de esta Sala de Justicia sobre el alcance que ha de tener la revisión de hechos probados en la fase de apelación, según la cual la fijación de los hechos y su valoración es competencia del juez de instancia, sin perjuicio de la potestad de revisión en segunda instancia de apelación, pero sin que puedan prevalecer frente al juicio de apreciación del juez “a quo” meras alegaciones de parte, sino que se hace preciso desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados de contrario. Cita, a tal efecto, la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 9/2020, de 6 de julio.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, asimismo, se opuso al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Doña M.S.C., interesando la confirmación de la Sentencia y alegando, resumidamente, lo siguiente:

1º.- Tras hacer resumen de las pretensiones revisorias de la parte apelante, invocando la prejudicialidad penal, el Ministerio Fiscal considera que la alegación no puede ser estimada, ya que es doctrina pacífica en este Tribunal de Cuentas, con

fundamento en lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LOPJ, en relación con el 17.2 de la LOTCu, que la jurisdicción contable es independiente y no está subordinada, ni queda supeditada a la jurisdicción penal salvo cuando en esta última esté pendiente una cuestión que tenga una influencia decisiva en la declaración de responsabilidad contable, citando, entre otras, la Sentencia de esta Sala nº 14/2020, de 30 de septiembre. Afirma que, en el presente caso, no existe la necesidad de ese previo pronunciamiento de la jurisdicción penal. Ésta deberá determinar si los hechos constituyeron, o no, malversación de caudales públicos y/o falsedad en documentos públicos. Pero la jurisdicción contable es plenamente competente para determinar si los interesados satisficieron, o no, la tasa de renovación de DNI, si la demandada percibió el abono de forma efectiva, si se había producido el ingreso en las arcas públicas y, en caso negativo, si la demandada omitió tal ingreso de forma dolosa o gravemente culposa, estableciendo, en caso afirmativo, la obligación de resarcimiento.

2º.- En cuanto al segundo motivo del recurso, en el que se denuncia error en la valoración de la prueba, el Ministerio Público opone la mencionada doctrina de esta Sala de Justicia en cuanto a la competencia del juzgador de instancia en la valoración de la prueba y los límites revisorios de esta misma, en fase de apelación, citando la Sentencia nº 14/2019, de 26 de julio. A este respecto, manifiesta que la valoración de la prueba y la motivación de su juicio de apreciación están expresadas, con toda claridad, en los Fundamentos jurídicos 3 y 4 de la sentencia recurrida, con una argumentación clara y razonable. La intencionalidad de la conducta de la recurrente y la relación de causalidad entre su doloso proceder y el perjuicio causado no han quedado desvirtuados por ningún otro elemento de prueba ofrecido por la parte demandada en autos, citando, en apoyo de sus argumentos, la Sentencia de esta Sala nº 22/2020, de 17 de diciembre.

SEXTO.- Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado por la representación procesal de Doña M.S.C., contra la Sentencia recurrida, así como las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, de oposición a dicho recurso 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 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.

Debido a todo ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en los recursos interpuestos, 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, 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 (“*quaestio facti*”), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (“*quaestio iuris*”) 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 (“*tantum devolutum quantum appellatum*”), 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.

SÉPTIMO.- Establecido lo anterior, es preciso comenzar analizando la alegación realizada por la parte recurrente sobre la existencia de prejudicialidad penal, por cuanto constituye una cuestión que requiere un pronunciamiento previo, por parte de esta Sala de Justicia.

A este respecto, la sentencia de instancia ha dedicado su Fundamento de Derecho Segundo a dirimir la controversia planteada por la hoy parte recurrente, con razonamientos jurídicos que esta Sala de Justicia comparte en su totalidad.

Como ha establecido esta Sala de Justicia en recientes resoluciones (por ejemplo, en su Sentencia nº 3/2021, de 23 de junio [Fundamento jurídico Decimotercero] -seguida por Sentencias números 4 y 6 del año 2021, en fechas 23 de junio y 23 de julio, respectivamente), para resolver la controversia suscitada, 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 (Fundamento jurídico 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.*”

Teniendo en cuenta las anteriores premisas jurídico-doctrinales, procede destacar que, en el ámbito de este Orden procesal, rige el principio de compatibilidad de las Jurisdicciones Penal y Contable. Se debe partir de la dicción del artículo 18 de la LOTCu, 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 LFTCu, 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, por tanto, 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.

OCTAVO.- 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 LOTCu, 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 LOPJ 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 LEC -aplicable también al presente caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la LFTCu-, 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 LOTCu, 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 3ª 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.

NOVENO.- Pues bien, lo cierto es que la parte recurrente no identifica, en absoluto, qué decisión o decisiones de la Jurisdicción Penal, sobre los hechos enjuiciados en el presente procedimiento de reintegro por alcance, podrían tener una influencia decisiva en la resolución que corresponde adoptar a la Jurisdicción del Tribunal de

Cuentas sobre las pretensiones procesales formuladas ante la misma. Por otra parte, examinados los autos, esta Sala de Justicia no aprecia ninguna cuestión que precise de un previo pronunciamiento penal para poder decidir si en el caso enjuiciado concurren o no los requisitos de la responsabilidad contable directa por alcance previstos en los artículos 38 y 42 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

En suma, como señala la Consejera de instancia en la resolución recurrida, no basta para que opere la prejudicialidad penal en el proceso contable, con los efectos suspensivos propios de dicha institución, la pendencia de un proceso penal en el que se hayan formulado pretensiones punitivas basadas en los mismos hechos en que se determinen las acciones de responsabilidad contable ejercitadas en esta Jurisdicción (como sucede en el caso de autos, máxime cuando no ha recaído resolución penal firme alguna), sino que es necesario que el eventual pronunciamiento penal sobre una cuestión de su exclusiva competencia constituya un elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable.

En el supuesto que nos ocupa, en el que se enjuician los daños o perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de las irregularidades en el cobro de tasas por la renovación o expedición del Documento Nacional de Identidad, no concurre la necesidad de que haya un previo pronunciamiento penal sobre un presunto delito de falsedad, o malversación de caudales u apoderamiento de fondos, ya que la delimitación del perjuicio económico causado al Tesoro público es competencia única y exclusiva de la Jurisdicción Contable, en línea con la doctrina de esta Sala de Justicia, mantenida -entre otros muchos pronunciamientos- en nuestra Sentencia nº 22/2020, de 17 de diciembre.

Por lo tanto, no cabe apreciar la prejudicialidad penal esgrimida en el recurso por la representación procesal de Doña M.S.C., debiendo esta Sala de Justicia desestimar el motivo primero de su recurso de apelación.

DÉCIMO.- En el segundo motivo de recurso, la parte apelante ha considerado que la Juzgadora “a quo” ha incurrido en error en la valoración de la prueba aportada al proceso, que le llevó a considerar acreditada, en primer término, la ausencia injustificada del ingreso en el patrimonio público de las cuotas correspondientes a tasas devengadas en 37 de los expedientes analizados, en los que los particulares solicitaron la renovación o expedición del DNI por causa de “caducidad o pérdida”, y se dejaron de ingresar en las arcas públicas un total de 407 euros y, en segundo lugar que la demandada, Doña M.S.C., había actuado en los 37 expedientes mencionados con pleno conocimiento de que procedía el cobro de la tasa, ya que exigió su pago a los interesados, pero no ingresó el importe en las arcas públicas, haciendo constar en el sistema informático una causa de expedición o renovación que no se correspondía con la realidad. Lo que persigue la recurrente, es que se

declare que no ha incurrido en responsabilidad contable directa, y por tanto que no tiene obligación de resarcir el perjuicio económico causado al Erario, con reintegro de la cantidad a que se contrae el alcance, más los intereses correspondientes.

Debe destacarse que la parte recurrente ha formulado sus argumentos de descargo de responsabilidades sin referirse, en ningún momento, al o a los ramos de prueba aportados al procedimiento, que sirvieran para apoyar sus manifestaciones y desvirtuar las conclusiones a las que llegó la Consejera de instancia en su resolución, contenidas en los Fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto. Ello, impide considerar que se haya producido infracción del principio de carga de la prueba, en los términos previstos en el artículo 217 de la LEC, puesto que la Abogacía del Estado, parte actora en el procedimiento, cumplió su deber procesal aportando la documentación que justificaba su pretensión de declaración de responsabilidad contable en la persona de la demandada y el reintegro de las cantidades no ingresadas en el Tesoro Público, mientras que la parte demandada, ni en la fase de instancia, ni ahora, en la de apelación, ha aportado o señalado pruebas que fundamenten su pretensión absolutoria.

Sin perjuicio de lo establecido en el Fundamento Jurídico Sexto de esta Resolución, respecto a que la naturaleza jurídica del recurso de apelación habilita al Tribunal que conoce del mismo a resolver el debate que se plantea en la meritada fase de recurso, confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido en la instancia, 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, pero la Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo”, como ha reiterado esta Sala (entre otras, Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre).

Y, como también ha tenido ocasión de pronunciar esta Sala de Justicia (por ejemplo, en Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio y nº 15/2020, de 30 de septiembre) 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, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa, pues la lectura del recurso de apelación formulado muestra, con claridad, que las

alegaciones de la parte apelante, respecto a los documentos tenidos en cuenta y cuyo contenido fue valorado por la Excma. Sra. Consejera de instancia, que consistían en el listado de la auditoría sobre la actividad de la demandada en la base de datos GESACCES de la Dirección General de la Policía, durante el mes de junio de 2018, en la documentación aneja a dicho informe, y en las imágenes de la base de datos de DNI-Pasaportes que se acompañaban al informe de 3 de marzo de 2020, son meras consideraciones de parte que revelan, tan sólo, una discrepancia con la valoración de la prueba y las conclusiones a las que llegó la Juzgadora de instancia, pero en las que no se ha opuesto ni un solo elemento probatorio que sirva para respaldar dichas conclusiones, como ya ha sido expuesto, lo que conlleva la desestimación del segundo motivo de apelación.

UNDÉCIMO.- Y en cuanto a la petición subsidiaria planteada por la recurrente de nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento de dictarse Sentencia con suspensión del procedimiento, por haber desestimado la Excma. Consejera de instancia la excepción de prejudicialidad penal invocada, ya se ha razonado ampliamente por esta Sala de Justicia en esta misma Resolución (Fundamentos Sexto a Noveno) que se ajusta a Derecho el criterio manifestado por la Consejera de Instancia, que se ha visto aquí ratificado, por lo que no procede la declaración de dicha nulidad y de la suspensión del procedimiento solicitadas.

DECIMOSEGUNDO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende, al igual que declaró la Excma. Sra. Consejera titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal en la sentencia recurrida, que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para considerar a Doña M.S.C. responsable contable directa del alcance producido en los fondos públicos de la Dirección General de la Policía.

Como consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña M.S.C. contra la Sentencia nº 6/2021, de 13 de julio, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-131/20, que se confirma en su integridad.

Respecto a las costas causadas en esta instancia, se imponen a Doña M.S.C. conforme al artículo 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimado el recurso de apelación por dicha parte 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 deducido por el Letrado Don José Ramón Ventura Arias, en nombre y representación de Doña M.S.C. contra la Sentencia nº 6/2021, de 13 de julio, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-131/20, del ramo de Sector Público Estatal (Dirección General de la Policía. Ministerio del Interior), Madrid, que se confirma íntegramente.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación a la parte apelante, Doña M.S.C.

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.

Sección de Enjuiciamiento**SALA DE JUSTICIA****Recurso de Apelación nº 32/21****Procedimiento de Reintegro nº B-131/20****Ramo: Sector Público Estatal (Dirección General de la Policía. Ministerio del Interior), 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.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 4/2022, de 13 de mayo. Recurso de Apelación nº 38/21, Procedimiento de Reintegro nº 132/20, Ramo: Sector Público Local (Ayto. de Villarino de los Aires), Salamanca. Ponente: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Constituye el objeto litigioso del procedimiento de reintegro por alcance la cesión gratuita de determinados bienes patrimoniales del Ayuntamiento, y el eventual perjuicio económico que dicha cesión haya podido acarrear a la entidad local.

Está plenamente acreditado en autos que dicha cesión fue irregular por contravenir el ordenamiento jurídico aplicable. Así resulta de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de junio de 2020, que acordó anular tanto el acuerdo plenario de 28 de marzo de 2018 como el decreto de la alcaldía de 24 de abril del mismo año, dejando sin efecto la cesión de bienes comunales y patrimoniales.

Lo que corresponde a este Tribunal de Cuentas es determinar si de aquella cesión irregular del aprovechamiento de bienes se derivó un daño económico para el Ayuntamiento y, en caso afirmativo, si de tal daño cabe establecer la existencia de responsabilidad contable. La Juzgadora de primera instancia consideró que no concurrían los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para un pronunciamiento de responsabilidad contable realizando un análisis riguroso para dilucidar si estamos o no ante el daño efectivo que exige la jurisprudencia de este Tribunal, análisis que esta Sala en modo alguno considera incongruente.

La parte apelante ha señalado, asimismo, que la Juzgadora ha incurrido en error en la valoración de la prueba. La Sala no advierte que la sentencia haya valorado la declaración testifical de forma errónea. Se practicó con inmediación y con observancia de las previsiones legales al respecto.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 4/2022

ASUNTO: Recurso de apelación N° 38/21 interpuesto contra la Sentencia N° 11/2021, de 16 de septiembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance N° B-132/2020, Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca.

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 Consejero de Cuentas expresadas al margen, 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 n° B-132/20, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires) Salamanca, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia n° 11/2021, de 16 de septiembre, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.

Ha sido apelante Don F.J.S.C., abogado, concejal del Ayuntamiento de Villarino de los Aires (Salamanca) en su propio nombre y representación del Grupo Municipal Villarino y Cabeza.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación interpuesto por Don F.J.S.C.

El letrado D. Juan María Martín Prieto se opuso al recurso de apelación en nombre y representación de Don J.M.J. y Don B.G.M.

Ha actuado como ponente la Excm. 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 B-132/20, Don F.J.S.C., mediante escrito de 4 de febrero de 2021, presentó demanda contra Don J.M.J., alcalde de Villarino de los Aires, como responsable contable directo y contra Don B.G.M., secretario-interventor de la corporación local, como responsable contable subsidiario, por importe de 7.783,68 €, más intereses y costas.

2.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 30 de marzo de 2021, interpuso demanda pidiendo la condena de Don J.M.J. y de Don B.G.M. como responsables contables directos y solidarios de un alcance por el importe indicado.

3.- En la sentencia nº 11/2021, dictada en los autos de referencia y ahora recurrida en apelación, se consignaron los siguientes hechos probados:

«PRIMERO.- El Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires adoptó el 28 de marzo de 2018 el siguiente acuerdo:

“Delegar en la persona del Sr. Alcalde para que proceda a la distribución proporcionalmente entre los ganaderos de la localidad del aprovechamiento de los pastos de los bienes de titularidad municipal conocidos como “Común de Vecinos” LD 364 y ciertas fincas patrimoniales con una superficie a distribuir de 1.337 Has brutas de las cuales 776,50 Has son admisibles en Pastos y todo ello tal y como se ha venido haciendo tradicionalmente durante los últimos años, en función de la cabaña ganadera y en consonancia con las peticiones formuladas por los ganaderos. Dicha superficie puede resultar afectada por las distintas modificaciones que pueda realizar la Junta de Castilla y León respecto del Coeficiente de Aprovechamiento de cada una de ellas”.

SEGUNDO.- En ejecución de esa delegación el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Villarino de los Aires dictó decreto de fecha 24 de abril de 2018 en el que acordó distribuir proporcionalmente entre los ganaderos de la localidad el aprovechamiento de los pastos de los bienes de titularidad municipal conocidos como “Común de Vecinos” L.D. 364 y ciertas fincas patrimoniales, con una superficie, a distribuir, de 1.273,51 Has brutas de las cuales 749,15 Has eran admisibles en Pastos, y los bienes patrimoniales relacionados, con una superficie a distribuir de 79,42 has brutas de las cuales 38,88 Has eran admisibles en Pastos.

TERCERO.- En el expediente de adjudicación no existió mesa de contratación porque se utilizó el sistema de adjudicación directa y no se suscribió contrato con los ganaderos adjudicatarios expidiéndose únicamente certificados individuales de adjudicación.

CUARTO.- El acuerdo del Pleno de 28 de marzo de 2018 y el decreto del Alcalde de 24 de abril de 2018 fueron recurridos en vía contencioso-administrativa por Don F.J.S.C. como representante del grupo municipal Villarino y Cabeza.

QUINTO.- El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia de 23 de junio de 2020 estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Salamanca de 22 de enero de 2020 acordando su revocación y la estimación de la demanda origen de dicho procedimiento anulando, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires de veintiocho de marzo de dos mil dieciocho y el decreto del Sr. Alcalde-Presidente de dicha Corporación de veinticuatro de abril del mismo año, sobre cesión de bienes comunales y patrimoniales, dejándolos sin efecto.

Se afirma en esta resolución que en la cesión de los aprovechamientos de las fincas patrimoniales los destinatarios fueron los ganaderos de Villarino de los Aires, sin establecerse contraprestación alguna, quienes no eran entidades o instituciones públicas para fines que redundasen en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro, sino particulares con ánimo de obtener un beneficio para su propio patrimonio».

4.- En la sentencia nº 11/2021 recurrida en apelación se consignó el siguiente fallo o parte dispositiva:

«IV. FALLO.- Desestimo íntegramente las demandas presentadas por Don F.J.S.C., en su propio nombre y representación, y por el Ministerio Fiscal contra Don J.M.J. y Don B.G.M. Se condena al pago de las costas a Don F.J.S.C.».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Don F.J.S.C., abogado, concejal del Ayuntamiento de Villarino de los Aires (Salamanca) en su propio nombre y representación del Grupo Municipal Villarino y Cabeza. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación interpuesto por Don F.J.S.C. El letrado D. Juan María Martín Prieto se opuso al recurso de apelación en nombre y representación de Don J.M.J. y Don B.G.M.

6.- El recurso de apelación interpuesto por Don F.J.S.C. interesa que se proceda por la Sala de Justicia a la anulación de la sentencia recurrida y se dicte nueva sentencia en los términos de lo solicitado en su demanda, con expresa imposición de costas en ambas instancias a los demandados. Fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- Señala la incongruencia interna de la sentencia, asumiendo la juzgadora competencia de parte. Se ha vulnerado el art. 24.1 de la CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, situando a la parte en situación de indefensión.
- El argumento principal de la sentencia es que no queda determinado de forma concisa, cual es el perjuicio concreto para la administración pública. Según la misma es una mera hipótesis en ningún caso concreto y determinado. En discrepancia con la sentencia, alega el recurrente que el Ayuntamiento de Villarino de los Aires sí tenía un título para cobrar cual era la propiedad de los bienes patrimoniales y una orden taxativa de la ley que obliga al Alcalde a cobrar por dicha cesión. La inexistencia de contrato escrito se produce por la omisión irregular e interesada del procedimiento.
- También en discrepancia con la sentencia, advierte que el perjuicio al Ayuntamiento sí es concreto, efectivo, evaluable y evaluado y no una mera hipótesis. Considera que la Sra. Consejera ha utilizado hipótesis poco acordes con el principio de objetividad y que plantea dudas o supuestos que la parte demandada no ha suscitado. Por otra parte, alega el recurrente que se ha producido error en la valoración de la prueba. Señala, con respecto a la prueba testifical practicada a la que se ha otorgado en la sentencia un valor sustancial, de tal forma que tiene por ciertas manifestaciones del testigo cuyas circunstancias personales deberían llevar a valorar su testimonio como una manifestación interesada.

7.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 3 de noviembre de 2021, manifestó que se adhería y hacía suyos los argumentos esgrimidos por Don F.J.S.C., al entender que se encuentran probados los hechos narrados en las demandas presentadas tanto por el Sr. S.C. como por el Ministerio Fiscal.

8.- Recuerda el Fiscal que el Ayuntamiento el día 28 de marzo de 2018, delegó en el Alcalde la distribución proporcional entre los ganaderos de la localidad y el aprovechamiento de los pastos de titularidad municipal. La adjudicación se llevó a cabo de forma directa y sin suscribir contrato con los ganaderos adjudicatarios. Al mismo tiempo, pone de manifiesto que el TSJ de Castilla y León anuló la resolución de la alcaldía por no ser conforme a derecho, al no haberse firmado un contrato y no haberse establecido ninguna contraprestación, puesto que el aprovechamiento de los

pastos se adjudicó a particulares con intención de conseguir un beneficio para sus propios patrimonios y no a Entidades o Instituciones Públicas para fines que redundaran en beneficio de los habitantes del municipio.

9.- Alega el Fiscal que no hay, como se dice en la sentencia, un daño de carácter meramente hipotético o potencial, sino que el daño existe y está perfectamente cuantificado en 7.783,68 €, cantidad en que se fijó la cuantía del procedimiento, mediante Auto de 13 de mayo de 2021. Concluye que se dan los elementos que establece la Sala de Justicia para que exista responsabilidad contable como son: a) daño o perjuicio a los caudales públicos producido por quién tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos; b) infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad; y c) nexo de causalidad entre la acción u omisión objeto de consideración y el menoscabo de caudales públicos de que se trate.

10.- Mediante escrito presentado el 3 de noviembre de 2021 el letrado D. Juan María Martín Prieto se opuso al recurso de apelación, en nombre y representación de Don J.M.J. y Don B.G.M. En su escrito, rechaza la incongruencia interna de la sentencia de instancia alegada por el recurrente y comparte su razonamiento de que el quebranto económico para el Ayuntamiento no es una cantidad efectiva ni individualizada, puesto que la misma no había sido previamente acordada. Además, dicha cantidad se circunscribe a una mera operación matemática, realizada por la parte demandante sobre un hipotético valor económico, obtenido por precios medios de unos bienes de los cuales se desconoce si reúnen todos los requisitos necesarios para obtener un aprovechamiento del 6%.

11.- Alega que no existe incongruencia en el pronunciamiento de la Juzgadora cuando concluye que: «en ningún caso se puede afirmar que el Ayuntamiento de Villarino haya sufrido un perjuicio real, económicamente evaluable e individualizado para que pueda apreciarse la existencia de una responsabilidad contable», lo que inevitablemente ha de conducir no sólo a la desestimación de las demandas, sino a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Sr. S.C.

12.- En cuanto al error en la prueba advertido por la parte recurrente, manifiesta que la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinaria, y que si su interpretación no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes, como las mantenidas por la recurrente en su intento de modificar los hechos probados, la Sala no debería alterar las apreciaciones llevadas a cabo por la Juzgadora de instancia en la valoración de la misma.

13.- Manifiesta en este sentido que en la sentencia impugnada se ha efectuado una valoración de la prueba practicada de una manera no sólo lógica y racional, sino

incluso de manera que cataloga como "brillante", estando además perfectamente argumentada y fundamentada, con el apoyo de la legislación y jurisprudencia que sustentan la misma.

14.- Mediante diligencia de ordenación de 10 de diciembre de 2021 la Letrada Secretaria acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala al que asignó el nº 38/21. Al constar comparecidas todas las partes, declaró concluso el presente recurso y acordó asimismo pasar los autos a la Sra. Consejera ponente para que preparara la correspondiente resolución. Dicha remisión de los autos se realizó el día 23 de diciembre de 2021. Una vez cumplimentados los tramites legalmente previstos al efecto, mediante providencia de 4 de mayo de 2022 esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 9 de mayo de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- Constituye el objeto litigioso del procedimiento de reintegro por alcance nº B-132/20 la cesión gratuita de determinados bienes patrimoniales del Ayuntamiento de Villarino de los Aires a unos particulares, y el eventual perjuicio económico que dicha cesión haya podido acarrear a la entidad local. Consta en las actuaciones que se cedió el aprovechamiento para pastos de un conjunto de 36 fincas o parcelas de titularidad municipal, comunales y algunas patrimoniales. Beneficiarios fueron diez ganaderos de la localidad que pudieron acceder a dichos fundos, durante un tiempo determinado, para llevar a pastar a sus animales. La cesión tuvo lugar en el año 2018 y se autorizó por un decreto de 24 de abril de 2018, expedido por el alcalde-presidente, que estaba a su vez autorizado para ello por un acuerdo plenario de la corporación.

2.- Está plenamente acreditado en autos que dicha cesión fue irregular por contravenir el ordenamiento jurídico aplicable. Así resulta de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de junio de 2020, que acordó anular tanto el acuerdo plenario de 28 de marzo de 2018 como el decreto de la alcaldía de 24 de abril del mismo año, dejando sin efecto la cesión de bienes comunales y patrimoniales.

3.- La utilización de bienes patrimoniales y el aprovechamiento de los bienes comunales se regulan por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y normativa complementaria. La cesión gratuita de bienes inmuebles se contempla únicamente a

favor de entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a favor de instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro (art. 109 y concordantes). El TSJ de Castilla y León anuló la cesión al comprobar que se trataba de ganaderos particulares que obtenían un beneficio para su propio patrimonio.

4.- Una vez que la jurisdicción contencioso-administrativa, competente para ello, anuló las citadas resoluciones administrativas, lo que corresponde a este Tribunal de Cuentas es determinar si de aquella cesión irregular del aprovechamiento de bienes se derivó un daño económico para el Ayuntamiento de Villarino de los Aires y, en caso afirmativo, si de tal daño cabe establecer la existencia de responsabilidad contable.

5.- Don F.J.S.C., ejercitante de la acción pública de exigencia de responsabilidad contable, y el Ministerio Fiscal así lo sostuvieron en sus correspondientes demandas. La Juzgadora de primera instancia las desestimó íntegramente, al considerar que no concurrían los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para un pronunciamiento de responsabilidad contable. Frente a dicha sentencia, el demandante Sr. S.C. ha interpuesto recurso de apelación, al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, recurso cuya resolución corresponde a esta Sala de Justicia conforme a los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, (en adelante LOTCu) y 54.1.b) y 56.4, ambos de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo LFTCu).

SEGUNDO.- Análisis de los motivos formulados.

6.- El primer motivo del recurrente para cuestionar la sentencia de instancia es que, a su juicio, la misma ha incurrido en vicio de incongruencia. Analizaremos en primer lugar este reproche.

7.- 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 porqué 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)».

8.- Sentado lo anterior, es imprescindible reconstruir el hilo argumental conductor o ratio decidendi de la sentencia impugnada, para dilucidar si la Juzgadora de instancia al absolver a los demandados, ha incurrido o no en la incongruencia que le reprocha el recurrente, esto es, hay que comprobar si concurre una ausencia de pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas por las partes.

9.- Los demandantes anudaron a la cesión gratuita de los aprovechamientos de pastos la causación de un daño a los fondos públicos municipales que cuantificaron en 7.783,68 euros. La Juzgadora de instancia parte de esta pretensión, pero recuerda que la reclamación del reintegro de un perjuicio originado a los caudales públicos exige determinar de forma clara y precisa el real, efectivo y concreto daño causado. Y ello, porque la existencia de menoscabo en los fondos públicos constituye elemento esencial configurador de la responsabilidad contable que le dota de contenido pues, efectivamente, dicha responsabilidad tiene por objeto indemnizar al ente público perjudicado de los daños y perjuicios ocasionados a los fondos públicos cuando concurre el resto de los elementos objetivos, subjetivos y de causalidad contemplados en el art. 49.1 de la LFTCu.

10.- Al respecto, esta Sala no puede sino compartir tales pronunciamientos, pues siendo la responsabilidad contable una responsabilidad patrimonial por daños, la existencia de éstos deviene en elemento esencial para la declaración de aquélla. Es doctrina reiterada (por todas Sentencia nº 10/2013, de 13 de marzo), que para que pueda declararse responsabilidad contable por alcance resulta imprescindible que se haya apreciado en los fondos públicos afectados un daño real y efectivo, sin el cual los posibles incumplimientos de carácter administrativo, contable, financiero, presupuestario o contractual, que en su caso se hubiesen producido, no serían

suficientes para provocar el efecto indemnizatorio que se deriva de dicha responsabilidad.

11.- En efecto, estos incumplimientos de la normativa aplicable que, como sucede en la adjudicación de los aprovechamientos de los pastos, se han producido en los hechos enjuiciados no son suficientes por sí solos para provocar el efecto indemnizatorio que deriva de la responsabilidad contable. Y ello porque esta responsabilidad no tiene una finalidad sancionadora sino reparadora del daño causado y, por lo tanto, exigir el reintegro de una cantidad que no ha sido menoscabada supondría un enriquecimiento injusto de la Administración, como advierte la Sentencia de esta Sala nº 21/2017, con cita de otras. Para que haya responsabilidad contable el daño debe ser real y efectivo, no un perjuicio potencial basado en una mera expectativa o ganancia contingente, conocido en la jurisprudencia civil como sueños de ganancia o sueños de fortuna. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, rec. 3591/1998, y también la de 20 de julio de 2011, rec. 1283/2007, ambas de la Sala Primera, ésta última en los siguientes términos:

«Lucro cesante, objeto de indemnización conforme al artículo 1106 del Código Civil ("*...ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...*"), "*sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados rayanos en los conocidos «sueños de ganancia»*", como dice la sentencia de 24 de abril de 1997 , "*... de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso...*", añaden las sentencias de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000 y "*no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna*", expresan las sentencias de 5 de noviembre de 1998 y 2 de marzo de 2001 y "*no puede ser dudoso o incierto, de ahí que deban rechazarse las ganancias contingentes o fundadas en mera esperanzas o expectativas sin sustento real*", como dice la sentencia de 29 de diciembre de 2000; "*el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuando nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente*": así se expresa las sentencias 19 de enero 2006 y 12 de diciembre de 2006.

El lucro cesante precisa la prueba de la ganancia dejada de obtener, en el sentido de la prueba del perjuicio que sufre el acreedor en su patrimonio, por no tener lugar el aumento patrimonial que se habría producido. No comprende, pues, los "sueños de fortuna", sino las ganancias que probadamente se hubieran producido, de no mediar el incumplimiento imputable al deudor».

12.- Para cerrar esta argumentación, debe distinguirse aquí entre el supuesto de un ingreso cierto que haya dejado de obtener el Ayuntamiento teniendo derecho a ello y que haya generado un perjuicio real e individualizado, de la mera esperanza de

ganancia que no puede dar lugar a un alcance en los fondos públicos (STCu, nº 24/2010, de 17 de noviembre, Sala de Justicia). Las meras expectativas de beneficio no constituyen un daño real y efectivo en el sentido que se exige en el art. 59 de la LFTCu como requisito de la responsabilidad contable.

13.- Pues bien, todo el razonamiento jurídico de la resolución apelada se dirige a dilucidar si se produjo un daño efectivo y cuantificable para el Ayuntamiento de Villarino de los Aires, sin que se introduzcan en el debate contradictorio elementos ajenos al mismo que modifiquen sus límites o fines.

14.- La parte demandante basó su pretensión en la previsión del art. 92.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Dispone este precepto que el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades Locales supondrá para el usuario satisfacer un canon no inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes. A partir de ello, el actor sostuvo que el daño originado es consecuencia de la cesión gratuita de los bienes patrimoniales ya que se dejó de ingresar por este concepto la cantidad de 7.783,68 € que corresponden al 6% del valor de venta de las fincas afectadas. Afirmó que este valor de venta es de 129.728,00 €, tal y como consta en el Informe del Arquitecto Municipal de 9 de marzo de 2018 que obra en el expediente 48/2018 “Distribución PAC 2018”.

15.- La sentencia de instancia no consideró que estas afirmaciones de la parte demandante fueran bastantes para estimar acreditado el menoscabo a los fondos municipales, sobre la base de los siguientes razonamientos jurídicos:

- El menoscabo que las partes actoras entienden que se causó en los fondos públicos del Ayuntamiento no es una cantidad debida que no fue pagada, ni un importe cierto que hubiese sido previamente acordado, sino la estimación de un precio que consideran que se habría pactado de haberse adjudicado los terrenos de forma onerosa.
- El derecho al cobro por los aprovechamientos de pastos del año 2018 ni se encuentra reconocido por una resolución administrativa o judicial firme, ni por la celebración de un contrato, ni encuentra respaldo en ningún otro documento con fuerza ejecutiva, por lo que no hay declaración alguna del derecho del Ayuntamiento de Villarino de los Aires a percibir una cantidad líquida. No ha habido, en definitiva, ningún acto jurídico (contrato administrativo, acto administrativo o resolución judicial) del que derive una deuda cierta, líquida y vencida en favor de la corporación local.
- No cabe considerar seguro que, en caso de haberse efectuado la adjudicación de los bienes patrimoniales el ingreso obtenido por la Junta Vecinal habría sido de 7.783,68 €.

- El precio de venta se fija atendiendo a los precios medios de mercado según los estudios que realiza la Junta de Castilla y León, pero no en base a un estudio individualizado y concreto de cada una de las parcelas en las que, además de la superficie, se valoren sus concretas características de cara a un aprovechamiento de pastos. Se desconoce, en consecuencia, si todas esas fincas reúnen los requisitos necesarios para obtener un aprovechamiento equivalente al 6%. A ello hay que añadir que, ni hay certeza de que las 36 parcelas habrían sido realmente adjudicadas a cambio de un precio ni de que, si se hubiera producido la adjudicación por el 6% del valor de venta, todo ello hubiera redundado en beneficio para la corporación municipal, ya que el Ayuntamiento habría tenido que asumir gastos de mantenimiento y adecuación de las fincas cedidas que hasta ese momento no realizaba, lo que obviamente habría de ser considerado para determinar el hipotético perjuicio causado al ayuntamiento por la gratuidad de las adjudicaciones.

16.- Concluye la juzgadora su razonamiento indicando que los demandantes alegan la producción de un daño a los fondos públicos del Ayuntamiento de Villarino de los Aires de carácter meramente hipotético o potencial, ya que la pretensión se fundamenta en el presunto beneficio que se habría obtenido si se hubiesen adjudicado los bienes patrimoniales a cambio de un precio. Sin embargo, al no poder establecerse el resultado final en que habría desembocado la eventual adjudicación de esos bienes mediante precio, en ningún caso puede afirmarse que el Ayuntamiento de Villarino de los Aires haya sufrido un perjuicio real, económicamente evaluable e individualizado para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad contable. Al faltar un elemento esencial de esta clase de responsabilidad, la juzgadora de instancia absolvió a los demandados.

17.- Pues bien, así las cosas, toda vez que la incongruencia solo cabe apreciarla cuando la sentencia no se pronuncie sobre las pretensiones formuladas por las partes y no cuando base sus respuestas en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos o cuando los mismos, sencillamente, no son acogidos, esta Sala considera que la Juzgadora ha realizado un análisis riguroso para dilucidar si estamos o no ante el daño efectivo que exige la doctrina de este Tribunal, análisis que en ningún caso puede considerarse incongruente.

18.- No se advierte ninguna incongruencia en el razonamiento jurídico que motiva el fallo, con independencia lógicamente de que la parte discrepe del mismo. Sucede que el apelante, para fundamentar su alegato de incongruencia, realiza una lectura de la sentencia que no es exacta y hace supuesto de la cuestión. Al efecto, reseñar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2.007 (recurso nº 2.871/00), según la cual: «(...) Tal planteamiento incide en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión. Así, en el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente se basa en conclusiones fácticas distintas de las alcanzadas por el

Tribunal de apelación, y elude otras que son desfavorables a sus tesis, exponiendo su propia, parcial e interesada valoración probatoria. Incurre, se insiste, en el defecto casacional de la petición de principio, que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida (SSTS 20 de febrero de 1992, 12 de noviembre de 1992, 29 de diciembre de 1998, 5 de julio de 2000, entre otras muchas), o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia (SSTS 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995) o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos (SSTS 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1.997), todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida por la vía casacional adecuada, con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada, y que se considere como infringida, con exposición de la nueva resultancia probatoria (SSTS 6 de mayo de 1997, 1 de marzo de 1999, 26 de abril de 2000 y 2 de marzo de 2001)»”.

19.- La sentencia recurrida no discute la valoración de las parcelas realizada por el arquitecto municipal, ni propone una valoración alternativa o distinta de su precio de venta. Lo que señala es que no hay ninguna certeza de que las fincas se hubieran adjudicado realmente a cambio de un canon que sería el 6% del precio de venta fijado por el arquitecto municipal en su informe. En efecto, siendo el arrendamiento de los fundos un negocio jurídico voluntario para los ganaderos, el que el Ayuntamiento exigiera el citado canon no significa que los ganaderos lo aceptaran, ni que solicitaran el aprovechamiento de pastos de todas y cada de las parcelas. Dependería, en última instancia, de que consideraran que el aprovechamiento de pastos de cada parcela valía realmente el 6% del precio de venta tasado por el arquitecto municipal. La Juzgadora no cuestiona el rigor técnico de la valoración, lo que advierte es que de ella no se puede determinar un perjuicio efectivo para el Ayuntamiento, pues el que los ganaderos aceptasen o no ese canon, y aplicado sobre todas las parcelas, es una mera hipótesis. Como señaló esta Sala en su auto de 22 de septiembre de 2005, el perjuicio o menoscabo contable no puede identificarse con el mejor precio que se hubiera podido conseguir en una determinada transacción, porque se trata de un perjuicio potencial, basado en cálculos y expectativas cuya realización depende de la voluntad de un tercero.

20.- La parte apelante cita, en apoyo de sus tesis, que el auto de cuantía fijó la del procedimiento en 7.783,68 euros, sin que la parte demandada impugnara tal importe. Este argumento debe rechazarse sin más. El hecho de que haya sido fijada la cuantía del procedimiento por el auto correspondiente es un mero trámite procesal para determinar el procedimiento a seguir (art. 73.2 de la LFTCu), según la cantidad solicitada en la demanda, sin que en ningún caso suponga una determinación de un supuesto perjuicio sufrido por las partes.

TERCERO.- 21.- Junto a la incongruencia de la sentencia, ya analizada en el anterior apartado, la parte apelante ha señalado que la Juzgadora ha incurrido en error en la valoración de la prueba. Procede examinar este segundo motivo de apelación.

22.- La sentencia de instancia concluyó que la prueba practicada en el acto del juicio puso de manifiesto que, en contraprestación por las adjudicaciones realizadas, los ganaderos desempeñaron tareas de mantenimiento y conservación de las fincas adjudicadas que en realidad correspondían al Ayuntamiento, citando entre otras: limpieza de charcas, desbroce para evitar incendios y facilitar la comida del ganado, arreglo de vallas y portelas, mantenimiento de caminos, etc., siendo necesario a veces la contratación de maquinaria para estos fines. Razonó la Juzgadora que el ayuntamiento habría tenido que asumir dichos gastos de mantenimiento y adecuación de las fincas cedidas que hasta ese momento no realizaba, lo que obviamente habría de ser considerado para determinar el hipotético perjuicio causado al Ayuntamiento por la gratuidad de las adjudicaciones.

23.- El apelante Sr. S.C. impugna estas manifestaciones en un doble sentido. En primer lugar, aduce que los gastos de mantenimiento de las parcelas no pueden cargarse al cobro o no de una renta por su alquiler, sino a la obligación permanente del Ayuntamiento de mantener sus propiedades en buen orden de uso. Este argumento debe rechazarse, pues estando este procedimiento encaminado a dilucidar si la entidad local sufrió o no un perjuicio económico por la cesión de las parcelas, es evidente que habrán de considerarse tanto los ingresos no percibidos como los gastos que se han evitado.

24.- En segundo lugar, aduce el Sr. S.C. que la realización efectiva de estos trabajos de mantenimiento se ha probado mediante la declaración testifical del presidente de la Junta Agropecuaria, y que se otorga en la sentencia un valor sustancial y se tienen por ciertas manifestaciones del testigo cuyas circunstancias personales no deberían llevar a valorar su testimonio más allá de una manifestación interesada. Señala que no hay documento alguno en el proceso que acredite que los trabajos declarados por el testigo fueron hechos. En caso de que fuera cierto, que no lo es, el Ayuntamiento debería haber documentado qué parte de la renta a cobrar por el alquiler de los terrenos quedaba exonerada, a cambio de los trabajos que declaró el testigo como realizados. Recuerda el apelante que, en el momento de proponerse de contrario la testifical de este testigo en la audiencia previa, fue recurrida por él verbalmente.

25.- Corresponde a la Sala dilucidar si la Juzgadora incurrió en error en la valoración de esta prueba testifical. Conforme a una jurisprudencia y doctrina consolidadas, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde al Juzgador de instancia, siendo preciso destacar que, 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 su inexactitud y la veracidad de los alegados de contrario. La razón de que prime la apreciación de la prueba del Juzgador de instancia radica en 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. (Sentencias de esta Sala de Justicia de 31 de marzo de 2009; 24 de julio de 2006; 8 de octubre de 2003; 17 de septiembre de 2002; y 29 de septiembre de 1999, con cita de la jurisprudencia constitucional recaída sobre este particular, entre otras, las SSTC de 30 de septiembre de 1987 y 11 de septiembre de 1995, las cuales declaran que el momento estrictamente probatorio forma parte de la primera instancia).

26.- Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, no se advierte que la sentencia haya valorado la declaración testifical de forma errónea. Se practicó con inmediación y con observancia de las previsiones legales al respecto. Sus conclusiones no son manifiestamente ilógicas, arbitrarias o absurdas, ni conculcan principios generales del derecho. La valoración de la prueba es competencia del Juzgador de instancia, y, por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden oponérsele sin más, ni mucho menos prevalecer, meras alegaciones de parte, máxime si sólo se basan en simples apreciaciones subjetivas carentes de soportes documentales y probatorios racionales y fehacientes. Procede en consecuencia desestimar este motivo de impugnación.

CUARTO.- 27.- De acuerdo con lo expuesto y razonado debe desestimarse el recurso de apelación formulado por Don F.J.S.C., al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia nº 11/2021, de 16 de septiembre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance B-132/20, que queda confirmada.

28.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por el Letrado Don F.J.S.C., en su propio nombre y representación, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la

Sentencia nº 11/2021, de 16 de septiembre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance B-132/20, Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires) Salamanca, que queda confirmada.

Imponer las costas de esta segunda instancia al apelante Don F.J.S.C.

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.

Sección de Enjuiciamiento**SALA DE JUSTICIA****Recurso de Apelación nº 38/21****Procedimiento de Reintegro nº B-132/20****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayto. de Villarino de los Aires)****SALAMANCA****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.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 5/2022, de 11 de mayo. Recurso de Apelación nº 1/22, Procedimiento de Reintegro nº 25/19, Ramo: Sector Público Local (Ayto. de Navalcarnero), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

Tras pormenorizar las pretensiones de las partes, la Sala analiza los concretos motivos del recurso de apelación. El Ayuntamiento por un lado alega que en el supuesto enjuiciado se habría producido un “alcance continuado”; y, por otro lado, que tampoco debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción en la fecha que se fija en la sentencia recurrida, sino en un momento anterior.

La Sala entiende, una vez analizadas las actuaciones que integran el procedimiento de primera instancia y, especialmente, el contenido de la sentencia apelada que, sin ninguna duda, se trata de una “cuestión nueva”, lo relativo al alcance continuado que resulta incompatible con la naturaleza jurídica del recurso de apelación.

Por otro lado, en relación con la impugnación de la prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable debe ser igualmente desestimada, y es que el Ayuntamiento no ha aportado ningún tipo de prueba documental u otro elemento de juicio, ni en la primera instancia ni junto con su escrito de recurso de apelación, por el que se acredite que, con anterioridad a la fecha en la que prestó declaración en las actuaciones penales el presunto responsable hubiera tenido un conocimiento material de las actuaciones desplegadas en la Comisión Municipal de Investigación en relación con los hechos que son objeto del presente recurso.

En relación con el segundo motivo del recurso de apelación, el Ayuntamiento discrepa del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia relativo a que en el supuesto enjuiciado no existe un daño real y efectivo a los caudales públicos municipales, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos.

La Sala considera que en el presente recurso lo que el Ayuntamiento apelante pretende no es fundamentar que el Juzgador a quo haya cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba, sino impugnar las valoraciones jurídicas que se contienen en la sentencia recurrida.

Advierte que en el supuesto de que, eventualmente, quedara sin efecto el procedimiento administrativo, los sujetos legitimados activamente en el procedimiento de reintegro por alcance podrían ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contable contra quienes considerasen que hubieran gestionado ilegal y de manera dolosa, o gravemente negligente, los caudales públicos.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 5/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 1/22, interpuesto contra la Sentencia 5/2021, de 29 de julio, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-25/19, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Navalcarnero), Madrid.

PONENTE: Excm. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.

SALA DE JUSTICIA:

Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

Excm. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a 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 presente recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 5/2021, de 29 de julio, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-25/19, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Navalcarnero), Madrid.

Ha sido parte apelante el Ayuntamiento de Navalcarnero, representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Beltrán Martín y defendido por el Letrado D. Francisco José Montiel Lara; y parte apelada Don B.S.G., representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, y defendido por el Letrado D. Esteban Mestre Delgado; asimismo, se ha opuesto al recurso de apelación el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, Dña. Elena Hernández Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2021, la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento dictó sentencia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-25/19, por la que se desestimaron las demandas interpuestas por el Ayuntamiento de Navalcarnero y por el Ministerio Fiscal contra Don B.S.G. y Don C.L.S., quedando absueltos de la responsabilidad contable que se les reclamaba. Sin costas.

SEGUNDO.- El día 22 de septiembre de 2021, la representación procesal del Ayuntamiento de Navalcarnero presentó recurso de apelación contra la citada sentencia.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 27 de septiembre de 2021, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado del mismo a las partes para que pudieran formular su oposición.

CUARTO.- Con fecha 25 de octubre de 2021, tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal de Don B.S.G. presentaron sendos escritos oponiéndose al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero.

QUINTO.- Por su parte, la representación procesal de Don C.L.S. presentó escrito, con misma fecha 25 de octubre de 2021, por el que puso de manifiesto que no se opone al recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero.

SEXTO.- Mediante posterior Diligencia de Ordenación de fecha 26 de octubre de 2021, se acordó unir los escritos presentados al procedimiento y elevar los autos a la Sala de Justicia, emplazando a las partes para comparecer ante ella en el plazo de treinta días, con indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a 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 20 de enero de 2022, se acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala con el nº 1/22 y nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Dª. Elena Hernández Salguero.

OCTAVO.- Vista la petición realizada en el Otrosí del escrito de interposición del recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero, en relación con la documentación aportada junto al mismo, mediante Auto dictado con fecha 3 de febrero de 2022, esta Sala de Justicia acordó incorporar como prueba documental al

presente rollo de apelación nº 1/22 los documentos aportados por la representación procesal del Ayuntamiento de Navalcarnero, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 85.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 270 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

NOVENO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 15 de febrero de 2022, se declaró concluso el presente recurso y se acordó pasar los autos a la Excm. Sra. Consejera Ponente para preparar la pertinente resolución.

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 3 de mayo de 2022, se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación, rollo nº 1/22, 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, en todo lo que no resulte contrario a lo que a continuación se expone.

TERCERO.- En el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero se impugnan los siguientes puntos de la sentencia de primera instancia:

1. Fundamento de Derecho Sexto, en los pronunciamientos que consideran prescrita la presunta responsabilidad contable de Don B.S.G. por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, por un importe total de 166.236,94 euros.
2. Fundamento de Derecho Octavo, en el pronunciamiento que considera que no existe un daño real y efectivo de los caudales públicos municipales, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos, por lo que se absuelve de la responsabilidad contable reclamada a Don B.S.G.

El Ayuntamiento de Navalcarnero pide que la Sala de Justicia revoque dichos pronunciamientos y, en su lugar, que se cifren los daños y perjuicios causados en los

caudales públicos en la cantidad total de 311.862,88 euros, declarando responsable contable directo a Don B.S.G., y condenándole a reintegrar la citada cantidad en concepto de principal, más los intereses legales correspondientes, con imposición de las costas procesales.

Frente a la anterior pretensión, tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal de Don B.S.G. han presentado sendos escritos de oposición al recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero, interesando su desestimación, la confirmación de la resolución recurrida y, en el caso de la representación procesal de Don B.S.G., también ha pedido expresamente la condena en costas para el Ayuntamiento apelante.

CUARTO.- El recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero se fundamenta en los siguientes motivos:

- En primer lugar, frente a la declaración de prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable de Don B.S.G. por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, por un importe total de 166.236,94 euros (FD Sexto de la sentencia apelada), el recurrente discrepa del anterior pronunciamiento alegando que en el supuesto enjuiciado se ha producido un “*alcance continuado*” y que, de acuerdo con la doctrina de la “*actio nata*”, el plazo de prescripción no comenzaría en el momento en que se produjo el daño, sino cuando el Ayuntamiento tuvo oportunidad de ejercer la acción; y, además de lo anterior, añade que no debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción en la fecha que se fija por el Juzgador *a quo* (25 de julio de 2018), sino en un momento anterior: concretamente, desde la fecha de incoación de las Diligencias Previas 360/2018 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Navalcarnero cuyo objeto era coincidente con el de la presente causa contable; e incluso, en fecha anterior, ya que el Sr. S.G. habría conocido materialmente las actuaciones de investigación que, con carácter previo a la apertura de las referidas actuaciones penales, inició el propio Ayuntamiento en relación con el contrato de suministro del paso de Semana Santa objeto de controversia.
- Por otro lado, en relación con el segundo pronunciamiento impugnado de la sentencia de primera instancia, relativo a que en el supuesto enjuiciado no existe un daño real y efectivo de los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos (FD Octavo de la sentencia apelada), el apelante alega que el Juzgador *a quo* ha cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba por cuanto, de acuerdo con el relato de los Hechos Probados de la propia sentencia recurrida, sí habría quedado plenamente acreditado que se cumplen todos y cada uno de los requisitos determinantes de la responsabilidad contable de Don B.S.G.

QUINTO.- Con fecha 25 de octubre de 2021, el Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero, pidiendo la confirmación de la sentencia impugnada en su integridad, en atención a los siguientes motivos:

- Frente al primer motivo alegado por el apelante, en relación con la ausencia de prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, por un importe total de 166.236,94 euros, el Ministerio Fiscal alega que, por un lado, la cuestión relativa al “*alcance continuado*” no fue planteada en la primera instancia y, en su virtud, no es una cuestión que pueda plantearse *ex novo* en fase de apelación; y, por otro lado, en relación con la necesidad de que Don B.S.G. tuviera conocimiento del hecho interruptor del plazo de prescripción, el Ministerio público muestra su conformidad con el criterio recogido en el Fundamento Sexto de la sentencia impugnada.
- Y, respecto del segundo motivo alegado por el apelante consistente en el error en la valoración y apreciación de la prueba por parte de la Consejera de primera instancia, y la supuesta concurrencia de todos los requisitos determinantes de la responsabilidad contable de Don B.S.G., el Ministerio Fiscal se opone afirmando que no aprecia la existencia de un perjuicio real y efectivo a los caudales públicos en el supuesto enjuiciado, de conformidad con los razonamientos que se recogen adecuadamente en la sentencia recurrida.

SEXTO.- Asimismo, con fecha 25 de octubre de 2021, la representación procesal de Don B.S.G. presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero, pidiendo la confirmación de la sentencia impugnada y la condena en costas para el Ayuntamiento apelante, en atención a los siguientes motivos:

- Frente al primer motivo alegado por el apelante, en relación con la ausencia de prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, por un importe total de 166.236,94 euros, la representación procesal de Don B.S.G. alega que la figura del “*alcance continuado*” no se encuentra recogida en la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas; ni se ha establecido en la doctrina de su Sala de Justicia; ni puede emplearse para inaplicar la eficacia del instituto legal de la prescripción; ni, en todo caso, puede incorporarse a la jurisprudencia contable en perjuicio del enjuiciado, pues ello quebraría la esencia de la figura de la responsabilidad continuada.
- Y, respecto del segundo motivo alegado por el apelante, la representación procesal de Don B.S.G. se opone afirmando que la sentencia recurrida no ha

incurrido en el supuesto error en la valoración y apreciación de la prueba denunciado, ya que en el supuesto enjuiciado no se ha causado ningún daño real ni efectivo a los caudales del Ayuntamiento de Navalcarnero. En este sentido, muestra su conformidad con los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida y añade que el Ayuntamiento apelante, con un planteamiento gravemente incoherente, ha aportado determinada documentación en la fase de apelación que viene confirmar la corrección del pronunciamiento judicial que el propio Ayuntamiento ahora recurre.

SÉPTIMO.- Por su parte, la representación procesal de Don C.L.S. presentó escrito, con misma fecha 25 de octubre de 2021, por el que puso de manifiesto que no se opone al recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero por cuanto el apelante no impugnaba el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de primera instancia que afectaba al Sr. L.S.

OCTAVO.- Entrando ya a analizar los concretos motivos del recurso de apelación, el Ayuntamiento de Navalcarnero plantea como primer motivo que, a su juicio, no se habría producido la prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable de Don B.S.G. por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, por un importe total de 166.236,94 euros (FD Sexto de la sentencia apelada). El apelante discrepa del anterior pronunciamiento del Juzgador *a quo*. Por un lado, alega que en el supuesto enjuiciado se habría producido un “*alcance continuado*”; y, por otro lado, que tampoco debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción en la fecha que se fija en la sentencia recurrida (25 de julio de 2018), sino en un momento anterior.

El apelante completa su primera alegación relativa a la existencia de “*alcance continuado*” en el supuesto enjuiciado precisando que, de acuerdo con la doctrina de la “*actio nata*”, el plazo de prescripción no comenzaría en el momento en que se produjo el daño, sino cuando el Ayuntamiento tuvo oportunidad de ejercer la acción, lo que se habría producido cuando se tuvo conocimiento de los hechos controvertidos por parte de unos nuevos integrantes de los órganos de gobierno de la Corporación municipal. En este sentido, el recurrente invoca los pronunciamientos de una sentencia puntual de esta Sala de Justicia relativa a la “*actio nata*”, razonando que, si bien la figura del “*alcance continuado*” no se reconoce aún por la legislación ni por la jurisprudencia contables, debería aplicarse por analogía en el presente caso, a la vista de determinados pronunciamientos de la jurisdicción civil y de la jurisdicción penal que cita expresamente, y en los que sí se contemplan las reglas especiales para computar los plazos de prescripción en caso de “*infracciones continuadas*”.

A la hora de examinar esta primera alegación del Ayuntamiento apelante, lo primero que debe analizarse es si, realmente, el recurrente está planteando en fase de recurso de apelación una “cuestión nueva” que no se ha planteado en la primera instancia.

Es doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada que en nuestro ordenamiento jurídico-procesal no se permite plantear en vía de recurso cuestiones nuevas que no fueron planteadas ante el órgano jurisdiccional *a quo*.

En este sentido, en relación con el recurso de casación, el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 5 abril 2017 (JUR 2017\81588), se pronuncia en los siguientes términos literales:

*“[...] Ciertamente, el artículo 89.2.b) LJCA obliga a identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, permitiendo justificar que, aun no habiendo sido alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, «ésta hubiera debido observarlas», pero esta posibilidad **no permite introducir a su través una cuestión nueva en casación**, como aquí sucede con la segunda de las infracciones denunciadas en el escrito de preparación. Según hemos recordamos en el invocado **Auto de 3 de febrero de 2017 (RCA/203/2016 , FJ 2º)**, son dos las razones que obligan a inadmitirlas también con la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo; a saber: (1º) resulta lógicamente imposible que la resolución judicial impugnada incurra en las infracciones denunciadas por la parte recurrente, respecto de una cuestión que **no fue considerada en el pleito de instancia**, y (2º) con la admisión de cuestiones nuevas en casación se afectaría gravemente al **derecho de defensa de la parte recurrida**, pues carecería de las posibilidades de alegación y prueba que corresponden a la instancia [...]”.*

Y, en relación con el recurso de apelación, puede citarse, por todas, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 1594/2020, de 25 noviembre (RJ 2020\5416), que se pronuncia en los siguientes términos literales:

*“[...] Lo cierto es que, aun sin llegar al punto de modificar el tenor literal de sus pretensiones, el escrito de recurso de apelación de la parte actora trata de introducir la cuestión, no suscitada en la demanda como una pretensión específica, de una eventual ilegalidad del acuerdo de modificación de la relación de puestos de trabajo. **Tal modificación, en cuanto introdujera una pretensión nueva, es incompatible con la naturaleza del recurso de apelación**, ya que, si bien el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación*

de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, **pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa** (en este sentido, sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo de 10 de febrero (RJ 1997, 1137), 25 de abril (RJ 1997, 3273) y 6 de junio (RJ 1997, 5183) y 31 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7243) y 12 de enero (RJ 1998, 560) y 20 de febrero (RJ 1998, 1559), 17 de abril (RJ 1998, 2493) y 4 de mayo (RJ 1998, 3230) y 15 (RJ 1998, 5053) y 19 de junio de 1998 (RJ 1998, 6257) [...]).

El Ayuntamiento de Navalcarnero plantea por primera vez en esta fase de apelación, sin haberlo hecho antes en el procedimiento de primera instancia, que las presuntas irregularidades cometidas por Don B.S.G. constituirían una única infracción contable continuada, y que, de acuerdo con la doctrina de la “*actio nata*”, el plazo de prescripción de dicha infracción continuada no comenzaría en el momento en que se produjo el daño, sino cuando el Ayuntamiento tuvo oportunidad de ejercer la acción, lo que se produjo al tenerse conocimiento de los hechos por parte de unos nuevos integrantes de los órganos de gobierno de la Corporación municipal.

De conformidad con los pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial expuesta *ut supra*, el recurso de apelación tiene como finalidad el examen crítico de la sentencia de primera instancia a fin de determinar si se aprecia, o no, en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada; pero, de acuerdo con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa.

Y, efectivamente, una vez analizadas las actuaciones que integran el procedimiento de primera instancia seguido ante el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento con nº A-25/19, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Navalcarnero), Madrid; y, especialmente, el contenido de la sentencia apelada nº 5/2021, de 29 de julio, se ha constatado que, sin ninguna duda, y de conformidad con los pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial expuesta *ut supra*, se trata de una “*cuestión nueva*”, que resulta incompatible con la naturaleza jurídica del presente recurso de apelación, la referida alegación del Ayuntamiento apelante consistente en la existencia de un “*alcance continuado*”, en relación con la doctrina de la “*actio nata*”, a efectos de computar el plazo de prescripción.

Y, por todos los razonamientos expuestos *ut supra*, al tratarse de una “*cuestión nueva*” que no ha sido planteada en el procedimiento de primera instancia, debe desestimarse la primera alegación del Ayuntamiento apelante consistente en que en

el supuesto enjuiciado se habría producido un *“alcance continuado”* y que el plazo de prescripción habría de computarse conforme a la doctrina de la *“actio nata”*.

Por otro lado, en relación con la impugnación de la prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable de Don B.S.G. por los pagos realizados con anterioridad al 25 de julio de 2013, y como ya se ha advertido *ut supra*, el Ayuntamiento apelante también discrepa del pronunciamiento de la sentencia recurrida sosteniendo que no debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción en la fecha que se fija por el Juzgador *a quo* (25 de julio de 2018), sino en un momento anterior. En este sentido, conforme el tenor literal del apartado tercero de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, el plazo de prescripción debería considerarse interrumpido desde el mismo momento en que se iniciaron las Diligencias Previas 360/2018 en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Navalcarnero cuyo objeto era coincidente con el de la presente causa contable; pero, además, añade que la interrupción del plazo de prescripción se habría producido incluso en un momento previo al inicio de la causa penal; concretamente, desde que en el año 2017, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, se creó una Comisión Municipal de Investigación sobre determinados asuntos y, entre ellos, se encontraba el referente a los hechos que constituyen el objeto del presente recurso de apelación. En dicha Comisión participaron todos los Grupos Municipales (incluido el del Sr. S.G.) y, por lo tanto, no parece razonable afirmar que Don B.S.G. no hubiera conocido del inicio de tales actuaciones de investigación iniciadas por el propio Ayuntamiento en relación con el contrato de suministro del paso de Semana Santa objeto de controversia.

Esta alegación del apelante debe ser igualmente desestimada, en atención a las consideraciones que se van a exponer a continuación.

La Disposición Adicional Tercera, apartado tercero, de la LFTCu se pronuncia en los siguientes términos literales:

"El plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiese iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad".

Al contenido de la anterior regulación debe añadirse que, para que las actuaciones que se mencionan en el precepto interrumpan el plazo de prescripción, también tienen que haber sido conocidas por el presunto responsable contable. Esta necesidad de conocimiento ha sido reconocida tanto por la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas (por todas, v. Sentencias 8/2016 y 17/2018)

como por la reiterada y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citar a estos efectos la Sentencia núm. 437/2016, de 25 de febrero -RJ 2016\2365-, en la que se afirma lo siguiente:

“[...] Efectivamente el conocimiento personal de cualquier actuación pública interruptora de la prescripción es una garantía para dar satisfacción al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), y hace necesario que la iniciación de los procedimientos de fiscalización del Tribunal de Cuentas, que puedan derivar en posibles procedimientos ulteriores correspondientes a su función de enjuiciamiento contable, se comuniquen personalmente a todos los miembros y componentes de las entidades, corporaciones, organismos y sociedades del sector público que sean sometidas a fiscalización y puedan ser declarados incurso en responsabilidad contable como consecuencia del resultado de esa fiscalización.

Pero también debe subrayarse que ese conocimiento podrá tener lugar bien a través de la notificación formal y personal de la actuación interruptora a todos esos miembros (que será el instrumento más idóneo y seguro), bien a través de cualquier otro hecho o circunstancia que permita formar la razonable convicción de que ese conocimiento efectivamente tuvo lugar. Así lo impone la especial ponderación del sacrificio del valor justicia que toda prescripción extintiva conlleva en aras de la seguridad jurídica, y así lo viene a confirmar el artículo 132 (apartados 2 y 3) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], que, en orden a la interrupción de las infracciones administrativas y sus sanciones, se refiere únicamente al «conocimiento del interesado» [...]” (en un mismo sentido v. la STS de 23 de diciembre de 2013- RJ 2013\8437; o la STS de 4 de febrero de 2014- RJ 2014\2086).

Pues bien, en el supuesto objeto del presente recurso, y en relación con la necesidad de conocimiento del hecho interruptor del plazo de prescripción por el presunto responsable contable, la sentencia de primera instancia ha observado escrupulosamente la precitada doctrina jurisprudencial por cuanto su Fundamento Sexto se pronuncia en los siguientes términos literales:

“[...] El hecho que interrumpe la prescripción es, pues, la primera actuación que haya quedado acreditado que ha sido conocida por aquellos a quienes la interrupción de la prescripción perjudique. En el presente caso, el Ayuntamiento en sesión celebrada el 29 de junio de 2017 acordó la iniciación de actuaciones judiciales, presentando en fecha 3 de mayo de 2018 denuncia ante el Juzgado Nº 6 de Navalcarnero, que dio lugar a las Diligencias Previas Nº 360/2018. Sin embargo, no consta acreditado el conocimiento de la existencia de estas diligencias por los demandados, ni siquiera de manera indiciaria, hasta que se les citó en fecha 11 de mayo de 2018 a prestar declaración en el citado juzgado.

Figura en las actuaciones que Don C. tuvo conocimiento en fecha 30 de mayo. Don B.S. no consta que tuviera conocimiento hasta la fecha de la declaración prestada el 25 de julio de 2018 en las actuaciones penales seguidas ante el Juzgado N° 6 de Navalcarnero [...]”.

Por todos los razonamientos expuestos *ut supra*, debe desestimarse la alegación del recurrente consistente en que el plazo de prescripción se habría interrumpido con la mera incoación de las Diligencias Previas n° 360/2018 ante el Juzgado de Instrucción n° 6 de Navalcarnero; como ya se ha razonado anteriormente, resultaba necesario, además, el conocimiento de las referidas actuaciones penales por parte de Don B.S.G. Y, como se afirma en la sentencia apelada, “*no consta que tuviera conocimiento hasta la fecha de la declaración prestada el 25 de julio de 2018*” en la causa penal, sin que tampoco pueda prosperar la alegación del apelante relativa al conocimiento material previo que, presuntamente, habría tenido el Sr. S.G. de las actuaciones desarrolladas en la Comisión Municipal de Investigación en relación con el controvertido contrato de suministro del paso de Semana Santa. En este sentido, debe advertirse que el Ayuntamiento de Navalcarnero no ha aportado ningún tipo de prueba documental u otro elemento de juicio, ni en la primera instancia ni junto con su escrito de recurso de apelación, por el que se acredite que, con anterioridad a la fecha en la que prestó declaración en las merítadas actuaciones penales ante el Juzgado de Instrucción n° 6 de Navalcarnero, Don B.S.G. hubiera tenido un conocimiento material de las actuaciones desplegadas en la Comisión Municipal de Investigación en relación con los hechos que son objeto del presente recurso.

Y, por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero.

NOVENO.- En relación con el segundo motivo del recurso de apelación, el Ayuntamiento de Navalcarnero discrepa del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia relativo a que en el supuesto enjuiciado no existe un daño real y efectivo de los caudales públicos municipales, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos (FD Octavo de la sentencia apelada); concretamente, el apelante fundamenta el presente motivo alegando que el Juzgador *a quo* ha cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba por cuanto, de acuerdo con el relato de los Hechos Probados de la propia sentencia recurrida, sí habría quedado plenamente acreditado que se cumplen todos y cada uno de los requisitos determinantes de la responsabilidad contable del Sr. S.G.. En este sentido, a juicio del recurrente, el Sr. S.G., quien era el Alcalde-Presidente de la Corporación en el momento de los hechos enjuiciados, habría incumplido los más elementales deberes en el ejercicio de su cargo, gestionando los caudales públicos municipales que tenía encomendados con dolo o, subsidiariamente, con negligencia grave por cuanto autorizó y ordenó una serie de

pagos por servicios y bienes no recibidos; con vulneración de las leyes reguladoras del régimen presupuestario, contratación y de contabilidad aplicables a las entidades locales; y, en definitiva, ocasionando un menoscabo en los caudales públicos municipales, por un importe total de 311.862,88 euros.

A la hora de valorar la existencia de un presunto error en la valoración y apreciación de la prueba por el Juzgador *a quo*, debe partirse de la reiterada y consolidada doctrina de esta Sala de Justicia relativa a la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en relación con la prueba practicada en la primera instancia, pudiendo citarse, por todas, las sentencias nº 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 de Justicia ha razonado en la Sentencia nº 16/08, de 1 de diciembre (Fundamento de Derecho 3º), con cita de otra de 17 de junio de 2005, 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 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 nº 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.

En el supuesto objeto del presente recurso de apelación nº 1/22, resulta que la Consejera de primera instancia se ha convencido de la declaración de hechos probados que consta en la sentencia apelada, previa valoración o apreciación conjunta de todas las pruebas practicadas; en este sentido, tal y como se hace referencia en el encabezamiento de la propia declaración de hechos probados: “*Los hechos que se declaran probados lo son en virtud de las pruebas documentales obrantes en las actuaciones previas y en las diligencias preliminares, así como las aportadas por las partes, el interrogatorio de parte demandante y demandada y la testifical practicada en presencia judicial*”.

Una vez analizado el motivo segundo del recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero, debe advertirse que, de conformidad con los pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial citada *ut supra*, se comprueba que el apelante no ha tratado de desvirtuar ninguno de los hechos probados de la sentencia de primera instancia mediante la aportación de algún tipo de medio probatorio; al contrario, en ningún momento cuestiona la declaración de hechos probados contenida en la sentencia recurrida; asimismo, tampoco ha intentado fundamentar que, a la vista de la valoración conjunta de la prueba practicada por el Juzgador *a quo*, éste se haya comportado de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica.

Realmente, lo que el Ayuntamiento apelante viene a pretender, mediante los razonamientos contenidos en el motivo segundo de su escrito de recurso, no es fundamentar que el Juzgador *a quo* haya cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba, sino impugnar las valoraciones jurídicas -que no la valoración de la prueba- que se contienen en el Fundamento Octavo de la sentencia recurrida. Esto es, en síntesis, la sentencia de primera instancia absuelve de responsabilidad contable a Don B.S.G. porque considera que, en el supuesto enjuiciado, no se ha producido un daño real y efectivo en los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos. Por el contrario, el apelante considera que sí concurren todos y cada uno de los requisitos determinantes de la

responsabilidad contable del Sr. S.G., incluido el requisito de la existencia de un daño real y efectivo en los caudales públicos municipales.

Conforme viene afirmando de manera reiterada esta Sala de Justicia, pudiendo citarse por todas las Sentencias nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 8/2020, de 6 de julio:

“[...] 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 misma Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (v.gr. Sentencia nº 1/2004, de 4 de febrero) y, asimismo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, en su 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 presupuestaria y contable reguladora del Sector Público de que se trate.*
- d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave.*
- e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.*
- f) Que exista relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido [...].”*

Pues bien, en relación con el cumplimiento del requisito relativo al “menoscabo efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente”, ello implica que no puede nacer responsabilidad contable de actuaciones en las que el menoscabo sea meramente hipotético o potencial. En este sentido, debe recordarse la naturaleza de la jurisdicción contable, que no es sancionadora ni tiene por objeto la censura de la gestión administrativa.

En este sentido se viene pronunciando de manera reiterada la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, afirmando lo siguiente:

*“[...] El daño determinante de responsabilidad contable debe ser económico, real y efectivo, tal como ha señalado esta Sala en numerosas resoluciones, no bastando para declarar la existencia de responsabilidad contable la expectativa o presunción de que como consecuencia de una determinada acción u omisión del gestor de los fondos públicos se producirá o, menos aún, probablemente, se producirá un daño. En los casos de pagos sin justificación parece claro que hasta que el dinero público no haya salido de las arcas públicas el daño no se ha ocasionado y en el caso de derechos de crédito o ingresos hasta que ese derecho de crédito no resulte incobrable por prescripción no se produce daño alguno efectivo para la Hacienda Pública. **No puede olvidarse que la responsabilidad contable es una responsabilidad reparadora, tiene que existir de manera cierta un perjuicio que resarcir y, claramente, en tanto no se ha producido una disminución patrimonial injustificada, no existe quebranto patrimonial alguno que indemnizar [...]**” (v. Sentencias 4/2011, de 25 de marzo de 2011; 20/2009, de 29 de septiembre de 2009)”.*

Por lo tanto, para que en el supuesto aquí enjuiciado pudiera verificarse el presupuesto de la responsabilidad contable del Sr. S.G. consistente en la existencia de un daño real y efectivo en los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero, no resultaría suficiente acreditar, en su caso, que pudieran haberse cometido errores o irregularidades en las diferentes fases del procedimiento de contratación administrativa relativo al paso de Semana Santa a que se refieren los autos, sino que se debería probar que, como consecuencia de ellas, se habría producido un menoscabo real en el patrimonio municipal del que derivaría la obligación de indemnizar a la hacienda municipal por los daños y perjuicios efectivamente causados.

Sin embargo, consta absolutamente acreditado que en el supuesto objeto de la presente apelación no se ha producido, hasta el momento, ningún tipo de daño real y efectivo en los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero. En este sentido, y como se razona en el Fundamento Octavo de la sentencia apelada, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 3 de febrero de 2021, el Ayuntamiento de Navalcarnero ha dispuesto la iniciación del procedimiento para la resolución del contrato de suministro de un paso de Semana Santa” (expediente 12066/2020), con base en el incumplimiento flagrante del plazo de entrega de la escultura, vulnerando de esta manera la cláusula cuarta del contrato. Posteriormente, se han ido sucediendo diferentes trámites del procedimiento administrativo para la resolución del precitado contrato de suministro, habiéndose cumplimentado el último trámite conocido por esta Sala con fecha 29 de junio de 2021, tal y como se acredita con la documentación aportada por la representación procesal del Ayuntamiento junto a su escrito de recurso de apelación.

En conclusión, estando aún en tramitación el procedimiento administrativo para la resolución del contrato de suministro de un paso de Semana Santa” (expediente 12066/2020), que debería finalizar de manera definitiva con la resolución del vínculo contractual y la reclamación al contratista de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio municipal por incumplimiento del contrato, debe concluirse que, en el momento presente, no se ha producido un daño real y efectivo en los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que en el supuesto de que, eventualmente, quedara sin efecto el procedimiento administrativo para la resolución del citado contrato de suministro y no se hubiera producido la total reparación del daño causado a las arcas municipales, los sujetos legitimados activamente en el procedimiento de reintegro por alcance de referencia podrían ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contable contra quienes considerasen que hubieran gestionado ilegal y de manera dolosa, o gravemente negligente, los caudales públicos del Ayuntamiento de Navalcarnero.

Y, por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse el segundo motivo del recurso de apelación del Ayuntamiento de Navalcarnero.

DÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero contra la Sentencia 5/2021, de 29 de julio, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº A-25/19, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Navalcarnero), Madrid.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta segunda instancia al Ayuntamiento de Navalcarnero.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, siempre que exista interés casacional, 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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 1/22**Procedimiento de Reintegro nº A-25/19****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayto. de Navalcarnero)****MADRID****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 6/2022, de 11 de mayo. Recurso de Apelación nº 4/22, Procedimiento de Reintegro nº 75/19, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes), Valencia. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

Una vez expuestas las pretensiones de las partes, la Sala manifiesta que no puede considerar que los documentos aportados al procedimiento sean meras fotocopias que carezcan de valor documental, por cuanto forman parte del testimonio judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción aportado en la fase de Actuaciones Previas - y los testimonios de actuaciones judiciales que expidan los Letrados de la Administración de Justicia son documentos públicos, a efectos de prueba en el proceso (artículo 317. 1º de la LEC).

Tampoco admite la alegación de falta de legitimación pasiva, puesto que no sólo incurren en responsabilidad contable los ordenadores de pagos por los perjuicios que se ocasionen a los caudales o fondos públicos, sino todos aquellos que tengan a su cargo el manejo o disposición de dichos caudales.

En cuanto a la fecha de interrupción de la prescripción, por la incoación de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, del que haya tenido conocimiento el interesado, ha sido admitida de forma reiterada por esta Sala (por todas, Sentencia 2/2021, de 21 de abril), acogiendo el criterio del Tribunal Supremo de que basta para garantizar el principio de seguridad jurídica el conocimiento personal de cualquier actuación pública interruptora de la prescripción (Sentencia 437/2016, de 25 de febrero).

En cuanto al fondo del asunto -la justificación del gasto de las comisiones de servicio que alega el apelante- la Sala concluye que los pagos realizados carecieron de la debida justificación y han originado un saldo deudor injustificado en las cuentas del Ayuntamiento. No obstante, examinada la prueba documental aportada procede la minoración del alcance declarado en la cantidad de 50 €, y la estimación parcial del recurso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 6/2022

ASUNTO: Recurso de apelación, rollo n° 4/22, interpuesto contra la Sentencia 8/2021, de 21 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-75/19, del Sector Público Local (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes), Valencia.

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, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-75/19, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia n° 8/2021, de 21 de octubre, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento. Ha sido apelante Don J.L.G.M., representado y defendido por el Letrado don Luis Manuel Salgado Carbajales, y apelados el Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes (Valencia), bajo la asistencia Letrada de doña Sara Moltó Gallego, y el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance n° A-75/19, del Sector Público Local (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes), Valencia, se dictó la Sentencia 8/2021, de 21 de octubre, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

1º) Se estiman parcialmente las demandas interpuestas por la representación legal del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes y por el Ministerio Fiscal contra Don J.L.G.M. y, en su virtud, se hacen los siguientes pronunciamientos:

- A) Se cifra en 14.975,53 €, el principal de los perjuicios ocasionados por alcance a los caudales públicos.*
- B) Se declara responsable contable directo a Don J.L.G.M.*
- C) Se condena a Don J.L.G.M. al pago de la suma de 14.975,53 €, 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, con arreglo a los criterios incorporados al fundamento de derecho decimosexto.*
- D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta de la contabilidad pública.*

2º) Sin costas.

SEGUNDO.- La anterior Sentencia contiene la relación de hechos probados numerados del primero al quinto, que se tienen por reproducidos, y se apoya jurídicamente en los fundamentos de derecho enumerados en los correspondientes apartados del primero al decimoséptimo para concluir en el referido fallo estimatorio parcial de las pretensiones de las demandas presentadas por el Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes y el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, el Letrado don Luis Manuel Salgado Carbajales, en la representación que ostenta de Don J.L.G.M., interpuso contra la misma recurso de apelación por escrito de 15 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación del Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario del procedimiento de 23 de noviembre de 2021 se acordó admitir a trámite el recurso interpuesto y dar traslado del mismo al resto de las partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran, en su caso, formalizar su oposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), en relación con el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación del Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario del procedimiento, de 11 de enero de 2022, se puso en conocimiento de las partes intervinientes en las actuaciones, a los efectos jurídicos oportunos, que el Pleno del Tribunal de Cuentas,

en su sesión de 29 de noviembre de 2021, acordó adscribir a ese Departamento a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez, al haber cesado la Excm. Sra. D.^a María Antonia Lozano Álvarez, a quien se turnaron los presentes autos. También, se les comunicó, a los mismos efectos, que la Comisión de Gobierno de este Tribunal, en su sesión de 9 de diciembre de 2021, acordó designar a D. Andrés Gutiérrez García, Director Técnico de ese Departamento, quien desempeñaría sus funciones de Letrado-Secretario.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación del Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario del procedimiento, de 11 de enero de 2022, se acordó admitir los escritos presentados por el Ministerio Fiscal y la representación del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes, oponiéndose al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.L.G.M. Asimismo, por esta resolución procesal se acordó elevar las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes, a fin de que comparecieran ante la misma, en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la 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 precitada Ley.

La personación en esta Sala se produjo por escritos de:

- El Ministerio Fiscal de fecha 12 de enero de 2022.
- La Letrada doña Sara Moltó Gallego, en nombre y representación del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes, de fecha 24 de enero de 2022.
- El Letrado don Luis Manuel Salgado Carbajales, en nombre y representación de Don J.L.G.M., de fecha 25 de enero de 2022.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma de 9 de febrero de 2022 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 4/22, 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 Auto de esta Sala de 10 de marzo de 2022 se acordó denegar la celebración de vista solicitada por la representación procesal de Don J.L.G.M., en su escrito de recurso de apelación, al no concurrir ninguna de las previsiones contenidas en el apartado 8 del artículo 85 de la LJCA.

NOVENO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 21 de marzo de 2022, concluida la tramitación del recurso, rollo 4/22, se acordó pasar los autos al Consejero ponente, a fin de que preparase la pertinente resolución. La

remisión de estos autos se realizó el 29 de marzo de 2022, conforme consta en la diligencia de la Secretaría de la Sala expedida en dicha fecha.

DÉCIMO.- Por Providencia de 3 de mayo de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo de los recursos interpuestos, el día 9 de mayo de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

UNDÉCIMO.- 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 recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don J.L.G.M. 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.- Se aceptan los hechos probados de la Sentencia recurrida, así como su fundamentación jurídica, en todo lo que no resulte contrario a lo que a continuación se expone.

TERCERO.- El Letrado don Luis Manuel Delgado Carbajales, en la representación que ostenta de Don J.L.G.M., en su escrito de recurso, solicita que, tras los trámites legalmente pertinentes, se dicte sentencia, por la que estimando la apelación, se revoque la resolución de primera instancia previa la tramitación procesal, y se dicte sentencia, absolviendo al demandado de las pretensiones interesadas, con expresa imposición de costas a la parte demandante (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes).

Fundamenta su petición en los siguientes motivos:

- 1- **Inexistencia de responsabilidad contable**, porque considera que la sentencia apelada asume como hechos probados elementos fácticos que se sustentan en documentos viciados de incorrección y deficiencia formal que afecta a su valor probatorio, y que fueron impugnados en el momento procesal oportuno, por ser meras fotocopias; sin que conste certificación expedida por la Secretaría Municipal de la existencia de dicha documentación en los archivos municipales, ni la realidad del gasto y la veracidad del pago.
- 2- **Inadecuada concreción de las cantidades**, por:

- a) Se computa la cantidad de 750 € como percibida, en el mes de agosto de 2014, en concepto de comisión de servicios, que no tiene reflejo en la prueba documental, puesto que en ella se indica la cantidad de 700 €.
 - b) No se individualiza el gasto concreto en restaurantes, taxis o kilometraje, generador de responsabilidad contable por alcance, de todo el acervo documental que obra en el Anexo IV de las Actuaciones Previas.
 - c) No consta el pago efectivo de los gastos y, por tanto, la salida efectiva de dinero de las arcas municipales, presupuesto necesario e indispensable para generar responsabilidad contable por alcance.
 - d) No se ha acreditado que todas las cantidades origen del alcance sean gastos imputables al exalcalde demandado.
- 3- **Adecuada justificación del gasto de las Comisiones de servicio**, al ajustarse al Presupuesto.
- 4- **Falta de legitimación pasiva**, por:
- a) Los gastos relativos a restaurantes, taxis y kilometraje no pueden imputarse a gastos del Alcalde, porque en la mayoría de los supuestos no consta quién realiza los mismos y en otros figuran efectuados por otros miembros de la Corporación, como distintos Concejales.
 - b) Los gastos anteriores contaban con su correspondiente dotación en los respectivos Presupuestos anuales, que fueron aprobados por el Pleno de la Corporación, y en supuestos similares el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de 18 de enero de 2012) ha señalado la responsabilidad del Pleno del Ayuntamiento.
- 5- **Prescripción**: El *dies a quo* para la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad contable de Don J.L.G.M. es el 4 de julio de 2019, fecha en la que se comunica al demandado el Acta de Liquidación Provisional; lo cual, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, determinaría la imposibilidad de enjuiciar hechos anteriores a julio de 2014. Fundamenta esta pretensión en lo siguiente:
- a) No puede atribuirse efectos interruptivos de la prescripción a un procedimiento penal, del que no consta testimonio íntegro, a fin de poder examinar la correlación entre lo enjuiciado en dicho procedimiento y lo aquí discutido.

- b) No consta en el procedimiento penal cuando el demandado tuvo conocimiento real y material de los hechos aquí discutidos, pues, si bien existe un escrito de personación con designación de abogado y procurador, no figura la fecha en la que el Sr. G. presta declaración previa citación judicial.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto, por escrito de 20 de diciembre de 2021, con base en las siguientes consideraciones:

- En la documentación obrante en las actuaciones consta 750 € como la cantidad percibida por comisión de servicios en el mes de agosto de 2014.
- La sentencia de instancia recoge los pagos que constan en la contabilidad, individualizados por ejercicio, mes y cuantía, habiendo sido excluidos del alcance otros gastos que figuran en el Anexo IV de las Actuaciones Previas, por estar prescritos o no acreditarse que las llamadas telefónicas hubieran sido realizadas al margen de las finalidades públicas.
- Los pagos no se realizaron en efectivo, sino por transferencias a la cuenta del demandado, por lo que hubo salidas de fondos de las arcas municipales.
- Según consta en la sentencia recurrida los gastos originados por las comisiones de servicio no tenían el soporte documental exigido en el Acuerdo de 13 de julio de 2011 del Pleno del Ayuntamiento, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, en el que se establecían las distintas retribuciones de los cargos municipales.
- Muestra su conformidad con los términos de la resolución apelada en cuanto a la legitimación activa y la prescripción.

QUINTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes, por escrito de 21 de diciembre de 2021, formula su oposición a la resolución recurrida, por considerar que:

- El Sr. G. es el responsable del alcance originado a los fondos públicos, dado que éstos se destinaron a finalidades distintas de las que les correspondían.
- Pese a los reparos formulados por la Secretaría-Intervención, el demandado recibió transferencias sin justificación y al margen de la legalidad.
- La prescripción alegada de contrario sólo operaría en relación con las responsabilidades derivadas de hechos acontecidos con anterioridad al 23 de octubre de 2013.

- La prueba documental aportada por la actora son documentos facilitados por el propio Ayuntamiento, prevaleciendo, por ello, su veracidad y autenticidad.
- Se ha concretado económicamente e individualizado el daño causado a los fondos públicos.

SEXTO.- Una vez expuestas las pretensiones de las partes y antes de entrar a analizar las argumentaciones jurídicas invocadas por el apelante y combatidas por las partes apeladas, resulta obligado resaltar que el recurrente, en la presente apelación, ha reproducido el contenido de las conclusiones que presentó, por escrito de 15 de septiembre de 2021, en la primera instancia. La técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable, según ha sostenido el Tribunal Supremo (STS, Sala Tercera, de 22 de junio de 1999) y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 8/2021, de 27 de octubre).

La segunda instancia ofrece una posibilidad de confrontar la resolución de la primera, 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 sirve de soporte a la resolución jurisdiccional impugnada, que ya debió de tener en cuenta -y así ocurre en la presente litis- los hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Señalado lo anterior, y entrando en el análisis de los motivos de la apelación, esta Sala debe pronunciarse sobre si los hechos que han servido de base a la Consejera de instancia para declarar la existencia de responsabilidad contable se sustentan en documentos viciados o carentes de valor probatorio.

La representación del apelante alega, que los documentos fueron impugnados en el momento procesal oportuno, por ser meras fotocopias; sin que conste certificación expedida por la Secretaría Municipal de la existencia de dicha documentación en los archivos municipales, ni la realidad del gasto y la veracidad del pago.

Con independencia de que el pronunciamiento sobre los documentos impugnados y su valoración, en el conjunto de la prueba practicada, corresponde al órgano *a quo* con arreglo a la sana crítica, esta Sala no puede considerar que los documentos aportados al procedimiento sean meras fotocopias que carezcan de valor documental, por las siguientes razones:

- 1-Los documentos forman parte del testimonio judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Requena aportado en la fase de Actuaciones Previas (folios 1 a 208).

2-El testimonio judicial, documento expedido por la Letrada de la Administración de Justicia, recoge todo o parte de las actuaciones de un proceso, no secretas ni reservadas a las partes interesadas, dando fe de que su contenido se corresponde con los originales de las fotocopias que lo integran.

3-Los testimonios de actuaciones judiciales que expidan los Letrados de la Administración de Justicia son documentos públicos, a efectos de prueba en el proceso (artículo 317. 1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -LEC-). Según lo dispuesto en el artículo 319 de dicho texto legal, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten y de la fecha en que se produce esa documentación.

Por ello, constando en el testimonio judicial incorporado en las actuaciones previas, de las que derivó este procedimiento de reintegro, las órdenes de transferencias bancarias, firmadas por el demandado, acreditativas de los pagos realizados en concepto de comisiones de servicios, restaurantes, taxis y kilometraje sin justificación, que han sido objeto de las demandas formuladas por la representación del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes y el Ministerio Fiscal, no puede asumir esta Sala la argumentación de la representación del apelante de que dichos documentos estén viciados y, por ende, la inexistencia de responsabilidad contable que se deriva de ellos.

SÉPTIMO.- Tampoco es posible admitir la alegación de la falta de legitimación pasiva.

El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el artículo 2 de la LOTCu, 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 artículo 38.1 de dicho texto legal 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 por su parte, el artículo 15 LOTCu 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. El artículo 49.1 de la LFTCu, se refiere también a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

La extensión subjetiva de la responsabilidad contable, comprende, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de diciembre de 2000, en *“la expresión -que tengan a su cargo- se abarca tanto aquellos supuestos en los que al*

funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y significa no 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”.

En consecuencia, no sólo incurren en responsabilidad contable los ordenadores de pagos por los perjuicios que se ocasionen a los caudales o fondos públicos, sino todos aquellos que tengan a su cargo el manejo o disposición de dichos caudales. Es decir, todos los que intervengan, en sentido amplio, en la ejecución de la actuación que origine el daño, que tengan participación en las decisiones del gasto, involucración en la actividad económico-financiera de la entidad o funciones directivas cuando como consecuencia del ejercicio de aquellas se haya originado ese perjuicio. La condición de enjuiciable contable no sólo se puede predicar respecto a los ordenadores del pago ni contra los que realizan su realización material: basta con tener alguna capacidad de decisión en la actuación que genere el daño.

La representación procesal del apelante considera que el Sr. G. carece de legitimación pasiva porque los gastos que son el objeto de este procedimiento no corresponden únicamente al Alcalde, sino también a otros Concejales y, además, contaban con la correspondiente consignación en los Presupuestos anuales de la Corporación, aprobados por el Pleno Municipal.

Dicha representación considera que la consignación existente en el Presupuesto de la Corporación para comisiones de servicio fundamentaría la actuación del Sr. G. para abonar los gastos que originaran las mismas, sin justificación alguna. Sin embargo, resulta obligado resaltar que, conforme dispone el artículo 162 del 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 (TRLRHL), “los presupuestos generales de las entidades locales constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, puede reconocer la entidad”. Es decir, recogen únicamente previsiones de gastos, que se ejecutarán conforme a la normativa en vigor.

La ejecución del presupuesto está regulada en los artículos 183 y siguientes del TRLRHL. El artículo 184 se refiere a las fases del procedimiento de gestión de los gastos (autorización, disposición, reconocimiento de la obligación y ordenación del pago), el 186 asigna al Presidente de la entidad las funciones de ordenación de pagos y el 189 establece la obligatoriedad de la acreditación de la realización de las prestaciones como trámite previo a dicha ordenación.

Es en la ejecución del presupuesto aprobado por la Corporación municipal donde deben enmarcarse las actuaciones realizadas por el Sr. G. Como recoge la resolución recurrida, le correspondía, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), el desarrollo de la gestión económica, conforme al presupuesto, la disposición de los gastos, ordenar los pagos y rendir cuentas.

Con independencia de a quién se hubieran otorgado las comisiones de servicios, correspondía al Sr. G. aprobar y disponer el gasto de éstas, y antes de emitir las correspondientes órdenes de pago, la comprobación de la finalidad pública de las cantidades invertidas. Fue él, quien firmó las ordenes de transferencia bancarias para materializar los pagos de aquéllas.

Tampoco puede considerarse que las circunstancias expuestas guarden similitud con lo resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de enero de 2012, pues en dicha resolución no se apreció la falta de legitimación pasiva de los Alcaldes, sino su ausencia de responsabilidad contable por alcance, al haber sido el Pleno de la Corporación el órgano que aprobó y dispuso el gasto correspondiente a los acuerdos que originaron el alcance en los fondos públicos, limitándose aquéllos a cumplir y ejecutar los acuerdos adoptados por el órgano colegiado competente. En el supuesto que nos ocupa, el Pleno de la Corporación no ha aprobado ni dispuesto gasto alguno referente a las comisiones de servicio: limitó su actuación a la aprobación de las dotaciones presupuestarias correspondientes, cuya ejecución, conforme a la normativa establecida en el TRLRHL, correspondía al Alcalde de la localidad, el Sr. G.

OCTAVO.- En cuanto a las argumentaciones del apelante sobre la fecha de interrupción de la prescripción, en el ámbito de la responsabilidad contable, los parámetros definidores de su posible prescripción vienen establecidos por la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu. A su tenor, las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos. 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. Volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen. Por tanto, la causa predeterminada y tasada en el párrafo 3º de la citada Disposición Adicional por la que se interrumpe la prescripción es *“que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable”*.

En la documentación obrante en autos consta testimonio judicial de las Diligencias Previas nº 202/18, en las que aparece:

- a) La denuncia penal presentada el 14 de febrero de 2018, en la que consta, entre otras cuestiones, las dietas, comisiones de servicios y asignaciones que se recogen en el Informe Económico-forense, que se adjuntó a aquélla.
- b) La cédula de citación a Don J.L.G.M., de fecha 23 de octubre de 2018, para que compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los de Requena el 12 de noviembre de 2018 en calidad de investigado.
- c) El poder *apud acta* otorgado, el 25 de octubre de 2018, ante la Gestora Procesal en funciones del Juzgado de Utiel por Don J.L.G.M. para su representación en dichas Diligencias Previas.
- d) La remisión de dicho poder de representación al Juzgado de Instrucción nº 1 de Requena el 25 de octubre de 2018.

La sentencia apelada considera que *la primera actuación de la que tiene conocimiento el demandado de un hecho interruptivo de la prescripción es la personación en las Diligencias Previas 201/2018, a través de su representación procesal, el 23 de octubre de 2018. Hasta esa fecha no consta la notificación de la citación para prestar declaración ni ninguna otra actuación de la que se pueda deducir que el demandado hubiera tenido ni siquiera conocimiento material de los hechos que daban lugar a la interrupción de la prescripción. Por tanto, todos los hechos susceptibles de generar responsabilidad contable anteriores al 23 de octubre de 2013 están prescritos. La Sala coincide con esa apreciación: es el dies a quo a partir del cual se interrumpe la prescripción, la fecha señalada en la resolución de instancia, y no la que afirma la representación del apelante.*

El 23 de octubre de 2018 se propuso la citación, en calidad de investigado, del Sr. G. ante la Jurisdicción Penal y fue en esa fecha cuando el demandado tuvo conocimiento por primera vez de los hechos aquí discutidos.

La Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, en su apartado 3, señala que el plazo de prescripción se interrumpe desde que se hubiere iniciado no sólo cualquier actuación fiscalizadora o procedimiento fiscalizador, como parece considerar el apelante, sino por cualquier otro que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable. Entre ellos está el procedimiento penal, incoado por las Diligencias Previas 201/2018. La interrupción del plazo de prescripción por la incoación de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, del que haya tenido conocimiento el interesado, ha sido admitida de forma reiterada por esta Sala (por todas, Sentencia 2/2021, de 21 de abril), acogiendo el criterio del el Tribunal Supremo de que basta para garantizar el principio de seguridad jurídica

el conocimiento personal de cualquier actuación pública interruptora de la prescripción (Sentencia 437/2016, de 25 de febrero). El hoy apelante tuvo conocimiento de aquélla por su citación en vía penal en la fecha que se ha indicado.

NOVENO.- En cuanto al fondo del asunto, la justificación del gasto de las comisiones de servicio que alega el apelante, la existencia de dotación o consignación presupuestaria, para la realización de dichos gastos en los sucesivos ejercicios, no conlleva *per se* que en la utilización de los fondos públicos presupuestados no se tenga que acreditar expresamente la finalidad a la que van destinados.

El artículo 75.4 de la LBRL dispone que los miembros de las Corporaciones Locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivamente realizados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno corporativo.

El Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes no aprobó normas específicas para la percepción de estas indemnizaciones, por lo que regía la normativa general de las Administraciones Públicas, constituida por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo en el se regulan las comisiones de servicio con derecho a indemnización, la designación de éstas, las clases de indemnizaciones y sus cuantías, los criterios para el devengo y cálculo de las dietas, las indemnizaciones por gastos de viaje y la utilización de vehículos particulares y otros medios especiales de transporte. El incumplimiento de dicha normativa no supone la exigencia de responsabilidad contable si los pagos ordenados por estos conceptos se efectuaran por la realización de fines o actividades públicos.

Esta Sala ha venido admitiendo cierta flexibilidad a la hora de justificar los gastos protocolarios o de representación, exigiendo para que sean admitidos éstos que es necesario que exista una finalidad pública y no un fin privado y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera, por poco formalizada que fuera, en el proceso de justificación del gasto. Deben constar, al menos, los motivos de dichas salidas de fondos y la identidad y la función que de alguna manera desempeñaron, y éstos deben estar relacionados con las funciones públicas propias de la entidad (por todas, Sentencias 26/2017, de 13 de julio, y 7/2021, de 23 de julio).

En el caso de autos, los pagos realizados en concepto de comisiones de servicio, restaurantes, taxis o kilometraje no cuentan con justificación alguna que permita deducir, aunque fuera indiciariamente, las causas que originaron las salidas de los fondos municipales. Tan sólo constan los documentos contables y las relaciones de las transferencias bancarias a C., en las que se especifica el concepto genérico de “comisiones de servicio”, “asignaciones”, “viajes a Requena”, “dietas viaje

Valencia”, sin especificar las causas o motivos de los mismos y, en especial, su relación con la realización de servicios o funciones propias de la entidad.

En consecuencia, la Sala concluye que los pagos realizados carecieron de la debida justificación y han originado un saldo deudor injustificado en las cuentas del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes, susceptible de ser calificado de alcance en los términos expresados en el artículo 72 de la LFTCu.

DÉCIMO.- En lo que se refiere a la concreción de las cantidades objeto de este procedimiento, la representación procesal del recurrente alega que no figura en la demanda del Ministerio Fiscal, ni en la sentencia recurrida, qué gastos en restaurantes, taxis o kilometraje son generadores de responsabilidad contable y cuáles no. No cabe acoger su argumento porque:

- El Ministerio Fiscal señala, en el apartado primero de los Hechos de su escrito de demanda, que en las actuaciones previas el Ayuntamiento ha presentado diversos escritos y documentación, de los que se desprenden hechos que pudieran da lugar a responsabilidad contable. Entre ellos recoge los gastos realizados en restaurantes, taxis o kilometraje sin la adecuada justificación, por un importe total de 2.404,86 €, De estos gastos, 849,50 € corresponden al ejercicio de 2013; 448,36 € al de 2014; y 1.107 € al de 2015. En el apartado 2º del OTROSÍ de dicho escrito, el Ministerio Público manifestó que, a los efectos previstos en el artículo 399 de la LEC, fundamentaba sus pretensiones en los documentos obrantes en las diligencias preliminares, actuaciones previas, procedimiento de reintegro y archivos del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes.
- El acta de liquidación provisional obrante en la pieza de actuaciones previas (folios 219 a 235), describe en el cuadro obrante en el folio 230 las cuantías individualizadas, por ejercicios, de los gastos abonados por dichos conceptos, con referencia expresa de los folios en los que se reflejaban cada uno de ellos. Los concretos importes coincidían exactamente con los expresados por el Ministerio Público en su escrito de demanda.
- La resolución recurrida recoge en su folio 14 las cantidades individualizadas por ejercicios de los gastos no justificados en restaurantes, taxis o kilometraje. Estas cantidades coinciden exactamente con las reflejadas en cada uno de los folios reseñados en el acta de liquidación provisional.

La sentencia de instancia recoge de modo preciso los gastos que, por los conceptos reseñados, han originado la responsabilidad contable por alcance del demandado, por lo que ha de desestimarse este motivo de apelación.

En lo que se refiere a la cantidad de 750 €, abonada en el mes de agosto de 2014 en concepto de comisión de servicios, la representación del apelante considera que ese importe se corresponde con la prueba documental aportada, en la que figura la cifra de 700 €.

Como es criterio constante de esta Sala (entre otras, Sentencias 18/2009, de 22 de julio, 6/2015, de 11 de noviembre y 26/2017, de 13 de julio), 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. Frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte. Será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.

Sí corresponde a la Sala valorar las pruebas practicadas en la primera instancia y corregir la ponderación llevada a cabo en ella por la naturaleza propia del recurso de apelación, como en reiteradas ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencias 124/83, 23 y 24/85, 145/87 y 295/90). Esto implica la posibilidad de corregir, enmendar o revocar lo decidido y recurrido, e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del principio de congruencia y de los límites de las pretensiones de las partes.

En consecuencia, se ha examinado la prueba documental aportada. En especial las órdenes de la transferencia bancaria que constan en el testimonio judicial aportado en la fase de actuaciones previas, y se ha comprobado que, efectivamente, la cantidad abonada en concepto de comisión de servicio en el mes de agosto de 2014 fue de 700 € (folio 114 del testimonio judicial) y no de 750 €, que figura en los apartados tercero de los Hechos Probados y tercero y séptimo de los Fundamentos de Derecho de la resolución apelada.

Procede por ello la minoración del alcance declarado en la cantidad de 50 €, por lo que éste debe quedar fijado en la cuantía de 14.925,53 €.

UNDÉCIMO.- Como consecuencia de todo lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Letrado don Luis Manuel Salgado Carbajales, en nombre y representación de Don J.L.G.M., minorando el importe del alcance declarado en la cantidad de 50 €, que quedará cifrado en 14.925,53 €, y modificar la cuantía de la responsabilidad contable directa y la condena resuelta de la sentencia apelada; rectificando en este sentido su apartado Primero.

DUODÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, no procede su imposición, por haber sido estimado parcialmente el recurso de apelación

interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Letrado don Luis Manuel Salgado Carbajales, en nombre y representación de Don J.L.G.M. En consecuencia con lo anterior, modificar el apartado 1º del Fallo de la Sentencia 8/2021, de 21 de octubre, dictada en primera instancia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº A-75/19, del Sector Público Local (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes), Valencia, que debe quedar redactado en los siguientes términos:

1º) Se estiman parcialmente las demandas interpuestas por la representación legal del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes y por el Ministerio Fiscal contra Don J.L.G.M. y, en su virtud, se hacen los siguientes pronunciamientos:

- A) Se cifra en 14.925,53 €, el principal de los perjuicios ocasionados por alcance a los caudales públicos.*
- B) Se declara responsable contable directo a Don J.L.G.M.*
- C) Se condena a Don J.L.G.M. al pago de la suma de 14.925,53 €, 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, con arreglo a los criterios incorporados al fundamento de derecho decimosexto.*
- D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta de la contabilidad pública.*

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 conviniera, 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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 4/22**Procedimiento de Reintegro nº A-75/19****Sector Público Local (Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes)****Ámbito Territorial: Valencia****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 n° 7/2022, de 13 de mayo. Recurso de Apelación n° 5/22, Procedimiento de Reintegro n° 84/21, Ramo: Sector Público Local (Junta Vecinal de Valverde Enrique), León. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La sentencia apelada declaró una salida injustificada de los fondos públicos locales constitutiva de alcance. Argumenta que el arreglo de la iglesia de la que es titular la parroquia no constituye una finalidad pública a la que se puedan destinar fondos públicos y por ello se trata de una donación sin contraprestación alguna a favor de la Junta Vecinal.

Conforme al criterio de la Sala, la entrega de una liberalidad no puede ser considerada un gasto debidamente justificado (entre otras, SSTCu, Sala de Justicia, n°14/2009 de 8 de julio y n°14/2011 de 8 de noviembre). La ausencia de acuerdo, o su presencia, no desvirtúa esta realidad.

En relación con la existencia de dolo o culpa en los apelantes, tal como determina la sentencia de primera instancia, no consta que las razones que condujeron a la entrega de los fondos fueran acreditadas de ningún modo, no consta la existencia de informe técnico alguno que acreditara la urgencia de la obra o su mera necesidad, ni se condicionó la entrega de los fondos a la presentación previa de un presupuesto o a la posterior exhibición de una factura justificativa de la obra. En definitiva, la gestión de los fondos por parte de los responsables de la Junta se realizó sin la especial diligencia exigida a un gestor de fondos públicos.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 7/2022

ASUNTO: Recurso de apelación N° 5/22 interpuesto contra la Sentencia N° 8/21, de 8 de noviembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance N° C-84/2021, del ramo del sector público local (Junta Vecinal de Valverde Enrique), León.

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 Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Consejeras de Cuentas expresadas al margen, 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 N° C-84/21, del ramo del sector público local (Junta Vecinal de Valverde Enrique) León, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia N° 8/21, de 8 de noviembre, dictada en primera instancia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas Don Felipe García Ortiz. Han sido apelantes, Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S., representados por el Letrado don Javier Chamorro Rodríguez. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación.

El procurador don Rodolfo González García, en representación de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, se opuso al recurso interpuesto por la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance Nº C-84/21 se dictó, con fecha 8 de noviembre de 2021, Sentencia cuya parte dispositiva establecía lo siguiente:

“ IV.- FALLO

PRIMERO.- *Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la Junta Vecinal de Valverde Enrique el de SEIS MIL EUROS (6.000,00 €).*

SEGUNDO.- *Declarar como responsables contables directos y solidarios a Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S., por el importe de 6.000,00 €.*

TERCERO.- *Condenar a los mencionados Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.*

CUARTO.- *Condenar, asimismo, a Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Sexto 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.*

QUINTO.- *Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en las cuentas de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.*

SEXTO.- *Con expresa condena en costas a los demandados.*

SEGUNDO.- La representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. formuló recurso de apelación contra la sentencia, por medio de escrito presentado el 22 de noviembre de 2021, sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. Conforme a una consolidada doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal, la administración irregular de recursos públicos no produce por sí misma responsabilidad contable por alcance, sino que es necesario que implique un menoscabo real de fondos o caudales públicos. De la sentencia apelada se desprende que, si la Junta hubiese tramitado la ayuda mediante la firma de un convenio o hubiera incluido entre sus previsiones presupuestarias una partida destinada a la reparación de la iglesia, no se habría declarado la existencia de un alcance. La entrega de 6.000 euros por parte de la Junta Vecinal a la parroquia del pueblo para la reparación de la iglesia no ha producido un perjuicio efectivo en los caudales públicos de la entidad por el simple hecho de haberse tramitado de forma defectuosa. En el caso de que se hubiera celebrado un Convenio con el Obispado de León, similar al firmado por la Junta de Castilla y León, no se habría declarado un alcance.

2. No han concurrido dolo o negligencia grave en la actuación de los responsables de la Junta Vecinal de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de su Ley de Funcionamiento. En contra de lo que sostiene la sentencia impugnada la conducta de los ahora apelantes no ha generado un resultado socialmente dañoso y no debe considerarse objeto de reprobación social puesto que también estaban colaborando en la reparación de la iglesia del pueblo el Obispado de León, la Junta de Castilla y León y los propios vecinos a través de donaciones por importe de 12.267 euros. Hubiera sido socialmente dañoso y objeto de reprobación social que la Junta Vecinal no hubiese colaborado en la reparación del único bien de uso público del pueblo, un edificio con entidad suficiente para ser considerado patrimonio artístico de la localidad.
3. La sentencia impugnada no tiene en cuenta la doctrina del propio Tribunal de Cuentas en la que se afirma que la diligencia exigible, en aras a determinar la existencia de dolo o negligencia grave, debe valorarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (cita la sentencia de la Sala de Justicia nº1/2019, de 25 de julio). En el presente caso, los responsables de la Junta Vecinal son vecinos del pueblo, los cuales no tienen conocimiento alguno de derecho administrativo. No puede hablarse de dolo o negligencia grave respecto de estos vecinos que sin formación jurídica tomaron una decisión pensando únicamente en el interés del pueblo y cuyo único error fue no haber seguido los requisitos procedimentales legalmente previstos.
4. Concluye que, no habiéndose producido perjuicio económico para la Junta Vecinal y no concurriendo dolo ni negligencia graves en la conducta de los ahora apelantes, no procede sino solicitar que se estime el recurso de apelación interpuesto y se dicte, por el órgano superior, una sentencia que desestime íntegramente la demanda presentada por la Junta Vecinal de Valverde Enrique contra los demandados.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, por escrito que tuvo entrada en fecha 9 de diciembre de 2021, se adhirió al recurso planteado por la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. y suscribió sus motivos, manifestando lo siguiente:

1. El gasto realizado por la Junta Vecinal se destinó a la reparación del único edificio relevante de la localidad por lo que no puede acreditarse la falta de conexión del gasto realizado con los fines públicos.
2. La trascendencia del edificio para la Junta se apoyaba en que diferentes vecinos también habían realizado donaciones para sufragar su reparación, lo cual excluye que los gestores de fondos públicos actuaran de forma gravemente negligente o dolosa.

3. Por estos motivos interesa la estimación del recurso de apelación y la revocación de la sentencia recurrida y que la Sala de Justicia dicte otra por la que se absuelva a los recurrentes de la responsabilidad contable que se les imputó

CUARTO.- La representación de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2021, se opuso al recurso de apelación interpuesto con base en los siguientes argumentos:

1. En contra de lo que sostienen los apelantes, la sentencia apelada no sanciona la idoneidad del procedimiento seguido para la entrega de 6.000 euros a la parroquia del pueblo, sino si dicha entrega responde a obligaciones de pago válidamente contraídas, por los órganos competentes, para atender a las finalidades de carácter público de la entidad. La sentencia de primera instancia expresamente indica que el alcance resulta de la utilización de fondos públicos para fines ajenos a las competencias de la entidad local menor y que, en el presente supuesto, el menoscabo en los fondos públicos no resulta de la inexistencia de crédito presupuestario ni de la infracción de la normativa que regula la adopción de acuerdos por las juntas vecinales.
2. Tal y como indica la sentencia de primera instancia, los demandados dispusieron de fondos de la entidad, sin mediar título jurídico alguno, para destinarlos a la reparación de un inmueble propiedad de un tercero, para una finalidad ajena a las competencias de la Junta y sin recibir contraprestación de ninguna clase. Se trata de un caso distinto al que fue objeto de la Sentencia 1/2019, de 6 de febrero, del Departamento Segundo de Enjuiciamiento, citada en la sentencia impugnada, en la que el Ayuntamiento del Valle de Egües había formalizado un convenio con el Arzobispado de Pamplona y con los Concejos del Valle concretando unas obligaciones y contraprestaciones para las partes al igual que ocurre con los convenios a los que se refieren los apelantes.
3. En contra de lo que sostienen los apelantes, no existe error alguno en la apreciación, por parte del Juzgador de primera instancia, de negligencia grave en la actuación de los responsables. Efectivamente, aquellos omitieron la especial diligencia que se requiere a un gestor de fondos públicos pues dispusieron de fondos de la entidad, en favor de un tercero, sin contraprestación de ninguna clase y al margen de las competencias de la Junta.
4. Por todo ello solicitan que se dicte una resolución por la que se acuerde desestimar el recurso de apelación formulado y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2022 se elevaron los autos a la Sala de Justicia ante la que se personaron la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. y el Ministerio Fiscal, mediante escritos de fecha 1 de febrero de 2022, y la representación procesal de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, mediante escrito de 7 de febrero de 2022. Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos al efecto, mediante providencia de 4 de mayo de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 9 de mayo de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En sesión de la Junta Vecinal de Valverde Enrique celebrada el 7 de mayo de 2019 a la que asistieron Don J.J.P.S., Presidente de la Junta, y Don M.A.P.S., Secretario, se adoptó el acuerdo de abonar a la parroquia de San Mamés de Valverde una *“ayuda de 6.000,00 euros para la reconstrucción de la cumbre de la iglesia del pueblo, que necesita una reforma urgente”*. La sentencia ahora apelada declaró que el mencionado pago supuso una salida injustificada de los fondos públicos locales constitutiva de alcance e imputó la responsabilidad contable directa que del mismo se deriva, a Don J.J.P.S. y a Don M.A.P.S., demandados en la instancia y que, disconformes con el pronunciamiento condenatorio, acuden ante esta Sala en apelación a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal. Al recurso se ha opuesto la Junta Vecinal de Valverde Enrique. Sus alegaciones han quedado reflejadas en los antecedentes de la presente sentencia.

2.- Los hechos probados relevantes para la resolución de la controversia examinada son los siguientes: 1) el pago de los 6000 euros antes indicados, transferidos desde los fondos públicos locales por el concepto de ayuda para la reparación de la fachada de la iglesia del pueblo, fue aceptado por el párroco mediante la firma de un recibo en el que hizo constar la recepción en concepto de donación (h.p. segundo); 2) la iglesia parroquial no está incluida en el inventario de bienes y derechos de la Junta Vecinal pues es la parroquia la titular al 100% en pleno dominio, conforme al Registro de la Propiedad (h.p. tercero); y 3) fue la parroquia quien asumió la totalidad de los gastos de reparación por el importe y con el desglose que figura en el hecho probado sexto de la sentencia de instancia. Estos datos fácticos no han sido cuestionados por la parte recurrente.

3.- Sobre la base de estos hechos, la sentencia recurrida argumenta en síntesis para fundamentar la condena que el arreglo de la iglesia de la que es titular la parroquia no constituye una finalidad pública a la que se puedan destinar fondos públicos, no estando la Junta Vecinal obligada a su mantenimiento en virtud de convenio o

acuerdo alguno. Estima el juzgador de instancia que se trata de una donación sin contraprestación alguna a favor de la Junta Vecinal, como lo acredita que el pago se verificara sin aportación de presupuesto del coste de la obra, ni de informes técnicos que acreditaran la urgencia o necesidad de su realización y que, a mayor abundamiento, ni siquiera consta una solicitud de ayuda por parte de los vecinos. A ello añade que la consideración del edificio como bien de interés cultural cuya reparación deba asumir la Junta Vecinal, constituye una mera alegación subjetiva de parte carente de sustento probatorio. Concluye, así, afirmando que la entrega de una ayuda de 6000 euros para la reparación de la iglesia no puede considerarse un uso debidamente justificado de los fondos públicos, al constituir un pago sin vinculación alguna a las finalidades públicas propias de las entidades locales.

SEGUNDO.- 4.- Establecido lo anterior, procede ya examinar los motivos en los que los recurrentes fundamentan su escrito de recurso, para lo que esta Sala ostenta competencia conforme se deriva de lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento.

5.- En una primera alegación, la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S. afirma que no se ha producido un daño en los caudales públicos de la entidad como consecuencia de la entrega a la parroquia de San Mamés de Valverde –en virtud de acuerdo de la Junta de 7 de mayo de 2019- de 6.000 euros de los fondos públicos locales, en concepto de ayuda para la reparación del tejado de la iglesia del pueblo, sino que únicamente se ha producido una tramitación defectuosa en la concesión de aquella.

6.- Afirman los recurrentes que es doctrina de la Sala de Justicia que las irregularidades procedimentales en la gestión de fondos públicos no son generadoras, por sí solas, de responsabilidad contable, pues debe concurrir un menoscabo real y efectivo en los caudales públicos. Indican que de la sentencia apelada se desprende que, si la Junta hubiese tramitado la ayuda mediante la firma de un convenio con el Obispado de León, similar al firmado por la Junta de Castilla y León, o hubiera incluido entre sus previsiones presupuestarias una partida destinada a la reparación de la iglesia, no se habría declarado la existencia de un alcance.

7.- La Sala no comparte el razonamiento expuesto porque, tal y como indica la sentencia de primera instancia, se ha producido en efecto un daño en los caudales públicos de la Junta Vecinal de Valverde Enrique el cual deriva de la entrega injustificada, es decir, sin título jurídico alguno que la fundamente, de caudales públicos de la entidad en favor de un tercero, para una finalidad ajena a las competencias de la Junta y sin percibir a cambio contraprestación de ninguna clase.

8.- Ello nada tiene que ver con la mera existencia de irregularidades administrativas o procedimentales a las que alude el apelante y a las que se refiere una extensa doctrina de esta Sala de Justicia, las cuales, en el seno de un procedimiento administrativo de gestión de caudales públicos no producen por sí solas responsabilidad contable por alcance (entre otras muchas, SSTCu, Sala de Justicia, nº 9/2010 de 17 de mayo y nº1/2011, de 1 de marzo). La doctrina mencionada determina que las irregularidades procedimentales en la gestión de fondos públicos no producen aisladamente consideradas un supuesto de alcance, ya que se debe acreditar, asimismo, que se ha producido un daño real y efectivo en los caudales públicos.

9.- Pues bien, en el presente caso consta acreditado no solo que por parte de un ente administrativo se ha prescindido de todo procedimiento previsto legalmente para la concesión de una ayuda pública o para la celebración de un acuerdo o convenio, sino que, además, la gestión de fondos realizada ha generado un menoscabo en el erario de la entidad local.

10.- La sentencia apelada indica expresamente que el alcance en el presente supuesto resulta de la utilización de fondos públicos para fines ajenos a las competencias de la entidad local menor. Afirma el juzgador de primera instancia, argumento que comparte esta Sala, que la consideración del edificio de la iglesia como un bien de interés público cuya reparación debe asumir la Junta vecinal constituye una apreciación subjetiva de los demandados que no tiene fundamento objetivo ni legal y que, por ello, la entrega de una ayuda para su reparación no puede considerarse un uso debidamente justificado.

11.- Hay que poner de relieve que no consta acreditada la finalidad pública de la cantidad entregada y que, por ello, la salida de los fondos públicos es injustificada y ha determinado la existencia de un alcance en los caudales públicos locales. La mera afirmación contenida en la contestación a la demanda de que la iglesia es utilizada por los vecinos del pueblo como lugar de reunión, constituye de nuevo mera alegación de parte y, en cualquier caso, en ningún caso serviría para acreditar la finalidad pública de la cantidad entregada ni justificaría su salida del erario público local.

12.- Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, una disposición de fondos públicos por una Administración sin percepción de la pertinente contraprestación, únicamente puede articularse por medio de la concesión de una subvención. En cualquier otro caso, la entrega dineraria sin reciprocidad o restitución onerosa por una administración pública supone una mera liberalidad. La entrega dineraria objeto del presente procedimiento no puede ser considerada una subvención de acuerdo con las exigencias de lo preceptuado en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) ni en su Reglamento.

13.- En efecto, con carácter previo, no concurre el requisito previsto en el artículo 2.1.c) de la LGS, a saber, *que “el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”*. La entrega dineraria tampoco ha respondido a ninguno de los procedimientos de concesión previstos en la norma mencionada y su Reglamento. No se ha concedido la ayuda en régimen de concurrencia competitiva (artículo 22.1 del Reglamento) y, en consecuencia, no se han elaborado bases reguladoras, ni ha existido convocatoria ni criterio alguno de valoración de solicitudes presentadas para justificar la resolución de concesión. Tampoco se ha tramitado su concesión de forma directa, conforme al artículo 22.2 del Reglamento, no habiendo concurrido ninguno de los supuestos que autorizan dicha forma excepcional de concesión, a saber, que se trate de una subvención prevista nominativamente en los presupuestos de la entidad local -la cual puede articularse mediante la celebración de un convenio-, que su otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal, ni tampoco se han acreditado razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

14.- Toda subvención, asimismo, está sujeta al cumplimiento de una obligación concreta por parte del beneficiario que debe acreditarse mediante su justificación ante la Administración concedente (artículo 30 de la LGS). La Administración concedente deberá, por tanto, comprobar que los gastos realizados están justificados y responden a la naturaleza de la actividad subvencionada, lo cual tampoco ha tenido lugar en el caso que nos ocupa.

15.- En definitiva, ninguna de las mencionadas circunstancias ha concurrido en la entrega dineraria objeto del presente procedimiento, por lo que no nos hallamos ante la concesión de una subvención sino ante la entrega de una mera liberalidad como acertadamente se concluye en la instancia. Conforme al criterio de esta Sala, la entrega de una liberalidad no puede ser considerada un gasto debidamente justificado (entre otras, SSTCu, Sala de Justicia, nº14/2009 de 8 de julio y nº14/2011 de 8 de noviembre). Tal y como afirma la sentencia de primera instancia, el pago injustificado ha producido un daño en los caudales públicos de la entidad local constitutivo de alcance en los términos del artículo 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas en virtud del cual *“A efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o 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”*.

16.- Además, en contraposición a lo alegado por los apelantes, la mera existencia de un convenio en este caso no justificaría de forma automática el pago realizado. Ya se ha adelantado que la existencia de un convenio puede traer causa de la concesión de

una subvención nominativa, circunstancia que no ha tenido lugar en el presente supuesto, o puede celebrarse al amparo de lo previsto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, cuyas previsiones tampoco se han cumplido.

17.- En consecuencia, no nos encontramos frente a una subvención aquejada de una irregularidad formal en su tramitación, como sostienen los apelantes que focalizan tal irregularidad en la no celebración de un convenio. Por el contrario, estamos ante una entrega dineraria a título de mera liberalidad, que supone un menoscabo para los fondos públicos de la Junta vecinal, y que conlleva la responsabilidad contable de quienes la acordaron.

18.- Tampoco pueden acogerse las manifestaciones del Ministerio Fiscal según las cuales el gasto realizado por la Junta Vecinal se destinó a la reparación del único edificio relevante de la localidad, por lo que no puede acreditarse la falta de conexión del gasto realizado con los fines públicos. En primer lugar, porque no hay prueba de tal afirmación, esto es, de la realidad de la relevancia del edificio y su consideración como tal. En segundo lugar, porque la propia representación de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, que se ha opuesto al recurso, recuerda que la parroquia a la que se entregaron los fondos es, a los efectos legales, un tercero, y que los demandados dispusieron de fondos de la entidad sin mediar título jurídico alguno para destinarlos a la reparación de un inmueble propiedad de ese tercero. El concepto de edificio relevante de la localidad no es, por lo tanto, admitido por la propia Junta vecinal para justificar una liberalidad ajena a sus competencias sin recibir contraprestación de ninguna clase.

19.- En definitiva, esta Sala considera que la entrega por parte de Don J.J.P.S., Presidente de la Junta Vecinal, y de Don M.A.P.S., Secretario, de 6.000 euros de fondos públicos de la entidad, a un tercero, sin mediar título jurídico de ninguna clase, prescindiendo de todo cauce procedimental al efecto, para una finalidad ajena a las competencias de la Junta como es la reparación de un inmueble titularidad de un tercero, sin percibir contraprestación de ninguna clase, sin justificación de la oportunidad o necesidad de la salida, sin acreditar la utilidad pública de la entrega de la ayuda y, en definitiva, sin sometimiento al más mínimo control o garantía que el legislador articula para evitar que la gestión de caudales de naturaleza pública se realice de forma arbitraria, ha de ser considerada, como así lo indicó el juzgador de primera instancia, una salida de caudales públicos injustificada determinante de un daño patrimonial en el erario de la localidad.

20.- El criterio expuesto es coincidente, por otra parte, con el contenido en la sentencia nº 18/2016, de 12 de septiembre, del Departamento Segundo que apreció la existencia de un alcance derivado de la entrega por parte de una Junta Vecinal de una ayuda para la reparación de un templo parroquial, al considerar que no existía

vinculación con las finalidades públicas propias de las entidades locales. Ciertamente, en ese caso se aprecia que no hubo acuerdo de la Junta Vecinal, que en el presente sí concurre, pero lo cierto es que se parte de una afirmación clara: *se trataría de pagos realizados por completo al margen de los procedimientos legales en materia de gasto público (y) sin vinculación con las finalidades públicas propias de las entidades locales* (penúltimo párrafo, fundamento tercero). La ausencia de acuerdo, o su presencia, no desvirtúa esa realidad, pues la irregularidad no deja de ser tal por el hecho de producirse el acuerdo, al no ser el consuno de voluntades sino el cumplimiento de la normativa lo que dota de legalidad y legitimidad al resultado del acuerdo. En la misma línea, cabe también traer a colación la sentencia nº 1/2019, de 6 de febrero, igualmente del Departamento Segundo en la que, precisamente, no se aprecia alcance porque en el caso la reparación de la iglesia sí traía causa y se justificaba en la existencia de un convenio celebrado con el Arzobispado para la financiación de las obras de inversión en iglesias y ermitas de la iglesia radicados en la zona, es decir, en un título jurídico que amparaba y legitimaba la actuación y la entrega de los fondos (página 11 de la sentencia, penúltimo párrafo).

21.- No ha de prosperar, por tanto, el primer motivo esgrimido en el recurso pues el análisis realizado conduce a afirmar que no estuvo justificada la salida de fondos públicos.

TERCERO.- 22.- En una segunda alegación, la representación procesal de los apelantes afirma que no ha concurrido dolo o negligencia grave en la actuación de sus representados. Alega que, en contra de lo que sostiene la sentencia impugnada, la conducta de los ahora apelantes no ha generado un resultado socialmente dañoso y no debe considerarse objeto de reprobación puesto que también estaban colaborando en la reparación de la iglesia del pueblo el Obispado de León, la Junta de Castilla y León y los propios vecinos, a través de donaciones por importe de 12.267 euros.

23.- Indica que hubiera sido socialmente dañoso y objeto de reprobación social que la Junta Vecinal no hubiese colaborado en la reparación del único bien de uso público del pueblo, un edificio con entidad suficiente para ser considerado patrimonio artístico de la localidad. Afirma, asimismo, que el dolo o la negligencia grave deben valorarse de acuerdo con las circunstancias concretas del caso y que sus representados carecían de formación jurídica y de conocimiento alguno del derecho administrativo.

24.- El Ministerio Fiscal afirma, asimismo, que el hecho de que diferentes vecinos también hubieran contribuido mediante sus donaciones a sufragar la reparación del templo excluye que los gestores de fondos públicos actuaran de forma gravemente negligente o dolosa.

25.- Pues bien, en contra de lo que se sostiene en el recurso de apelación y en consonancia con lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, esta Sala considera que concurrió negligencia grave en la actuación de los apelantes de acuerdo con lo exigido en el artículo 49.1 de la LFTCU.

26.- Una consolidada doctrina de esta Sala indica 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”* (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, en esta doctrina se sostiene 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”* (por todas, sentencia 31/2004, de 20 de diciembre)

27.- La afirmación de que los apelantes adoptaron la decisión pensando en el interés del pueblo no excluye que su gestión de los recursos públicos locales fuera gravemente negligente. A los gestores de fondos públicos se les exige una diligencia especialmente cualificada por la naturaleza de los recursos cuya administración tienen encomendada (sentencias 12/2014, de 28 de octubre y 9/03, de 23 de julio, entre otras). En el presente supuesto, tal como determina la sentencia de primera instancia, no consta que las razones que condujeron a la entrega de los fondos fueran acreditadas de ningún modo, no consta la existencia de informe técnico alguno que acreditara la urgencia de la obra o su mera necesidad, ni se condicionó la entrega de los fondos a la presentación previa de un presupuesto o a la posterior exhibición de una factura justificativa de la obra. En definitiva, la gestión de los fondos por parte de los responsables de la Junta se realizó sin la especial diligencia exigida a un gestor de fondos públicos.

28.- La alegación de que los vecinos del pueblo contribuyeran con sus donaciones a la reparación del templo, tampoco excluye la actuación negligente de los apelantes porque en nada puede equipararse la gestión que de su patrimonio privado pueda realizar cada uno de los vecinos, a la gestión de fondos públicos por los responsables de la Junta Vecinal.

29.- Por otro lado, la afirmación de los apelantes de que se trata de un bien con entidad suficiente para ser considerado de interés artístico de la localidad, ciertamente, es una mera apreciación subjetiva que carece de fundamentación en estos autos. De hecho, ya se ha advertido que la representación de la Junta Vecinal de Valverde Enrique, que se ha opuesto al recurso, no lo considera así. Tampoco consta acreditado en las actuaciones que el Obispado de León o la Junta de Castilla y León hubieran contribuido a la reparación de la iglesia del pueblo, lo cual, en cualquier caso, tampoco excluiría la negligencia en la actuación de los ahora enjuiciados.

30.- Por todo ello, no puede prosperar tampoco el segundo motivo sostenido en el recurso de apelación. De esta forma, la actuación de los responsables se considera que fue gravemente negligente, como afirmó la sentencia ahora apelada tras la correspondiente valoración de la prueba practicada en la instancia cuyas conclusiones íntegramente se comparten.

CUARTO.- 31.- De acuerdo con lo expuesto y razonado debe desestimarse el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S., al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia N° 8/21, de 8 de noviembre, dictada por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en el procedimiento de reintegro por alcance N° C-84/21, del ramo del sector público local (Junta Vecinal de Valverde Enrique) León, que queda confirmada.

QUINTO.- 32.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S., al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia N° 8/2021, de 8 de noviembre, dictada en primera instancia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, Don Felipe García Ortiz, en el procedimiento de reintegro por alcance n° C-84/21, del ramo del sector público local (Junta Vecinal de Valverde Enrique) León, quedando confirmada la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta segunda instancia a los apelantes Don J.J.P.S. y Don M.A.P.S.

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.

Sección de Enjuiciamiento**SALA DE JUSTICIA****Recurso de Apelación nº 5/22****Procedimiento de Reintegro nº C-84/21****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Junta Vecinal de Valverde Enrique)
LEÓN****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 n° 8/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación n° 37/19, interpuesto contra la Sentencia n°_6/2019, de 21 de marzo, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n° B-169/17, del ramo de Sector Público Local (Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental), Burgos. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala desestima el recurso interpuesto y se manifiesta respecto a la admisión o no de la denuncia de errónea valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia, siguiéndose el criterio de exigirse a la parte recurrente probar que se ha producido un error patente y claro o arbitrariedad o falta de lógica en su valoración. No sirve intentar desvirtuar el criterio probatorio del Juzgador con meras alegaciones o valoraciones de parte porque, según reiterada jurisprudencia, es el Juez de instancia el que tiene realmente conferida la facultad plena de valoración del material probatorio del proceso, en virtud del principio de inmediación.

En cuanto al elemento subjetivo como requisito para declarar la responsabilidad por alcance contable, la Sala pormenoriza los requisitos legales atendiendo a las circunstancias particulares del caso enjuiciado, en directa relación con las obligaciones y facultades legales ostentadas por la persona que aparece como cuentadante, resultando que considera correctamente aplicado por la sentencia recurrida el artículo 49.1 de la LFTCu

También aborda la situación jurídica de los herederos de un responsable contable fallecido, que no impugnaron la sentencia recurrida por otro apelante deviniendo así firme para ellos y concluye que, para dirimir posibles pretensiones de exención, total o parcial de la responsabilidad contable del citado finado y, por sucesión, de sus herederos legales, deberá esperarse al momento en que se abra la fase de ejecución de la sentencia de instancia por el Departamento de Enjuiciamiento que la dictó.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 8/2022

ASUNTO: Recurso de apelación nº 37/19, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2019, de 21 de marzo, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-169/17, del ramo de Sector Público Local (Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental), Burgos.

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

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández. Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-169/17, del ramo de Sector Público Local (Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental), Burgos, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia de 21 de marzo de 2019, dictada en primera instancia por la Consejera de Cuentas, titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, Excma. Sra. Doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

Ha sido parte apelante Don J.F.M.Z., representado por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Ramón Rueda López y, como partes apeladas, la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental, representada por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla, y Doña A.M.R.G., -como tutora legal de Doña V.G.B.- y Don E.R.G. (ambos como sucesores hereditarios de Don F.J.R.G.), representados y defendidos por el Letrado Don Jesús Guillermo Sánchez García, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Excm. 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

Estimo parcialmente las demandas interpuestas por la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega y por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos de la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega, el de CUATRO MIL CIENTO DIEZ EUROS (4.110 €).

SEGUNDO.- Declaro como responsables contables directos y solidarios del alcance a Don F.J.R.G. y a Don J.F.M.Z.

TERCERO.- Condeno a Don F.J.R.G. y a Don J.F.M.Z. al reintegro de la suma en que se cifra el alcance.

CUARTO.- Condeno a Don F.J.R.G. y a Don J.F.M.Z. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución.

QUINTO.- Ordeno la contracción de la cantidad en que se fija el perjuicio en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública.

SEXTO.- Desestimo las pretensiones ejercitadas frente a Don E.R.V.

SÉPTIMO. - Sin condena en costas...”

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, de hechos probados y de fundamentos de derecho que se dan ahora por reproducidos, en los que se determina la existencia de un alcance en los fondos públicos de la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega, por un importe total de 4.110 euros, del que resultarían responsables contables directos Don F.J.R.G. y Don J.F.M.Z.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, el Procurador de los Tribunales Don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de Don J.F.M.Z., interpuso recurso de apelación contra la misma, mediante escrito que tuvo

entrada en el Registro General este Tribunal de Cuentas, en fecha 22 de abril de 2019, por el que solicitó que se dictara resolución revocatoria de la sentencia dictada en primera instancia y declarativa de la absolución del Sr. M.Z., con imposición de costas a la parte demandante.

Mediante escrito de fecha 2 de julio de 2019, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. M.Z. y solicitó que se rechazaran los motivos esgrimidos en el mismo.

CUARTO.- En fecha 10 de octubre de 2019, se recibió escrito del Letrado Don José Miguel Arroyo Lorenzo, que ostentaba la representación y defensa de Don F.J.R.G., codemandado en la causa, por el que puso en conocimiento de este Tribunal de Cuentas que su mandante había fallecido, adjuntando, para acreditar esta circunstancia, el correspondiente certificado literal de defunción.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 14 de octubre de 2019, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó: 1º) abrir el rollo de Sala con el número 37/19; 2º) constatar la composición de la misma y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.

En idéntica fecha se dictó, asimismo, Diligencia de Ordenación por la que se informó de la recepción del escrito remitido por la representación procesal del Sr. R.G. -en el que comunicaba la defunción de su mandante- y en la que se acordó conceder a las partes un plazo de diez días, a fin de que manifestaran lo que a su derecho conviniera, de acuerdo con los artículos 16.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 38.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, con suspensión de las actuaciones, conforme a lo previsto en el primero de los artículos mencionados.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2019, el Ministerio Fiscal interesó la realización de las averiguaciones pertinentes en orden a la identificación de los sucesores del causante y sus domicilios, a los efectos del artículo 38.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, para que, una vez notificada la existencia del presente procedimiento, fueran emplazados para comparecer y se pronunciaran sobre la aceptación de la herencia.

SÉPTIMO.- Tras la práctica de las correspondientes diligencias de averiguación, se recibió en el Registro General de este Tribunal, el 3 de diciembre de 2020, oficio del Registro General de Actos de Última Voluntad remitiendo certificado del testamento otorgado, con fecha 29 de noviembre de 2004, por el fallecido Don F.J.R.G., condenado en la sentencia ahora impugnada.

Recibida del Registro de la Propiedad de Carrión de los Condes, con fecha 1 de octubre de 2020, copia del referido testamento acreditativo de la identidad de los

sucesores del Sr. R.G., se dictó Diligencia de Ordenación el 21 de enero de 2021 en la que se acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, emplazar a Doña V.G.B., Don E.R.G., Doña A.M.R.G., Don D.C.R. y Don O.C.R., para que en el plazo de diez días comparecieran ante esta Sala de Justicia, en la forma prevista en el artículo 57 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, quedando en suspenso el curso de la apelación.

OCTAVO.- El 8 de febrero de 2021, se recibió en este Tribunal de Cuentas escrito de la Letrada de Doña A.M.R.G., Don E.R.G., Don D.C.R. y Don O.C.R. -sucesores del fallecido Don F.J.R.G.- por el que manifestaron que Don D.C.R. y Don O.C.R. habían renunciado a la herencia. También informaron que, para solventar la deuda frente a la Junta Vecinal de San Llorente de la Vega, Doña A.M.R.G. (dado el deterioro físico y mental de la madre del causante) llegó a una transacción con dicha Entidad, y pagó la deuda del Sr. R.G. con el abono de 6.000 euros, que se efectuó el 29 de diciembre de 2020.

NOVENO.- Ante esa nueva información, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 23 de marzo de 2021, se acordó dar traslado a las partes de copia del escrito y de la documentación acompañada, por plazo común de diez días, a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

DÉCIMO.- Mediante escrito recibido el 26 de marzo de 2021, la representación procesal de la Junta Vecinal de San Llorente de la Vega, se opuso a las alegaciones realizadas por Doña A.M.R.G. respecto al acuerdo extrajudicial de la deuda contraída por Don F.J.R.G. con la Entidad Local, por considerar que no existía tal satisfacción, al referirse el acuerdo suscrito a la responsabilidad civil derivada del delito de malversación de fondos a que fue condenado el Sr. R.G., con base en unos hechos distintos a los que resultaban de la responsabilidad contable apreciada en la sentencia que, de contrario, se recurría. Solicitó la desestimación de las alegaciones y la imposición de las costas del incidente.

Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 8 de abril de 2021, la representación procesal de Don J.F.M.Z. entendió que el pago realizado mediante acuerdo extrajudicial traía causa de un procedimiento penal por malversación dirigido, exclusivamente, frente al Sr. R.G. y en el que no fue parte su representado. Añadió que, de considerarse que los hechos por los que se tramitó el procedimiento penal coincidían con los que habían dado lugar al procedimiento de reintegro por alcance que nos ocupa -y puesto que la transacción alcanzada lo habría sido por los 6.000 euros que se indicaban de contrario, cantidad superior a los 4.100 euros objeto de condena solidaria en el presente procedimiento- con dicho pago estaría satisfecha en su integridad la indemnización objeto de condena en este procedimiento, ex artículo 1.145 del Código Civil, extinguiéndose, de tal modo, la

obligación solidaria impuesta en Sentencia que alcanzaba a su representado, por lo que procedería la devolución a esa parte de los 2.050 euros consignados en su nombre, tras el dictado de la Sentencia de instancia. Concluyó estimando que, no obstante, y con independencia de lo anterior, estando la Sentencia apelada por esa misma parte, procedería esperar a la resolución de dicho recurso, de cara a la confirmación, o no, de la citada condena solidaria que, por el momento, había sido impuesta a su representado.

El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido y, mediante escrito de fecha 8 de junio de 2021, consideró que, antes de informar sobre lo solicitado y estando apelada la sentencia por parte del demandado Don J.F.M.Z., era procedente esperar a la resolución del recurso antes de emitir el dictamen correspondiente.

UNDÉCIMO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 29 de septiembre de 2021, se acordó requerir a Don D.C.R. y a Don O.C.R., para que remitieran a esta Sala de Justicia copia de las escrituras de renuncia de su herencia, trámite que fue cumplimentado en fecha 15 de octubre de 2021.

DUODÉCIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 9 de diciembre de 2021, se comunicó a las partes la nueva composición del Pleno del Tribunal de Cuentas y, consecuentemente, de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, así como la constitución de la Sala de Justicia para resolver el presente recurso, indicando que, en ejecución de los acuerdos de la Sección sobre reparto de asuntos, la ponencia del mismo había correspondido a la Presidenta de la Sección de Enjuiciamiento Excm.a. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

DECIMOTERCERO.- Personadas las partes ante esta Sala de Justicia y finalizado el trámite de emplazamiento a los sucesores del fallecido Don F.J.R.G., se dictó Diligencia de Ordenación de fecha 22 de diciembre de 2021, por la que se declaró concluso el presente recurso y se acordó pasar los autos a la Excm.a. Sra. Consejera Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

El traslado material de las actuaciones al Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 29 de diciembre de 2021, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

DECIMOCUARTO.- Por Providencia de 9 de septiembre de 2022, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

DECIMOQUINTO.- 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 estimó parcialmente las demandas interpuestas por la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega y por el Ministerio Fiscal, al entender acreditado que concurrían en la actuación de los demandados, Don F.J.R.G. y Don J.F.M.Z., los requisitos legales y jurisprudenciales -según los criterios doctrinales fijados por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas- para apreciar la responsabilidad contable de los mismos en calidad de Alcalde y Secretario Interventor, respectivamente, por el alcance causado a los fondos públicos de la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega por importe de 4.110 euros, condenándoles a su reintegro, más los correspondientes intereses legales.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de Don J.F.M.Z., quien ha impugnado la Sentencia dictada en primera instancia fundamentándose en dos motivos, que se resumen a continuación.

1.- En el primer motivo del recurso, la parte apelante alega que se ha producido error en la valoración de la prueba por parte de la Excma. Sra. Consejera de Instancia. En apoyo de sus argumentos transcribe el interrogatorio realizado en el acto del juicio al codemandado Don F.J.R.G., entonces Alcalde de la Entidad Local Menor, donde manifestó que las transferencias periódicas que realizaba desde la cuenta de la Entidad a su cuenta personal para el pago de festejos se hacían sin conocimiento, consentimiento ni visto bueno del Sr. M.Z., aunque fueran conocidas con posterioridad; y que, a pesar de ello, la Sentencia de instancia consideró como hecho probado que esas disposiciones personales de dinero por parte del Alcalde, eran conocidas por su representado, no formulando reparo ni advertencia alguna sobre la legalidad de las mismas.

Manifiesta, por tanto, que en el proceso valorativo llevado a cabo por la Excma. Sra. Consejera en su Sentencia, en relación con la conducta dolosa de su representado, no se ha motivado o razonado por qué no se han tenido en cuenta las afirmaciones y reconocimientos expresos llevados a cabo por el Alcalde en su declaración, cuando su resultado era, a su juicio, evidente, por lo que un detenido y ponderado examen de las actuaciones por parte de este Órgano revisor, debería confirmar el error claro y

manifiesto del juzgador "*a quo*", que debe modificar los hechos probados, en el sentido de considerar acreditado que las transferencias desde las cuentas públicas se hacían con total desconocimiento por parte del condenado Sr. M.Z. Ello ha de llevar a su absolución y cita, en apoyo de sus argumentos, las Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc.11, de 11/03/19, -Rec.533/18- y de la, Secc. 9, de 12/03/19, -Rec. 895/18-.

2.- En el segundo motivo de apelación, la parte recurrente manifiesta que se ha infringido el artículo 49.1 de la LFTCu al no concurrir los elementos necesarios para apreciar la conducta que se imputa a su representado. Argumenta que este motivo se encuentra ligado con el anterior ya que su admisión conllevaría la estimación del que ahora se alega. Considera que si se atiende a la modificación de hechos probados que se interesa y se considera por la Sala de Justicia que Don J.F.M.Z. no tuvo conocimiento alguno sobre las transferencias objeto de condena realizadas por el Alcalde codemandado, faltaría el elemento doloso o culposo de necesaria observancia, conforme al artículo 49.1 de la LFTCu, para apreciar la responsabilidad contable.

Aduce que la acción u omisión contraria a la Ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia grave, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 7ª, de 27 de octubre de 2.011, Rec. no 5494/2009) y por ello entiende que no cabe apreciar sobre la persona de su representado la concurrencia de los requisitos necesarios y por ende del necesario nexo causal para que le resulte predicable la responsabilidad por alcance que se persigue, por lo que debe revocarse la Sentencia dictada y objeto del presente recurso, dictándose otra en su lugar que absuelva al recurrente de la demanda interpuesta en su contra, con toda clase de pronunciamientos favorables.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don J.F.M.Z., y ha solicitado que se rechacen los motivos alegados en el recurso, en virtud de los siguientes argumentos.

Considera en primer término que ha quedado debidamente acreditado en autos que el Sr. M.Z. llevaba a cabo las funciones propias de Secretario Interventor en la Entidad Local Menor, Junta Vecinal de San Llorente de la Vega, por lo que al realizar dichas tareas, ha tenido conocimiento directo de todos los movimientos contables y no realizó ningún reparo a los mismos. Y, en segundo término, porque no ha existido error en la valoración de la prueba, dado que el Sr. M.Z. ha reconocido -y lo vuelve a hacer en el escrito del recurso- que tuvo conocimiento de las transferencias realizadas, aunque fuera posteriormente.

QUINTO.- Una vez expuestos los distintos argumentos de las partes 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.

Y así, ha señalado de modo reiterado (por todas, Sentencias 11/2018, de 20 de julio; 6/2019, de 4 de junio y 14/2019, de 26 de julio) que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del Juez que conoció de la instancia, regla que viene abonada en virtud de la aplicación del principio de inmediación, entendido como postulado procesal que destaca el contacto directo en audiencia del propio Juez con los sujetos procesales y la recepción, también directa, de los diferentes medios probatorios dentro de un determinado proceso en la primera instancia.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto, como ha reiterado esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 18/2009, de 22 de junio, y 4/2015, de 2 de julio), que el Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo», y deriva de la propia naturaleza del recurso de apelación, que otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que representa un «novum iudicium», como ha afirmado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (entre otras Sentencias 3/1996, de 15 de enero, 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000), donde 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 a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas y para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso, si bien 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.

Ello permite a esta Sala, como ha venido reconociendo (por todas, en Sentencias números 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril y 15/2020, de 30 de septiembre), la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, 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.

Pero, como se ha subrayado, frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de Instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, por lo que ello requiere que la modificación sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las

pruebas por parte del Juzgador (Sentencia Sala de Justicia nº 16/2019, de 2 de octubre, con cita de otras).

SEXTO.- En el primer motivo de recurso la parte apelante ha manifestado que la Juzgadora “*a quo*” ha incurrido en error en la valoración de la prueba aportada al proceso, que le llevó a considerar acreditado que las salidas de fondos de la cuenta de titularidad de la entidad local, consistentes en retiradas de efectivo y transferencias bancarias en favor del codemandado Don F.J.R.G., entonces Alcalde de la Entidad Local Menor, por desembolsos en concepto de pago parcial a la empresa de espectáculos S. por la orquesta y fiestas de 2008 eran conocidas por su representado Don J.F.M.Z., al ser el Secretario Interventor de la entidad local y no formuló reparo ni hizo advertencia alguna sobre la legalidad de los mismos; cuando en el interrogatorio realizado en el acto del juicio al codemandado Don F.J.R.G., manifestó que dichas transferencias se hacían sin el conocimiento, consentimiento ni el visto bueno del Sr. M.Z., quien conoció de las mismas con posterioridad.

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 CE, 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 concurren, 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 Consejera de Instancia, en el presente procedimiento, ha analizado de manera minuciosa los hechos, la justificación material de los desembolsos realizados, y el procedimiento irregular seguido para el pago de la deuda que la entidad local tenía con la empresa de espectáculos S. por la organización de las fiestas de 2008 y por el acto de homenaje al Alcalde a los 25 años de continuidad en su cargo. Realizada la

valoración correspondiente concluyó que se había producido un perjuicio en los fondos de la entidad local menor constitutivo de alcance por importe de 4.110 euros a cuyo reintegro -junto a los intereses legales correspondientes- fueron condenados como responsables directos y solidarios tanto el entonces Alcalde Don F.J.R.G., como el recurrente, Secretario-Interventor, Don J.F.M.Z.

Consta acreditado en la sentencia de instancia que la deuda que la entidad local tenía con la citada empresa, según la factura presentada el 28 de octubre de 2008, ascendía a 21.000 € y que fue el demandado Sr. R.G., Alcalde en el momento de los hechos, quien previa obtención de un préstamo concedido por Caja Círculo asumió en primera instancia el pago de la misma, así como las cuotas de amortización. Asimismo, ha quedado acreditado que se realizaron pagos periódicos desde la cuenta de la entidad local a las cuentas del Sr. R.G. que se justificaban como reembolso de las cantidades que había pagado y en cuyo concepto se hacía constar que se trataba de pagos a S. para las fiestas de 2008, hasta un importe total de 33.710 €, de los que el Sr. R.G. reintegró 8.600 €, restando por justificar 25.110 €.

La Consejera de Instancia consideró que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil, el Sr. R.G. tenía derecho a que la entidad local le reembolsara el importe de 21.000 euros, que fue la deuda de la Junta Vecinal que dicho demandado pagó con sus propios fondos, y consideró materialmente justificadas las transferencias realizadas desde cuentas municipales a cuentas particulares del citado demandado hasta ese importe, si bien quedó sin justificar una diferencia de 4.110 euros que no constaba que hubieran sido reintegrados por el demandado a la Junta Vecinal, ni podía atribuirse al reembolso de las cantidades pagadas por el demandado a la empresa S. para saldar la deuda que la Junta tenía con ésta por las fiestas de 2008. Tal suma de dinero fue la que se consideró como alcance de fondos públicos, a cuyo reintegro -junto a los intereses legales correspondientes- fueron condenados, tanto el Alcalde citado, como el hoy recurrente, Secretario Interventor de la entidad local.

En la resolución recurrida se han justificado adecuadamente los motivos por los que se ha considerado al recurrente responsable contable del perjuicio producido a los fondos públicos. En ese sentido, la Consejera de instancia consideró que aunque no constara el nombramiento conforme a los procedimientos previstos en el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, vigente al tiempo de los hechos, de la prueba practicada, en la que relacionaba diversos documentos obrantes a los folios 104 y ss, 143, 32, 84, 90, 95, 98, y 157 de la pieza de autos, resultaba acreditado que el recurrente, Sr. M.Z., había asumido de manera efectiva las funciones legalmente atribuidas al Secretario Interventor de las entidades locales durante el tiempo en que prestó sus servicios profesionales a la Junta Vecinal, y por ello, en el ejercicio de su cargo, tenía conocimiento de todos los pagos y

transferencias que se realizaban desde cuentas municipales al Alcalde y no formuló reparo ni hizo advertencia alguna sobre la patente irregularidad de los mismos, ni siquiera cuando continuaron realizándose después de que se hubiera reembolsado al Alcalde la totalidad del importe adelantado por éste para el pago de las fiestas. Y, por consiguiente, su responsabilidad contable como Secretario Interventor de las entidades locales, se encontraba vinculada al ejercicio efectivo de las funciones propias de su cargo y, por ende, al conocimiento de todos los pagos y cargos que salían de las cuentas municipales de las que era responsable de su control, conforme a la doctrina seguida por esta Sala de Justicia (Sentencia 12/2018, de 10 de octubre, f.j. 9º), independientemente del conocimiento de los pagos periódicos que el Alcalde realizaba a su cuenta personal para el pago de la deuda existente.

Establecido lo anterior, es de resaltar que el recurrente fundamenta el error en la valoración de la prueba en el interrogatorio de parte del otro codemandado en autos, Don F.J.R.G., en virtud del cual considera que los actos de disposición económica considerados ilícitos se realizaron con desconocimiento del Secretario Interventor, aunque posteriormente hubiera tomado conocimiento de ellos de manera imprecisa.

Es pertinente señalar al respecto, 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, como ha venido reconociendo esta Sala de Justicia en Sentencia nº 8/2005, de 17 de junio (F.j. Cuarto).

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 y, atendiendo a criterios de sana crítica, siguió el criterio doctrinal de esta Sala de Justicia para determinar la responsabilidad contable de los funcionarios públicos que desarrollan las funciones de control financiero interno (interventores), en cuyo ejercicio tienen conocimiento de todos los pagos y transferencias que se realizan desde las cuentas municipales y, según consta acreditado en la sentencia de instancia, fundamento de derecho sexto, en el periodo del 26 de febrero de 2009 hasta el 28 de mayo de 2014, se realizaron pagos periódicos desde la cuenta de la entidad local en Caja Círculo a las cuentas del Sr. R.G. que se justificaban como reembolso de las cantidades que había pagado y en cuyo concepto se hacía constar que se trataba de pagos a S. para las fiestas de 2008, que eran conocidos por el propio recurrente, por lo que el desconocimiento de las irregularidades contables que afectaron al Erario de la Junta Vecinal de San Llorente de la Vega resultan improcedentes a la hora de valorar la conducta antijurídica apreciada en la instancia para dicho codemandado.

Por tanto, esta Sala de Justicia considera que en el presente caso la Juzgadora de instancia valoró adecuadamente toda la prueba practicada en autos, tanto documental como testifical practicada durante la sustanciación del procedimiento de reintegro por alcance. No aporta el recurrente 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 del material probatorio se haya comportado la Juzgadora de Instancia de forma infundada, ilógica o arbitraria, lo que conlleva la desestimación del motivo de apelación Primero del recurso.

SÉPTIMO.- En el motivo de apelación Segundo el recurrente mantiene que la Consejera de Instancia ha infringido el artículo 49.1 de la LFTCu, ya que al no haber tenido conocimiento su representado de las transferencias objeto de condena realizadas por el Alcalde codemandado faltaría el elemento doloso o culposo de apreciación necesaria para declarar la responsabilidad contable, así como la existencia de nexo causal, por lo que la sentencia debía ser revocada.

Esta Sala de Justicia ha venido manteniendo (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*”. Como viene a reiterar esta Sala, en las Sentencias nº 16/2004, de 29 de julio, y nº 9/2003, de 23 de julio, 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 la deficiente organización.

Tampoco puede admitir esta Sala la falta de responsabilidad contable del Sr. M.Z. puesto que, conforme se acredita en la Sentencia de Instancia, aunque no constara el nombramiento del recurrente como Secretario Interventor de la entidad local menor, conforme a los procedimientos previstos en la normativa de aplicación, el Sr. M.Z. asumió de manera efectiva las funciones legalmente atribuidas a dicho cargo durante el tiempo en que prestó sus servicios profesionales a la Junta Vecinal y, como gestor de los fondos públicos, debía haber justificado la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produjera el descargo, bien bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión o bien bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas, toda vez que la responsabilidad se encuentra vinculada al ejercicio efectivo de las funciones independientemente de las irregularidades de que pudiera adolecer el acceso a las mismas.

Resulta acreditado en la Sentencia de Instancia que una vez realizadas las transferencias desde cuentas municipales a cuentas particulares del codemandado Sr. R.G. quedaron sin justificar 4.110 €, importe en el que se cuantificó el alcance, cantidad que no consta que fuera reintegrada a la Junta Vecinal ni que pueda atribuirse al reembolso de las cantidades pagadas a la empresa S. para saldar la deuda que se tenía con dicha empresa de espectáculos por las fiestas de 2008.

Conforme ha manifestado la Sentencia de Instancia, el Sr. M.Z., como Secretario Interventor de la entidad local, en el ejercicio de sus funciones, tuvo conocimiento de los pagos y transferencias que se realizaban de las cuentas municipales al Alcalde y no formuló reparo alguno ni hizo advertencia alguna sobre la patente irregularidad de los mismos, ni siquiera cuando continuaron realizándose después de que se hubiera reembolsado al Alcalde la totalidad del importe que había adelantado para el pago de las fiestas, por lo que incumplió los deberes inherentes a las funciones que tenía atribuidas como Secretario Interventor -el control y la fiscalización interna de la gestión económico financiera y presupuestaria de la Entidad Menor Local, a tenor de lo establecido en el art. 4.1 en relación con el art. 14 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre- y, a la vista del proceder irregular establecido para el pago de la deuda debía haber extremado las precauciones, intensificando el control para evitar que se produjera un perjuicio a los fondos públicos. En definitiva, incurrió en negligencia grave en el ejercicio de sus funciones, propiciando que con dicha actuación omisiva se ocasionara el daño a los fondos públicos de la Junta Vecinal.

No ofrece duda, a la vista de la prueba practicada y de la documental obrante en autos que Don J.F.M.Z. no actuó con la diligencia que le era exigible como gestor de los fondos públicos, en sentido jurídico-contable y 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 Local Menor, agotando los postulados de diligencia exigible. Y actuó con negligencia grave pues no sólo no aplicó la diligencia debida para la correcta llevanza de las operaciones necesarias de verificación del estado de los asuntos que afectaban al estado financiero de la Junta Vecinal, sino que tampoco consta fehacientemente que, conociéndolas (hipotéticamente) “después”, realizara acto alguno que viniera a remediar o, cuanto menos, a atenuar el menoscabo económico producido a los fondos públicos.

Y esto último debe llevar a esta Sala de Justicia a afirmar que también se da el requisito de nexo causal entre la conducta antijurídica desplegada por el hoy apelante y el menoscabo económico sufrido por las arcas de la Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental- (Burgos), por lo que se dan todos los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad contable de Don J.F.M.Z., cuyo segundo motivo de recurso resulta, así, desestimado.

OCTAVO.- De acuerdo con todo lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende, al igual que declaró la Excm. Sra. Consejera titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, en la sentencia recurrida, que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la responsabilidad contable directa de Don J.F.M.Z., con carácter solidario con el otro codemandado en autos, Don F.J.R.G., en el momento de producirse los hechos originadores de tal alcance.

Como consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don J.F.M.Z. contra la Sentencia nº 6/2019, de 21 de marzo, recaída en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-169/17, que se confirma en su integridad.

Respecto a las costas causadas en esta instancia, se imponen a Don J.F.M.Z., conforme al artículo 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimado el recurso de apelación por dicha parte interpuesto.

NOVENO.- En aras de la debida exhaustividad que debe presidir todas las resoluciones jurisdiccionales, restaría a esta Sala de Justicia analizar la incidencia jurídica surgida en la tramitación del presente recurso, al conocerse el fallecimiento del otro codemandado en autos, Don F.J.R.G.. Como se detalla en los Antecedentes de Hecho Quinto a Undécimo de esta Resolución, conocida tal circunstancia, se arbitraron las medidas procesales correspondientes para emplazar a los herederos del precitado codemandado, a los efectos del artículo 38.5 de la LOTCu.

Personadas las partes, la representante tutelar de la madre del finado, Doña A.M.R.G. informó que, para solucionar la deuda existente con la Junta Vecinal de San Llorente

de la Vega, Doña A.M.R.G. (dado el deterioro físico y mental de la citada madre del causante) acordó una transacción con dicha Entidad local Menor, para extinguir la deuda del Sr. R.G. con el pago de 6.000 euros, que se efectuó el 29 de diciembre de 2020.

La representación procesal de la Junta Vecinal de San Llorente de la Vega, se opuso a lo manifestado, indicando que no existía tal satisfacción, al referirse el acuerdo suscrito, a la responsabilidad civil derivada del delito de malversación de fondos a que fue condenado el Sr. R.G., en sede penal, con fundamento en unos hechos distintos a los que resultaban de la responsabilidad contable declarada en la sentencia de instancia dictada que, de contrario, se recurría.

La representación procesal de Don J.F.M.Z. entendió que el pago realizado mediante acuerdo extrajudicial traía causa de un procedimiento penal por malversación dirigido, exclusivamente, frente al Sr. R.G. y en el que no fue parte su representado. Añadió que, de considerarse que los hechos por los que se tramitó el procedimiento penal coincidían con los que habían dado lugar al procedimiento por alcance que nos ocupa y, puesto que la transacción alcanzada lo habría sido por los 6.000 euros que se indicaban de contrario, cantidad superior a los 4.100 euros objeto de condena solidaria en el presente procedimiento, con dicho pago estaría satisfecha en su integridad la indemnización objeto de condena en este procedimiento mediante el pago realizado por uno de los codeudores solidarios, ex artículo 1.145 del Código Civil, extinguiéndose, de tal modo, la obligación solidaria impuesta en Sentencia que alcanzaba a su representado. Manifestó que, con independencia de lo anterior, al encontrarse la Sentencia en apelación, procedería esperar a la resolución de dicho recurso, de cara a la confirmación, o no, de la condena solidaria que, por el momento, había sido impuesta a su representado.

Por último, el Ministerio Fiscal consideró que antes de informar debería esperarse a la resolución del recurso.

Resumidas las alegaciones de los intervinientes, cabe señalar que los herederos de Don F.J.R.G., debidamente notificados y emplazados para intervenir en el procedimiento, no han formulado recurso de apelación ante esta Sala de Justicia. La Junta Vecinal de San Llorente de la Vega, pese a haber comparecido debidamente, no ha realizado oposición al recurso formulado de contrario, sino tan sólo a las alegaciones de los herederos del codemandado fallecido.

Visto lo actuado, esta Sala de Justicia respecto a la incidencia surgida en esta segunda instancia considera que al no haber interpuesto la representación del Sr Rodríguez González recurso de apelación contra la Sentencia de instancia, ni haberse adherido al recurso formulado por la representación procesal de Don J.F.M.Z., la resolución dictada por la Excma. Sra. titular del Departamento Segundo de la

Sección de Enjuiciamiento ha quedado firme para dicha parte codemandada, herederos de Don F.J.R.G.

El artículo 85.1 de la LFTCu dispone al respecto, que: “...*Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente Título se procederá a su ejecución, de oficio o instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil...*”.

Por ello, la controversia jurídica que ha sido alegada en la tramitación de esta segunda instancia no puede ser dilucidada en este momento procesal, por cuanto esta Sala de Justicia carece de competencia objetiva para su resolución, tanto por los términos inequívocos que establece la Ley de Funcionamiento, en el citado precepto, como por los argumentos fácticos y jurídicos en que ha sido fijado el debate por las partes. La competencia para proceder a su enjuiciamiento y resolución corresponde, en su caso, al Departamento de Enjuiciamiento que dictó la Sentencia que haya de ser ejecutada, una vez haya devenido firme.

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 deducido por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de Don J.F.M.Z., contra la Sentencia nº 6/2019, de 21 de marzo, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-169/17, del ramo de Sector Público Local (Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega – Ayuntamiento de Melgar de Fernamental), Burgos, que se confirma íntegramente.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación a la parte apelante, Don J.F.M.Z.

TERCERO.- En relación con la incidencia surgida en la tramitación de este Recurso de Apelación nº 37/19, como consecuencia del fallecimiento del codemandado en autos Don F.J.R.G., declarar la falta de competencia objetiva para su resolución en este momento procesal, en los términos expuestos en el Fundamento Noveno de esta Sentencia.

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 37/19**Procedimiento de Reintegro nº B-169/17****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Entidad Local Menor de San Llorente de la Vega - Ayuntamiento de Melgar de Fernamental), BURGOS****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 9/2022, de 21 de septiembre. Recurso de apelación nº 46/21 interpuesto contra la Sentencia nº 3/2021, de 27 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-36/2020, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Gandía), Valencia. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala desestima el recurso interpuesto, que se limita a reiterar las alegaciones vertidas en primera instancia, y expone pormenorizadamente la concurrencia de los requisitos constitutivos de la responsabilidad contable.

Asimismo, considera que el órgano contable de primera instancia realizó un análisis exhaustivo y motivado de la prueba practicada, sin que pueda plantearse ninguna objeción al estudio del acervo probatorio. El Ayuntamiento aduce que en la sentencia impugnada se procedió de forma arbitraria e irrazonable en la apreciación de la prueba, al asumir sin base probatoria la tesis de la parte demandada. Sin embargo, no es suficiente con proclamar afirmaciones tan rotundas sobre una pretendida arbitrariedad judicial si no se aporta un mínimo de argumentación al respecto.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 9/2022

ASUNTO: Recurso de apelación nº 46/21 interpuesto contra la Sentencia nº 3/2021, de 27 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-36/2020, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Gandía), Valencia.

PONENTE: Excm. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:

Excm. Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó. - Presidenta

Excm. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez. - Consejera

Excm. Sra. D.^a Elena Hernández Salguero. - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Consejeras de Cuentas expresadas al margen, 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-36/20, del ramo del sector público local (Ayuntamiento de Gandía) Valencia, como consecuencia de los recursos interpuestos contra la Sentencia nº 3/2021, de 27 de julio, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

Han sido apelantes el Ayuntamiento de Gandía, representado por la Letrada D.^a Isabel Santapau Martí, y Don A.T.C., representado por la Procuradora de los Tribunales D.^a Gloria Sabater Ferraud y defendido por el Letrado D. Fermín Rabal Fort.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Gandía y se opuso e impugnó el recurso presentado por la representación procesal de Don A.T.C.

La Letrada del Ayuntamiento de Gandía se opuso al recurso interpuesto por la representación procesal de Don A.T.C.

La representante de Don A.T.C. presentó escrito de oposición al recurso interpuesto por la representación legal del Ayuntamiento de Gandía.

Ha actuado como ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez quien, previa deliberación y votación, expone la decisión de la Sala de Justicia de conformidad con los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance N° C-36/20 el Departamento Tercero de Enjuiciamiento dictó sentencia, con fecha 27 de julio de 2021, cuya parte dispositiva estableció lo siguiente:

IV.- FALLO

PRIMERO.- Desestimar las demandas de responsabilidad contable interpuestas por el Ayuntamiento de Gandía y por el Ministerio Fiscal contra Don G.J.M.M., que queda absuelto de la responsabilidad contable que se le reclama.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente las demandas de responsabilidad contable interpuestas por el Ayuntamiento de Gandía y por el Ministerio Fiscal contra Don A.T.C. y formular en su virtud los siguientes pronunciamientos:

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos del Ayuntamiento de Gandía el de DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTICINCO EUROS (283.125,00 €).

2º) Declarar como responsable contable directo de dicho alcance a Don A.T.C.

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

4º) Condenar, asimismo, a Don A.T.C. 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 las cuentas del Ayuntamiento de Gandía, a fin de que quede reconocido en su contabilidad como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

SEGUNDO.- La sentencia anterior tiene su origen en el procedimiento de reintegro por alcance n° C-36/20, en el que se personaron como demandantes el representante legal del Ayuntamiento de Gandía y el Ministerio Fiscal. Ambos cifraron en 480.000 € de principal el importe del perjuicio sufrido por los fondos de la entidad local, que

conceptuaron como un alcance conforme a las previsiones del art. 72.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu). Dedujeron su demanda contra los responsables de los pagos realizados por I.P.G. a favor de C.C.T., S.L., concretamente contra Don A.T.C., a la sazón presidente del consejo de administración de la sociedad municipal I.P.G. y alcalde de Gandía, y contra Don G.J.M.M., gerente de la misma.

TERCERO.- La representación procesal de Don A.T.C. presentó, con fecha 13 de septiembre de 2021, recurso de apelación contra la sentencia, solicitando su íntegra revocación y la consiguiente desestimación de las demandas formuladas. Fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones:

1. Con carácter previo solicita el recibimiento a prueba de la segunda instancia.
2. Alega que la causa de resolución del contrato por mutuo acuerdo entre I.P.G y C.C.T., S.L., se ampara en el art. 207.4 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que prevé razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia en el contrato, siendo tales razones las económicas que acreditan el interés público de disminuir, en la medida de lo posible las obligaciones económicas de una empresa de capital público en situación de manifiesta insolvencia, y que obligaban a la adopción de decisiones tendentes a evitar mayores gastos, por otro lado inasumibles.
3. Señala que, en relación con los requisitos de la responsabilidad contable, de la prueba practicada se desprende con claridad la inexistencia de infracción dolosa o culposa en la conducta del Sr. T.C. Su actuación no supuso perjuicio o menoscabo alguno a los caudales públicos sino que, por el contrario, determinó un ahorro considerable en los mismos. Añade que corresponde a la parte actora probar la concurrencia de todos los elementos integrantes de la responsabilidad contable, con arreglo al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), circunstancia que no se ha producido en el presente caso.

CUARTO.- La Letrada del Ayuntamiento de Gandía interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el día 16 de septiembre de 2021. En él solicita la revocación de la sentencia recurrida y, en consecuencia, la fijación como importe del alcance causado en los fondos del Ayuntamiento de Gandía de un total de 480.000 €. Fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones:

1. La resolución del contrato entre I.P.G. y C.C.T., S.L. es arbitraria e injustificada porque esta última mercantil había cedido a I.E.M., S.L. parte de las actuaciones derivadas de la adjudicación del contrato de servicios de comunicación audiovisual. Realmente, I.E.M., S.L. es la empresa que ejecuta todos los trabajos correspondientes a los dos contratos adjudicados por la empresa pública municipal IPG. No se puede resolver un contrato a instancias de quien ha cedido sus derechos

y obligaciones contractuales a un tercero, ni establecer una indemnización a favor de quién ya no es titular del contrato.

2. Resulta arbitrario e ilógico reconocer en favor de C.C.T., S.L. el abono de unas facturas por unas prestaciones que nunca realizó y admitir que tales facturas integraban en parte la indemnización pactada. En el documento de resolución del contrato de 10 de febrero de 2013 no consta ninguna referencia ni indicio de que la indemnización tuviera como causa las facturas debidas. No resulta admisible que I.P.G. adeudara cantidad alguna a C.C.T., S.L. por servicios prestados y facturados cuando esta mercantil había cedido a otra empresa las actuaciones derivadas de su contrato.

3. La sentencia, de forma indebida, asume la tesis de la parte demandada sin base probatoria, en orden a que la indemnización respondía a una serie de facturas y descuenta los importes de las mismas de la indemnización pactada. Califica de arbitraria e irrazonable la apreciación de la prueba; se infringe el art. 326 de la LEC y las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se subraya el deber de los órganos judiciales de efectuar un juicio motivado sobre el conjunto del material probatorio aportado a autos, que deberá basarse en el respeto a las normas que regulan la prueba tasada para no incurrir en ilegalidad o arbitrariedad.

QUINTO.- La Letrada del Ayuntamiento de Gandía, mediante escrito presentado el día 18 de octubre de 2021, formuló su oposición al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don A.T.C., sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Improcedencia del recibimiento a prueba en esta segunda instancia, en la medida en que no justifica ni alega nada sobre su pertinencia y utilidad conforme con el art. 283 de la LEC.

2. Señala que no puede sostenerse, como hace la representación del Sr. T.C., que la situación económica de la empresa sea una de las razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. En modo alguno son razones de interés público, sino particulares dificultades económicas del contratista.

3. El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes contratantes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional (debidamente justificadas), que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual. C.C.T., S.L. cedió a favor de I.E.M., S.L. parte de las obligaciones derivadas de su contrato, sin autorización ni consentimiento de I.P.G., por lo que concurre la casusa de resolución prevista en el art. 223.f) de la LCSP.

4. I.P.G. no podía resolver por mutuo acuerdo un contrato que se había cedido a un tercero, además de haberse incumplido concurriendo culpa del contratista; ni podría desde luego pactar una indemnización de 500.000 €.

5. Concurren todos los requisitos de la responsabilidad contable por alcance y particularmente la negligencia grave del recurrente Sr. T.C., puesto que la sentencia impugnada analiza y fundamenta los requisitos de la responsabilidad contable.

SEXTO.- Con fecha de 20 de octubre de 2021 la representación procesal de Don A.T.C. presentó a su vez escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía. Fundamenta la oposición en las siguientes alegaciones:

1. Falta de concreción de la solicitud que se deduce en el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Gandía, puesto que en el escrito del recurso no se especifican los pronunciamientos que se impugnan de la sentencia de primera instancia.

2. Como medio de oposición al recurso presentado por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, se ratifica íntegramente en las pretensiones deducidas en el recurso de apelación que ha interpuesto en nombre y representación de Don A.T.C. contra la sentencia nº 3/2021; por ello se ratifica en su recurso y se remite al mismo, reiterando las alegaciones contenidas en él.

3. De las pruebas practicadas en el procedimiento ha quedado plenamente acreditada la realidad de las facturas que se abonaron, la prestación de los servicios a I.P.G. por parte de C.C.T., S.L., directamente o a través de la empresa cesionaria I.E.M., S.L., y la ausencia de prueba alguna en sentido contrario. Formalmente correctas y ajustadas al contrato, correspondían a servicios efectivamente prestados, estando plenamente justificado su pago al tiempo de la resolución del contrato.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal presentó el día 21 de octubre de 2021 un escrito por el cual se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, interesando la revocación de la sentencia en los términos interesados en dicho recurso. Igualmente, se opuso al recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don A.T.C., solicitando la desestimación del mismo.

En su escrito hace suyos todos los argumentos expuestos en el recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Gandía, en base a lo siguiente:

1. La sentencia de instancia incurre en contradicción no aclarada al afirmar, por un lado, la ausencia de justificación de la cantidad de 480.000 € recogida como

indemnización en la resolución del contrato acordada el 10 de febrero de 2013 y, al mismo tiempo, concluir que, ello no obstante, el importe de 196.875 € entregado por I.P.G. a C.C. como consecuencia de dicha resolución, sí tenía justificación en la existencia de las referidas facturas pendientes.

2. Se han vulnerado los artículos 1124 y 1106 del Código Civil, al considerar justificada una cantidad que consta que se entregó en virtud de una resolución de contrato que establecía una indemnización improcedente.

3.- La prueba practicada no permite concluir que el importe de dicha indemnización, improcedente en su totalidad, se hallara dirigido en parte al abono de facturas pendientes, a las que no se hace referencia en el documento de resolución y que tampoco consta respondieran a servicios efectivamente prestados y amparados por la previa contratación entre ambas entidades.

La oposición al recurso interpuesto por la representación de Don A.T.C. se formula en base a las siguientes alegaciones:

1. No concurren los requisitos necesarios para la admisión de la prueba en segunda instancia, recogidos en el art. 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Impugna el recurso en lo que respecta a la discrepancia con la valoración de la prueba practicada por el Juzgador y a la negación de la existencia de la responsabilidad por alcance que finalmente se declara.

3. La valoración de la prueba realizada por el Juzgador ha sido ajustada y escrupulosa, y ha permitido poner de relieve la ausencia de la debida justificación de la cantidad que se declara constitutiva de alcance satisfecha por la sociedad municipal I.P.G. a C.C.T., S.L., no pudiendo prevalecer contra ello alegaciones de parte que han sido analizadas por la sentencia recurrida.

4. La actuación del demandado, acordando la indemnización y dando lugar a su abono en su condición de presidente de la empresa pública I.P.G. supone una grave omisión de la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones, que se encuadra en el requisito de la negligencia grave legalmente exigido, y un incumplimiento de su obligación de rendición de cuentas que ha de dar lugar al reintegro de la cantidad menoscabada.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2021 se elevaron los autos a la Sala de Justicia, ante la que se personaron la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, en la representación que ostenta, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Don A.T.C. Mediante diligencia de ordenación de 16 de diciembre de 2021 se acordó abrir el correspondiente rollo de apelación, al que correspondió el nº 46/2021.

NOVENO.- La Sala de Justicia, mediante auto de 16 de febrero de 2021, acordó denegar el recibimiento a prueba para la práctica de la testifical y documental, así como la celebración de la vista, propuestas en el escrito de interposición del recurso de apelación por la representación procesal de Don A.T.C.

DÉCIMO.- Cumplimentados los trámites legales previstos al efecto, por providencia de 12 de septiembre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 19 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

(1) El debate sustanciado en la primera instancia se centró en determinados hechos de naturaleza económico-financiera, relativos al Ayuntamiento de Gandía (Valencia) y que se exponen a continuación de forma somera para la cabal comprensión del actual recurso.

(2) Con fecha 19 de septiembre de 2011 el Ayuntamiento de Gandía encomendó a una sociedad anónima municipal (I.P.G., SAU) la gestión de la comunicación audiovisual de la entidad local. Esta empresa pública tenía la condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Gandía.

(3) En ejecución de la encomienda de gestión, I.P.G., SAU (en adelante I.P.G.) procedió a su vez a adjudicar a empresas externas la realización de estos servicios de comunicación audiovisual televisiva. Tramitó para ello un contrato de servicios integrado por dos lotes. El lote 1 se adjudica a la mercantil C.C.T., S.L. por un importe de 1.770.000 € y una duración inicial de tres años. El lote 2 se adjudica a la mercantil I.E.M., S.L. por un importe de 1.768.584 € y duración también de tres años. Ambos contratos se adjudican el día 18 de enero de 2012 y se formalizan el día 6 de febrero de 2012.

(4) Antes de que la sociedad municipal I.P.G. adjudicara los contratos, la mercantil C.C.T., S.L. cedió a I.E.M., S.L. parte de las actuaciones derivadas del contrato del que sería adjudicataria. La cesión se formaliza el día 14 de diciembre de 2011; a consecuencia de ella, la mercantil I.E.M., S.L. es quien ejecuta los lotes 1 y 2 del contrato de servicios adjudicado por I.P.G. Así consta en el acuerdo que, el día 30 de agosto de 2012, celebran I.P.G. e I.E.M., S.L. dirigido a modificar los contratos de 6 de febrero de 2012.

(5) El día 10 de febrero de 2013, la sociedad municipal I.P.G. acuerda con la mercantil C.C.T., S.L. resolver de mutuo acuerdo el contrato de servicios de comunicación audiovisual que celebraron el 6 de febrero de 2012. En el documento de resolución se expresa que «las actuales circunstancias económicas han provocado dificultades en la ejecución del referido contrato de servicios haciendo inviable su continuidad»; en su cláusula segunda se establece que I.P.G. abonaría a la mercantil un total de 500.000 € «en compensación al contratista de las obligaciones económicas que le son propias a I.P.G. derivadas de la ejecución del referido contrato, su resolución y la cancelación de los servicios previstos para el periodo pendiente de ejecución», precisando la forma y el plazo para el pago fraccionado de dicha cantidad.

(6) De los 500.000 € pactados, la sociedad municipal abonó a C.C.T., S.L. un total de 480.000 € a través de varios pagos sucesivos. Mediante un escrito de su administrador único de 17 de abril de 2015 la mercantil manifestó que, con la citada suma recibida, se daba por indemnizada total y definitivamente de la resolución anticipada del contrato y de los daños y perjuicios sufridos por dicha resolución, renunciando a reclamar los 20.000 € restantes.

(7) La sociedad municipal I.P.G. se extinguió por acuerdo de su Junta General de 7 de marzo de 2016; el Ayuntamiento de Gandía se subrogó en todos sus derechos y obligaciones asumiendo de forma global su activo y pasivo, quedando con ello I.P.G. disuelta y liquidada.

(8) Los hechos aquí referenciados se sustanciaron en primera instancia ante el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-36/20, siendo demandantes el representante legal del Ayuntamiento de Gandía y el Ministerio Fiscal, quienes conceptuaron como un alcance generador de responsabilidad contable los pagos por importe de 480.000 € realizados por I.P.G. a favor de C.C.T., S.L.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia recurrida.

(9) La sentencia nº 3/2021, de 27 de julio, que puso término al procedimiento de primera instancia, estima parcialmente las demandas del Ayuntamiento de Gandía y del Ministerio Fiscal, debiendo resaltarse sus siguientes pronunciamientos:

- 1.- Acoge la excepción de prescripción de la responsabilidad contable planteada por la representación de Don G.J.M.M. y consiguiente absolución de la responsabilidad contable que le reclamaban ambos demandantes.
- 2.- Determina que, dentro del importe de los 480.000 € pagados por I.P.G. a C.C.T., S.L., se incluye la suma de 196.875 €, que respondía al abono de tres

facturas emitidas en el ejercicio 2012 por dicha mercantil por servicios prestados a I.P.G. en el ámbito del contrato celebrado entre ambas.

3.- Admitida la corrección del pago de estas facturas por importe de 196.875, el Juzgador de primera instancia considera que el resto del importe pagado por I.P.G., es decir 283.125 €, es constitutivo de un alcance en los fondos del Ayuntamiento de Gandía, quien se subrogó en los derechos y obligaciones de I.P.G. tras su disolución, «no existiendo causa suficiente para el pago de la indemnización y no habiéndose acreditado que el cálculo de la cantidad satisfecha a la contratista se realizó con criterios objetivos o se fundamentó en un análisis previo».

4.- Como consecuencia de lo anterior, declara responsable contable directo del alcance a Don A.T.C., a quien condena al reintegro de la cantidad de 283.125 € más sus correspondientes intereses legales.

TERCERO.- Análisis del recurso interpuesto por la representación procesal de Don A.T.C.

(10) Establecido todo lo anterior, procede ya examinar los motivos en los que los recurrentes fundamentan sus escritos de recurso, para lo que esta Sala de Justicia ostenta competencia conforme se deriva de lo establecido en el artículo 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu), y en los artículos 52.1 b) y 54.1.b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

(11) Inicia su recurso el Sr. T.C. solicitando el recibimiento a prueba en la segunda instancia. Al efecto, ha de recordarse que esta petición fue desestimada por auto de esta Sala de 16 de febrero de 2022, que acordó denegar el recibimiento a prueba para la práctica de la testifical y documental propuestas.

(12) A continuación el recurso alega, en defensa de la validez de la resolución del contrato acordada entre I.P.G. y C.C.T., S.L. y la indemnización en él pactada, que concurría la causa de resolución contractual por mutuo acuerdo que contempla el art. 207.4 de la LCSP: razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia en el contrato. Reitera que son razones económicas las que acreditan el interés público que llevó a la decisión de disminuir, en la medida de lo posible, las obligaciones económicas de una empresa de capital público, como era I.P.G., que estaba en situación de manifiesta insolvencia. Añade el recurrente que la propia sentencia impugnada reconoce las circunstancias económicas difíciles de la sociedad municipal, siendo por tanto contradictorio e incongruente que la resolución de instancia reconozca, de una parte, la posibilidad legal de resolver el contrato por razones de interés público y que, por otro lado, señale que el pago de la indemnización al contratista no se justifica por las circunstancias mencionadas, al no existir disposición legal ni acuerdo alguno que obligara a I.P.G. a satisfacer dicha

compensación. Están equivocadas dichas afirmaciones, manifiesta, por cuanto ya se ha señalado que el art. 207.4 de la LCSP permite la resolución del contrato por causa de interés público, y dicha resolución se adoptó en este caso de mutuo acuerdo, extinguiéndose las obligaciones de pago a I.P.G, lo cual supuso un ahorro de un millón de euros para esta sociedad municipal. Refuerza su argumentación señalando que las normas de contratación dotaban a I.P.G. de cierta autonomía, pues se sujetaban solo en parte a la regulación de la LCSP, y añade que constan en autos informes de auditoría que corroboran la situación precaria en que económicamente se encontraba I.P.G.

(13) Como más arriba hemos señalado, se opuso a estos motivos la Letrada del Ayuntamiento de Gandía señalando que el requisito esencial para la resolución por mutuo acuerdo es la voluntad concurrente de las partes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional debidamente justificadas que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual, siendo indiferente las circunstancias que condujeron al contratista a pedir la resolución del contrato por mutuo acuerdo. En ningún caso estuvo justificada la concesión de una indemnización a consecuencia de la rescisión contractual.

(14) El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso del Sr. T.C., señala que la valoración de la prueba realizada por el Juzgador ha sido ajustada y escrupulosa, y ha permitido poner de relieve la ausencia de la debida justificación de la cantidad que se ha declarado constitutiva de alcance, satisfecha por I.P.G. a C.C.T., S.L. como consecuencia de la resolución del contrato firmada con fecha 10 de febrero de 2013. Manifiesta que el pago realizado a favor de la mercantil, constitutivo de alcance, no puede considerarse una indemnización amparada en causa legal o contractual válida.

(15) Antes de pronunciarse sobre estas alegaciones del representante del Sr. T.C., es pertinente recordar el criterio reiterado de esta Sala de Justicia según el cual la técnica consistente en reproducir el discurso defensivo de la primera instancia para sustentar las pretensiones en segunda instancia, es unánimemente reprobada y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de los apelantes (Sentencias 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; 15/2016, de 12 de diciembre, entre otras). Conforme a esta sostenida doctrina, la técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable, según ha señalado el Tribunal Supremo, puesto 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 «a quo». 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 aconsejan entrar, siquiera someramente, en los alegatos de los recurrentes.

(16) Estos pronunciamientos son plenamente aplicables aquí, pues la fundamentación del recurso del Sr. T.C. parte de reiterar los argumentos que ya expuso en su contestación a la demanda acerca de la difícil situación económica en que se encontraba I.P.G. desde el ejercicio 2011, y la necesidad de resolver el contrato que mantenía con C.C.T., S.L. El recurrente invoca para ello determinados informes de auditoría sobre la sociedad municipal obrantes en los autos pero, como se ha advertido, no combate por medio de una argumentación jurídica diferente y suficiente, fundada en preceptos legales, la motivación vertida por el Juzgador a quo.

(17) En efecto, observa la Sala que la sentencia de instancia ya se ha pronunciado expresamente sobre la situación económica de I.P.G. Concretamente, en su fundamento de derecho sexto se reseña cómo la parte demandada ha puesto de manifiesto que I.P.G. se encontraba en una situación económica muy delicada desde el ejercicio 2011, y que ha aportado las cuentas anuales de los ejercicios 2011 a 2013 y los informes de auditoría de cuentas que ponían de manifiesto la existencia de una incertidumbre significativa sobre la capacidad de la sociedad municipal para continuar con sus operaciones. Alude también el Juzgador a la prueba testifical practicada, que también puso de manifiesto las dificultades de los contratistas para el cobro de las facturas emitidas a I.P.G. Razona en consecuencia la sentencia ahora recurrida que «existen claros indicios de que las circunstancias económicas a las que difusamente alude el acuerdo de resolución del contrato afectaban principalmente a I.P.G. y de que, dada la situación de la empresa, lo más conveniente para I.P.G. era liberarse de las obligaciones contractuales con la contratista, pues ello suponía no tener que afrontar el pago del precio acordado en el contrato durante los dos años de duración que restaban para su finalización».

(18) Aduce a continuación el recurrente Sr. T.C. que la propia sentencia reconoce las circunstancias económicas difíciles de I.P.G., siendo por tanto contradictorio e incongruente que la resolución impugnada reconozca, por una parte, la posibilidad legal de resolver el contrato por razones de interés público y que, por otra parte, señale que el pago de la indemnización al contratista no se justifica por las circunstancias mencionadas

(19) Sin perjuicio de advertir que no se tilda a la sentencia de incurrir en vicio de incongruencia en su acepción técnico jurídica (por defecto, por exceso o por desviación), es imprescindible reconstruir su hilo argumental conductor o ratio decidendi, para dilucidar si el Juzgador contable de primera instancia, al condenar al

Sr. T.C. por el pago que ordenó a favor de C.C.T., S.L. con cargo a los fondos de I.P.G., ha incurrido o no en la incoherencia o falta de lógica que le reprocha el recurrente.

(20) La sentencia recurrida considera probado que el contrato se resolvió por el mutuo acuerdo de las partes, que ninguna de ellas puso de manifiesto en el momento de la resolución el incumplimiento de obligaciones u otras causas de resolución imputables a la parte contraria y que la obligación de pago asumida por I.P.G. en el documento de 10 de febrero de 2013, en la parte referida a la indemnización de la mercantil contratista, solo trae causa del propio documento de resolución y de la voluntad de las partes.

(21) Considera la Sala que no hay ninguna incongruencia, incoherencia o falta de lógica en la sentencia de instancia cuando afirma que, si bien la resolución del contrato podía beneficiar a ambas partes, lo cierto es que el pago de una indemnización a la contratista por parte de I.P.G. no se justifica en modo alguno por las circunstancias concurrentes ya mencionadas pues, una vez que el contrato se resolvía de mutuo acuerdo, no existía disposición legal ni acuerdo contractual o extracontractual que obligara a I.P.G. a satisfacer dicha compensación a C.C.T., S.L. La sentencia considera probado que la empresa contratista solicitó el pago de la indemnización y que, sin mediar negociación alguna, I.P.G. accedió a su pago, lo que implica un perjuicio claro y efectivo para su patrimonio. Como bien razona el Juzgador de instancia, «lo que puede resultar admisible en la relación entre dos empresas privadas no lo es cuando una de las partes es una empresa pública y sus responsables deben cuidar de la indemnidad del patrimonio público. No existiendo causa suficiente para el pago de la indemnización y no habiéndose acreditado que el cálculo de la cantidad satisfecha a la contratista se realizó con criterios objetivos o se fundamentó en un análisis previo, se debe declarar la existencia de un alcance». Esta respuesta del Juzgador de instancia a criterio de la Sala es lógica y da cabal respuesta, cuestión distinta es que no se comparta por el recurrente por no ser acorde a sus pretensiones.

(22) Entiende y reitera la Sala que la representación del Sr. T.C. insiste en los mismos argumentos que en su día expuso, esto es, que las circunstancias económicas justificaron la resolución del contrato y el pago de una indemnización a C.C.T., S.L. Sin embargo, no aporta ni elementos fácticos ni razonamientos jurídicos que llevan a cuestionar, siquiera mínimamente, la ratio decidendi de la sentencia de instancia, esto es, que la mutua conveniencia de las partes para resolver el contrato no justificaba en ningún caso conceder una indemnización a la empresa contratista. Tampoco demuestra que la indemnización, en un supuesto de resolución por mutuo acuerdo, venga exigida por la legislación reguladora de la contratación administrativa, o estuviera prevista en el contrato celebrado entre las partes el día 6 de febrero de 2012, o en su pliego de cláusulas administrativas particulares. En

suma, el recurso interpuesto no pretende sino reabrir el debate jurídico que ya se entabló y se resolvió en la primera instancia, pero sin aportar ningún nuevo elemento que lo justifique. Por todo ello, la Sala de Justicia debe desestimar estos fundamentos jurídicos del recurso de apelación.

(23) La última de las alegaciones que fundamentan el recurso de la representación de Don A.T.C. se refiere a la inexistencia de infracción dolosa o culposa en la conducta de su representado, según se desprende de la prueba practicada, puesto que su conducta como presidente de I.P.G. determinó un ahorro en los fondos públicos de dicha sociedad, sin que la parte actora haya acreditado la concurrencia de la responsabilidad contable con prueba de todos sus elementos integradores.

(24) La Letrada del Ayuntamiento de Gandía se ha opuesto al recurso entendiendo que el recurrente no cuestiona la valoración de la prueba y que la sentencia analiza y fundamenta los requisitos de la responsabilidad contable. Por su parte, el Ministerio Fiscal entiende que concurre negligencia grave en la actuación de Don A.T.C., con omisión de la diligencia debida y con el incumplimiento de su obligación de rendir cuentas, lo que ha ocasionado un daño en los fondos públicos generador de responsabilidad contable.

(25) Frente a este alegato del recurrente, considera la Sala que la sentencia recurrida desarrolla con rigor en su fundamento de derecho séptimo la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contable, de conformidad a la reiterada doctrina de esta Sala, establecida en su sentencia de 30 de junio de 1992 seguida de muchas otras. La impugnación promovida por el recurrente no hace sino reiterar los argumentos ya expuestos por él en la contestación a la demanda acerca de la inexistencia de responsabilidad contable en el caso que nos ocupa, pero sin aportar ningún valor añadido, fáctico o jurídico, que pudiera llevarnos a cuestionar el razonamiento jurídico llevado a cabo por el Juzgador de instancia.

(26) Lo mismo cabe decir del aspecto subjetivo de la conducta del ahora recurrente. La sentencia recurrida invoca al Tribunal Supremo (STS de 7 de marzo de 1994), para afirmar 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. Por su parte, 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 no estuvo fundamentada en un análisis ponderado de la situación, o al menos éste no ha sido acreditado.

(27) Este pronunciamiento de la sentencia de instancia no es compartido por el Sr. T.C. quien, sin embargo, no aporta ningún nuevo elemento que permita a esta Sala una valoración distinta de su conducta, o que nos lleve a advertir un error en la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia para fundamentar su pronunciamiento de que la conducta del Sr. T.C. incurrió en negligencia grave en su actuación al frente de I.P.G. Máxime cuando de los hechos probados se desprende que fue el Sr. T.C. quien, además de manejar la cuenta corriente de la empresa, adoptó la decisión de resolver el contrato y asumió, en representación de la empresa, la obligación del pago de la indemnización a la contratista, lo cual generó el menoscabo económico constitutivo de alcance.

CUARTO.- Análisis del recurso interpuesto por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, al que se ha adherido el Ministerio Fiscal.

(28) La Letrada del Ayuntamiento de Gandía fundamenta su primer motivo del recurso de apelación en la infracción del art. 1124 en relación con el art. 1106 del Código Civil, al entender que una vez resuelto el contrato no cabe exigir simultáneamente el cumplimiento de una obligación derivada del contrato resuelto, ni mucho menos justificar esta última con facturas impagadas. Dispone el art. 1124 CC que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. Por su parte, el art 1106 CC establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

(29) Aduce por ello que la resolución del contrato es arbitraria e injustificada porque el 14 de diciembre de 2011 la mercantil C.C.T., S.L. cedió a favor de I.E.M., S.L. parte de las obligaciones derivadas del contrato del que sería adjudicataria una vez que se hubiera firmado el contrato, siendo esta última la empresa que ejecutó los trabajos correspondientes a ambos contratos de servicios adjudicados por la empresa IPG. Señala que no pudiéndose resolver un contrato ni establecer una indemnización a favor de quién ya no es titular de dicho contrato, es arbitrario e ilógico reconocer en favor de C.C.T., S.L. el abono de unas facturas por unas prestaciones que nunca realizó, y que tales facturas integraban en parte la indemnización pactada, cuando además no consta en el documento de resolución de 10 de febrero de 2013 ninguna referencia ni indicio de que la indemnización tuviera por causa las facturas debidas.

(30) El Ministerio Fiscal, al adherirse a este recurso, manifiesta que se han vulnerado los arts. 1124 y 1106 del Código Civil, al considerar justificada una cantidad que consta que se entregó en virtud de una resolución de contrato que establecía una indemnización improcedente. Al quedar acreditado que C.C.T., S.L.

cedió los derechos derivados de la contratación previa con I.P.G. a la mercantil I.E.M., S.L., que fue la que asumió la ejecución de las prestaciones previstas para I.P.G., considera que en modo alguno C.C.T., S.L. podía ser acreedora de indemnización alguna a cargo de I.P.G.

(31) La representación procesal de Don A.T.C. se opuso al recurso de apelación presentado por la representante del Ayuntamiento de Gandía. Alega que la parte recurrente, pese a incumbirle la carga de la prueba, no acredita que la empresa C.C.T., S.L. no haya ejecutado las prestaciones que asumió en virtud de su contrato con I.P.G., bien mediante su ejecución directa o a través de una empresa cesionaria. Tampoco ha probado la parte recurrente que los servicios facturados a I.P.G. no se hubieran prestado materialmente. Solicita por ello la desestimación del recurso, por considerar que ha quedado probada la validez jurídica del abono a C.C.T., S.L. de las tres facturas pendientes de pago.

(32) En el debate jurídico de primera instancia los demandantes ya alegaron que la contratista C.C.T., S.L. no realizó las prestaciones del contrato de servicios que suscribió pues había cedido sus derechos y obligaciones contractuales a la empresa I.E.M., S.L. con fecha 14 de diciembre de 2011. Sin perjuicio de que esta Sala deba reiterar los razonamientos ya expuestos para desestimar el recurso presentado por el Sr. T.C., relativos a la reiteración de las alegaciones hechas en la primera instancia, es necesario insistir en que el tema de la cesión y sus consecuencias fue ampliamente estudiado en la resolución de instancia en su fundamento de derecho sexto al señalar que:

- 1) C.C.T., S.L. cedió parte de las actuaciones derivadas del contrato del que era adjudicataria, concretamente de la ejecución de aquellos programas producidos y retransmitidos en directo en relación con aquellas actuaciones que con carácter general se contemplaban en el pliego de prescripciones técnicas que sirvió de base a la licitación.
- 2) Como consecuencia de dicha cesión, Inversiones Especiales del Mediterráneo, S.L. ejecutó los trabajos correspondientes a los Lotes 1 y 2 del contrato de servicios adjudicado por I.P.G.
- 3) No se conocen los detalles exactos de este acuerdo de cesión porque ese documento no consta en las actuaciones, pero sí la referencia al mismo que se hace en el documento de modificación de la cláusula segunda de los contratos suscritos el 6 de febrero de 2012, en el que la sociedad municipal I.P.G. y la mercantil I.E.M., S.L. acordaron, con fecha 30 de agosto de 2012, actualizar los contratos al nuevo tipo general de IVA, que había pasado del 18% al 21%.
- 4) En cualquier caso, de lo relatado en el último documento citado se deduce que la cesión era parcial y que, tal y como declararon los testigos en el acto del juicio, esta cesión no supuso una modificación del contrato celebrado entre IPG

y C.C.T., S.L. pues la contratista era quien facturaba a la empresa pública por los servicios prestados, ya fueran estos ejecutados por la propia empresa o por la cesionaria.

- 5) Si dicha cesión se ajustaba a lo establecido en el contrato o en el pliego de cláusulas administrativas particulares o si era conforme a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), vigente en aquel momento, tampoco son cuestiones que competan a esta jurisdicción contable, pues cabe reiterar que no resulta fundamental para la determinación del perjuicio.
- 6) Las alegaciones de los demandantes, sobre quienes recae la carga de probar el daño efectivo ocasionado a I.P.G., no son suficientes para acreditar que la mercantil contratista C.C.T., S.L. no ejecutó las prestaciones del contrato, ya fuera directamente o a través de la empresa cesionaria.

(33) Por tanto, siendo una alegación ya planteada en la instancia y habiendo sido adecuadamente tratada en la sentencia recurrida, procede en este punto desestimar este motivo de impugnación de la sentencia de 27 de julio de 2021. La sentencia de instancia ha realizado un intenso recorrido probatorio para acreditar y concluir que el importe de 196.875 euros, -resultante de las tres facturas emitidas por C.C.T., S.L. en fechas de 3 de julio, 29 de agosto y 7 de diciembre, todas ellas de 2012-, y abonado por IPG como consecuencia de la resolución del contrato, no produjo un perjuicio efectivo e individualizado a la empresa IPG, al tratarse de un pago justificado en la realización de las prestaciones pactadas y amparado en el contrato de 6 de febrero de 2012. El Ayuntamiento de Gandía, parte demandante, ya alegó en la primera instancia que el pago de las 5 facturas no estaba justificado y que constituía un perjuicio para la empresa IPG cuando las abonó. Su alegación entonces fue infructuosa pues el Juzgador no consideró probado tal daño por quien lo alegaba y debía probarlo. Este aspecto nos lleva al segundo fundamento que invoca la representante del Ayuntamiento de Gandía para basar su actual recurso.

(34) En efecto, el segundo de los motivos de impugnación contenidos en el recurso presentado por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía se refiere a la forma arbitraria e irrazonable de apreciación de la prueba, al asumir sin base probatoria la tesis de la parte demandada, consistente en señalar que una parte de la indemnización pactada respondía a una serie de facturas y descuenta el importe de las mismas de la indemnización pactada. Señala que se infringe el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone a los órganos judiciales el deber de efectuar un juicio motivado sobre el conjunto del material probatorio para no incurrir en ilegalidad o arbitrariedad.

(35) Sostiene la Letrada que una factura responde a un servicio prestado encargado y realizado, y una indemnización a un daño causado y probado, no habiéndose hecho referencia alguna a dichas facturas hasta que se inicia la vía penal y contable, no

pudiéndose en ningún caso considerarse justificadas unas facturas que se habían expedido por una compañía que había cedido sus derechos contractuales.

(36) Como ha señalado esta Sala de Justicia en su reciente sentencia 4/2022, de 13 de mayo, corresponde a la Sala dilucidar si el Juzgador incurre en error en la valoración de la prueba testifical. Conforme a la Sentencia nº 32/2017, de 6 de noviembre, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde al Juzgador de instancia, siendo preciso destacar que, 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 su inexactitud y la veracidad de los alegados de contrario. La razón de que prime la apreciación de la prueba del Juzgador de instancia radica en 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. (Sentencias de esta Sala de Justicia de 31 de marzo de 2009; 24 de julio de 2006; 8 de octubre de 2003; 17 de septiembre de 2002; y 29 de septiembre de 1999, con cita de la jurisprudencia constitucional recaída sobre este particular, entre otras, las SSTC de 30 de septiembre de 1987 y 11 de septiembre de 1995, las cuales declaran que el momento estrictamente probatorio forma parte de la primera instancia).

(37) Sentado lo anterior y en relación con ello, es preciso poner de manifiesto que la sentencia de instancia realiza un análisis profundo de la prueba practicada, en su fundamento de derecho sexto, señalando que:

- 1) De la redacción de la cláusula cuarta del documento de resolución, de las alegaciones formuladas por las partes en sus escritos de demanda y contestación y en el acto del juicio oral, así como de la prueba documental y testifical practicada, se puede deducir que, con esa cantidad, en primer lugar, se saldaban las obligaciones de pago pendientes por las facturas no pagadas pero emitidas por la contratista como consecuencia de la ejecución del contrato.
- 2) Por lo que respecta a las facturas pendientes de pago en el momento de la resolución del contrato, en el documento de 10 de febrero de 2013 tampoco se hace constar qué facturas ni qué cantidades estaban pendientes de abono por parte de I.P.G. No obstante, las facturas emitidas por C.C.T., S.L. a la sociedad I.P.G. correspondientes al ejercicio 2012 sí constan en las actuaciones.
- 3) Se enumeran y describen en la sentencia cuáles son las facturas obrantes en las actuaciones, emitidas por C.C.T., S.L., que constan en los folios 450 a 453 del Anexo I de la pieza de las actuaciones previas.

- 4) Se señala que, de la documentación citada, se debe considerar probado que la empresa adjudicataria emitió cinco facturas a I.P.G. correspondientes al ejercicio 2012 por un importe total de 296.875 euros. La sociedad municipal I.P.G había abonado únicamente 100.000 €, suma correspondiente al importe de las dos primeras facturas, de modo que quedaba pendiente el abono de 196.875 €, correspondiente a las facturas números 92048, 92066 y 92103, tal y como se refleja en el citado Libro Mayor, en el que esta cantidad figura en el cierre de la contabilidad del ejercicio 2012 (asiento 4.377) y en la apertura de 2013 (asiento 1).
- 5) Los datos que resultan de la documentación referida guardan coherencia con la prueba testifical practicada en el juicio, pues Don R.M.F.V. declaró en dicho acto que, de la cantidad que I.P.G. pagó a su empresa C.C.T., S.L. en virtud de la resolución del contrato, 200.000 € correspondían a facturas pendientes de pago del ejercicio 2012 y 280.000 € a una indemnización a la contratista por el hecho de la extinción anticipada del contrato y los perjuicios que ello le generaba. Además, el testigo afirmó que, de las cantidades facturadas en ese ejercicio, I.P.G únicamente abonó 100.000 €.

(38) De lo anteriormente señalado se deduce que el órgano contable de primera instancia realizó un análisis exhaustivo y motivado de la prueba practicada, sin que pueda plantearse por esta Sala ninguna objeción al estudio del acervo probatorio. La recurrente aduce que la sentencia procedió de forma arbitraria e irrazonable en la apreciación de la prueba, al asumir sin base probatoria la tesis de la parte demandada. Sin embargo, no es suficiente con proclamar afirmaciones tan rotundas sobre una pretendida arbitrariedad judicial si no se aporta un mínimo de argumentación al respecto.

(39) Procede por todo ello desestimar el recurso presentado por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía y confirmar la sentencia de primera instancia impugnada.

(40) En el mismo sentido y con idéntico fundamento debe manifestarse la Sala respecto de lo alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión al recurso interpuesto por la letrada representante del Ayuntamiento de Gandía.

QUINTO.- Desestimación de los recursos y costas.

(41) De acuerdo con lo expuesto y razonado, deben desestimarse los recursos de apelación interpuestos por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, y por la representación procesal de Don A.T.C. contra la sentencia nº 3/2021, de 27 de julio de 2021, dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, quedando confirmada la resolución recurrida.

(42).- En cuanto a las costas, de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no procede su imposición a los apelantes pues, pese a que sus pretensiones impugnatorias han sido desestimadas, la concurrencia de una serie de complejidades jurídicas permiten, a criterio de esta Sala de Justicia, hacer uso de la previsión del antecitado precepto.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Letrada del Ayuntamiento de Gandía, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, y por la representación procesal de Don A.T.C. contra la sentencia nº 3/2021, de 27 de julio de 2021, dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, quedando confirmada la resolución recurrida.

SEGUNDO. - Sin imposición de costas.

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, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 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 46/21**Proc. Reintegro nº C-36/20****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Ayuntamiento de Gandía) VALENCIA****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.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 10/2022, de 21 de septiembre. Recurso de apelación nº 3/22, interpuesto contra la Sentencia nº 7/2021, de 21 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-35/19, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad – Patrimonio Nacional), Madrid. Ponente: Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Se enjuician en este caso los daños y perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de la actuación irregular desplegada por la demandada en la tramitación de la documentación necesaria para el pago de los equipos de protección individual.

Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso, así como las alegaciones respectivas y, tras recordar la naturaleza del recurso de apelación, la Sala comienza analizando lo relativo a la existencia de la prejudicialidad penal, alegada por la apelante, que ya fue desestimada en primera instancia en la fase de audiencia previa y, sin embargo, no ha sido mantenida por la demandada en sus conclusiones finales. La parte recurrente no identifica adecuadamente qué decisiones de la jurisdicción penal podrían tener una influencia decisiva en la resolución que corresponde adoptar a la jurisdicción contable y, examinados los autos, la Sala no aprecia ninguna cuestión que precise de un previo pronunciamiento penal.

En el segundo motivo de recurso la parte apelante ha considerado que la Juzgadora “a quo” ha incurrido en vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 6.2 del Convenio de Derechos Humanos, así como infracción de las reglas que regulan el principio civil de carga de la prueba del artículo 217 de la LEC.

Lo que persigue la recurrente, es que se declare que no ha incurrido en responsabilidad contable directa y, por tanto, que no tiene obligación de resarcir el perjuicio económico causado al Erario público, siendo desestimado por la Sala este motivo de recurso.

También considera que se ha vulnerado el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por cuanto considera que no es funcionaria, ni responsable del manejo de caudales o efectos públicos, sino una mera tramitadora de expedientes, bajo la autoridad y autorización de sus superiores. No obstante, la Sala considera que realizaba tareas comprendidas en la administración y gestión de efectos y caudales públicos, convirtiéndola en cuentadante de los mismos.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 10/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 3/22, interpuesto contra la Sentencia n° 7/2021, de 21 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-35/19, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad – Patrimonio Nacional), Madrid.

PONENTE: Excma. Sra. Doña 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, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente:

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-35/19, del ramo reseñado, por el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia n° 7/2021, de 21 de octubre.

Ha sido parte apelante Doña B.F.S., representada y defendida por el Letrado Don Álvaro Martínez-Esparza García y, como partes apeladas, el Abogado del Estado 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:

“...FALLO

PRIMERO.- *Se estiman íntegramente las demandas de responsabilidad contable por alcance interpuestas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:*

A) Se cifra en CIENTO UN MIL OCHOCIENTOS QUINCE EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (101.815,80 €) el principal de los perjuicios ocasionados por alcance a los caudales públicos.

B) Se declara responsable contable directa de dicho alcance a Doña B.F.S.

C) Se condena a la responsable contable directa Doña B.F.S. al pago de la suma de 101.815,80 €, así como al de los intereses legales devengados hasta la completa ejecución de esta sentencia.

D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta del organismo perjudicado.

SEGUNDO.- *Se imponen las costas causadas en esta primera instancia a la condenada Doña B.F.S....”*

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, por un importe total de 101.815,80 euros, del que resultaría responsable contable directa Doña B.F.S.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia, el Letrado Don Álvaro Martínez-Esparza García, en nombre y representación de la Sra. F.S., mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal de Cuentas, en fecha 4 de noviembre de 2021, interpuso recurso de apelación contra la misma, en el que solicitó se dictara resolución revocatoria de la Sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada en primera instancia, dejándola sin efecto y que por esta Sala de Justicia se dictara otra, por la que se declarara la absolución de la Sra. F.S., con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Mediante escrito recibido en fecha 25 de noviembre de 2021, el Abogado del Estado impugnó el recurso de apelación formulado, solicitando su desestimación, así como la imposición de costas a la parte apelante.

Mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2021, el Ministerio Fiscal impugnó, asimismo, el recurso de apelación interpuesto e interesó su desestimación íntegra y la confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO.- Una vez producidas las correspondientes personaciones de las partes y cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 8 de febrero de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 3/22, nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y, declarando concluso el presente recurso, pasar los autos a la misma, a fin de preparar la pertinente resolución.

QUINTO.- El traslado material de las actuaciones al Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 21 de febrero de 2022, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SEXTO.- Por Providencia de 9 de septiembre de 2022, esta Sala señaló para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

SÉPTIMO.- 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 estimó las demandas interpuestas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, al entender, que se había acreditado que concurrían en la actuación de la demandada Doña B.F.S., los requisitos legales y jurisprudenciales, según los criterios doctrinales fijados por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, conforme se establece en la referida Sentencia, para declarar la existencia de un alcance en los fondos públicos cifrado en 101.815,80 euros, del que resultó responsable contable directa la Sra. F.S., que fue condenada a su reintegro, más los correspondientes intereses legales.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de la Sra. F.S., quien ha fundamentado la impugnación en tres motivos, que se resumen, a continuación:

1.- En el primer motivo del recurso, invoca la vulneración de los artículos 17.2 de la LOTCu, así como el artículo 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), al no acordar la Juzgadora de Instancia la suspensión del procedimiento por causa de prejudicialidad penal. Con apoyo en la literalidad de los

citados preceptos y en pronunciamientos, tanto del Tribunal Constitucional, como de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, afirma que procede acordar la suspensión del procedimiento, a causa de prejudicialidad penal, hasta la resolución y fijación de los hechos por la jurisdicción penal.

2.- En el segundo motivo de apelación, la parte recurrente aduce que se ha producido vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 6.2 del Convenio de Derechos Humanos, así como infracción de las reglas que regulan el principio civil de carga de la prueba del artículo 217 de la LEC. Manifiesta que la parte demandada -hoy recurrente- solicitó como prueba en la audiencia previa y fue expresamente admitida, entre otras, la aportación y exhibición documental y contable obrante en la Caja Central de Patrimonio Nacional de los pagos de todas las facturas cuyo reintegro se reclama a la Sra. F.S. Como se reconoció por la Gerente de Patrimonio Nacional, no existe justificación documental de haberse efectuado pagos en metálico, ni es posible aportar documentación del cobro efectivo de las facturas. Pese a todo ello, la sentencia impugnada afirma y da por acreditado, sin prueba documental alguna, ni motivación, ni razonamiento que respalde tal afirmación, que la demandada cobró en efectivo las facturas, intentando asimilar, de forma equívoca y errónea, que disponía de un certificado para acceder a un Sistema informático Sorolla 2 y que disponía de los permisos necesarios para solicitar la aprobación de los anticipos de Caja Fija, pero ello no acredita la identidad de persona o personas que, en su caso, cobraron dichas facturas.

No se puede reclamar responsabilidad alguna a la demandada en autos por unas facturas de cuya tramitación no es responsable y que contaba siempre con la autorización y visto bueno de sus superiores. Por ello manifiesta que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, citando el criterio doctrinal seguido, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de marzo de 2018 (Rec. 423/2017). Y, el principio de distribución de carga de la prueba, según doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2011 (Recurso de Casación 2515/2009).

3.- En el tercer motivo de su recurso, la parte apelante aprecia indebida estimación de la responsabilidad contable, vulnerándose, así, el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Tras razonar acerca de la naturaleza, contenido y límites del procedimiento de reintegro por alcance, afirma que la Sra. F.S. no es funcionaria, ni responsable del manejo de caudales o efectos públicos, sino una mera contratada por el SEPE para el desempeño de un trabajo de colaboradora social con Patrimonio Nacional, tramitadora de expedientes, bajo la autoridad y autorización expresa de sus superiores y sin que conste que hayan sido manipuladas las facturas. El hecho de que se le hayan asignado funciones de tramitación de las mismas no implica que sea responsable de las facturas. De la falta

de justificación contable de los pagos en efectivo que se dicen realizados, serían los responsables de Caja los que deben responder de ellos. No existe, conforme a la prueba practicada, justificación documental, ni contable, de la identidad de la persona que cobraba las facturas en efectivo, por lo que no cabe imputar a su representada la responsabilidad que efectúa la sentencia apelada, cuya revocación se solicita.

CUARTO.- El Abogado del Estado formula su oposición al recurso de apelación, presentando las siguientes alegaciones:

1.- Sobre la infracción del principio de prejudicialidad penal, el Servicio Jurídico del Estado señala, en primer lugar, que su alegación fue abandonada por la parte demandada, pues se invocó en la audiencia previa pero no se mantuvo en el escrito de conclusiones presentado por su representación. Esa falta de alegación en la fase de conclusiones ha de llevar a su desestimación, por no haber sido mantenida por la parte demandada en la fase final del procedimiento y ha motivado que la Sentencia de Instancia no procediera al examen de dicha pretensión.

Subsidiariamente a lo anterior, se opone a la petición de prejudicialidad y manifiesta que sobre esta cuestión procesal debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida, entre otras, en la Sentencia 62/1984, en la que se afirma que la simple coincidencia de hechos en que se basan las pretensiones de responsabilidad contable, con los que son objeto de investigación en causa penal no determina, por sí sola, la procedencia de la suspensión por prejudicialidad penal. Alega que lo que prohíbe la doctrina del Tribunal Constitucional es que cuando hay una declaración de hechos probados en una sentencia firme se dicte otra, posteriormente, que altere sustancialmente esos hechos o no coincida con la declaración de autoría de los mismos. Por lo que debe rechazarse la primera alegación del recurso de apelación al no haberse dictado sentencia en el procedimiento penal. Se invoca, a tal efecto, reiterada doctrina mantenida por esta Sala de Justicia, (Sentencia 12/2020 de 6 de junio, procedimiento de reintegro C127/17), ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- En cuanto al segundo motivo del recurso, el Abogado del Estado opone que la realidad es que las pruebas no dieron el resultado pretendido por la parte demandada. Sostiene que los oficios remitidos por Patrimonio Nacional fueron contestados pero por la forma de actuar de la demandada, no existe constancia documental de los pagos en metálico, ni de su ingreso en la Caja de la entidad pública, y a lo que no se hace referencia en el recurso es al contenido y efectos de la prueba practicada. Los hechos probados contenidos en la Sentencia recurrida quedan totalmente acreditados en la fase de prueba consistente, esencialmente, en la documentación contable aportada durante la tramitación de las diligencias preliminares y las actuaciones previas que dieron lugar a la liquidación provisional. Considera importante destacar

el contenido de los informes con sus anexos remitidos por la Gerencia de Patrimonio Nacional, en los que se pone de manifiesto la existencia de procedimientos establecidos para la realización de pagos y la forma en que la demandada pudo sortearlos, abusando del puesto que ocupaba, y haciendo uso de los medios de que disponía para su desempeño. La prueba que consta en las actuaciones, que se ha podido corroborar con las diligencias probatorias practicadas en el procedimiento penal tramitado por los mismos hechos, en el Juzgado de Instrucción nº 29 de Madrid, se apoya, no sólo en los informes de los responsables del Área de Asuntos Generales sobre la forma de actuar de la demandada y del rastro que dejó de sus irregularidades en el programa informático Sorolla2 al utilizar su usuario, sino también en las declaraciones realizadas por los representantes y empleados de las empresas suministradoras de los productos de prevención cuyas facturas han sido falsificadas o no pagadas, manifestando, en cada caso, la no emisión de la factura a Patrimonio Nacional o, en su caso, el impago de las mismas, destacando el contenido de los folios 264 y 271 de las actuaciones penales que obran en autos.

De este modo se cierra el círculo probatorio de los hechos pudiendo concluir que el alcance está plenamente probado, teniendo como autora a la hoy recurrente. Destaca que, a pesar de la prueba documental ya descrita, la parte apelante no ha propuesto, en ningún momento, un medio de prueba o diligencia con objeto de desvirtuar su valor probatorio, limitándose a hacer afirmaciones genéricas, sin ningún soporte de probanza. Por lo que existe prueba del alcance enjuiciado, que ha sido perfectamente recogida y valorada en la Sentencia apelada, y dicha prueba no ha sido desvirtuada por la demandada.

Alega, asimismo, que la sentencia también analiza la autoría de los hechos y la concurrencia del elemento subjetivo, y que dichos extremos también han quedado probados, y que la desestimación de este motivo de recurso queda todavía más clara y justificada siguiendo el criterio doctrinal seguido por esta Sala de Justicia en la Sentencia nº 9/2020, de 6 de julio.

3.- Respecto a la alegada infracción, por la Sentencia de instancia, del artículo 72.1 de la LFCu, afirma el Abogado del Estado que, en este caso, ha quedado acreditado que Doña B.F.S., aprovechando las funciones que tenía atribuidas en la tramitación de facturas y abusando de la confianza que tenían en ella el resto del personal del departamento, consiguió desviar fondos para su beneficio. Destaca que la Sentencia trata esta cuestión, con detenimiento, en sus Fundamentos Séptimo y Octavo, a cuyo contenido íntegro se remite. Concluye que ello debe llevar a la desestimación, también, del tercer motivo de apelación.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, se opuso, asimismo, al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Doña B.F.S. y ha aducido, resumidamente, lo siguiente:

1.- Sobre la falta de apreciación de prejudicialidad penal, con suspensión del procedimiento, alega que la apelación reproduce la solicitud que la recurrente formuló en la audiencia previa y que fue desestimada por la Juzgadora de instancia. El recurso no añade ahora a ese argumento, ninguna crítica a la decisión que fue adoptada por la Consejera, limitándose a afirmar el concepto y contenido de la excepción de prejudicialidad penal.

Los pronunciamientos judiciales que invoca la recurrente no son conformes con el contenido del artículo 17.2 de la LOTCu y con el del artículo 40.2 de la LEC, ni pueden aceptarse, a la luz del contenido de la interpretación jurídica contenida, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 5/2021, de 24 de junio -Fundamento Jurídico Octavo-, habida cuenta que el argumento de la recurrente se limita a la coexistencia de actuaciones de las dos jurisdicciones sobre unos mismos hechos pero no ha expresado en el recurso qué decisión de la jurisdicción penal sobre los hechos enjuiciados podría tener influencia decisiva en la actividad jurisdiccional contable. Las resoluciones jurisdiccionales mencionadas por la recurrente nada obstan al criterio que se acaba de exponer, porque se trata de citas teóricas y de ninguna de ellas se deriva la influencia determinante de la jurisdicción penal sobre la contable, en este caso.

2.- También se opone al segundo motivo de recurso, que el Fiscal considera difícil de sistematizar, por cuanto mezcla la infracción del principio de presunción de inocencia con la vulneración de las reglas de carga de la prueba y, asimismo, con los argumentos relativos a la prueba practicada, que vuelve a utilizar en el último motivo de su recurso de apelación.

En primer lugar, destaca que el espacio en el que se despliega la acción del principio de presunción de inocencia es el del derecho penal y el del derecho administrativo sancionador, mientras que la responsabilidad contable tiene naturaleza reparadora, citando, al efecto, la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 8/2019, de 21 de junio, que alude, asimismo, a la Sentencia nº 8/2016, de 18 de julio.

En cuanto a las censuras que la apelación realiza contra la valoración de la prueba, el Fiscal recuerda la doctrina contenida, entre otras muchas, en la Sentencia de esta Sala nº 8/2021, de 27 de octubre, que atribuye al Consejero de instancia tal función, así como las condiciones de su revisión en apelación.

La asunción de dicha doctrina fuerza la desestimación del motivo segundo del recurso. La recurrente se limita a afirmar que no consta prueba de que fuera ella la persona que cobró en efectivo las facturas correspondientes a los equipos de protección de los empleados de la entidad pública. El único soporte en que la parte apelante pretende sostener su alegato es la valoración que hace del escrito de la Gerencia de Patrimonio Nacional, de 6 de mayo de 2021. Pero hay que tener en

cuenta que los hechos probados de la sentencia se basan en la prueba admitida en la audiencia previa, lo que remite a los folios 7 a 38 de las Diligencias Preliminares y a los informes del Consejero Gerente de Patrimonio Nacional de 10 de enero y de 20 de febrero de 2019 y a su documentación, adjunta a los folios 7 y Anexo I y folio 13 vuelto y siguientes de la pieza de Actuaciones Previas; y también a los folios 261 a 282 de las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 29 de Madrid, en especial las evidencias que resultan de los folios 264 y 271, debiendo destacarse que ni en la instancia ni en la apelación la recurrente ha cuestionado la realidad del perjuicio en los fondos públicos, ni la mecánica a través de la cual se produjo el mismo, habiéndose limitado a negar la participación en los hechos. Y la prueba sobrada de la autoría de la ahora recurrente resulta del contenido de los folios 284 y 299 vuelto de las actuaciones penales que acreditan que la demandada fue la persona que, tras haber tramitado los procedimientos previstos para el pago de los gastos realizados para la adquisición de los equipos de protección individual, comparecía en persona en la Caja central y recibía los importes correspondientes. Asimismo, el contenido del Informe sobre el pago de facturas irregulares en Patrimonio Nacional, obrante a los folios 712 y 713 del Anexo I de las Actuaciones Previas y, por último, el informe del Gerente de Patrimonio Nacional de 6 de mayo de 2021, ya citado, reitera que fue la hoy apelante quien cobró en efectivo el dinero correspondiente a las facturas. Por todo ello, no cabe afirmar que se haya producido infracción del artículo 217 de la LEC, por lo que debe desestimarse el segundo motivo del recurso de apelación.

3.- En cuanto a la posible vulneración de lo dispuesto en el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento, el Fiscal destaca que la parte recurrente se limita a reproducir en la apelación argumentos que ya fueron empleados por la demandada en la instancia, y que solo expresa su disconformidad con la resolución que impugna, pero sin dotarse de verdadero contenido impugnatorio. Dichos argumentos fueron rechazados por la Juzgadora de instancia en su fundamentación jurídica, que el Ministerio Público comparte, y a la que se remite. Esta técnica de defensa empleada por la recurrente incurre en defectos que han sido repetidamente rechazados por esta Sala de Justicia en numerosas Sentencias, como la nº 12/2019, de 21 de junio. Por todo ello no se puede coincidir con el tercer y último motivo del recurso de apelación, lo que obliga a su desestimación y a la confirmación de la resolución apelada.

SEXTO.- Una vez resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado por la representación procesal de Doña B.F.S., contra la Sentencia recurrida, así como las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, de oposición a dicho recurso, 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.

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.

SÉPTIMO.- Establecido lo anterior, es preciso comenzar analizando la alegación realizada por la parte recurrente sobre la existencia de prejudicialidad penal, por cuanto constituye una cuestión que requiere un pronunciamiento previo, por parte de esta Sala de Justicia.

En la Sentencia de Instancia no se ha analizado dicha excepción procesal, pues como ha señalado el Servicio Jurídico del Estado, la demandada no mantuvo en sus conclusiones finales la alegación de dicha excepción, que había sido desestimada por la Consejera de Instancia en la audiencia previa. En puridad procesal, y a la vista de lo actuado, resultaría cuanto menos discutible que en esta fase de apelación hubiera que pronunciarse sobre dicha excepción, pero esta Sala de Justicia, a fin de preservar el principio de exhaustividad de las resoluciones jurisdiccionales y el derecho a la

tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución Española (“CE”), va a analizarla en primer término.

Ha establecido esta Sala de Justicia en recientes resoluciones (por ejemplo, en su Sentencia nº 3/2021, de 23 de junio [Fundamento jurídico Decimotercero] -seguida por Sentencias números 4 y 6 del año 2021, en fechas 23 de junio y 23 de julio, respectivamente), que para resolver la controversia suscitada 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 opera 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 deduce, que dicha limitación surge a fin de evitar infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE, mediante injustificadas suspensiones de pleitos no penales; y que 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, o 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 (Fundamento jurídico 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.”

Teniendo en cuenta las anteriores premisas jurídico-doctrinales, procede destacar que, en esta jurisdicción, rige el principio de compatibilidad de las Jurisdicciones Penal y Contable, como determina el artículo 18 de la LOTCu, que señala: “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*”. El apartado 2, hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LFTCu, 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, por tanto, 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.

OCTAVO.- Una vez 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 LOTCu, 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 LOPJ 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, y 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 LEC -aplicable también a nuestro caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la LFTCu-, 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 LOTCu, 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 3ª 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.

NOVENO.- Pues bien, lo cierto es que la parte recurrente no identifica adecuadamente qué decisión o decisiones de la Jurisdicción Penal, sobre los hechos enjuiciados en el presente procedimiento de reintegro por alcance, podrían tener una influencia decisiva en la resolución que corresponde adoptar a la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas sobre las pretensiones procesales formuladas ante la misma. Y, además, examinados los autos, esta Sala de Justicia no aprecia ninguna cuestión que precise de un previo pronunciamiento penal para poder decidir si en el caso enjuiciado concurren o no los requisitos de la responsabilidad contable directa por alcance previstos en los artículos 38 y 42 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

En suma, no basta para que opere la prejudicialidad penal en el proceso contable, con los efectos suspensivos propios de dicha institución, la pendencia de un proceso penal en el que se hayan formulado pretensiones punitivas basadas en los mismos hechos en que se determinen las acciones de responsabilidad contable ejercitadas en esta Jurisdicción (como sucede en el caso de autos, máxime cuando no ha recaído resolución penal firme alguna), sino que es necesario que el eventual pronunciamiento penal sobre una cuestión de su exclusiva competencia constituya un elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable.

En el supuesto que nos ocupa, se enjuician los daños o perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de la actuación desplegada por la demandada en la tramitación de la documentación necesaria para el pago de los equipos de protección individual, que se cuantifica, según consta en autos, en la cantidad de 101.037,80 euros correspondientes a 698 facturas aparentemente emitidas por quince proveedores, sin haber rendido cuenta del destino dado a los fondos, y en el importe de 778 euros, correspondientes al cobro de 6 facturas válidamente emitidas por 2 empresas que no fueron pagadas.

Por lo tanto, la delimitación del perjuicio económico causado al Tesoro Público, derivado de tal conducta, es competencia única y exclusiva de la Jurisdicción Contable, en línea con la doctrina de esta Sala de Justicia, mantenida -entre otros muchos pronunciamientos- en la Sentencia nº 22/2020, de 17 de diciembre. No

resulta acogible la alegación de la recurrente de que debería haberse suspendido el procedimiento hasta que no se hubiese determinado quién cometió las irregularidades que provocaron el menoscabo económico en los fondos públicos, dado que la determinación de la conducta punible del autor que pudiera encajar en los tipos penales que correspondan en su caso no tiene por qué tener una influencia decisiva en la sustanciación y resolución del procedimiento contable y además, dada la compatibilidad de jurisdicciones, la prevalencia del Orden Penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y su autoría, pero no respecto de la valoración de los mismos, que es potestad exclusiva del Juez Contable.

Por lo tanto, no cabe apreciar la prejudicialidad penal esgrimida en el recurso por la representación procesal de Doña B.F.S., debiendo esta Sala de Justicia desestimar el motivo Primero de su recurso de apelación.

DÉCIMO.- En el segundo motivo de recurso la parte apelante ha considerado que la Juzgadora “a quo” ha incurrido en vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 6.2 del Convenio de Derechos Humanos, así como infracción de las reglas que regulan el principio civil de carga de la prueba del artículo 217 de la LEC. Lo que persigue la recurrente, es que se declare que no ha incurrido en responsabilidad contable directa y, por tanto, que no tiene obligación de resarcir el perjuicio económico causado al Erario, con reintegro de la cantidad a que se contrae el alcance, más los intereses correspondientes.

Respecto a la vulneración de la presunción de inocencia, esta Sala de Justicia ha venido manifestando, de forma reiterada, que no cabe su aplicación en el ámbito del procedimiento contable de reintegro por alcance.

El Tribunal Constitucional en Sentencias núm. 73/1985, de 14 de junio, ha establecido que, el derecho a la presunción de inocencia tiene su campo de acción en los procedimientos penales e incluso sancionadores, siendo improcedente la referencia a la misma en el marco del procedimiento de reintegro por alcance, regulado en la LFTCu. En la Sentencia 72/1991, de 8 de abril, en relación con la responsabilidad civil de la que la responsabilidad contable es una subespecie ha afirmado que igualmente, ha de rechazarse la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia; la condena pues, 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; ya que 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»...”.

Esta doctrina ha sido seguida por la Sala de Justicia de este Tribunal, por todas en sentencia n° 15/2018, de 10 de octubre (Fundamento jurídico decimotercero) y en Sentencia n° 5/2013, de 6 de febrero (Fundamento jurídico décimo), determinando la no aplicación de este principio al ámbito de la responsabilidad contable, quedando sustituido por el principio de carga de la prueba.

En la Sentencia de 23 de julio de 2007, esta Sala afirma que, *el objeto del Proceso de reintegro por alcance, no es imponer una sanción penal o administrativa a un presunto infractor, sino exigir una responsabilidad de naturaleza civil por los daños y perjuicios causados en fondos públicos determinados al margen de la posible responsabilidad penal o disciplinaria que se pueda exigir ante otras jurisdicciones. Por lo tanto, no son de aplicación ni al proceso ni a la fase de actuaciones previas los principios que deben regir el proceso penal o el proceso sancionador, tal y como se ha mantenido de forma constante por esta Sala, pudiendo citar como ejemplo la reciente Sentencia de 29 de diciembre de 2006: “Ahora bien, debe subrayarse que la responsabilidad contable tiene naturaleza patrimonial o reparadora y, en ningún caso, sancionadora, en cuanto se trata de obtener el reintegro de los daños causados por los gestores de los fondos públicos que hayan resultado menoscabados por lo que, como ha señalado esta Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas las Sentencias 20/2001 y 11/02, de 19 de diciembre, la aplicación del principio de presunción de inocencia no tiene cabida en el ámbito contable, al tratarse de un principio específico del derecho sancionador que en el enjuiciamiento contable se ve sustituido por el principio de carga de la prueba...”*.

Todo ello obliga a esta Sala a rechazar los alegatos que la parte recurrente ha efectuado respecto al principio de presunción de inocencia.

Asimismo, plantea que la Consejera de instancia ha vulnerado el principio de carga de la prueba. El principio civil de carga de la prueba viene establecido en el artículo 217 de la LEC, que regula su distribución en el sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma.

El citado artículo, en su párrafo segundo, establece que corresponde al actor “*la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda*”, e incumbe al demandado, según el párrafo tercero del mismo artículo “*la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*”.

Además de lo anterior, ciñéndonos a las pretensiones que se ventilan en el Orden jurisdiccional Contable, habrá que añadir que, tal y como señala la Sentencia de esta Sala de Justicia n° 22/2009, de 29 de septiembre, esta distribución de los hechos que

debe probar cada una de las partes, es congruente con las operaciones de cargo y data, que comprenden las siguientes fases: a) la entrega de los fondos o efectos públicos, que produce efectos traslativos de su posesión desplazándose la misma a la persona que los recibe, que queda obligada a su custodia, administración o gestión con la diligencia exigible a quien acepta negociar intereses ajenos y, en particular, intereses públicos; b) finalizada su gestión, el gestor ve liberada su responsabilidad mediante la operación de descargo o data, a través de la cual devuelve todo o parte de los fondos recibidos y/o el producto de la cuentadación; y c) en todo caso, los formalismos legales para el cargo o data, a los efectos de la responsabilidad contable, deben interpretarse bajo la perspectiva de si su ausencia ha menoscabado o no la integridad del Patrimonio Público.

En el caso de autos correspondió al organismo demandante, Patrimonio Nacional, y al Ministerio Fiscal, probar que se había producido un perjuicio en los fondos públicos de tal entidad, como consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente culpable o negligente de la demandada Doña B.F.S., de lo que se derivaría, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 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, indemnización que no es sino el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de las demandas sustanciadas en estas actuaciones.

Por lo que respecta a la citada demandada, le correspondió probar los hechos que impedían, desvirtuaban o extinguían la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que no existió realmente un alcance, al ser legal la utilización de los fondos públicos que se entendían menoscabados y estar justificados al fin, igualmente público, para el que fueron provisionados o que faltaba alguno de los requisitos que la Ley y la jurisprudencia exigen, para que pueda imputarse responsabilidad contable.

La Abogacía del Estado, en nombre y representación de la entidad pública Patrimonio Nacional, aportó, en defensa de sus pretensiones, toda la documentación que obra en las presentes actuaciones, con el fin de concretar los hechos que generaron el litigio suscitado, que incluye toda la documental aportada en la pieza de las Diligencias Preliminares A-111/18, la obrante a las Actuaciones Previas nº 193/18 -con sus correspondientes Anexos-, así como la remitida por el Juzgado de Instrucción nº 29 de Madrid, en el seno de las Diligencias Previas 2556/2018 incoadas y los sucesivos Informes emitidos por la Gerencia de Patrimonio Nacional y por el Cajero Pagador de los Servicios Centrales de dicha entidad por el alcance de fondos públicos, así como los emitidos por las entidades comerciales que detectaron irregularidades en las facturas en las que figuraban sus razones sociales.

La parte recurrente ha formulado sus argumentos de descargo de responsabilidades exclusivamente en el contenido (parcial) de uno de los Informes del Gerente del Patrimonio Nacional, de fecha 6 de mayo de 2021, en el que, si bien se afirma que no existe justificación documental de haberse realizado pagos en metálico ni documentación del cobro en efectivo de las facturas, sí acredita que fue la recurrente quien cobró en efectivo el dinero correspondiente a las facturas, no constando comprobante bancario por no existir transferencia, pero sí constancia en la aplicación informática del pago en efectivo y de su fecha.

Ello impide considerar que se haya producido infracción del principio de carga de la prueba, en los términos previstos en el artículo 217 de la LEC, puesto que la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, partes actoras en el procedimiento, cumplieron su deber procesal aportando la documentación que justificaba su pretensión de declaración de responsabilidad contable en la persona de la demandada y el reintegro de las cantidades no ingresadas en el Tesoro público, mientras que la parte demandada, ni en la fase de instancia, ni ahora, en la de apelación, ha aportado pruebas concluyentes que fundamenten su pretensión absolutoria.

Sin perjuicio de lo establecido en el Fundamento jurídico Sexto de esta Resolución, de que la naturaleza jurídica del recurso de apelación habilita al Tribunal que conoce del mismo a resolver el debate que se plantea en la meritada fase de recurso, confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido en la instancia, 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, pero la Sala puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo”, como ha reiterado esta Sala (entre otras, Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre).

Y, como también ha tenido ocasión de pronunciar esta Sala de Justicia (por ejemplo, en Sentencias nº 14/2019, de 26 de julio, y nº 15/2020, de 30 de septiembre) 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, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa, pues se constata claramente que la Juzgadora “a quo” ha realizado una valoración

conjunta de la prueba aportada en autos, con arreglo a criterios de sana crítica -tal y como exige la LEC- y, por el contrario, de la lectura del recurso de apelación formulado se muestra, con claridad, que las alegaciones de la parte apelante, respecto a los documentos tenidos en cuenta y cuyo contenido fue valorado por la Excma. Sra. Consejera de Instancia, son meras consideraciones de parte que revelan, tan sólo, una discrepancia con la valoración de la prueba y las conclusiones a las que llegó la misma Juzgadora de Instancia, pero en las que no se ha opuesto ni un elemento probatorio consistente que sirva para respaldar dichas conclusiones, como ya ha sido expuesto, lo que conlleva la desestimación del segundo motivo de apelación.

UNDÉCIMO.- También considera la parte apelante que se ha producido infracción de las normas sustantivas que configuran la responsabilidad contable por alcance y, en concreto, denuncia que se ha vulnerado el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Considera la recurrente que no es funcionaria, ni responsable del manejo de caudales o efectos públicos, sino una mera tramitadora de expedientes, bajo la autoridad y autorización de sus superiores, a los que no ha dudado en trasladar cualquier tipo de responsabilidad. En concreto, ha afirmado que de la falta de justificación de los pagos en efectivo que se dicen realizados, serían los responsables de Caja los que deberían responder de ellos. Asimismo, alega que la asignación de funciones en la tramitación de las facturas no implica que sea responsable de dichas funciones. Y, por último, ha venido a reiterar que, conforme a la prueba practicada, no existe justificación documental, ni contable, de la identidad de la persona que cobraba las facturas en efectivo, por lo que no cabe imputarle la responsabilidad que efectúa la sentencia apelada.

La recurrente de manera implícita plantea la falta de legitimación pasiva. 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), 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.

Consta acreditado en el Hecho Probado Primero de la Sentencia recurrida que entre las funciones que realizaba Doña B.F.S. se encontraba la tramitación íntegra en el sistema Sorolla 2 de la documentación necesaria para la adquisición de equipos de protección individual para los empleados del Consejo. La adquisición se gestionaba mediante el sistema de pagos por caja fija. Este sistema de pagos implicaba una autorización previa de la Dirección de Administración y Medios, la adquisición del equipo, la aportación de la factura, la emisión de un certificado de conformidad y la remisión del expediente a la caja para su pago al proveedor o al trabajador, en el caso de haber abonado éste la factura. Para poder tramitar la documentación relativa a los pagos de caja fija la recurrente estaba dada de alta en el sistema, con perfil de acceso de gestión de justificantes de caja.

Por tanto, nos encontramos que, independientemente del carácter de la trabajadora, la Sra. F.S. 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 debe rechazar las alegaciones efectuadas por la parte recurrente en sentido contrario.

DECIMOSEGUNDO.- En cuanto al tratamiento de fondo de la cuestión planteada en la presente fase de apelación, cabe señalar que la responsabilidad contable surge en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos cuando, como consecuencia de la actuación ilegal, dolosa o gravemente culpable o

negligente del gestor, se ocasiona un daño en los caudales públicos, cuya gestión tiene encomendada.

En el caso de autos, tras el análisis del ramo de prueba documental aportado al procedimiento, ha quedado probado que se ha producido un menoscabo económico en las cuentas públicas de Patrimonio Nacional (extremo éste que no ha sido contradicho por la parte apelante en el presente recurso) constitutivo de alcance por importe de 101.815,80 euros como consecuencia de las actuaciones realizadas en la tramitación de la documentación necesaria para el pago de los equipos de protección individual, que se detallan en Fundamento de Derecho quinto de la Sentencia de Instancia, que se da por reproducido.

Ahora bien, 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 artículos anteriormente referidos, tanto de la LOTCu, como de la LFTCu, sistematizados por una constante línea doctrinal de esta misma Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia nº 15/2020, de 30 de septiembre) 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 presupuestaria y contable reguladora del Sector Público de que se trate.
- d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave.
- e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.
- Y, f) que exista relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La parte recurrente ha alegado en su escrito de recurso que no es funcionaria, que no era la responsable del manejo de los fondos sino una mera tramitadora de expedientes bajo la autoridad de sus superiores y siguiendo sus indicaciones, siendo

los responsables quienes hubieran realizado los pagos sin justificación, cuestiones que se han analizado en el fundamento de derecho anterior y asimismo ha manifestado que conforme a la prueba practicada, no existe justificación documental, ni contable, de la identidad de la persona que cobraba las facturas en efectivo, ya que no ha quedado acreditado que fuera la demandada quien comparecía en persona en la Caja Central y recibía los importes correspondientes.

La Sentencia de Instancia analiza de forma pormenorizada cada uno de los requisitos necesarios para la determinación de la responsabilidad contable que se acaban de exponer, según se refleja en el contenido de los Fundamentos de Derecho Quinto a Undécimo de la Sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos, siendo acogidos totalmente por esta Sala de Justicia.

Respecto a la autoría de los hechos, de la prueba practicada obrante en autos, ha quedado acreditado y no ha sido desvirtuado que la Sra. F.S. trabajaba en el Consejo de Patrimonio Nacional y entre otros cometidos era la encargada de tramitar todas las facturas y, tras haber tramitado los procedimientos previstos para el pago de los gastos realizados por los empleados de Patrimonio Nacional para la adquisición de los equipos de protección individual, bien a ellos mismos, bien a las empresas suministradoras, comparecía en persona en la Caja Central y recibía los importes correspondientes, constando acreditado que cobrados los mismos, no los abonaba. Lo mismo hizo con las facturas reales que presentó al cobro en metálico para su entrega a la entidad suministradora por importe de 778 euros, que nunca entregó, y tampoco justificó su destino, como consta acreditado en la Sentencia de Instancia.

Esta forma de actuación de la Sra. F.S., como se ha reconocido en el Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia de instancia, no se ajustó al canon de diligencia que le era jurídicamente exigible, pues no ha acreditado el destino dado a unos fondos públicos que ha quedado probado que recibió.

Además de ello, la alegación que realiza la recurrente en su descargo, con el fin de eludir su responsabilidad, de que actuaba bajo la autoridad, autorización e indicaciones de sus superiores, siendo responsables los que realizaron los pagos sin justificación, tampoco puede ser estimada.

La Sala de Justicia en doctrina reiterada, por todas, en Sentencia nº 8/2019, de 21 de junio, Sentencia 8/2008, de 28 de mayo, y en Sentencia nº 12/2006, de 24 de julio, establece 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 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, reitera que las deficiencias de

organización, lejos de ser una causa moderadora de la responsabilidad, exigen un refuerzo en la diligencia aplicable.

La recurrente no puede exonerarse de la responsabilidad que le corresponde por el hecho de que otro u otros, hubieran podido hacer dejación de sus propias obligaciones incurriendo en conductas determinantes del daño a los caudales públicos. En el caso de que hipotéticamente hubieran existido deficiencias de organización y ausencia de controles en el Servicio de caja fija, debía haber extremado la diligencia y el cuidado para que los fondos públicos no hubieran sufrido menoscabo, circunstancias que no resultan acreditadas en las presentes actuaciones, en las que por el contrario lo que sí ha resultado probado, es que se trata de actuaciones realizadas por la Sra. F.S., que era responsable de los fondos y estaba obligada a rendir cuentas de su gestión, produciendo un perjuicio en los fondos públicos que debe ser reintegrado.

Por todo ello, esta Sala de Justicia desestima, asimismo, el tercer y último motivo del recurso de apelación.

DECIMOTERCERO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia entiende, al igual que declaró la Excma. Sra. Consejera titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal en la Sentencia recurrida, que concurren, en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para considerar a Doña B.F.S., responsable contable directa del alcance producido en los fondos públicos de la entidad Patrimonio Nacional.

Como consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la citada Doña B.F.S. contra la Sentencia nº 7/2021, de 21 de octubre, recaída en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-35/19, que se confirma en su integridad.

DECIMOCUARTO.- Respecto a las costas causadas en esta instancia, se imponen a Doña B.F.S., conforme al artículo 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimado el recurso de apelación por dicha parte 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 deducido por el Letrado Don Álvaro Martínez-Esparza García, en nombre y representación de Doña B.F.S. contra

la Sentencia nº 7/2021, de 21 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-35/19, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad – Patrimonio Nacional), Madrid, que se confirma íntegramente.

SEGUNDO.- Imponer las costas de esta apelación a la parte apelante, Doña B.F.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, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

Recurso de Apelación nº 3/22**Procedimiento de Reintegro nº A-35/19****Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (Mº de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad - Patrimonio Nacional)****MADRID****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 n° 11/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación n.º 6/22, interpuesto contra la Sentencia 7/2021, de 27 de octubre, dictada 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-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca. Ponente: Excma. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

La Sala estima el recurso interpuesto por los declarados responsables contables, al que se había adherido parcialmente el Ministerio Fiscal, frente a la Sentencia de primera instancia, que estimó parcialmente la demanda del actor público y declaró la responsabilidad contable de tales demandados, resolución que es revocada íntegramente en apelación, por no apreciarse la concurrencia de un alcance contable.

- La Sala ajusta su fundamentación a la doctrina reiterada respecto a los límites y diferenciación entre la fase preparatoria de los procedimientos contables y los propiamente jurisdiccionales, por lo que desestima la alegación de incongruencia planteada por los apelantes. Y refiere la naturaleza y regulación jurídica de los Acuerdos adoptados por el Pleno municipal, conforme a las normas específicas de la Administración Local.
- También aplica la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida en sus Sentencias de 18 de enero y 28 de noviembre, ambas, de 2012.

Por último, realiza un detallado análisis de los hechos que quedaron probados en la Sentencia de instancia y concluye, atendiendo a la jurisprudencia citada del TS, que, en el momento en que se ordenaron e intervinieron los pagos objeto de litigio, existía una previsión presupuestaria válida y eficaz para su realización, que estaba recogida en los Presupuestos municipales vigentes para cada ejercicio económico al que se refieren los hechos enjuiciados, y que no habían sido declarados ilegales al tiempo en que se realizaron.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 11/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n.º 6/22, interpuesto contra la Sentencia 7/2021, de 27 de octubre, dictada 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-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.

SALA DE JUSTICIA:

Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excma. Sra. María del Rosario García Álvarez.- Consejera

Excma. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a 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 presente recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 7/2021, de 27 de octubre, dictada 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-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca.

Han sido parte apelante Don J.M.J. y Don B.G.M., representados por el letrado don Juan María Martín Prieto; y parte apelada, Don F.J.S.C. en su propio nombre y en representación del G.M.V.C. En cuanto al Ministerio Fiscal, se ha adherido parcialmente al recurso interpuesto, impugnando uno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, y se ha opuesto a la apelación en todo lo demás.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Dña. Elena Hernández Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de octubre de 2021, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dictó sentencia en el Procedimiento de Reintegro por Alcance n.º C-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca, en cuya parte dispositiva se establecía lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, Salamanca, el de VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (28.414,16€).

SEGUNDO.- Declarar como responsables contables directos y solidarios a DON J.M.J. y a DON B.G.M., por el importe de 28.414,16€.

TERCERO.- Condenar a los mencionados DON J.M.J. y DON B.G.M. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

CUARTO.- Condenar, asimismo, a DON J.M.J. y DON B.G.M. 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.

QUINTO.- Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en las cuentas del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar en su presupuesto de ingresos.

SEXTO.- Sin costas en esta instancia”.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2021, la representación procesal de Don J.M.J. y Don B.G.M. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 2 de diciembre de 2021, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado del mismo a las partes para que pudieran formular su oposición.

CUARTO.- Don F.J.S.C., en su propio nombre y en representación del G.M.V.C., se opuso al recurso de apelación mediante escrito de fecha 8 de diciembre de 2021.

QUINTO.- Mediante Providencia de fecha 10 de diciembre de 2021, se puso en conocimiento de las partes el nombramiento de don Diego Iñiguez Hernández como Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2021, el Ministerio Fiscal se adhirió parcialmente al recurso interpuesto, impugnando uno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, y se ha opuesto a la apelación en todo lo demás.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 20 de diciembre de 2021, se acordó la admisión a trámite de los precitados escritos, así como el traslado del escrito presentado por el Ministerio Fiscal a la representación procesal de Don J.M.J. y Don B.G., confiriéndoles el plazo de diez días para, en su caso, oponerse a la adhesión planteada.

OCTAVO.- Una vez transcurrido el precitado plazo conferido a Don J.M.J. y Don B.G. para oponerse a la adhesión formulada por el Ministerio Fiscal, sin que se hubieran presentado escrito alguno, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 31 de enero de 2022, se acordó 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.

NOVENO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia y los escritos de personación de las partes, por Diligencia de Ordenación de fecha 14 de febrero de 2022, se acordó nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas Excma. Sra. D^a. Elena Hernández Salguero, y, encontrándose concluso el recurso, pasar los autos a la Consejera Ponente para preparar la pertinente resolución.

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 12 de septiembre de 2022, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

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.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida.

TERCERO.- El recurso de apelación de Don J.M.J. y Don B.G.M. se fundamenta, esencialmente, en los siguientes motivos:

1. En primer lugar, los apelantes plantean una supuesta incongruencia entre lo razonado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que declara la existencia de un daño a los fondos públicos municipales durante el ejercicio 2017, por un importe de 2.230,26 euros, y lo declarado en el Auto de fecha 10 de junio de 2019, por el que se acordó el nombramiento de Delegado Instructor, en el que se hacía referencia exclusiva a los ejercicios presupuestarios 2018 y 2019 como período temporal al que se referirá la práctica de las actuaciones previas. Añaden que a la misma conclusión debe llegarse si se analiza el escrito de demanda del Ministerio Fiscal, ya que limita temporalmente el contenido de sus pretensiones a los ejercicios económicos 2018, 2019 y 2020.

En un mismo sentido, concluyen sus razonamientos aduciendo que ya se les habría enjuiciado por su presunta responsabilidad contable, en relación con los pagos realizados en concepto de gastos médico-farmacéuticos durante el ejercicio económico 2017, habiendo sido desestimada dicha imputación, con carácter firme, mediante el Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, dictado por la Sala de Justicia en el recurso de apelación n.º 40/2019, que confirmó lo resuelto en el Auto de fecha 3 de junio de 2019, dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-105/2018.

2. Como segundo motivo, los apelantes alegan que, frente a lo razonado en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, no concurriría el alcance regulado en el artículo 72 de la LFTCU por cuanto en el supuesto enjuiciado sí existía un título legal habilitante para efectuar los pagos de los gastos médico-farmacéuticos a los dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Villarino de los Aires; concretamente, dicho título legal habilitante sería el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada con fecha 16 de abril de 1993 que, a su vez, se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 6 y en la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, y, por lo tanto, este acuerdo plenario venía a establecer un mandato de pago de curso legal por los referidos conceptos.

Además, los recurrentes precisan que la sentencia apelada no puede basarse en el acuerdo al que se refiere el Punto Sexto del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017 (v. acta completa de la sesión en los folios 127 a 136 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance), ya que el mismo deriva de una *“Moción Política propuesta por un Grupo Municipal sin inclusión en el orden del día y sin mediar informes preceptivos de Secretaría ni de las correspondientes*

comisiones informativas”. A su juicio, este acuerdo plenario carecería de la necesaria eficacia constitutiva y “*fuera extrínseca*”, conforme a la normativa vigente en materia de organización y régimen jurídico de las Entidades Locales; y concluyen que, por el contrario, sería el meritado acuerdo plenario de fecha 16 de abril de 1993 el que habría permanecido vigente hasta la sesión del Pleno celebrada el día 24 de septiembre de 2020, en la que se acordó dejar sin efecto definitivamente el mismo; proceder a la integración de los funcionarios municipales en el Sistema General de la Seguridad Social, con efectos 01/01/2021; y no volver a abonar cantidad alguna en concepto de asistencia farmacéutica.

Finalmente, añaden que, a efectos meramente hipotéticos, aun admitiendo que se hubiera producido un “*incumplimiento*” del concreto acuerdo alcanzado en la sesión plenaria del 28 de diciembre de 2017, tras aprobarse la Moción presentada por el G.M.V.C., por sí solo, dicho “*hipotético incumplimiento*” tampoco causaría responsabilidad contable por cuanto los dos funcionarios municipales que recibían los pagos cumplían los requisitos para recibir la prestación de asistencia médico-farmacéutica, como así se reconoció expresamente en el mencionado Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, dictado por esta Sala de Justicia en el recurso de apelación n.º 40/2019.

3. Como último motivo de la apelación, los recurrentes plantean que en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida se vulneran los artículos 122 y 123 de la Ley 7/1985, de 2 de octubre, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en relación con lo dispuesto en los artículos 82 y 208 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 13 de noviembre (en adelante, ROF); así como los artículos 176 y 187 de la Ley 7/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), y el artículo 162 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL).

Los apelantes alegan que, en ningún caso, puede existir daño a los caudales públicos municipales determinante de responsabilidad contable en el supuesto aquí enjuiciado, ya que los pagos realizados en concepto de gastos médico-farmacéuticos traen causa de partidas presupuestarias aprobadas por el Pleno de la Corporación, con las correspondientes dotaciones económicas. En este sentido, puede constatarse que el Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires aprobó los Presupuestos Municipales de los ejercicios 2017, 2018, 2019 y 2020, con inclusión de los créditos correspondientes a los gastos médico-farmacéuticos de referencia: presupuesto municipal para el ejercicio económico 2017 (publicación en BOP n.º 215, de 9 de noviembre de 2017); presupuesto municipal para el ejercicio económico 2018 (publicación en BOP n.º 47 de 8 de

marzo de 2019); presupuesto municipal para el ejercicio económico 2019 (aprobación por prórroga automática del presupuesto de 2018); y presupuesto municipal para el ejercicio económico 2020 (publicación en BOP nº 79, de 27 de abril de 2020).

CUARTO.- Don F.J.S.C. se ha opuesto al recurso de apelación de Don J.M.G. y Don B.G.M., mediante escrito de fecha 8 de diciembre de 2021; en síntesis, ha planteado los siguientes motivos de oposición a la apelación:

1. Temeridad y mala fe procesal de los recurrentes, teniendo en cuenta que, desde el inicio del presente procedimiento, se han dictado varias resoluciones judiciales (Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 1 de Salamanca; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; o Tribunal Supremo) cuyo contenido resume someramente, concluyendo que las mismas acreditan la plena validez del acuerdo plenario de fecha 28 de diciembre de 2017; la reiterada irregularidad de todos los pagos realizados concepto de asistencia sanitaria y gastos farmacéuticos posteriores a dicha fecha; y la responsabilidad contable de los demandados.
2. En segundo lugar, respecto de los pagos de asistencia sanitaria y farmacéutica referidos al año 2017, que fueron abonados con cargo a los presupuestos de ese ejercicio, el Sr. S.C. fundamenta su oposición a la apelación reproduciendo parcialmente el contenido de la Sentencia 360/19, de 30 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 1 de Salamanca, cuyo fallo anula el subconcepto 920.160.08, en el sentido de que no debe comprender el gasto farmacéutico al no estar incluido en el acuerdo de 16 de abril de 1993 (v. folios 73 a 84 del documento PDF AAPP 114-19). Asimismo, también reproduce la Sentencia 630/20, de 12 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que confirma la dictada por el Juzgado en cuanto a que no debe comprender el gasto farmacéutico, y añade que el citado subconcepto también es contrario a derecho respecto de la asistencia sanitaria dispensada al secretario-interventor, atendiendo a la fecha de la incorporación de este funcionario al Ayuntamiento (1994), que fue posterior a la fecha del acuerdo plenario de abril de 1993.
3. En cuanto al Auto 1/2020, de 18 de febrero, dictado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación n.º 40/19 (del procedimiento de reintegro por alcance n.º B-105/18), que ha sido invocado por los apelantes, alega que no procede aplicar lo resuelto en dicha resolución judicial al supuesto aquí enjuiciado por cuanto las circunstancias actuales son radicalmente distintas de las que se daban en el momento en que se enjuiciaron los hechos por esta Sala en la tramitación de citado recurso de apelación n.º 40/19. Concretamente, precisa que las citadas sentencias del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo n.º 1 de Salamanca y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictadas con posterioridad al precitado Auto 1/2020, de 18 de febrero, confirman que los pagos de referencia realizados fueron irregulares; y, además, que en el Auto 1/2020 no se tuvo en cuenta el acuerdo del Pleno de 28 de diciembre de 2017, incurriendo en importantes errores, como que el secretario interventor tomó posesión de su plaza el 6 de junio de 1989, cuando consta como hecho probado que no lo hizo hasta el año 1994.

4. Finalmente, en cuanto a las alegaciones de los recurrentes relativas a que el acuerdo del Pleno, de fecha 16 de abril de 1993, habría permanecido vigente hasta la sesión plenaria del día 24 de septiembre de 2020, considera que son incongruentes por cuanto no puede otorgarse un valor jurídico distinto a esta resolución del Pleno de la Corporación del valor jurídico se reconoce al acuerdo plenario de 28 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta que ambos fueron adoptados por el mismo órgano municipal. Añade que el acuerdo plenario de 24 de septiembre de 2020 viene a reconocer explícitamente lo que ya se decidió en el Pleno de 2017, y que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León condenó al Ayuntamiento a dar cumplimiento a dicha resolución sin que se cuestione en la misma su legalidad.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2021, se adhiere parcialmente al recurso de apelación presentado, discrepando del concreto pronunciamiento de la sentencia recurrida que considera constitutivo de responsabilidad contable el abono por el Ayuntamiento de Villarino de los Aires de los gastos de asistencia farmacéutica correspondientes al ejercicio 2017, por importe de 2.230,26 euros. No obstante, en este punto aporta diferentes razonamientos a los empleados por los apelantes por cuanto el Ministerio Público fundamenta su adhesión parcial en la consideración de que los pagos por los gastos de referencia, que fueron realizados durante el ejercicio 2017, sí estaban amparados por lo dispuesto en el Acuerdo Plenario de 16 de abril de 1993, ya que no habría sido hasta la sesión del Pleno celebrada el día 28 de diciembre de 2017 cuando se habría anulado la posibilidad de continuar efectuando esta clase de pagos en concepto de gastos médico-farmacéuticos; circunstancia esta que, a juicio del Ministerio Fiscal, excluiría la existencia de dolo o negligencia grave en la conducta de los gestores municipales.

En relación con todos los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, que declaran constitutivos de alcance los pagos realizados en concepto de asistencia médico-farmacéutica durante los ejercicios 2018, 2019 y 2020, el Ministerio Fiscal ha formulado oposición al recurso de apelación pidiendo la confirmación de la resolución impugnada. En síntesis, el Ministerio Público considera que la prueba practicada en la instancia ha acreditado que, frente a lo afirmado por los apelantes, los abonos por un importe total de 26.183,90 euros

carecían de cobertura legal una vez que el Pleno de la Corporación, en la sesión celebrada el día 28 de diciembre de 2017, acordó dar de alta a los funcionarios afectados en la Seguridad Social, y anular del presupuesto municipal el crédito correspondiente a los gastos de referencia. Asimismo, entiende que las alegaciones de los recurrentes vienen a reproducir las planteadas en el escrito de demanda, que ya han sido debidamente analizadas y resueltas en la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- Entrando ya en el análisis de los motivos planteados en el recurso de apelación de Don J.M.J. y Don B.G.M., como ya se advirtió anteriormente, en primer lugar, se alega una supuesta incongruencia entre lo razonado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida y el contenido del Auto de fecha 10 de junio de 2019, por el que se acordó el nombramiento de Delegado Instructor para la práctica de las actuaciones previas de las que dimanaban el procedimiento de la primera instancia. En este sentido, los apelantes ponen de manifiesto que en el referido fundamento de la sentencia apelada se declara la existencia de un daño a los fondos públicos del Ayuntamiento de Villarino de los Aires por el pago de gastos farmacéuticos, por un importe de 2.230,26 euros durante el ejercicio 2017, mientras que en la parte dispositiva del precitado Auto de fecha 10 de junio de 2019 se hace referencia exclusiva a los ejercicios presupuestarios 2018 y 2019 como período temporal al que se referirá la práctica de las actuaciones previas (v. folios 54 a 56 del documento PDF ACCIÓN PÚBLICA C-22-19).

Asimismo, añaden que a la misma conclusión debe llegarse si se analiza el escrito de demanda del Ministerio Fiscal por cuanto limita temporalmente el contenido de sus pretensiones a los ejercicios económicos 2018, 2019 y 2020, excluyendo expresamente el ejercicio presupuestario 2017.

Y, finalmente, reiteran su planteamiento aduciendo que la presunta responsabilidad contable que se les atribuye por los pagos realizados en concepto de gastos médico-farmacéuticos durante el ejercicio económico 2017 ya habría sido enjuiciada y desestimada, con carácter firme, mediante el Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, dictado por esta Sala de Justicia en el recurso de apelación n.º 40/2019 (dimanante del procedimiento de reintegro por alcance n.º B-105/2018).

A la hora de examinar el presente motivo, deben ser analizados el contenido y la naturaleza de las resoluciones judiciales y los documentos referenciados por los recurrentes.

Comenzando por el Auto de fecha 10 de junio de 2019, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, por el que se acordó el nombramiento de Delegado Instructor para la práctica de las actuaciones previas de las que dimanaban el procedimiento de la primera instancia, efectivamente, en su parte dispositiva, se resuelve lo siguiente: ***“ÚNICA.- Que se***

trasladen las presentes actuaciones a la Sección Enjuiciamiento con el fin de que por ésta se proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de Delegado Instructor, a cuyo cargo se van a seguir las Actuaciones Previas, cuyo contenido, en cuanto a la apreciación de eventual responsabilidad contable por alcance, debe limitarse, por consiguiente, de acuerdo con los razonamientos jurídicos expuestos, a investigar si existe una obligación válida y legítima que justifique la salida de fondos del Ayuntamiento, durante los ejercicios 2018 y 2019, en contra de un Acuerdo Plenario, con relación a los gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica de dos funcionarios, ya que este hecho muestra una irregularidad inherente a la gestión de fondos públicos que pudiera haber ocasionado un menoscabo a los fondos públicos del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, efectivo, evaluable económicamente e, individualizable, susceptible de generar un supuesto de responsabilidad contable por alcance”.

Lo dispuesto en el precitado Auto, en cuanto a la no inclusión del ejercicio presupuestario de 2017, responde al contenido del escrito inicial presentado por el actor público, Don F.S.C., en el que pedía que el Alcalde y el Secretario Interventor fueran declarados responsables contables por las cantidades abonadas por el Ayuntamiento de Villarino de los Aires en concepto de gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica, con posterioridad a la fecha de 28 de diciembre de 2017.

Sin embargo, posteriormente, una vez abierta la fase jurisdiccional, se constata que en el escrito de demanda presentado por el propio actor público, también pide al Juzgador de instancia que declare la presunta responsabilidad contable de Don J.M.J. y Don B.G.M. por el pago de gastos médico-farmacéuticos efectuados durante el ejercicio económico 2017.

Como ha venido declarando esta Sala de Justicia en reiterada jurisprudencia, a la hora de analizar la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas:

“[...] Las actuaciones de instrucción son previas a la iniciación de la vía jurisdiccional de la que son soporte necesario, son preparatorias de aquella vía y están orientadas al enjuiciamiento y, en su caso, a la exigencia de la responsabilidad contable, pero no constituyen un procedimiento contradictorio encaminado a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable, sino que están concebidas como un conjunto de diligencias legalmente regladas y tasadas dirigidas a obtener información sobre los supuestos de responsabilidad contable, para determinar, de forma indiciaria, previa y provisional, los hechos, las personas presuntamente responsables y el perjuicio causado al Tesoro Público, con objeto de que, una vez abierta la vía jurisdiccional, los legitimados activos puedan ejercer sus pretensiones de reintegro de los daños y el abono de los perjuicios ocasionados a los caudales públicos y los legitimados pasivos puedan oponerse a dichas pretensiones. De ahí que, en el propio documento del Acta de

Liquidación Provisional, se indique que, sin perjuicio de las conclusiones a las que el Delegado Instructor pueda llegar, nada obstará a la oportuna resolución que, en su día, adopte, en sede jurisdiccional, el órgano jurisdiccional contable.

Será posteriormente –se insiste– en la fase jurisdiccional, donde las partes ejerciten las pretensiones respectivas, la/s persona/s contra las que vaya a ir dirigida la acción de responsabilidad contable, los fundamentos jurídicos y las pruebas en las que tratarán de acreditar o desvirtuar los hechos objeto del proceso, y se dictará la resolución que proceda [...]” (por todas, v. Sentencias n.º 21/2020, de 1 de diciembre; 20/2019, de 17 de diciembre; 7/2019, de 21 de junio).

De conformidad con la precitada jurisprudencia, en la fase de actuaciones previas se realiza una determinación de los hechos, las personas presuntamente responsables y el perjuicio causado a los fondos públicos, aunque de *“forma indiciaria, previa y provisional*, de tal manera que, posteriormente, en la fase jurisdiccional los legitimados activos y pasivos podrán hacer valer las pretensiones que tengan por conveniente, mediante un procedimiento contradictorio y con plenitud de prueba, debiendo pronunciarse la sentencia del Juzgador de primera instancia sobre todas ellas.

En un mismo sentido, en relación con la fase jurisdiccional, debe destacarse que el artículo 60.1 de la LFTCu dispone que *“la jurisdicción contable juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones de las mismas”*; y el artículo 71, 3ª *ab initio* del mismo cuerpo legal establece que *“la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso [...]”*.

Por todo lo anterior, debe concluirse que en el supuesto aquí enjuiciado nada impedía que el actor público incluyera entre las peticiones de su escrito de demanda la relativa a la presunta responsabilidad contable de los demandados- ahora apelantes- por los pagos de referencia efectuados durante el ejercicio 2017, **debiendo el Juzgador a quo pronunciarse sobre dicha petición al dictar sentencia, y sin que tal pronunciamiento supusiera ningún tipo de incongruencia con lo resuelto en el anterior Auto de fecha 10 de junio de 2019**, por el que acordó el nombramiento de Delegado Instructor para la práctica de las actuaciones previas de las que dimanaban el procedimiento de la primera instancia.

Por otro lado, en cuanto a la alegación de los recurrentes relativa a que, a la vista del escrito de demanda del Ministerio Fiscal, debe llegarse a la misma conclusión de incongruencia de la sentencia apelada por cuanto la demanda del Ministerio Público limita temporalmente el contenido de sus pretensiones a los ejercicios económicos 2018, 2019 y 2020, excluyendo expresamente el ejercicio presupuestario 2017, debe ser igualmente desestimada.

Basta con analizar el contenido del escrito de fecha 15 de diciembre de 2021, que presentó el Ministerio Fiscal, para comprobar que los razonamientos por los que se adhiere parcialmente al recurso de apelación impugnando la declaración de responsabilidad contable de los apelantes, exclusivamente, por los pagos realizados durante el ejercicio económico 2017, **nada tienen que ver con el hecho de que el precitado Auto de fecha 10 de junio de 2019, por el que se acordó el nombramiento de Delegado Instructor, no hiciera referencia a dicho ejercicio presupuestario;** como ya se advirtió en el fundamento quinto de la presente resolución, los razonamientos en los que el Ministerio Fiscal fundamenta su adhesión parcial a la apelación se refieren a que los pagos efectuados durante el ejercicio económico 2017 sí estaban amparados por lo dispuesto en el acuerdo plenario de 16 de abril de 1993, ya que la obligación de dejar de abonar los gastos médico-farmacéuticos no habría surgido hasta después de la sesión del Pleno celebrada el día 28 de diciembre de 2017.

Finalmente, los apelantes reiteran sus anteriores planteamientos aduciendo que la presunta responsabilidad contable que se les atribuye por los pagos realizados en concepto de gastos médico-farmacéuticos durante el ejercicio económico 2017 ya habría sido enjuiciada y desestimada, con carácter firme, mediante el Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, dictado por esta Sala de Justicia en el recurso de apelación n.º 40/2019, que confirmó lo resuelto en el Auto de fecha 3 de junio de 2019, dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, y en cuya parte dispositiva se resolvía lo siguiente: “*no haber lugar a la continuación del procedimiento de reintegro por alcance nº B 105/18, 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*”.

Pues bien, Don J.M.J. y Don B.G.M. fundamentan la presente alegación en los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho sexto *in fine* del precitado Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, por el que se resolvió el recurso de apelación n.º 40/2019, que se pronuncia en los siguientes términos literales: “[...] *De los aspectos expuestos se desprende que tanto el Secretario-Interventor como el funcionario administrativo a los que se refiere el recurrente, cumplían los requisitos para recibir las prestaciones médicas y farmacéuticas con la <<intensidad y extensión>> con las que se les facilitaron, de donde se desprende la inexistencia de indicios racionales de responsabilidad contable por el pago de las cantidades derivadas de dichas prestaciones [...]*”.

Esta alegación de los apelantes, que ya plantearon en la primera instancia mediante su escrito de contestación a la demanda, debe ser igualmente desestimada por los mismos razonamientos que se contienen en el fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia apelada, en la que, a la hora de examinar la naturaleza jurídica el citado Auto de fecha 3 de junio de 2019, por el que se dispuso no haber lugar a la

continuación del procedimiento de reintegro por alcance n.º B-105/2018, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 68.1 de la LFTCU, se pronunciaba en los siguientes términos literales:

*“[...] esta clase de resolución, como afirma la Sala de Justicia entre otros, en el Auto de 27 de marzo de 2003, implica que el juicio, propiamente dicho, no llega a abrirse y, por tanto, la resolución jurisdiccional dictada **no entra a conocer del fondo del asunto**, dado que no existe contienda judicial en la que dos partes, desde posiciones antagónicas, planteen pretensiones incompatibles entre sí, requiriendo del juzgador la resolución del conflicto. **Los efectos de la cosa juzgada material, únicamente será posible atribuirlos a las Sentencias firmes, es decir, a las que resuelven, en sentido estimatorio o desestimatorio, sobre un objeto de derecho material [...]**”.*

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, debe desestimarse el presente motivo del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Como segundo motivo del recurso de apelación de Don J.M.J. y Don B.G.M., se plantea que, frente a lo razonado en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, no concurriría el alcance regulado en el artículo 72 de la LFTCU por cuanto en el supuesto enjuiciado sí existía un título legal habilitante para efectuar los pagos de los gastos médico-farmacéuticos a los dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Villarino de los Aires; concretamente, dicho título legal habilitante sería el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada con fecha 16 de abril de 1993 (v. folio 265 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance) que, a su vez, se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 6 y en la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local (en adelante, RD 480/1993), de tal manera que este acuerdo plenario venía a establecer un mandato de pago de curso legal por los referidos conceptos a los dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento que estaban en servicio activo en el momento de los hechos enjuiciados; concretamente, los apelantes alegan que el secretario interventor estaba en activo desde 6 de julio de 1989 y el administrativo, desde el 31 de enero de 1991.

Los recurrentes desarrollan el planteamiento anterior razonando que, en ningún caso, la sentencia apelada puede basarse en el acuerdo al que se refiere el Punto Sexto del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017 (v. acta completa de la sesión en los folios 127 a 136 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance), ya que el mismo deriva de una *“Moción Política propuesta por un Grupo Municipal sin inclusión en el orden del día y sin mediar informes preceptivos de Secretaría ni de las correspondientes*

comisiones informativas”. A su juicio, este concreto acuerdo plenario carecería de la necesaria eficacia constitutiva y “*fuera extrínseca*”, ex artículos 82 y 208 del ROF; y concluyen que, por el contrario, sería el meritado acuerdo plenario de fecha 16 de abril de 1993 el que habría permanecido vigente hasta la sesión del Pleno celebrada el día 24 de septiembre de 2020, en la que se acordó dejar sin efecto definitivamente el mismo; proceder a la integración de los funcionarios municipales en el Sistema General de la Seguridad Social, con efectos 01/01/2021; y no volver a abonar cantidad alguna en concepto de asistencia farmacéutica (v. Certificado del Libro de Actas obrante al folio 141 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance).

Una vez analizados los anteriores razonamientos planteados por los recurrentes en el presente motivo de apelación, resulta que todos ellos descansan sobre una premisa principal: que el acuerdo al que se refiere el Punto Sexto del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017 (v. folios 130 y 131 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance), consistente en la anulación del concreto crédito presupuestario del ejercicio 2017 que se destinaba a soportar los pagos de referencia y en la integración de los funcionarios de carrera municipales en el régimen de la Seguridad Social, carecía de eficacia constitutiva y “*fuera extrínseca*”, al ser consecuencia de una “*Moción Política propuesta por un Grupo Municipal sin inclusión en el orden del día y sin mediar informes preceptivos de Secretaría ni de las correspondientes comisiones informativas*”. Y, por lo tanto, que se mantenía vigente el anterior acuerdo plenario de fecha 16 de abril de 1993.

Pues bien, para dar una adecuada respuesta a la anterior alegación de los apelantes, debe partirse la regulación contenida en el ROF en relación con el funcionamiento del Pleno de las Entidades Locales (artículos 77 y ss.) y, concretamente, en relación con las Mociones, ya que el citado acuerdo adoptado en la sesión del Pleno celebrada con fecha 28 de diciembre 2017 fue consecuencia de una Moción presentada por el G.M.V.C.

El artículo 97.3 del ROF dispone lo siguiente: “*A los efectos del desarrollo de las sesiones y para definir el carácter de las intervenciones de los miembros de la Corporación, se utilizará la siguiente terminología: [...] 3. Moción, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del Pleno al amparo de lo prevenido en el artículo 91.4 de este Reglamento. Podrá formularse por escrito u oralmente*”.

Y el artículo 91.4 del ROF establece que: “*4. En las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el Presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del Pleno por razones de urgencia, algún asunto no comprendido*

en el Orden del día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas.

Si así fuere, el Portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el Pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes de este Reglamento.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación, en ningún caso, a las mociones de censura, cuya tramitación, debate y votación se regirán por lo establecido en el artículo 108 de este Reglamento”.

Pues bien, tal y como se constata en el Punto Sexto *in fine* del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada el día 28 de diciembre de 2017 (v. folios 130 y 131 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance), el Portavoz del G.M.V.C. procedió a dar lectura y justificación de la Moción presentada al Pleno, con el siguiente contenido literal:

- “Siendo fehaciente que tanto el pago de la asistencia sanitaria prestada por una entidad privada de los dos funcionarios del Ayuntamiento así como el pago de los medicamentos es un hecho que no tiene cobertura legal, ni siquiera aprobación del Pleno que debemos entender nunca producida ya que a pesar de ser solicitada nunca se ha entregado, proponemos: SEA ANULADA DEL PRESUPUESTO APROBADO 2017 EL CREDITO PRESUPUESTARIO 920.160.08 GASTOS (Área 9), POR IMPORTE DE 9.000 €, ASISTENCIA MÉDICO FARMACÉUTICA Y QUE DICHOS FUNCIONARIOS SEAN DADOS DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL COMO EL RESTO DE LOS TRABAJADORES DEL AYUNTAMIENTO [...]”.

Tras finalizar de exponerse la justificación de la Moción por parte del Portavoz del citado Grupo Municipal, se procedió a realizar la correspondiente deliberación y, tras efectuar una votación entre los miembros del Pleno, que arrojó un resultado de tres votos a favor y dos en contra, **la Moción fue aprobada y, en su virtud, el Acuerdo fue proclamado por la Presidencia.** Por lo tanto, de acuerdo con la documental obrante en autos y con la regulación normativa aplicable que se contiene en los meritados artículos 91 y 97 del ROF, debe concluirse que **la Moción inicial presentada pasó a constituirse en un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento válido y eficaz;** en un mismo sentido, más de tres años después, se pronunció **la Sentencia 74/2020, de 27 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de Valladolid** (v. folios 148 y ss. del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance).

Además, esa validez y eficacia del precitado Acuerdo plenario también fue reconocida posteriormente por el propio Alcalde, Don J.M.J., mediante oficio de fecha 7 de septiembre de 2018, por el que contestó a un escrito presentado por el G.M.V.C., poniendo de manifiesto lo siguiente: *“con estas fechas he dispuesto que se inicien los trámites oportunos **para proceder al cumplimiento del Acuerdo adoptado por el Pleno Municipal de fecha 28/12/2017 en relación con la Asistencia Médico Farmacéutica de los funcionarios**”* (v. folio 139 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance); o, dos años después, en la sesión del Pleno de la Corporación celebrada el día 24 de septiembre de 2020, en la que se adoptó, por unanimidad, un acuerdo (punto 3º del Orden del Día) con el siguiente tenor literal (v. Certificado del Libro de Actas obrante al folio 141 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance): *“[...] Visto lo determinado por el Decreto 480/1993 de 2 de abril, y visto el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en fecha 16/04/1993, según el cual este Ayuntamiento optó por continuar prestando a sus funcionarios la asistencia sanitaria mediante contrato con una Entidad Privada. **Visto que ya el Pleno Municipal, en sesión celebrada el día 28/12/2017, acordó dejar sin efecto dicho acuerdo [...]**”*.

Por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse la alegación de los apelantes consistente en que el concreto acuerdo al que se refiere el Punto Sexto del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017 carecía de eficacia constitutiva y *“fuerza extrínseca”*, al ser consecuencia de una *“Moción Política propuesta por un Grupo Municipal sin inclusión en el orden del día y sin mediar informes preceptivos de Secretaría ni de las correspondientes comisiones informativas”*.

No obstante la anterior conclusión, debe advertirse que cuestión diferente a la validez y eficacia del precitado acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación es la relativa a si, efectivamente, se llegó a producir la ejecución del mismo por el órgano municipal competente y, en su virtud, si existió responsabilidad contable de los apelantes por el pago de los gastos médico-farmacéuticos a los funcionarios municipales durante los ejercicios económicos 2017, 2018, 2019 y 2020, al existir un crédito presupuestario vigente destinado a dichos pagos en la correspondiente partida presupuestaria de los Presupuestos municipales aprobados para cada ejercicio económico por el propio Pleno de la Corporación. Esta cuestión, que será objeto de análisis detallado en el siguiente fundamento, resulta capital a la hora de determinar si existe, o no, responsabilidad contable de los apelantes.

Finalmente, debe también señalarse que los recurrentes concluyen los razonamientos contenidos en su segundo motivo de apelación añadiendo que, a efectos meramente hipotéticos, aun admitiendo que se hubiera producido un *“incumplimiento”* del concreto acuerdo alcanzado en la sesión plenaria del 28 de diciembre de 2017, tras aprobarse la Moción presentada por el G.M.V.C., por sí solo, dicho *“hipotético*

incumplimiento” tampoco causaría responsabilidad contable por cuanto los dos funcionarios municipales que recibían los pagos cumplían los requisitos para recibir la prestación de asistencia médico-farmacéutica, como así se reconoció expresamente en el mencionado Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, dictado por esta Sala de Justicia en el recurso de apelación n.º 40/2019.

Esta última especie de alegación subsidiaria realizada por los apelantes debe ser igualmente desestimada, de acuerdo con las mismas consideraciones jurídicas que ya se expusieron en la parte final del anterior Fundamento Sexto: esto es, el precitado Auto n.º 1/2020, de 18 de febrero, vino a confirmar en apelación lo resuelto por el Auto de fecha 3 de junio de 2019, por el que se dispuso no haber lugar a la continuación del procedimiento de reintegro por alcance n.º B-105/2018; y este Auto firme, por su propia configuración legal, es una resolución judicial que no entra a conocer del fondo del asunto y, por lo tanto, **no puede producir los efectos de la cosa juzgada material que pretenden los apelantes; efectos que, únicamente, pueden atribuirse a las Sentencias firmes**, que son aquellas resoluciones judiciales dictadas tras una contienda ante un órgano jurisdiccional en la que dos partes, desde posiciones antagónicas, plantean pretensiones incompatibles entre sí, requiriendo del juzgador la resolución del conflicto.

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, debe desestimarse el presente motivo del recurso de apelación.

OCTAVO.- Como último motivo del recurso de apelación presentado, los recurrentes plantean que en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada se vulneran los artículos 122 y 123 de la LBRL, en relación con lo dispuesto en los artículos 82 y 208 del ROF; así como los artículos 176 y 187 de la LGP, y el artículo 162 del TRLHL.

Los apelantes alegan que, en ningún caso, puede existir daño a los caudales públicos municipales determinante de responsabilidad contable en el supuesto aquí enjuiciado, ya que los pagos realizados en concepto de gastos médico-farmacéuticos traen causa de partidas presupuestarias aprobadas por el Pleno de la Corporación, con las correspondientes dotaciones económicas. En este sentido, puede constatarse que el Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires aprobó los Presupuestos Municipales de los ejercicios 2017, 2018, 2019 y 2020, con inclusión de los créditos correspondientes a los gastos médico-farmacéuticos de referencia: presupuesto municipal para el ejercicio económico 2017 (publicación en BOP n.º 215, de 9 de noviembre de 2017); presupuesto municipal para el ejercicio económico 2018 (publicación en BOP n.º 47 de 8 de marzo de 2019); presupuesto municipal para el ejercicio económico 2019 (aprobación por prórroga automática del presupuesto de 2018); y presupuesto municipal para el ejercicio económico 2020 (publicación en BOP n.º 79, de 27 de abril de 2020).

Antes entrar en el análisis del presente motivo de apelación planteado por los recurrentes, debe destacarse que las alegaciones contenidas en el mismo no han sido analizadas en la sentencia impugnada, a pesar de que ya habían sido puestas de manifiesto en el escrito de contestación a las demandas, presentado con fecha 23 de julio de 2021 (v. folios 223 y ss. del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance). En efecto, ni en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia apelada- que concretamente impugnan los recurrentes mediante el presente motivo de apelación- ni en ningún otro punto de la resolución, se realiza un pronunciamiento expreso sobre esta concreta causa de pedir que Don J.M.J. y Don B.G.M. plantearon en la primera instancia y vienen a reiterar ahora en fase de recurso de apelación.

En particular, el Juzgador *a quo* expone, en los fundamentos jurídicos cuarto a sexto de la sentencia recurrida, los razonamientos por los que considera acreditado lo siguiente: que se ha producido un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, por un importe total de 28.414,16 euros (en esencia, por haberse incumplido el Acuerdo del Pleno alcanzado en la sesión celebrada el 28 de diciembre de 2017); que concurre un nexo causal entre el perjuicio ocasionado y la actuación de los demandados (en síntesis, porque el Alcalde ordenó los pagos de referencia sin título jurídico que los amparase y el Secretario-Interventor, realizó la intervención formal de esa ordenación de pagos y de su realización material).

Finalmente, dedica el fundamento jurídico séptimo- que concretamente impugnan los recurrentes mediante el presente motivo de apelación-, a justificar la concurrencia del elemento subjetivo (negligencia grave) en las conductas de los demandados -ahora apelantes- determinante de su responsabilidad contable, exponiendo los siguientes razonamientos:

“[...] Atendiendo a lo anterior y teniendo en cuenta que, según el artículo 41.25 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, corresponde al Alcalde de la Corporación publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento, se puede afirmar que Don J.M.J. al no cumplir el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de diciembre de 2017 que aprobó dar de alta a los funcionarios municipales en la Seguridad Social como el resto de los trabajadores y seguir abonando la asistencia sanitaria de aquéllos a una Entidad Privada -M.E., S.A., S.R.- y realizar pagos de servicios farmacéuticos sin justificación normativa alguna, ha incumplido las funciones que legalmente tiene encomendadas habiendo actuado cuanto menos de forma gravemente negligente.

En cuanto a la actuación de Don B.G.M., hay que indicar que ocupaba el puesto de Secretario-Interventor y que, conforme a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4

de los Reales Decretos 1174/1987, de 18 de septiembre, y 128/2018, de 16 de marzo, por los que se aprobó el Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, y 2013 y 2014 del 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, le correspondía la asistencia a las sesiones del Pleno, levantar las actas de aquéllas y la certificación de los acuerdos que adoptara este Órgano, asimismo la intervención de todo acto o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones o gastos de contenido económico, de la ordenación de los pagos y de su realización material, sin perjuicio de su asesoramiento legal. Por ello, al no haber reparado los pagos realizados en el Ayuntamiento de Villarino de los Aires en concepto de asistencia sanitaria y farmacéutica que han motivado el daño causado al erario municipal, este Consejero aprecia una dejación de funciones en la actuación del Sr. Guerra que obliga a calificar su conducta como gravemente negligente [...]”.

Pues bien, a la hora de analizar si procede estimar, o no, el presente motivo de apelación planteado por los recurrentes, por el que impugnan el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de primera instancia, debe partirse de lo establecido en la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2012 (Sección 7ª; RJ\2012\3615)**, en la que, sin ningún tipo de duda, se enjuiciaba un caso que presenta una clara identidad de razón con el que constituye el objeto del presente recurso de apelación. En este sentido, y por lo que ahora interesa, la resolución del Alto Tribunal se pronunciaba en los siguientes términos literales (FD ÚNDÉCIMO):

“[...] La cuestión que suscita el motivo se refiere a la determinación de a qué órgano del Ayuntamiento ha de imputarse la vulneración de la Ley de Presupuestos del Estado, causante del afirmado menoscabo de los fondos públicos del Ayuntamiento de Siero: si al Pleno o al Alcalde.

[...] 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.

La afirmación contenida en el Fundamento Duodécimo de la Sentencia recurrida en su párrafo segundo, en la que se expone la fundamentación normativa de la exigencia de responsabilidad contable al Alcalde por la aplicación de los acuerdos del Pleno no podemos compartirla.

Se dice en dicho párrafo: «En primer lugar, las atribuciones y competencias que los artículos 167 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851), y 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372), reguladora de las Bases de Régimen Local (ambos textos vigentes en el momento en que se produjeron los hechos) otorgan a los Alcaldes- Presidentes la función de ordenadores de pagos, lo que les convierte en responsables contables ante esta jurisdicción en el caso de efectuarse pagos indebidos (ver, por todas, la Sentencia de esta Sala 3/07, de 14 de marzo de 2007 (PROV 2007, 257895). En definitiva, el carácter de responsables contables de los Alcaldes que ordenaron los pagos ha sido suficientemente desarrollado en el Fundamento de Derecho anterior».

El argumento contenido en el párrafo transcrito concurre en un salto lógico.

Es incuestionable que los preceptos citados en el de la Ley de Haciendas locales y de Bases de Régimen Local otorgan a los Alcaldes-Presidentes la función de ordenadores de pagos. Como lo es igualmente que ello les convierte en responsables contables ante el Tribunal de Cuentas en el caso de efectuarse "pagos indebidos". Pero eso evidentemente no determina que los pagos ordenados por los Alcaldes en el ejercicio de su función, bajo la cobertura de los acuerdos del Pleno y ejerciendo las competencias que les atribuye la legislación de régimen local, puedan tacharse de "pagos indebidos" en razón de las ilegalidades que, al adoptarlos, hubiese cometido el Pleno.

El parámetro de una responsabilidad contable en un procedimiento de reintegro por alcance lo constituye la previsión presupuestaria o contable de que se trate.

Si tal previsión presupuestaria y contable existe, como ocurriría en este caso, se desvanece la posible base de una responsabilidad contable en ese procedimiento, independientemente de que al margen de él y respecto de otras personas de las concernidas en dicho procedimiento y por otras causas jurídicas pueda haber base para otro tipo de responsabilidad.

El que los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento acaben siendo declarados ilegales y nulos por la jurisdicción contencioso-administrativa, no es razón suficiente para poder afirmar que los pagos efectuados bajo la cobertura de esos acuerdos en momento anterior a la declaración de su ilegalidad, y efectuados desde una condición jurídica distinta de la propia de los sujetos que adoptaron tales acuerdos, puedan calificarse asimismo de ilegales. Considerarlo así,

supone una especie de inaceptable proyección retroactiva de la Sentencia respecto de actos distintos de los que fueron recurridos ante la Jurisdicción Contencioso- administrativa, que debe rechazarse [...]”.

Esta doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la delimitación del concepto de presuntos “*pagos indebidos*” efectuados por los Alcaldes de un municipio, a efectos de determinar su responsabilidad contable, en aquellos casos en que se estaban limitando a aplicar un Acuerdo del Pleno de la Corporación municipal vigente, en el ejercicio de sus competencias en materia de Régimen Local, fue confirmada posteriormente por la misma **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Sección 7ª; RJ\2013\446)**, que vino a declarar la inexistencia de responsabilidad contable de dos Alcaldes que habían sido condenados previamente en apelación por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, al considerar que los actos administrativos por los que habían autorizado el abono de unos complementos retributivos eran plenamente válidos y eficaces, al tiempo en que fueron dictados, ya que dichos actos se fundamentaron en un precepto de un Convenio Colectivo aprobado por el Pleno de la Corporación municipal que estaba vigente.

Como ya se ha advertido *ut supra*, y atendiendo a los hechos que han quedado acreditados en autos, resulta que la doctrina jurisprudencial recogida en la citada **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2012 (Sección 7ª; RJ\2012\3615)** sería plenamente aplicable al supuesto enjuiciado en el presente recurso de apelación, en atención a las siguientes consideraciones:

1º) En la sesión ordinaria celebrada por el Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, con fecha 28 de diciembre de 2017, se presentó una Moción por el Portavoz del G.M.V.C., en la que se solicitaba que fuera anulado del Presupuesto Municipal aprobado el crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), por importe de 9.000 €, Asistencia Médico Farmacéutica”, y que los dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento fueran dados de alta en la Seguridad Social, al igual que el resto de trabajadores de la Corporación. Tras exponerse oralmente los fundamentos de la Moción, se procedió a la correspondiente deliberación y votación entre los miembros del Pleno, arrojando un resultado favorable y, en su virtud, el correspondiente Acuerdo fue proclamado por la Presidencia.

2º) A la vista del contenido del precitado Acuerdo municipal, y de lo establecido en **los artículos 21 y 22 de la LRBRL**, que regulan las atribuciones del Alcalde y del Pleno en las Entidades Locales, respectivamente, debe concluirse que **correspondía al Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires la ejecución**

del Acuerdo plenario adoptado en la sesión celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017.

En efecto, si analizamos el contenido de este Acuerdo plenario, en lo que se refiere a la obligación de anular del Presupuesto Municipal aprobado el crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), por importe de 9.000 €, Asistencia Médico Farmacéutica”, debe estar a lo dispuesto en **el artículo 22.2 de la LBRL, letra e), que atribuye al Pleno del Ayuntamiento la competencia para: “e) ... la aprobación y modificación de los presupuestos, y la disposición de gastos en materia de su competencia y la aprobación de las cuentas; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales”.**

Más concretamente, en cuanto a la remisión que el precepto realiza a la normativa reguladora de las Haciendas Locales, debe destacarse que el artículo 175 del TRLHL contempla, entre otros supuestos de modificación de los presupuestos, “*la baja por anulación de créditos*”; y que el artículo 49 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, dispone que la baja por anulación de crédito es la modificación del presupuesto de gastos que supone una disminución total o parcial en el crédito asignado a una partida del presupuesto, e indica que **corresponderá al Pleno de la Entidad Local su aprobación**; a lo que debe añadirse que, de acuerdo con el artículo 51 de esta norma reglamentaria, podrán dar lugar a una baja de créditos: a) La financiación de remanentes de tesorería negativos; b) La financiación de créditos extraordinarios y suplementos de crédito; c) **La ejecución de otros acuerdos del Pleno de la Entidad local.**

Por otro lado, en relación con la otra parte del contenido del citado Acuerdo plenario de fecha 28 de diciembre de 2017, en lo que se refiere a la obligación de integrar a los funcionarios municipales en el Sistema General de la Seguridad Social, **el artículo 22.2 de la LBRL, letra i), atribuye al Pleno del Ayuntamiento la competencia para: “i) la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual”.**

3º) Sin embargo, ha resultado acreditado en autos que **el Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires no procedió a ejecutar el referido Acuerdo de 28 de diciembre de 2017 hasta la sesión celebrada con fecha 24 de septiembre de 2020, en la que se adoptó, por unanimidad, un acuerdo (punto 3º del Orden del Día) con el siguiente tenor literal** (v. Certificado del Libro de Actas obrante al folio 141 del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance):

“[...] Visto lo determinado por el Decreto 480/1993 de 2 de abril, y visto el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en fecha 16/04/1993, según el cual este

Ayuntamiento optó por continuar prestando a sus funcionarios la asistencia sanitaria mediante contrato con una Entidad Privada.

Visto que ya el Pleno Municipal, en sesión celebrada el día 28/12/2017, acordó dejar sin efecto dicho acuerdo.

Visto el considerable ahorro económico que supone, para este Ayuntamiento, optar por la sanidad pública, se ACORDÓ:

*Primero.- Dejar sin efecto definitivamente el acuerdo del Pleno Municipal de fecha 16/04/1993 y proceder a la integración de los funcionarios municipales en el Sistema General de la Seguridad Social, **a partir del 01/01/2021**. Por lo que respecta a la asistencia farmacéutica, el Ayuntamiento no abonará cantidad alguna en dicho concepto.*

Segundo.- Notificar el presente acuerdo a los interesados así como al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Tercero.- Habilitar a la persona del Sr. Alcalde para la firma de cuantos documentos sean necesarios para la efectividad del presente acuerdo".

En un mismo sentido, la circunstancia descrita *ut supra* ha sido recogida en el HECHO PROBADO CUARTO de la sentencia de primera instancia, en relación con lo razonado en su fundamento jurídico cuarto, en el que se afirma que “[...] **el Acuerdo adoptado por el Pleno, al aprobar la Moción, no fue ejecutado hasta el 1 de enero de 2021, como consta en el apartado correspondiente a los Hechos Probados de esta resolución [...]**”.

4º) Finalmente, debe advertirse que entre la fecha de la adopción del Acuerdo plenario de 28 de diciembre de 2017 y la fecha en la que, finalmente, se producen los efectos de su ejecución (1 de enero de 2021), **siempre se mantuvo vigente el concreto crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica” en las diferentes partidas de los Presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de Villarino de los Aires.**

En efecto, en el caso del Presupuesto del ejercicio económico 2017 (publicación en BOP n.º 215, de 9 de noviembre de 2017), en el que el importe del citado crédito era de 9.000 €, **el Pleno de la Corporación nunca llegó a ejecutar la obligación de anular ese crédito presupuestario denominado “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica”,** conforme se había acordado en la sesión celebrada el 28 de diciembre de 2017. Pero, además, en el caso de los Presupuestos de los ejercicios económicos 2018 (publicación en BOP n.º 47 de 8 de marzo de 2019), 2019 (aprobación por prórroga automática del presupuesto de 2018) y 2020 (publicación en BOP n.º 79, de 27 de abril de 2020), **resulta que el propio Pleno del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, que previamente había aprobado el referido Acuerdo de 28 de diciembre de 2017, también procedió a aprobar**

posteriormente, con la inclusión del concreto crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica”, los Presupuestos del ejercicio 2018; la prórroga automática de estos para el ejercicio 2019; y los Presupuestos del ejercicio 2020.

El anterior hecho consta completamente acreditado en autos, debiendo destacarse que en el **HECHO PROBADO QUINTO de la sentencia de primera instancia se recogen las concretas cantidades que el Ayuntamiento de Villarino de los Aires abonó con cargo al referido crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica”, en los ejercicios económicos 2018, 2019 y 2020:**

“El Ayuntamiento de Villarino de los Aires ha abonado con cargo a la partida 920.160.08 de los Presupuestos Generales Ordinarios de los ejercicios 2018, prorrogado para el 2019, y 2020, en concepto de Asistencia Médico-Farmacéutica, las siguientes cantidades: Ejercicio 2018: 9.655,46 €; Ejercicio 2019: 8.983,04 €; Ejercicio 2020: 7.545,40 € [...]”.

5º) Como se advirtió al inicio de las presentes consideraciones, la doctrina jurisprudencial recogida en la citada **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2012 (Sección 7ª; RJ2012\3615)** resulta plenamente aplicable al supuesto enjuiciado en el presente recurso de apelación, debiendo destacarse en este punto los siguientes razonamientos de la resolución a los que ya se hicieron referencia al inicio del presente Fundamento:

“[...] Es incuestionable que los preceptos citados en el de la Ley de Haciendas locales y de Bases de Régimen Local otorgan a los Alcaldes-Presidentes la función de ordenadores de pagos. Como lo es igualmente que ello les convierte en responsables contables ante el Tribunal de Cuentas en el caso de efectuarse “pagos indebidos”. Pero eso evidentemente no determina que los pagos ordenados por los Alcaldes en el ejercicio de su función, bajo la cobertura de los acuerdos del Pleno y ejerciendo las competencias que les atribuye la legislación de régimen local, puedan tacharse de “pagos indebidos” en razón de las ilegalidades que, al adoptarlos, hubiese cometido el Pleno.

El parámetro de una responsabilidad contable en un procedimiento de reintegro por alcance lo constituye la previsión presupuestaria o contable de que se trate.

Si tal previsión presupuestaria y contable existe, como ocurriría en este caso, se desvanece la posible base de una responsabilidad contable en ese procedimiento, independientemente de que al margen de él y respecto de otras

personas de las concernidas en dicho procedimiento y por otras causas jurídicas pueda haber base para otro tipo de responsabilidad

El que los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento acaben siendo declarados ilegales y nulos por la jurisdicción contencioso-administrativa, no es razón suficiente para poder afirmar que los pagos efectuados bajo la cobertura de esos acuerdos en momento anterior a la declaración de su ilegalidad, y efectuados desde una condición jurídica distinta de la propia de los sujetos que adoptaron tales acuerdos, puedan calificarse asimismo de ilegales. Considerarlo así, supone una especie de inaceptable proyección retroactiva de la Sentencia respecto de actos distintos de los que fueron recurridos ante la Jurisdicción Contencioso- administrativa, que debe rechazarse [...]

En efecto, ha quedado plenamente acreditado que los pagos ordenados por Don J.M.J., en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Villarino de los Aires, para atender los gastos médico-farmacéuticos de los dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento correspondientes a los ejercicios económicos 2017, 2018, 2019 y 2020, **sí contaban con la correspondiente previsión presupuestaria: concretamente, con el crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica”, que estuvo vigente en la correspondiente partida de los Presupuestos Municipales de todos los ejercicios económicos mencionados.**

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta *ut supra*, debe concluirse que, **existiendo la previsión del referido crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica” en todos los ejercicios económicos a los que se refieren los hechos enjuiciados, no puede imputarse responsabilidad contable a Don J.M.J. por haber ordenado el pago de los gastos médico-farmacéuticos de los dos funcionarios municipales en los ejercicios 2017 a 2020 con cargo a dicho crédito presupuestario**, y en el ejercicio de las funciones que la legislación de régimen local le atribuía por su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Villarino de los Aires.

La misma conclusión debe alcanzarse respecto de la actuación de Don B.G.M. por cuanto, **al existir la previsión del referido crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica” en todos los ejercicios económicos a los que se refieren los hechos enjuiciados, no se le puede imputar responsabilidad contable por haber intervenido en la ordenación de los pagos de referencia efectuada por el Alcalde y en la realización material de los mismos en los ejercicios 2017 a 2020 con cargo a dicho crédito presupuestario**, y en el ejercicio de las funciones que la legislación de régimen

local le atribuía por su condición de Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Villarino de los Aires.

8º) Finalmente, debe advertirse que la anterior conclusión no se ve afectada por las dos Sentencias de Apelación, dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el año 2020, que vienen a declarar, entre otros pronunciamientos, la validez y eficacia del Acuerdo plenario adoptado en la sesión celebrada con fecha 28 de diciembre de 2017, y la nulidad del crédito de los Presupuestos municipales del 2017 con referencia “920.160.08 GASTOS (Área 9), por importe de 9.000 €, Asistencia Médico Farmacéutica”, en lo relativo al gasto farmacéutico y al gasto sanitario del Secretario-Interventor: esto es, la Sentencia 74/2020, de 27 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de Valladolid (v. folios 148 y ss. del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance); y la Sentencia 630/2020, de 12 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de Valladolid (v. folios 142 y ss. del documento PDF C-33-21 Pieza procedimiento reintegro por alcance), respectivamente.

De acuerdo con lo razonado en la parte final del fundamento jurídico transcrito de la precitada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2012 (Sección 7ª; RJ\2012\3615) y, asimismo, con lo razonado en la propia sentencia apelada (v. fundamento jurídico cuarto), en el momento en que se ordenaron e intervinieron los pagos de referencia existía una previsión presupuestaria válida y eficaz para su realización: concretamente, el referido crédito presupuestario “920.160.08 GASTOS (Área 9), Asistencia Médico Farmacéutica”, que estaba recogido en los Presupuestos municipales vigentes para cada ejercicio económico al que se refieren los hechos enjuiciados, y que no habían sido declarados ilegales al tiempo en que se realizaron los mencionados pagos; y, en todo caso, la potestad para hacer ejecutar esas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictadas en el año 2020, correspondería a la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y no a la Jurisdicción Contable.

9º) Por todas las consideraciones expuestas *ut supra*, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2012 (Sección 7ª; RJ\2012\3615)**, debe concluirse que no puede atribuirse responsabilidad contable a los apelantes, Don J.M.J. y Don B.G.M., por los hechos enjuiciados en el presente recurso de apelación, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades que pudieran derivar de los mismos en otros órdenes diferentes de la Jurisdicción Contable.

Por todos los razonamientos expuestos anteriormente, debe estimarse el presente motivo del recurso relativo a la inexistencia de responsabilidad contable de Don J.M.J. y Don B.G.M., lo que, a su vez conlleva la estimación de la apelación interpuesta por ambos y la revocación íntegra de la sentencia de primera instancia.

En su virtud, no resulta ya necesario entrar a analizar la adhesión parcial a la apelación formulada por el Ministerio Fiscal, por la que también había impugnado la concreta condena a los apelantes por los pagos realizados en el ejercicio económico 2017.

NOVENO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado en el anterior fundamento de derecho, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por el letrado don Juan María Martín Prieto, en representación de Don J.M.J. y Don B.G.M., contra la Sentencia 7/2021, de 27 de octubre, dictada 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-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca, debiendo revocarse la Sentencia impugnada en su integridad.

DÉCIMO.- En cuanto a las costas de la primera instancia, no procede su imposición a ninguna de las partes, teniendo en cuenta que la pretensión se formuló, precisamente, sobre la base de haber sido apreciada por el Delegado Instructor la responsabilidad contable por alcance de los demandados, lo que ha de considerarse suficiente para suscitar en la parte actora las dudas de hecho y de derecho a que se refiere el artículo 394.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y, en definitiva, para descartar que la demanda haya sido formulada temerariamente y sin fundamento alguno.

Por lo que se refiere a las costas de esta segunda instancia, de acuerdo con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede su imposición a los apelantes al haberse estimado su pretensión impugnatoria.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el letrado don Juan María Martín Prieto, en representación de Don J.M.J. y Don B.G.M., contra la Sentencia 7/2021, de 27 de octubre, dictada 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-33/21, del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Villarino de los Aires), Salamanca, debiendo quedar redactada la parte dispositiva de la citada Sentencia en los términos siguientes:

IV.- FALLO

ÚNICO.- *Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Actor Público, Don F.J.S.C., contra Don J.M.J. y Don B.G.M., a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal. Sin costas.*

SEGUNDO.- No imponer las costas causadas en esta segunda instancia a Don J.M.J. y a Don B.G.M.

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 6/22****Procedimiento de Reintegro nº C-33/21****Ramo: SECTOR PUBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Villarino de los Aires)****SALAMANCA****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.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia nº 12/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación nº 7/22, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2021, de 25 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, del ramo de Sector Público Local (I.F. Acdos. y Resolucs. contr. rep. Interv. EELL de la C.A. Extremadura y anom. materia ing. Ej. 2016 -Ayuntamiento de Valverde del Fresno-), Extremadura. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La Sala estima parcialmente el recurso de apelación del Ayuntamiento frente a la Sentencia de instancia.

- La resolución desarrolla con amplitud el examen jurídico de las reglas y principios de valoración de la prueba y, por tanto, se suscribe el criterio mantenido constantemente por la Sala de Justicia, en el sentido de exigirse a la parte recurrente probar que se ha producido un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia o arbitrariedad o falta de lógica en su valoración. Se realiza un minucioso análisis de las pretensiones de responsabilidad contable mantenidas por la Corporación, a la luz de la actividad probatoria desarrollada en el proceso.
- En cuanto a la pretensión sobre exención de la imposición de costas, partiendo de la doctrina establecida por la Sala de Justicia, en cuanto a esta cuestión, en sus Sentencias números 3 y 4, ambas de 23 de junio de 2021 y en la Sentencia nº 6/2021, de 23 de julio, y atendiendo a las particularidades concurrentes en este caso, considera que existen motivos para la no imposición de costas al Ayuntamiento demandante, como excepción a la aplicación del principio de vencimiento, recogido en el artículo 394.1 de la LEC.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA Nº 12/2022

ASUNTO: Recurso de apelación nº 7/22, interpuesto contra la Sentencia nº 6/2021, de 25 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, del ramo de Sector Público Local (I.F. Acidos. y Resoluc. contr. rep. Interv. EELL de la C.A. Extremadura y anom. materia ing. Ej. 2016 -Ayuntamiento de Valverde del Fresno-), Extremadura.

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 Hernández Salguero. Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación, se han visto ante esta Sala los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-122/20, del ramo reseñado, por el recurso interpuesto contra la Sentencia de 25 de octubre de 2021.

Ha sido parte apelante el Ayuntamiento de Valverde del Fresno, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, al que se ha adherido parcialmente el Ministerio Fiscal, solo en lo referente al pronunciamiento contenido en la sentencia relativo a la imposición de costas al Ayuntamiento, y, como partes apeladas, Doña A.C.C.O., representada por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Fernández de las Heras y el Ministerio Fiscal respecto a los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida.

Ha sido Ponente la Excm. 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

Desestimar las demandas interpuestas por la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno y el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Extremadura/Valverde del Fresno Informe de fiscalización sobre acuerdos y resoluciones contrarios a los reparos de los interventores de EELL de la CA de Extremadura y anomalías en materia de ingresos y sobre omisiones de fiscalización previa, Ejercicio 2016, Valverde del Fresno), CÁCERES. Con imposición de costas al Ayuntamiento de Valverde del Fresno...”

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 inexistencia de alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Valverde del Fresno (Cáceres), así como de responsabilidad de la demandada Doña A.C.C.O.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia, la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, en nombre y representación del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal de Cuentas, en fecha 18 de noviembre de 2021, interpuso recurso de apelación contra la misma, en el que solicitó, con carácter principal, que se dictara resolución revocatoria de la Sentencia de 25 de octubre de 2021, dictada en primera instancia, dejándola sin efecto y que por esta Sala de Justicia se dictara otra, por la que se declarara la condena de Doña A.C.C.O. como responsable contable por alcance, con expresa imposición de costas a dicha parte demandada, o, subsidiariamente, que se revisara la Sentencia recurrida declarando la no imposición de costas al Ayuntamiento, o, una vez más subsidiariamente, que se limitase el importe de las costas de primera instancia impuestas al Ayuntamiento a una cantidad prudente dada la elevada cuantía del proceso.

Mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2021, el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso presentado por el Ayuntamiento de Valverde del Fresno respecto al pronunciamiento de la imposición de costas al Ayuntamiento demandante, interesando que se dictara Sentencia por esta Sala de Justicia en la que se suprima dicho pronunciamiento y se declaren las costas de oficio o se reduzca la cantidad fijada, teniendo en cuenta la concurrencia de dudas legales de hecho y derecho. Y, asimismo, se opuso al recurso de apelación, en relación con los restantes

pronunciamientos de la Sentencia recurrida, interesando, respecto a éstos, su confirmación.

Mediante escrito recibido en fecha 27 de diciembre de 2021, el Procurador de los Tribunales Don Jesús Fernández de las Heras, en nombre y representación de Doña A.C.C.O. impugnó el recurso de apelación contra la resolución recurrida, formulado por la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, solicitando su desestimación íntegra, así como la imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, en especial la no oposición de la parte apelante, Ayuntamiento de Valverde del Fresno, a la adhesión parcial del Ministerio Fiscal a su recurso de apelación manifestada por escrito de 25 enero de 2022, y producidas las correspondientes personaciones de las partes, por Diligencia de Ordenación de 14 de febrero de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de la Sala con el número 7/22, nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas, Excm.a Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y, declarando concluso el presente recurso, pasar los autos a la misma, a fin de preparar la pertinente resolución.

QUINTO.- El traslado material de las actuaciones a la Ponente se efectuó mediante diligencia de fecha 24 de febrero de 2022, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SEXTO.- Por Providencia de 8 de septiembre de 2022, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

SÉPTIMO.- 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 desestimó, las demandas interpuestas por el Ayuntamiento de Valverde del Fresno y Ministerio Fiscal, al entender que, atendiendo a los hechos probados en el presente procedimiento incoado contra Doña A.C.C.O., que ostentó el cargo de Alcaldesa del municipio cuando tuvieron lugar los mismos, no concurrían los elementos determinantes de la responsabilidad contable,

toda vez que no cabía apreciar negligencia grave en la gestión acometida por la demandada, ni concurría el nexo causal, entre su inactividad y el daño sufrido en los caudales públicos. Respecto a la falta de pago de las cuotas del canon de saneamiento, durante el ejercicio 2016, que se adeudaban a la Junta de Extremadura, vulnerando lo dispuesto por la Ley 2/2012, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no eran imputables a la demandada al no quedar probado que el impago de los tributos obedeciera a una decisión de la misma firme y aprobada por el Pleno o Junta de Gobierno como sostenía el Ayuntamiento demandante. Y tampoco consideró el Juzgador “a quo” que se reunieran dichos requisitos, para declarar la expresada responsabilidad contable respecto a la sanción impuesta por la Inspección de los Tributos de la Junta de Extremadura el 29 de marzo de 2019, por la falta de ingresos de la cuota de saneamiento por parte del Ayuntamiento de Valverde del Fresno.

TERCERO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, quien ha fundamentado la impugnación de la Sentencia dictada en primera instancia en cuatro motivos, que se resumen, a continuación.

1. En el primer motivo del recurso, realiza unas consideraciones previas, destacando algunas circunstancias de hecho que entiende relevantes para el adecuado conocimiento del recurso.
2. En el segundo motivo de apelación, la parte recurrente destaca el contenido de la fundamentación jurídica empleada por el Juzgador de instancia para desestimar la demanda interpuesta por la Corporación municipal y aprecia que incurre en error evidente en la valoración de la prueba y, como consecuencia de lo anterior, realiza una incorrecta apreciación, de la concurrencia de los presupuestos legales que determinan la exigencia de responsabilidad contable por alcance.
3. En el tercer motivo de su recurso, el apelante parte de la doctrina elaborada por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación, con cita de la Sentencia nº 20/2016, de 27 de octubre -con alusiones a otras anteriores- y, posteriormente, aprecia que, como había anticipado en el motivo anterior, el Juzgador de instancia incurrió en error en la apreciación de la prueba obrante en autos, denunciando que había realizado una selección sesgada de los datos ofrecidos por la actividad probatoria desplegada en el proceso, desatiende injustificadamente el resto del aporte probatorio documental y testifical, reprochándole, por último, que incurre en contradicciones en su propio relato de hechos probados.

La parte recurrente realiza un extenso análisis de las declaraciones testificales de Don R.M.G., que fue Secretario-Interventor del Ayuntamiento hasta enero de 2018, y de Don José Luis Lajas Berrio, empleado municipal que ejerció como

Secretario-Interventor accidental, poniéndolas en relación con informes aportados al ramo documental de las actuaciones para concluir que la demandada, pese a que había asumido la función de elaborar padrones, no hizo nada para reparar la omisión en que incurría desde el punto de vista contable.

Asimismo, con apoyo en tales ramos probatorios -testifical y documental-, la parte apelante entiende acreditado que la no aprobación de los padrones era fruto de la decisión conscientemente asumida por la entonces Alcaldesa -demandada en autos- de no cobrar a los vecinos las tasas por consumos de agua y alcantarillado.

También mantiene, contrariamente a lo que se concluye en la Sentencia recurrida, que la falta de diligencia de la anterior Alcaldesa y su posición decidida de evitar ingresos por consumos y saneamientos ha impedido, de forma efectiva, pasar al cobro y, por tanto, que prescriban, buena parte de los derechos de ingreso previstos en la partida presupuestaria del ejercicio 2016. Y, además ni siquiera facilitó ni transmitió a la nueva Corporación la información mínima que permitiera, en junio de 2019, reconstruir los padrones del ejercicio 2016 con arreglo a los consumos reales, viéndose obligados a aprobar padrones no basados en consumos sino en tasas mínimas de la Ordenanza. Afirma, por tanto, que existe una conexión directa entre las actuaciones y las omisiones de la demandada con la inevitabilidad de la prescripción, que determina la concurrencia del presupuesto de existencia de daño y el nexo causal necesario, con invocación de las Sentencias de esta Sala nº 10/2000, de 3 de julio y nº 12/2019, de 11 de junio.

Concluye aduciendo que el devenir recaudatorio y sancionador de la gestión del Servicio durante el ejercicio 2016 es dañoso para la entidad local recurrente y consecuencia directa de las acciones y omisiones de la Sra. C.O., que la nueva Corporación no ha podido evitar totalmente, a pesar de un importante esfuerzo en un año de especial dificultad como fue el 2020, lo que implica una relación de causalidad que, junto al resto de requisitos, exige la revisión por parte de esta Sala de Justicia.

4. En el cuarto motivo de apelación, la parte recurrente sostiene, con carácter subsidiario, que para el caso de desestimarse los anteriores motivos, debe recaer un fallo que exima al Ayuntamiento de Valverde del Fresno de las costas procesales impuestas en la Sentencia recurrida, dado que el abundantísimo volumen de aportes probatorios existente en las actuaciones justifica sobradamente que resulte pertinente un pronunciamiento expreso que exima a la entidad local de ese pago en la instancia, al concurrir serias dudas de hecho y de derecho, en línea con la previsión contemplada en el último inciso del apartado 1 del artículo 394 de la LEC.

Esas dudas se reflejan, no sólo en la exposición de motivos del recurso precedente, sino que se generaron, igualmente, en fase de Actuaciones Previas y en la postura defendida por el propio Ministerio Fiscal.

Por ello solicita, o bien la no imposición de costas o, subsidiariamente, que se limiten a una cantidad prudente dada la elevada cuantía del proceso.

CUARTO.- La representación procesal de Doña A.C.C.O. formula su oposición al recurso de apelación, presentando las siguientes alegaciones:

1. En las alegaciones primera y segunda, la parte apelada realiza un examen de los antecedentes y hechos de las actuaciones en la primera instancia.
2. En la tercera de sus alegaciones de oposición al recurso, expone que la misma va dirigida a rebatir, tanto la argumentación jurídica, como la argumentación fáctica que desarrolla la recurrente, así como a denunciar lo que considera actuación fraudulenta del Ayuntamiento apelante.

Respecto a la argumentación jurídica del recurso, señala que en el mismo se reconoce que el derecho a cobrar las tasas de agua y alcantarillado prescribió bajo el mandato de los actuales gestores municipales y no en el período de gestión de la demandada Sra. C.O., pero considera que la prescripción se debió a la actuación de su representada, que impidió a los actuales gestores el cobro de tasas de agua y alcantarillado de 2016. Y, además, reconoce el recurso que algunos de los trimestres que en la demanda se consideraban prescritos fueron cobrados por el actual equipo gestor (último de 2016 y todos los de 2017) cobrándose un importe mínimo, por lo que pretende que se condene a la demandada por la diferencia entre lo que se ha podido cobrar y lo que se debería haber cobrado y que la determinación de dicho importe se derive a ejecución de sentencia. A tal respecto manifiesta que lo que la parte recurrente no debe desconocer es que uno de los requisitos de la responsabilidad contable es que concurra un daño que debe ser real, efectivo y evaluable económicamente y, además, para que exista responsabilidad contable se han de reunir todos los requisitos señalados en la Ley, y lo que no se puede dejar para un futuro es la determinación del importe del daño.

3. La alegación Cuarta va dirigida a impugnar la argumentación fáctica expuesta por la parte apelante, en el sentido de afirmar que la actuación de la anterior Alcaldesa impidió que los actuales gestores pudieran cobrar el importe total de las tasas de 2016. Sin embargo, resultan acogibles los razonamientos contenidos en la Sentencia apelada (Fundamento jurídico Noveno) en los que se señala que los hechos causantes de la prescripción no sólo ocurrieron después de que la demandada cesara en su cargo, sino que se produjo por hechos ajenos a ella, y que fueron realizados por los actuales gestores municipales. La posibilidad de cobro efectivo de las tasas de 2016 se deriva, también de un informe del

Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (“SAAEL”) de 4 de octubre de 2019, que fue asumido por el actual Secretario-Interventor Accidental del Ayuntamiento de Valverde del Fresno.

4. En la alegación Quinta rebate los razonamientos del recurso de apelación, en tres aspectos, en primer término, en cuanto a la disparidad entre las conclusiones a las que se llegó, en fase de actuaciones previas, y a las que llega el Consejero de instancia, y destaca por un lado, la naturaleza preparatoria, provisional y no contradictoria de las actuaciones previas, cuyas conclusiones no tienen por qué ser acogidas en Sentencia. Y en segundo término el hecho de que el Ministerio Fiscal presentase demanda y que posteriormente no ha recurrido la sentencia, mostrando su conformidad con los fundamentos de la misma.
5. En la alegación Sexta, y respecto a la alegación del recurso sobre el error en la apreciación de la prueba del Consejero de Instancia, considera atendiendo al contenido de la declaración de los testigos traídos a juicio por el Ayuntamiento demandante y, por la información aportada por el Organismo Autónomo de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación Provincial de Cáceres (“OARGT”), que si de los documentos no controvertidos, como reconoce la sentencia de instancia, resulta que los derechos no habían prescrito en octubre de 2019 cuando la demandada había cesado en el cargo, porque prescribieron después, son hechos que no pueden desvirtuarse en virtud de declaraciones testificales, habiendo quedado acreditado que la gestión que ha dado lugar a la prescripción ha sido realizada por quienes la imputan a su representada.
6. Las alegaciones Séptima, Octava y Novena, de la parte apelada van dirigidas a plantear la falta de imparcialidad de los testigos que fueron propuestos y admitidos por el Ayuntamiento demandante y que depusieron sus declaraciones en el acto del juicio en primera instancia, poniendo las mismas en contraposición con hechos que se reflejan en documentos obrantes en autos y que vendrían a desvirtuar tales declaraciones. También rebate otras afirmaciones contenidas en el recurso de apelación en cuanto a otros documentos alegados por dicha parte recurrente que vendrían a motivar una conducta negligente de la anterior Alcaldesa (desidia en la firma de un Convenio con la OARGT).
7. La parte apelada niega, en su alegación Décima, que la imposición de una multa al Ayuntamiento por el impago del canon derivado de las tasas de agua y alcantarillado de 2016 constituya una responsabilidad contable, tal y como afirmó el Juzgador de instancia (Fundamento jurídico Decimotercero). Máxime por cuanto se trata de un gasto que no se ha producido, ya que la sanción está recurrida y no es firme, no existiendo perjuicio alguno.
8. En las alegaciones Undécima y Duodécima, la parte apelada hace resumen de sus anteriores argumentaciones, negando que las actuaciones de la anterior

Alcaldesa del municipio provocaran la prescripción del derecho a cobro de tasa de agua y alcantarillado, así como de la aprobación del correspondiente padrón para hacer efectivo dicho cobro, así como de la firma del Convenio con la OARGT. Afirma que no existió error en el Juzgador a la hora de valorar la prueba, sino que lo que ocurre es que la parte demandante lo que pretende es que la decisión del proceso se base únicamente en la documentación obrante en las actuaciones previas y en la declaración de testigos que dicha representación ha propuesto, y lo que ha ocurrido es que dichas pretensiones han sido rebatidas, en base a la totalidad de la documentación obrante en autos.

9. Por último, en su alegación Decimotercera solicita que se condene en costas al Ayuntamiento por temeridad y mala fe, al entender que se demandó a su representada, aun sabiendo que no habían prescrito los derechos de cobro, y que la multa impuesta al Ayuntamiento, no era firme, ni se había pagado cantidad alguna por tal concepto al momento de presentarse la demanda.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal ha aducido, resumidamente, lo siguiente:

1. Tras hacer resumen de antecedentes, se muestra conforme con los Fundamentos contenidos en la Sentencia recurrida, asumiendo las conclusiones a las que llegó el Consejero en la primera instancia. Entiende que la prescripción de las deudas tributarias que impidió el cobro de los ingresos por tasas de agua y alcantarillado en las arcas del municipio, en el ejercicio 2016, no se debió exclusivamente a la negligente actuación de la Sra. C.O. No se acredita la concurrencia de nexo causal entre sus actuaciones y el efectivo daño causado en los fondos municipales, cuya concreción tampoco se ha realizado de forma definitiva. Asimismo, alega que no puede considerarse constitutivo de responsabilidad contable el hecho de que se haya impuesto al Ayuntamiento una sanción, por parte de la Comunidad Autónoma, ante el impago del canon de alcantarillado correspondiente a dicho ejercicio 2016, dada la falta de firmeza de dicha sanción, cuyo cobro aún no ha tenido lugar.
2. En cuanto a la pretensión de que se revoque la imposición de costas al Ayuntamiento, contenida en el Fallo de la Sentencia recurrida, el Fiscal se adhiere en este punto al recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento. Sostiene que, pese a la aplicación en la Sentencia de la norma general del vencimiento, han existido en el presente caso importantes dudas de hecho y de derecho que podrían fundamentar la no imposición. Y ello porque el procedimiento tuvo su origen en el Informe de Fiscalización sobre Acuerdos y Resoluciones contrarios a los reparos de las Intervenciones Locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura y anomalías en materia de ingresos y sobre omisiones de fiscalización previa, en el ejercicio 2016, que fue aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, en el que se ponía de manifiesto la irregularidad que fue objeto de litigio, que no quedó desvirtuada hasta la

práctica de la abundante prueba admitida y practicada en el procedimiento de reintegro por alcance. Ello debería ser ponderado por el Juzgador al permitir considerar, hasta muy avanzado el proceso, la existencia de dudas de hecho y de derecho sobre la existencia, o no, de responsabilidad contable. A ello hay que añadir que sobre estos hechos se dictó Acta de Liquidación positiva, en la que la Delegada Instructora consideró provisionalmente la existencia de un alcance de 63.604,80 euros, y la responsabilidad de Doña A.C.C.O. Y, además, por ello, tanto el Ayuntamiento, como el Fiscal presentaron sus respectivas demandas.

Por tanto, afirma que esas circunstancias podrían fundamentar un pronunciamiento negativo de la imposición de las costas. O, como se solicita en el recurso de apelación, una disminución de la cantidad fijada que limite su importe, dada la elevada cuantía del proceso.

SEXTO.- Resumidos los motivos que sustentan el recurso de apelación planteado por la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, al que se ha adherido parcialmente el Ministerio Fiscal, así como las alegaciones de la representación procesal de Doña A.C.C.O. y del propio Ministerio Fiscal, 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.

En sentencias, por todas números 8/2021, de 27 de octubre, 2/2021, de 21 de abril y 15/2020, de 30 de septiembre, 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.

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, 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).

SÉPTIMO.- Establecido lo anterior, la Sentencia de Instancia recurrida desestimó las demandas presentadas contra Doña A.C.C.O., que fuera Alcaldesa del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, en el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2015 a 15 de junio de 2019, al considerar que no podía imputársele el daño que hubiera podido causarse a los caudales públicos municipales por no haber podido cobrar, en su totalidad, el citado Ayuntamiento el importe de las tasas de suministro de agua y alcantarillado correspondiente al ejercicio 2016, ni por el impago del canon de saneamiento a la Junta de Extremadura y los intereses devengados, ni por la imposición de una sanción que actualmente está suspendida.

Las costas procesales causadas se impusieron al Ayuntamiento de Valverde del Fresno, en virtud del criterio del vencimiento y a tenor de lo establecido en el artículo 394 de la LEC aplicable por mor del artículo 71.4ª g de la LFTCu.

El Ayuntamiento defiende en su escrito de recurso que ha existido error en la valoración de la prueba obrante en las actuaciones, por parte del Juzgador “a quo” y que su correcta evaluación debe llevar a declarar la responsabilidad contable por alcance de la Sra. C.O. que debe proceder al reintegro de las cantidades que constituyeron el menoscabo económico causado a las arcas municipales, con sus correspondientes intereses.

Como ha reiterado esta Sala de Justicia, por todas, en las Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre, 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 expresada naturaleza del recurso de apelación, pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo”.

Asimismo, ha mantenido que 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 directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso, incidiendo en 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 fue 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 otras, ha recordado que, para que los errores realizados en la valoración probatoria revistan relevancia, tiene que concurrir, entre otros, los siguientes requisitos: 1º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, 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.

Por tanto, para que esta Sala de Justicia realice 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, determinando si en la valoración conjunta del material probatorio que ha realizado el Consejero de Instancia se ha comportado de forma ilógica o arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, y ello porque 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. (Sentencia nº 8/2005, de 17 de junio, F.j. Cuarto).

Y, además de ello, 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 (Sentencias de la Sala nº 14/2019, de 26 de julio, nº 15/2020, de 30 de septiembre y nº 7/2021, de 23 de julio)

En el supuesto que nos ocupa, analizado el contenido de la Sentencia recurrida se constata que el Consejero de Instancia ha valorado la prueba practicada en el proceso, tanto documental, como testifical y ha seguido el criterio legal y doctrinal de esta Sala de Justicia para determinar la responsabilidad contable en que hubiera podido incurrir la demandada.

El Ayuntamiento de Valverde del Fresno en los motivos de apelación Segundo y Tercero, pretende reproducir la práctica totalidad del debate fáctico, e incluso jurídico sustantivo, y considera que el Consejero de Instancia ha incurrido no solo en

error evidente en la valoración de la prueba, sino que ha realizado una selección sesgada de los pocos datos ofrecidos por la actividad probatoria, que ha atendido únicamente al aporte probatorio, testifical y documental, que le ha permitido desestimar las demandas, y que ha incurrido en contradicción en su relato probatorio.

Pretende acreditar, en base a la testifical practicada en el acto del juicio, en concreto con la declaración de quien fuera Secretario-interventor hasta enero de 2018, y del empleado público que ejercía las funciones de Secretario-interventor accidental en el momento de declarar en el juicio, junto con los informes obrantes en las actuaciones previas, que las cantidades dejadas de ingresar en las arcas municipales en concepto de tasas de agua y alcantarillado devengadas en el ejercicio 2016 y las consecuencias derivadas de esa falta de recaudación durante ese ejercicio eran imputables a la dejación negligente de funciones de la Alcaldesa demandada por la actitud recurrente de no cobrar a los contribuyentes las referidas tasas durante el citado periodo, dejando que prescribieran los derechos, y que las conclusiones probatorias de la Sentencia de Instancia no respondían a la realidad.

Mantiene, la parte recurrente, con base en sentencias de la Sala de Justicia, que concurren en la actuación de la demandada los requisitos legales para la determinación de la responsabilidad contable, y afirma que existe una conexión directa entre las actuaciones y las omisiones de la demandada con la inevitabilidad de la prescripción, que determina la concurrencia del presupuesto de existencia de daño y el nexo causal necesario. Considera que la falta de diligencia de la demandada y su posición decidida de evitar ingresos por consumos y saneamientos ha impedido, de forma efectiva, pasar al cobro y, por tanto, que prescriban, buena parte de los derechos de ingreso previstos en la partida presupuestaria del ejercicio 2016, no facilitando ni transmitiendo ni siquiera a la nueva Corporación la información mínima que permitiera, en junio de 2019, reconstruir los padrones del ejercicio 2016 con arreglo a los consumos reales, viéndose obligados a aprobar padrones no basados en consumos sino en tasas mínimas de la Ordenanza.

La Sentencia recurrida, en el Fundamento Jurídico Quinto, determina los hechos a analizar de los que según las pretensiones de la demanda ha podido desprenderse un perjuicio económico a los fondos públicos, a reintegrar por la demandada, que son los siguientes.

- a).- Falta de recaudación de las tasas de agua y alcantarillado correspondientes al ejercicio 2016.
- b).- Deuda contraída con la Junta de Extremadura por el impago de los cánones de saneamiento y los intereses generados como consecuencia de su fraccionamiento y
- c).- Sanción impuesta por la Junta de Extremadura por la falta de ingreso del canon de saneamiento correspondiente al ejercicio 2016.

Respecto a la falta de puesta al cobro de las tasas por el suministro de agua y alcantarillado en que ha incurrido el Ayuntamiento durante la gestión de la Alcaldesa demandada, la sentencia de instancia en el Fundamento Sexto concluye que ha existido vulneración de la normativa contable y presupuestaria -artículo 12 del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, puesto en relación con el artículo 177.1.b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria- pero para que pueda exigirse responsabilidad contable, al ser una responsabilidad por daños, se ha de acreditar y probar que se ha causado un daño real, y efectivo en la citada Corporación.

En el caso que nos ocupa, y como reconoce la Sentencia de Instancia, el perjuicio a la Administración acreedora se produce cuando se hubieran dejado prescribir negligentemente los créditos, pues sólo entonces es cuando el daño se convierte en efectivo, susceptible de generar responsabilidad contable. Por tanto, no se trata de acreditar que se han cometido errores o irregularidades en la gestión de los fondos, como consecuencia de no haber realizado la totalidad de las actuaciones tendentes a cobrar el importe de las tasas de suministro de agua y alcantarillado durante el ejercicio 2016, sino que lo que hay que acreditar es que, como consecuencia de esas irregularidades y de la falta de ingreso, se ha producido la prescripción de los derechos de la hacienda municipal. Este daño no pudo hacerse efectivo hasta el año 2020, ya que el plazo para liquidar y cobrar las tasas correspondientes al año 2016 finalizó el año 2020, que es cuando prescriben, a los 4 años, los derechos de la Administración para determinar la deuda mediante la oportuna liquidación y para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas, como establece el artículo 66 de la Ley General Tributaria.

En la Sentencia de Instancia, Fundamento Noveno, en concreto del Informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL) de la Diputación Provincial de Cáceres, elaborado el 4 de octubre de 2019, se acredita, de manera irrefutable que cuando la alcaldesa demandada en autos cesó en su cargo no estaban prescritos los derechos derivados de las tasas de agua y alcantarillado, que el traspaso de información no fue fácil, y que el Ayuntamiento debía remitir la información al Organismo de Recaudación y Gestión Tributaria para el cobro de los tributos no prescritos, y que bajo el mandato del nuevo Alcalde cobró recibos en concepto de tasas de agua y alcantarillado de ejercicio 2016 correspondientes al 4º trimestre, por importe de 17.603,91€.

Por ello, ha quedado acreditado que lo que ha motivado el perjuicio a los fondos no ha sido la inactividad de la demandada sino la prescripción del derecho al cobro de la tasa, que obedece a causas externas a la demandada y que ocurrió cuando no ocupaba el cargo en el Ayuntamiento, por lo que faltaría la existencia de un nexo causal, requisito necesario para poder declarar la existencia de responsabilidad

contable, Respecto de dichos extremos, la parte recurrente no ha aportado ningún medio de prueba que lo desvirtúe.

Tampoco concurre el requisito de negligencia grave en la gestión acometida por la demandada, según se desprende contenido de un informe emitido por el SAAEL de la Diputación Provincial de Cáceres, emitido a instancia de la demandada, en fecha 22 de junio de 2017, poniéndolo en relación con lo preceptuado en los artículos 21 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local y el artículo 5 Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (Fundamento jurídico Undécimo de la Sentencia recurrida), que se da por reproducido.

Respecto al impago de las deudas tributarias autonómicas, la sentencia de instancia a la luz de la valoración conjunta de la prueba documental y testifical obrante en autos, concluye determinando que falta el requisito de existencia de nexo causal y que no cabría imputar como alcance a la entonces Alcaldesa los intereses devengados como consecuencia de dicho impago y de su posterior fraccionamiento, que fueron abonados por el nuevo equipo de gobierno en el ejercicio 2020 (Fundamento jurídico Duodécimo).

Y, por último, en cuanto a la sanción tributaria impuesta al Ayuntamiento (Fundamento Decimotercero), con base en la documental aportada en autos, el Consejero de Instancia puso de relieve la evidencia de que la misma no era definitiva, sino que estaba suspendida por lo que no cabía declarar responsabilidad contable, al no haber generado ninguna salida de fondos y por tanto no haber generado un daño efectivo a los caudales municipales.

Como conclusión de todo lo anterior, en el presente caso, considera esta Sala de Justicia, vista la prueba practicada, que el Consejero de Instancia, en la Sentencia que se recurre, valoró adecuadamente la prueba documental y testifical practicada, si bien llegó a conclusiones distintas de las alegadas por el recurrente, lo que no implica que no se haya tenido en cuenta la testifical practicada como alega el Ayuntamiento. El recurrente no aporta ningún documento o prueba 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 Consejero de Instancia de forma infundada, ilógica o arbitraria, de forma contraria a las reglas de la sana crítica, lo que conlleva la desestimación de los motivos del recurso, al no poder imputarse a la demanda el daño que hubiera podido causarse a los fondos municipales.

OCTAVO.- En el motivo de recurso Cuarto, y con carácter subsidiario, la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno ha solicitado que se declare que no ha lugar a la imposición de costas al concurrir en el presente

procedimiento serias dudas de hecho y de derecho que aconsejan su no imposición. Y, de modo subsidiario, que las costas se limiten a una cantidad prudente dada la elevada cuantía del proceso. El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso en este punto y entiende como el Ayuntamiento recurrente que en el presente procedimiento han existido importantes dudas de hecho y de derecho que podrían fundamentar la aplicación de las previsiones del artículo 394.1 de la LEC que justifiquen su no imposición.

Respecto a la condena en costas, la Sala de Justicia ha mantenido en su doctrina el criterio del vencimiento objetivo consagrado en el artículo 394.1 de la LEC, y así, en las Sentencias 3 y 4/2021, de 23 de junio y nº 6/2021, de 23 de julio, considera 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"*.

No obstante, el citado artículo 394.1 de la LEC excepciona el principio del vencimiento objetivo mediante lo que se ha denominado “*discrecionalidad razonada*”, es decir, cuando el caso enjuiciado presente serias dudas de hecho o de derecho, con el fin de evitar que el sistema del vencimiento sea una consecuencia automática y desconectada del asunto, pues, como se determina en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), «*la imposición de las costas judiciales debe ser lo más justa y vinculada al caso concreto, es decir, a las causas que originaron el proceso, a su complejidad fáctica o jurídica, a la razón de traer a determinadas personas etc.*». Además, el citado precepto legal dispone que para apreciar que el caso es jurídicamente dudoso se ha de tener en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Por tanto, para aplicar esta excepción se ha de valorar, en primer lugar, si en el presente caso han existido importantes dudas de hecho y de derecho que podrían fundamentar la aplicación de las previsiones del artículo 394.1 de la LEC y la no imposición al demandante.

En primer lugar, y remontándonos al origen del pleito planteado (tal y como apunta la Exposición de Motivos de la LEC, según se ha expresado) y como ha subrayado el Ministerio Fiscal, este procedimiento tiene su origen en el Informe de Fiscalización sobre Acuerdos y Resoluciones contrarios a los reparos de las Intervenciones Locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura y anomalías en materia de ingresos y sobre omisiones de fiscalización previa, en el ejercicio 2016, que fue aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 25 de junio de 2019, en el que se

pusieron de manifiesto la existencia de irregularidades económico-financieras en dicho Ayuntamiento.

En segundo lugar, sobre estos hechos se practicaron las Actuaciones Previas nº 180/19, que tuvieron como conclusión un Acta de Liquidación Provisional positiva en la que, de forma indiciaria, se declaró la existencia de un alcance cuantificado en 63.604,80 € y la presunta responsabilidad contable directa de la demandada en autos.

En tercer lugar, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20 se presentó demanda por el Ayuntamiento, entidad perjudicada, y por el Ministerio Fiscal en reclamación de la cantidad que consideró constitutiva de tal menoscabo en los fondos públicos, asumiendo las conclusiones de la Delegada Instructora.

La complejidad de los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento de la responsabilidad contable precisó que en el procedimiento de reintegro se desplegara una intensa actividad probatoria.

Así, en el Fundamento Noveno de la Sentencia recurrida se destaca un Informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL) de la Diputación Provincial de Cáceres, elaborado el 4 de octubre de 2019, a instancias del nuevo equipo de gobierno de la Corporación, que demuestra, que no estaban prescritos los derechos derivados de las tasas de agua y alcantarillado que se refieren al ejercicio 2016 cuando la entonces alcaldesa cesó en su cargo y reconoce que “el traspaso de la información “no debió ser un proceso fácil”, según consta en informe del secretario-interventor de 15/10/2018...”.

Finalmente, las irregularidades económico-financieras apreciadas en un principio en el erario municipal no conllevaron la imputación de responsabilidad contable y no quedaron desvirtuadas hasta la práctica de la numerosa prueba en el acto del juicio, lo que dio lugar a un considerable esfuerzo de valoración y calificación fáctica y jurídica, por parte del Consejero de Instancia, como consta en la Fundamentación Jurídica en la Resolución.

Estas circunstancias acreditan que en el presente procedimiento han concurrido elementos dudosos en la interpretación de los hechos y concreción de la responsabilidad que motivó que se presentaran las correspondientes demandas.

Tampoco cabe apreciar que la exención de costas a la demandante afecte negativamente al derecho a la tutela judicial de la parte demandada. En este sentido es doctrina comúnmente admitida (SSTS de 7 de marzo de 1988, 26 de junio de 1990 y 4 de julio de 1997), que la condena en costas atiende no sólo a la sanción de una conducta procesal de la parte, sino también a satisfacer el principio de tutela judicial efectiva, que exige que los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento, de modo que el pago de las

costas, aun solamente de las suyas, es un gravamen que en justicia no debe soportar quien se ve obligado a presentar una demanda, o a contestarla, representado por Procurador y asistido de Abogado, para defender su derecho, debiendo por el contrario soportar las costas quien fue el causante de los daños que en definitiva se originaron a la otra parte. Sin embargo, como ya se ha señalado, este principio tiene la excepción prevista en el mismo artículo 394.1.º de la LEC, excepción que se produce en el fallo recurrido, al considerar esta Sala de Justicia que, como ya se ha razonado, existen serias dudas de derecho en la cuestión que se debatía.

No pueden acogerse los argumentos alegados por representación procesal de Doña A.C.C.O. de que el Ayuntamiento demandante ha actuado con temeridad o mala fe procesal, argumentos que no fueron aceptados por el Consejero de Instancia, que solo aplicó en su condena el criterio del vencimiento. Por el contrario, la Sala aprecia que, el recurso es el derecho que toda parte perjudicada por el proceso tiene para defender sus derechos e intereses y máxime en este caso en el que se trata de la defensa de los fondos públicos, y que a los gestores de los mismos se les exige un plus de diligencia, constando acreditado que la demandada durante su mandato ni tramitó el cobro del servicio de agua y alcantarillado ni ingresó en la Tesorería de la Junta de Extremadura el canon de saneamiento correspondiente, no concurriendo por tanto la mala fe o temeridad alegada.

Establecido lo anterior, esta Sala considera que debería haberse aplicado, por el Consejero de Instancia en este caso concreto, la no imposición de costas al Ayuntamiento de Valverde del Fresno por cuanto aprecia que han concurrido en este supuesto enjuiciado serias dudas de hecho y de derecho, acerca de la determinación o no de un daño indemnizable susceptible de generar una responsabilidad contable por alcance en los fondos municipales.

Resulta procedente en Derecho, por tanto, estimar el motivo Cuarto del recurso de apelación interpuesto por dicho Ayuntamiento, al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, en cuanto a esta cuestión concreta, y, por consiguiente, procede revocar la condena en costas impuesta a la Corporación municipal en la Sentencia de instancia, cuyo Fallo debe quedar modificado en el sentido de su no imposición, en los términos ya expresados en el presente Fundamento Jurídico.

NOVENO.- Lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho conduce necesariamente a estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, en nombre y representación del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, contra la Sentencia nº 6/2021, de 25 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, del ramo de Sector Público Local (I.F. Acidos. y Resoluc. contr. rep. Interv. EELL de la C.A. Extremadura y anom. materia ing. Ej. 2016 -Ayuntamiento de Valverde del Fresno-), Extremadura, al que se ha adherido parcialmente el

Ministerio Fiscal, solo en lo referente al pronunciamiento contenido en la sentencia relativo a la imposición de costas al Ayuntamiento.

DÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, esta Sala aprecia la concurrencia de circunstancias que justifican su no imposición a ninguna de las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJCA, de aplicación por lo establecido en el artículo 80.3 de la LFTCu, ya que se ha estimado parcialmente el recurso de apelación.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, en nombre y representación del Ayuntamiento de Valverde del Fresno, contra la Sentencia nº 6/2021, de 25 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, del ramo de Sector Público Local (I.F. Acdos. y Resolucs. contr. rep. Interv. EELL de la C.A. Extremadura y anom. materia ing. Ej. 2016 -Ayuntamiento de Valverde del Fresno-), Extremadura, al que se ha adherido parcialmente el Ministerio Fiscal, cuyo Fallo debe quedar redactado de la siguiente forma:

“... IV. FALLO

Desestimar las demandas interpuestas por la representación procesal del Ayuntamiento de Valverde del Fresno y el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-122/20, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Extremadura/Valverde del Fresno Informe de fiscalización sobre acuerdos y resoluciones contrarios a los reparos de los interventores de EELL de la CA de Extremadura y anomalías en materia de ingresos y sobre omisiones de fiscalización previa, Ejercicio 2016, Valverde del Fresno), CÁCERES.

Sin imposición de costas al Ayuntamiento de Valverde del Fresno, toda vez que concurren, en el presente caso, serias dudas de hecho y de derecho, atendiendo al origen de los hechos y circunstancias jurídicas que dieron lugar al presente procedimiento y que no han sido debidamente aclaradas y solventadas hasta la consumación de la fase probatoria -cuyo contenido manifiesta dicha complejidad- y de resolución normativa del mismo, aplicándose lo prevenido en el artículo 394.1, último inciso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil...”

SEGUNDO.- Sin imposición de costas en esta segunda instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJCA, de aplicación por lo establecido en el

artículo 80.3 de la LFTCu, ya que se ha estimado parcialmente el recurso de apelación.

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, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 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 solo 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 7/22

Procedimiento de Reintegro nº C-122/20

Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL.- (I.F. Acdos. y Resolcs. contr. rep. Interv. EELL de la C. A. Extremadura y anom. materia ingr. Ej.2016)
EXTREMADURA

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 n° 13/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación, rollo n° 12/22, interpuesto contra la Sentencia 12/2021, de 18 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n° B-253/15, al que se ha acumulado el A-240/16, Sector Público Estatal (M° de Asuntos Exteriores y Cooperación –Embajada de España en Londres-), Reino Unido. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, modificando ligeramente la cuantía del alcance y, consecuentemente, del importe a reintegrar.

- Aplica la doctrina relativa a la legitimación pasiva en los procedimientos contables, a la luz de las concretas funciones desarrolladas por la demandada en el ámbito de su gestión.
- También aplica la doctrina de la Sala relativa a la caracterización, naturaleza y requisitos de la responsabilidad contable por alcance, haciendo un examen pormenorizado de las conductas de la demandada y la justificación, o no, de las cuentas públicas para determinar las cantidades que se abonaron en su día y el posible menoscabo real y efectivo producido en aquéllas, así como la doctrina existente respecto a las reglas de la carga de la prueba y valoración de la misma en los juicios de naturaleza contable. Además, expone el concepto de indefensión de acuerdo con los pronunciamientos de la Sala de Justicia.

Por último, argumenta la desestimación de la excepción procesal de cosa juzgada material, invocada por la parte apelante, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 13/2022

ASUNTO: Recurso de apelación, rollo n° 12/22, interpuesto contra la Sentencia 12/2021, de 18 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n° B-253/15, al que se ha acumulado el A-240/16, Sector Público Estatal (M° de Asuntos Exteriores y Cooperación –Embajada de España en Londres-), REINO UNIDO.

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, integrada por las Consejeras y Consejero expresados ut supra han deliberado y pronunciado la siguiente sentencia

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° B-253/15, al que se ha acumulado el A-240/16, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia n° 12/2021, de 18 de octubre, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento. Ha sido apelante Doña M.N.G.P., representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero y defendida por el Letrado don Fernando Gabriel López Castro, y apelados el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° B-253/15, al que se acumuló el A-240/16, del Sector Público Estatal (M° de Asuntos Exteriores

y Cooperación-Embajada de España en Londres), Reino Unido, se dictó la sentencia 12/2021, de 18 de octubre, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“Estimo en parte las demandas interpuestas por el Abogado del Estado, a las que se ha adherido el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos de la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido el de SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (76.219,18 €).

SEGUNDO.- Declaro responsable contable directo del alcance causado a los fondos públicos a que se refiere el punto anterior a Doña M.N.G.P.

TERCERO.- Condeno a Doña M.N.G.P. al reintegro de la cantidad por la que se le ha declarado responsable contable.

CUARTO.- Condeno a Doña M.N.G.P. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico undécimo de esta resolución.

QUINTO.- Ordeno la contracción de la cantidad en que se fija el perjuicio en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública.

Sin costas.

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

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, el Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero, en representación de Doña M.N.G.P., interpuso contra la misma recurso de apelación por escrito de 10 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento de 23 de diciembre de 2021 se acordó admitir a trámite el recurso interpuesto y dar traslado del mismo a las demás partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran, en su caso, formalizar su oposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

QUINTO.- Por diligencia de ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento, de 8 de febrero de 2022, se admitió el escrito presentado por el Abogado del Estado de oposición al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña M.N.G.P.. La misma resolución acordó elevar las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes, a fin de que comparecieran ante la misma, en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85.5 de la 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 precitada Ley.

La personación en esta Sala se produjo por escritos de:

- El Abogado del Estado de fecha 9 de febrero de 2022.
- El Ministerio Fiscal de fecha 9 de febrero de 2022.
- El Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero, en nombre y representación de Doña M.N.G.P., de fecha 14 de febrero de 2022.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 17 de marzo de 2022 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 12/22, 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 auto de esta Sala de 29 de abril de 2022 se admitió el trámite de conclusiones escritas solicitadas por la representación procesal de Doña M.N.G.P., mediante Primer Otrosí, en su escrito de recurso de apelación formulado contra la Sentencia 12/2021, de 18 de octubre.

En virtud de lo dispuesto en dicha resolución, y a tenor de lo preceptuado en el artículo 64.2 de la LJCA, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 10 de mayo de 2022 se acordó conceder un plazo de diez días a la representación de la recurrente, a fin de que presentara escrito de conclusiones.

OCTAVO.- Recibido el escrito de conclusiones presentado por la representación procesal de Doña M.N.G.P., por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 17 de mayo de 2022 se dio audiencia, por plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, a fin de que presentaran escrito de conclusiones.

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2022, evacuado el trámite conferido por la resolución de 17 de mayo, y concluida la tramitación del recurso, se acordó pasar los autos al Consejero ponente. La remisión de estos autos

se realizó el 20 de junio de 2022, conforme consta en la diligencia de la Secretaria de la Sala expedida en dicha fecha.

DÉCIMO.- Por Providencia de 6 de septiembre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

UNDÉCIMO.- 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 recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña M.N.G.P. 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.- Se recogen los hechos probados de la Sentencia recurrida, así como su fundamentación jurídica, sobre las expresas salvedades expuestas.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero, en la representación que ostenta de Doña M.N.G.P., en su escrito de recurso, solicita que, tras los trámites procesales oportunos y de la presentación de conclusiones escritas, se dicte sentencia en su día que, estimando la apelación y anulando y dejando sin efecto la resolución recurrida, contenga los siguientes pronunciamientos:

- a) Que se declare la falta de legitimación pasiva de Doña M.N.G.P. en el presente procedimiento de reintegro por alcance.
- b) Que se declare la inadecuación del presente procedimiento de reintegro por alcance respecto a la Sra. G.
- c) Que se declare la inexistencia de perjuicio en los fondos públicos por la actuación de la Sra. G.
- d) Que se declare la inexistencia de responsabilidad contable de Doña M.N.G.P.
- e) Que se absuelva en el presente pleito a la Sra. G. de cualquier reintegro de cantidad alguna, ni por el principal, ni en concepto de intereses.
- f) Que se levante el embargo existente como caución del presente procedimiento de reintegro por alcance.
- g) Que se condene a la Administración demandante, concretamente al Ministerio de la Presidencia, al pago de las costas.

Fundamenta su petición en los siguientes motivos, que se sintetizan en su escrito de conclusiones:

1- Falta de legitimación pasiva de la Sra. G. y, por consiguiente, incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Cuentas, porque considera que la sentencia apelada vulnera el artículo 49 de la LFTCu y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por las siguientes razones:

- a) Es necesario que la persona enjuiciada tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Esta necesidad deriva de los artículos 49 de la LFTCu, 2, 15 y 38 de la LOTCu y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos.
- b) Doña M.N.G.P. no tenía a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos por: 1- Su categoría de técnico superior de gestión y servicios comunes, grupo profesional 3, área funcional 1, equivalente en la empresa privada a un oficial administrativo, una de las categorías más bajas dentro del personal laboral al servicio de la administración; 2- La definición de su puesto de trabajo y 3- Las funciones que tenía asignadas, que eran puramente administrativas y contables, sin ninguna capacidad de gestión.
- c) El Tribunal de Cuentas no sería el órgano competente para enjuiciar a la Sra. G., al no tener a su cargo el manejo de fondos públicos, sino el juzgado civil que correspondiera, circunstancia que plantearía un conflicto de jurisdicciones entre la española y la británica, ya que la Consejería de Información no es reconocida en el Reino Unido como territorio español y la Sra. G. tiene su residencia en Gran Bretaña.

2- Irregularidades en la verificación de cuentas seguida en el proceso, por las razones siguientes:

- a) Se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LFTCu y el principio civil de carga de la prueba que rige en la jurisdicción contable, al no haberse tenido en cuenta: la conciliación bancaria; el control realizado por los respectivos Consejeros con su firma y rúbrica de los documentos confeccionados por la Sra. G.; los extractos trimestrales de gastos que se remitían a la Secretaría de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia; el extracto bancario de la cuenta corriente de la Consejería y la certificación de la inexistencia de caja en metálico en aquélla.
- b) La única comprobación que se ha hecho de la documentación contable, para cuantificar e identificar el quebranto económico en las cuentas de la

Consejería de Información en Londres, ha sido solicitar la opinión de los respectivos Consejeros de Información. Han sido los informes emitidos por éstos los que han servido para determinar el perjuicio producido, tanto en el Informe de la Oficina Presupuestaria y de Gestión Económica del Ministerio de la Presidencia, como en el Acta de Liquidación Provisional practicada y en la sentencia recurrida. Sin embargo, no se han seguido criterios de auditoría: verificando albaranes de entrega u hojas de trabajo de prestación de servicios, importes de facturas visadas por los propios Consejeros, abonos a través de la cuenta corriente de la Consejería e inventario de bienes.

Por ello, considera que deben suprimirse de la cuantificación del alcance las siguientes partidas:

Periodo 2006-2012: 1- las contenidas en el listado que figura en las páginas 21 a 26 de la resolución recurrida, correspondientes a gastos protocolarios, eliminando previamente las anteriores al 15 de septiembre de 2011 (fecha a partir de la cual la Sra. G. tuvo firma bancaria), que suponen un total de 2.780,40 libras; 2- las correspondientes a la compra de artículos de limpieza, por importe de 1.557,56 libras, porque está acreditado su pago a los proveedores y debidamente contabilizadas; 3- las relativas a los productos adquiridos a VK., por importe de 2.065,14 libras, por haber sido utilizados en la actividad de la Consejería de Información y las facturas cargadas en la cuenta corriente de aquélla; y 4- las correspondientes al proveedor V., por importe de 2.419,64 libras, porque los gastos telefónicos van disminuyendo progresivamente, sin que se observe impacto alguno por la contratación de la una línea adicional, para uso de la Sra. G., que, por otra parte, era necesaria, como manifestó el propio Consejero Don I.M.G., para asistirle en las tareas de comunicación con los medios y muy especialmente durante las ausencias de la Consejera adjunta.

Periodo 2013-2014: 1- las relativas a los cargos de B.T., por importe de 16.342,37 libras, al no haber prueba sobre los mismos, por no haber presentado la empresa documentación y no ser las anotaciones contables derivadas de facturas sino de un saldo que se arrastra y que se va incrementando permanentemente; 2- las correspondientes a los pagos a B.P. por el alquiler de la fotocopidora, por importe de 1.052,99 €, al no figurar en el expediente la rendición de cuentas del tercer trimestre del año de 2013, por lo que no se ha podido comprobar las tres imputaciones que se hacen en la resolución recurrida; 3- las referentes a las facturas de la compañía VK., por importe de 4.679,55 libras, al no existir inventario en la Consejería y, por tanto, no poder comprobarse si los objetos adquiridos (monitor de bebé, Kettel Russell Hobbs, ipad y bicicletas, etc...) constan en las instalaciones

de aquélla; **4-** las concernientes a los abonos a V., por importe de 4.748,55 libras, al realizarse un cálculo, aplicando un porcentaje medio respecto a las facturas desglosadas, con un criterio distinto al anterior periodo (2008-2012), en el que no se incluían aquéllas que no individualizaban los gastos referentes a la línea adicional utilizada por la Sra. G.; **5-** las relativas a gastos protocolarios, por cuantía de 2.596,24 libras, porque no se ha realizado ninguna comprobación, ni siquiera, a título de muestreo, con las personas que figuran en los actos, ni figura recibo alguno en los autos; y **6-** las correspondientes a libramientos efectuados en el tercer trimestre de 2014, al no haberse aportado la liquidación de dicho trimestre, circunstancia que produce una clara indefensión a la Sra. G., al atribuírsele la falta de justificación de todos los libramientos sin comprobar los gastos efectivamente realizados y, por tanto, sin distinguir las partidas correctas de las presuntamente dudosas.

3-Cosa juzgada material respecto de las facturas de la empresa B. y de Don J.S. por servicios de mantenimiento de ordenadores y otros servicios informáticos y de la factura de B.T. nº VP 3610 2270, de fecha 5 de mayo de 2014, porque:

- a) La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2018, ratificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2020, elimina de plano las facturas de estos proveedores, por no resultar probada suficientemente su falsedad.
- b) Todas las facturas correspondientes al informático Don J.S.C. fueron cobradas en efectivo; tres de ellas coinciden con los extractos bancarios de la cuenta del B.B y las cuentas justificativas de libramientos en el exterior y “el resto son cifras muy parecidas”. Si se rechazaran todas las facturas correspondientes a este proveedor durante los años 2013 y 2014 supondría que durante esos ejercicios no habría habido mantenimiento de los ordenadores en la Consejería.

Por ello, considera que deben eliminarse las siguientes partidas que se imputan como alcance a la Sra. G. en la resolución recurrida: 1- 5.683,23 libras correspondientes a pagos a B.; 2- 3.728 libras relativas a abonos al informático Don J.S.C. y 3- 1.002,60 libras concernientes a la factura VP 3610 2270 de B.T.

CUARTO.- El Abogado del Estado se opuso al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña M.N.G.P., señalando en el trámite de conclusiones conferido, lo siguiente:

- El escrito de recurso se limita a reiterar las alegaciones fácticas y jurídicas que fueron invocadas durante el procedimiento y rechazadas motivadamente en la sentencia recurrida.
- Las funciones concretas que tenía asignadas la Sra. G. en la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido eran: 1- Gestión de facturas, gastos, proveedores y banco; 2- Confección de la relación de cuentas justificativas de gastos de atenciones protocolarias, supervisadas por los Consejeros, 3- Preparación de cheques para su presentación en el banco, junto con los Consejeros o adjuntos a éstos, 4- Gestiones en el banco, de cobros y pagos de cheques y 5- Confección de la contabilidad; funciones todas ellas que responden a las propias de un cuentadante.
- La sentencia de instancia describe el *modus operandi* de la demandada, considerando que los hechos que se le imputan están debidamente probados, por un lado, con los documentos aportados al procedimiento por la propia Consejería y, por otro lado, por la prueba practicada en el procedimiento de reintegro por alcance.
- La resolución recurrida no se limita a analizar de forma genérica la conducta de la demandada, sino que analiza cada uno de los gastos protocolarios realizados desde el 9 de julio de 2010 (fecha a partir de la cual no se ha declarado la prescripción) hasta el tercer trimestre de 2014, respondiendo pormenorizadamente a las alegaciones tanto “con base en argumentos de carácter general” como en “argumentos concretos referidos a cada una de las disposiciones de fondos”.
- Las reiteradas alegaciones de la parte recurrente en relación con los gastos de productos de limpieza no constituyen ni siquiera indicios que puedan destruir la convicción del juzgado de primera instancia, ya que la resolución recurrida la justifica con base en que la limpieza de la Consejería se llevaba a cabo por la Embajada con sus medios. En el supuesto de los gastos originados por otros productos adquiridos, en la resolución impugnada se justifica la imputación del alcance por no haberse justificado que tuvieran que ser financiados con fondos públicos.
- En cuanto a los gastos de V., se ha de señalar que la resolución de instancia cuantifica el importe del alcance teniendo en cuenta los periodos en los que se ha podido discriminar el gasto de las dos únicas líneas autorizadas de las demás y sólo incorpora el gasto sin desglosar correspondiente a los meses de mayo y julio de 2013, justificando la aplicación de un porcentaje equivalente al de otros meses para evitar que la Sra. G. se beneficie de ello, considerando que si no existe esa

información detallada es porque la demandada actuó para evitar que se conociera la existencia de líneas no autorizadas y así ocultarlas.

- Los pronunciamientos de las sentencias del procedimiento penal no permiten considerar como probada la justificación de los gastos correspondientes a la empresa B., por importe de 5.683,23 libras esterlinas, porque debe tenerse en cuenta la perspectiva jurídica propia de la responsabilidad contable y se ha probado en este procedimiento la falta de justificación del gasto. A esta misma conclusión se llega respecto a los gastos de mantenimiento y reparación de equipos informáticos, dado que las sentencias penales se limitan a afirmar que existen dudas en cuanto a la declaración realizada por el técnico informático, sin que declaren expresamente probado el destino de los fondos aplicados para el pago de esos servicios. Y, asimismo, en relación con las facturas de B.T., no cabe aplicar la doctrina de la cosa juzgada porque no nos encontramos ante una contradicción con hechos declarados probados en otra jurisdicción, pues las sentencias penales, en ningún momento, han declarado probado el hecho de que los gastos controvertidos estuviesen debidamente justificados.
- La sentencia impugnada explica claramente la forma de determinar el alcance en relación con los pagos hechos a la empresa B.P por el alquiler y mantenimiento de la fotocopidora, pronunciamiento que no ha sido desvirtuado por la parte recurrente, pues reconoce, en su escrito de conclusiones del recurso, que sólo existían dos facturas, que son los pagos justificados que reconoce la propia resolución recurrida, siendo el resto abonos injustificados.
- No se ha producido la duplicidad denunciada por la parte recurrente respecto a los libramientos correspondientes al tercer trimestre de 2014, pues los gastos injustificados en este periodo no se han tenido en cuenta para cuantificar el alcance hasta ese momento, al tratarse de un trimestre distinto.
- En contra de lo afirmado en el escrito de recurso, se ha acreditado que se ha producido un daño real y concreto a los fondos públicos, que se ha podido cuantificar de manera exacta, pues todas las partidas que se podían considerar dudosas, en cuanto a que podrían no haber producido un daño efectivo patrimonial en el erario público, han sido excluidas por la Consejera de instancia para cuantificar el alcance declarado.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal fundamenta su petición de desestimación del recurso de apelación interpuesto de contrario con base en las siguientes consideraciones:

- La recurrente ostentaba la categoría de técnico superior de gestión y servicios comunes, y entre sus funciones, en la Consejería de Información de la Embajada

de España en el Reino Unido, se encontraban: 1- la elaboración de cuentas justificativas de los libramientos de gastos diversos y atenciones protocolarias, de gestión y conciliación bancaria; 2- arqueo de caja; 3- solicitud de presupuestos; 4- realización de pedidos y pagos de facturas; 5- cumplimentación de cheques y realización de gestiones bancarias, habiendo tenido reconocida firma mancomunada en el banco desde el 15 de septiembre de 2011; y 6- custodia de la documentación contable e interlocución con la Subdirección General de Gestión Económica de los servicios centrales del Ministerio de la Presidencia.

- La recurrente, en base a las funciones que desempeñaba, tenía la condición de cuentadante.
- Los caudales que gestionaba la impugnante eran públicos, sin que la relación laboral y no funcionarial que tenía, excluyera su responsabilidad en la gestión de los fondos que tenía encomendada.
- Siendo los fondos manejados por la recurrente de naturaleza pública, su enjuiciamiento es objeto de la jurisdicción contable, propia de este Tribunal de Cuentas, que se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.
- La determinación de las cantidades que constituyen el alcance declarado en el presente procedimiento procede del examen de la documentación y de las cuentas que estaban a cargo de la recurrente, habiéndose analizado todos los movimientos tanto por la delegada instructora, en la pieza de actuaciones previas, como por parte de la Consejera de Cuentas al dictar la sentencia recurrida.

SEXTO.- Una vez expuestas las pretensiones de las partes y antes de analizar las argumentaciones jurídicas invocadas por la representación procesal de la apelante resulta obligado advertir que la recurrente, en la presente apelación, tal como ha señalado la Abogacía del Estado, ha reproducido el contenido de las alegaciones, tanto fácticas como jurídicas, que ya realizó en la primera instancia. La reproducción de las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un fundamento suficiente, según ha sostenido el Tribunal Supremo (STS, Sala Tercera, de 22 de junio de 1999) y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 8/2021, de 27 de octubre y 6/2022, de 11 de mayo).

La segunda instancia exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar -con base en un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirve de soporte a la resolución jurisdiccional impugnada, que ya debió de tener en cuenta -y así ocurre en la presente litis- los hechos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y la oposición.

Señalado lo anterior, esta Sala debe pronunciarse en primer lugar sobre la falta de legitimación pasiva de la Sra. G. alegada por su representación procesal y, por ende, sobre la competencia de este Tribunal de Cuentas para enjuiciar el objeto de este procedimiento.

Para resolver esta alegación, hay que partir del ámbito subjetivo de los posibles responsables contables que define el artículo 2 de la LOTCu. Según éste, 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. El artículo 38.1 de dicho texto legal 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. Por su parte, el artículo 15 de la LOTCu 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. Y el artículo 49.1 de la LFTCu se refiere a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Esta Sala de Justicia, en su reciente sentencia 6/2022, de 11 de mayo, ha establecido que “la extensión subjetiva de la responsabilidad contable comprende, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”.

El escrito de recurso razona que Doña M.N.G.P. no tenía a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos por las siguientes razones:

- A) Su categoría profesional, al ser técnico superior de gestión y servicios comunes, grupo profesional 3, área funcional 1, equivalente en la empresa privada a un oficial Administrativo, una de las categorías más bajas dentro del personal laboral al servicio de la administración.
- B) La definición de su puesto de trabajo, que consistía en *trabajos de ejecución autónoma que exija habitualmente iniciativa por parte de los trabajadores encargados de su ejecución, comportando, bajo supervisión, la responsabilidad de las mismas, pudiendo ser ayudados por otro u otros trabajadores de grupos profesionales inferiores*.
- C) Sus funciones eran puramente administrativas y contables, sin ninguna capacidad de gestión y consistían en: 1- Gestión de facturas, gastos, proveedores y bancos; 2- Confección de la relación de cuentas justificativas de gastos de atenciones protocolarias, supervisadas por los Consejeros; 3- Rellenar cheques bancarios, junto con los Consejeros o adjuntos; 4- Gestiones en el banco; 5- Confección de la contabilidad.

- D) No era funcionaria, sino personal laboral al servicio de la Administración.
- E) Su trabajo siempre se ha realizado bajo la supervisión de sus superiores jerárquicos, esto es, el consejero y el consejero adjunto.

El análisis de estas funciones no permite concluir que la Sra. G. carezca de legitimación pasiva. La doctrina de esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 3/2012, de 12 de febrero, y 28 /2017, de 13 de julio) establece que la legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable concurre en quienes “al menos” hayan participado de forma relevante en la gestión económico-financiera de la entidad que dispuso de los fondos públicos a su cargo y que la condición de cuentadante converge en quien formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos y justificativa de la inversión dada a los mismos. Estas circunstancias concurren en la demandada y hoy apelante, porque confeccionaba, en la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido, la contabilidad, las cuentas justificativas de gastos de atenciones protocolarias, realizaba las gestiones de facturas con los proveedores y los bancos, y también porque disponía de firma bancaria (mancomunada) desde el 15 de septiembre de 2011.

Las funciones desarrolladas por la Sra. G. llevan a desestimar la pretensión planteada en torno a su falta de legitimación pasiva, porque, como establece la resolución recurrida, aquélla participaba de modo relevante en la gestión de los fondos públicos asignados a dicha Consejería de Información, sin que las argumentaciones efectuadas por su representación en el escrito de recurso, en relación con su condición de personal laboral y no funcionario y la necesidad de supervisión de su trabajo por parte de sus superiores jerárquicos, desvirtúen tal carácter. Esto es así por las siguientes razones:

- 1-Como ha reiterado esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 5/2021, de 24 de abril), pueden incurrir en responsabilidad contable no sólo quienes ostenten la condición de funcionario, sino también todos aquellos que realizan actividades de gestión de fondos públicos en virtud de una naturaleza laboral con la entidad pública perjudicada, supuesto en el que se encuentra la Sra. G.
- 2-La supervisión del trabajo por parte de sus superiores jerárquicos determinaría, en su caso, una *culpa in vigilando* por parte de éstos, pero no minoraría la responsabilidad derivada de la actuación de la Sra. G., pues como ha declarado esta Sala (Sentencia 31/2004, de 20 de diciembre) *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*.

Por ello, esta Sala estima la competencia de esta jurisdicción contable para enjuiciar la actuación de la demandada, ya que el objeto de aquélla, conforme a lo dispuesto

en el artículo 49.1 de la LFTCu, se circunscribe al conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se ejerciten contra éstos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originasen menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las entidades del sector público.

SÉPTIMO.- El escrito de recurso alega, asimismo, que se han producido irregularidades en la verificación de las cuentas realizada en el procedimiento, al incumplirse lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LFTCu, el principio civil de reparto de la carga de la prueba y no haberse seguido criterios de auditoría. Recoge en consecuencia las partidas que, figurando en la resolución recurrida como integrantes de la cuantía del alcance, deben ser eliminadas.

En relación con esta alegación, ha de ponerse de manifiesto que el Tribunal de Cuentas tiene atribuidas legalmente (artículo 2 de la LOTCu) dos funciones perfectamente diferenciadas: por un lado la fiscalizadora, y por otro, el enjuiciamiento contable. Para el ejercicio de su función fiscalizadora, este Tribunal utiliza técnicas de auditoría y así verifica albaranes, hojas de entrega de prestación de servicios, facturas, cuentas bancarias, realiza entrevistas con responsables de las entidades públicas, conciliaciones bancarias y con empresas, etc. En cambio, en el ejercicio de su función jurisdiccional contable debe juzgar dentro del límite de las pretensiones de las partes, en virtud del principio dispositivo contenido en el artículo 60.1 de la LFTCu. Ello supone que el órgano jurisdiccional está vinculado a examinar las actuaciones y analizar la documentación aportada por las partes en el procedimiento, a fin de comprobar si existe prueba indubitada que permita considerar acreditado que los daños a los fondos públicos que se reclaman se produjeron en todo o en parte. En esta valoración es donde debe primar, al ser la responsabilidad contable, por su carácter resarcitorio, una subespecie de la civil, el principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Las argumentaciones expuestas en el recurso hacen referencia al incumplimiento del principio civil de la carga de la prueba, pero parecen intentar una controversia sobre la valoración de aquélla por parte de la Consejera de instancia, al señalar que lo que ha servido de base para cuantificar e identificar el quebranto económico en la Consejería de Información en la Embajada de España en el Reino Unido ha sido la opinión de los respectivos Consejeros o los informes emitidos por éstos.

Es criterio constante de esta Sala (entre otras, Sentencias 18/2009, de 22 de julio, 6/2015, de 11 de noviembre y 26/2017, de 13 de julio y 6/22, de 11 de mayo), que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios

de crítica racional, es competencia del Departamento de instancia. Frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte. Será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.

La Sala puede valorar las pruebas practicadas en la primera instancia y la ponderación llevada a cabo en ella por la naturaleza propia del recurso de apelación, que implica la posibilidad de corregir, enmendar o revocar lo decidido, e, incluso, decidir lo mismo con fundamentación diferente pero ha de hacerlo dentro del principio de congruencia y de los límites de las pretensiones de las partes.

Partiendo de lo anterior, se ha examinado la totalidad de la prueba practicada en el procedimiento -testifical y documental- para determinar el perjuicio económico producido en las cuentas de la Consejería de Información y si es posible estimar las minoraciones de la cuantía del alcance solicitadas por la recurrente.

En cuanto a la eliminación de los gastos protocolarios de los periodos 2006-2012 y 2013 y 2014 que solicita la impugnante, esta Sala ha venido admitiendo cierta flexibilidad a la hora de justificar los gastos protocolarios o de representación, exigiendo para que éstos sean admitidos que exista una finalidad pública y no un fin privado y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera, por poco formalizada que fuera, en el proceso de justificación del gasto. Deben constar, al menos, los motivos de dichas salidas de fondos y la identidad y la función que de alguna manera desempeñaron, y éstos deben estar relacionados con las funciones públicas propias de la entidad (por todas, Sentencias 26/2017, de 13 de julio, y 7/2021, de 23 de julio).

Esa justificación no se ha producido en el supuesto de antes puesto que el propio escrito de conclusiones del recurso señala que, ni en la prueba presentada por la Abogacía del Estado, ni en el propio expediente, se encuentra ningún recibo de estos gastos. Solamente se tiene constancia de la reseña que figuraba en los extractos trimestrales, en los que en cada uno de ellos aparece la persona de la Consejería que ha realizado el gasto, generalmente el propio Consejero, y la persona o personas con las que lo realizó.

La Consejera de instancia, a la vista de la falta de justificación de los gastos protocolarios, se basó para cuantificar el alcance correspondiente por dicho concepto en la declaración testifical del Consejero de Información Sr. M. y en los informes emitidos por éste, el 24 de noviembre de 2015 y el 1 de marzo de 2016, en los que rechaza la realización de una serie de gastos por no haber celebrado los almuerzos derivados de contactos con la prensa o autoridades que se detallan en las cuentas justificativas, circunstancia que hace extensible respecto a algunos gastos

correspondientes a almuerzos de la agregada. Esta Sala comparte plenamente la valoración de dicha prueba, por las razones siguientes:

- 1- Los informes emitidos por el entonces Consejero de Información de la Embajada de España en el Reino Unido son documentos que hacen prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319 de la LEC.
- 2- El Consejero conocía por su agenda, los actos protocolarios en los que participó. Su rechazo de los gastos correspondientes a determinados almuerzos, que se incluían en las cuentas justificativas, acreditan que no participó en tales eventos.
- 3- El Consejero de Información conocía los actos a los que asistía la agregada de la Consejera, por cuanto tenía que autorizarlos, por ser su superior jerárquico.

Ni las argumentaciones realizadas en el recurso, conforme al cual no se ha realizado comprobación alguna de las personas que figuraban en los actos protocolarios, ni el hecho de que la Sra. G. no tuviera firma bancaria hasta el 15 de septiembre de 2011, desvirtúan la valoración de la prueba que ha realizado la Consejera de instancia, puesto que, a tenor del principio civil de la carga de aquélla contemplado en el artículo 217 de la LEC, correspondía a la demandada, quien, entre sus funciones, tenía la confección de la relación de las cuentas justificativas de gastos de atenciones protocolarias, haber hecho constar la justificación de gastos incluidos en aquéllas y la aportación a los autos de los recibos correspondientes a los actos celebrados.

Tampoco puede estimar esta Sala la minoración de la cuantía del alcance que pretende la representación procesal de la apelante respecto a la adquisición de productos de limpieza, cuyas facturas se encuentran incluidas en las cuentas justificativas de 2011 y 2012, por el hecho de que esté acreditado su pago a los proveedores y debidamente contabilizado. Lo que se ventila en este procedimiento de reintegro es determinar si los gastos abonados por la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido tenían una finalidad pública y no ha quedado probada la necesidad de complementar el servicio de limpieza de las instalaciones que realizaba la Embajada o de hacer frente a alguna eventualidad que exigiera la compra de estos artículos. Tampoco que personal de la Consejería fuera a realizar la limpieza con el material adquirido, prueba que correspondía a la demandada. Además, se da la circunstancia de que, según figura en las actuaciones penales (Procedimiento Abreviado nº 5/2018) el 9 de octubre de 2012 Doña M.N.G.P. constituyó una empresa de limpieza con una compañera de trabajo, aunque no consta que aquélla tuviera actividad.

Esta misma consideración procede respecto a los productos adquiridos a VK. (monitor de bebé, Kettell Russell Hobbs, ipad, bicicletas, cámaras, tostadoras, etc...), porque aunque constaran en las instalaciones de la Consejería de

Información, como alega la impugnante, no se ha acreditado la finalidad pública a la que se hubieran destinado aquéllos. Llamen especialmente la atención el monitor de bebé o las bicicletas, que se aprecia claramente que tuvieran un destino privado. Como ha establecido acertadamente la Juzgadora de instancia en la resolución recurrida, el hecho de que determinados bienes pudieran haberse adquirido para ser utilizados por el personal de la Consejería de Información (envasadora al vacío, tostadoras, calentador de agua, etc...) no justifica que dichos artículos hayan de ser sufragados con fondos públicos.

En cuanto a las partidas correspondientes a B.P. por el alquiler de la fotocopidora, cuya eliminación de la cuantía del alcance pretende la recurrente, se ha verificado la documentación enviada por la citada empresa, en virtud de la solicitud de cooperación jurisdiccional internacional remitida por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal a las autoridades judiciales británicas (que consta en el DCD-R obrante en el folio 496, Volumen II, de la pieza separada de prueba). La Sala concurre con la valoración de la prueba efectuada por la Consejera de instancia, por las siguientes razones: 1- La falta de justificación de este concepto al que se refiere la resolución recurrida corresponde a las cuentas del cuarto trimestre de 2013 y no al tercer trimestre de dicho ejercicio como alega la recurrente; 2- En la cuenta justificativa de dicho trimestre (4º) figura como abonado a dicha empresa el importe de 2.340 libras, pero en la prueba documental aportada aparece, con base a las facturas emitidas por la empresa, únicamente pagada la cantidad de 1.287,01 libras, por lo que la cifra de 1.052,99 libras está sin justificar.

Tampoco comparte esta Sala que proceda la eliminación de la cuantía del alcance de la cantidad de 16.342,37 libras, correspondientes a los cargos de B.T., porque las anotaciones contables que figuran en las cuentas justificativas trimestrales de 2013 y en las de los dos primeros trimestres de 2014 no se han acreditado con las correspondientes facturas que se hubieran abonado a la empresa, circunstancia que corrobora que los pagos que constan en dichas cuentas para acreditar el destino de los libramientos recibidos en esos trimestres están sin justificar.

En cuanto a las partidas correspondientes a los abonos telefónicos a V., la recurrente acredita que el Consejero de Información de la Embajada de España en el Reino Unido solicitó a la Subdirectora General de Actividades y Coordinación de la Acción Informativa Exterior del Ministerio de la Presidencia la contratación de una línea de telefonía a dicha compañía para que la oficial de gestión de la Consejería, la Sra. G., dispusiera de un teléfono móvil para asistirle en las tareas de comunicación con los medios. Pero no prueba, que se autorizara dicha contratación, ya que, según los informes de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de la Presidencia y de los consejeros, que obran en el procedimiento, sólo existían dos líneas autorizadas, la del propio consejero y la de la agregada.

La sentencia de instancia, consideró por esta razón que los gastos correspondientes a esa línea adicional no autorizada no debían haberse sufragado con fondos públicos, y que su financiación con cargo a éstos había ocasionado un quebranto económico a los caudales de la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido.

Para cuantificar el daño producido por este concepto, en el periodo marzo-noviembre de 2012, la sentencia con criterio de máxima prudencia, sólo ha tenido en cuenta aquellas facturas (de abril, mayo junio, julio, octubre y noviembre), en las que figuraba desglosado el importe correspondiente a cada una de las líneas telefónicas, considerando que la cuantía facturada por la línea adicional, no autorizada, era la que había originado el saldo deudor injustificado en las cuentas de la Consejería.

La misma resolución utiliza un criterio diferente en relación con los gastos facturados por V. relativos al consumo de líneas móviles no autorizadas, que figuran aportados en las justificaciones trimestrales de gastos diversos de enero de 2013 a julio de 2014. En todos estos meses, excepto en los de mayo y julio de 2013, se considera no justificado el importe que, según la factura, corresponde al consumo de la línea no autorizada. Sin embargo, respecto a los dos meses anteriormente citados, en los que únicamente consta el total facturado, sin determinar a qué líneas corresponde, la Consejera de instancia, sigue el Informe emitido por la Oficina Presupuestaria y de Gestión Económica del Ministerio de Presidencia, que *realiza una estimación de la cantidad* y considera a su juicio que “resulta un criterio admisible para suplir una deficiencia de información que no debe beneficiar a la demandada, al haber sido ocasionada precisamente por ella y de manera intencionada con el fin de ocultar al Ministerio que la factura de V. incluía más líneas móviles de las autorizadas”.

Esta Sala de Justicia no comparte la valoración de la prueba que ha efectuado la Consejera de instancia para determinar el perjuicio ocasionado por la inclusión en las cuentas justificativas del consumo de las líneas telefónicas respecto a los meses de mayo y julio de 2013, basado en una estimación de cantidad, porque para que se pueda exigir responsabilidad contable es necesario que conste la existencia de un daño efectivo e individualizado y no una mera estimación o presunción.

En efecto, el artículo 59 de la LFTCu dispone que las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogado los perjuicios, y que los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

El contenido, pues, de la pretensión contable, consiste en el reintegro del alcance o la indemnización de los daños o el abono de los perjuicios y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios. El artículo 59.1, último párrafo, insiste en la realidad o efectividad del daño o perjuicio, lo que significa que éste ha de ser real y no meramente potencial o posible, descartando especulaciones acerca de perjuicios contingentes o dudosos. De la misma forma, el carácter evaluable del daño o perjuicio significa que son indemnizables todos los que se produzcan sobre los caudales o efectos públicos, pues el único requisito es la susceptibilidad de valoración económica.

Por tanto, en el ámbito de esta jurisdicción contable lo relevante es que se haya producido un daño con relación a determinados caudales públicos y que, además ese daño sea efectivo y evaluable económicamente. El mandato legal contenido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil impone que los hechos constitutivos -aquellos que forman parte del supuesto de hecho de manera positiva, siendo necesaria su existencia para la creación de la correspondiente situación de Derecho- sean probados a cargo del actor, por lo que corresponde al demandante acreditar mediante cualquiera de los medios probatorios que se hubiera originado un menoscabo en determinados fondos públicos.

En el ámbito de esta jurisdicción, que aprecia una responsabilidad patrimonial y no sancionadora, es de aplicación el principio civil del reparto de la carga de la prueba. En este sentido, el artículo 217 de la LEC establece que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos objeto de la demanda.

Este reparto del *onus probandi* supone que las consecuencias de la falta de prueba han de recaer en aquél a quién correspondía la carga de la misma.

Con base a lo anterior, al resultar incierto el perjuicio originado en la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido por haberse sufragado con fondos públicos la línea telefónica no autorizada en los meses de mayo y julio de 2013, debe minorarse la cuantía del alcance, como solicita la apelante en su escrito de recurso, en la cantidad total de 484,87 libras esterlinas, correspondiente al promedio del consumo de la línea no autorizada (que consta en el folio 24 de la pieza de Actuaciones Previas -253,86 libras de la factura de 23 de mayo de 2013 y 230,61 libras de la factura de 25 de julio de 2013-), que asciende en su conversión a euros, según el tipo de cambio oficial del último día del ejercicio 2013 -0,8337, que consta en las páginas 51 y 52 de la sentencia impugnada- a 581,60 €.

Por último, solicita la recurrente que se minore la cuantía del alcance respecto a las partidas correspondientes al libramiento efectuado en el tercer trimestre del ejercicio 2014. Considera que se le ha producido una clara indefensión, al atribuírsele la falta de justificación de su importe, porque no se ha distinguido las partidas correctas de las presuntamente dudosas.

En relación con la indefensión alegada, hay que señalar que el Tribunal Constitucional (STC 118/2006, de 24 de abril), ha establecido que el artículo 24 de la CE debe garantizar el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa. Este mismo Tribunal ha señalado (SSTC 245/2005, de 10 de octubre y 6/2006, de 16 de enero) que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponda con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión.

Nada de esto se observa en la resolución recurrida. La sentencia impugnada determina con claridad y precisión, en su fundamento jurídico octavo, el razonamiento por el que la sentencia recurrida llega a la convicción de que se ha producido un daño a los fondos públicos, por un total de 10.442,36 libras, correspondientes a cantidades no dispuestas de los libramientos de fondos efectuados a la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido para gastos protocolarios y diversos del tercer trimestre de 2014. La cuenta bancaria al final de ese periodo presentaba un saldo negativo, sin que conste acreditado, a través de las diferentes cuentas justificativas que se rendían al Ministerio de la Presidencia, el destino de las siguientes cantidades que, al no haberse incluido en aquéllas, debían figurar en la cuenta bancaria:

- 761,34 libras, correspondiente al sobrante del libramiento para gastos protocolarios del tercer trimestre de 2014, ingresado en la cuenta bancaria el 4 de julio de 2014.
- 9.681,02 libras, sobrante del libramiento para gastos diversos del tercer trimestre de 2014, ingresado en la cuenta bancaria el 4 de julio de 2014.

Correspondía a la Sra. G. la confección de la relación de las cuentas justificativas y de la contabilidad y las gestiones en el banco y es ella, como consecuencia del principio civil de la carga de la prueba, quien tenía que justificar el destino otorgado a los fondos librados.

OCTAVO.- Tampoco puede ser estimada la aplicación del efecto de la cosa juzgada material respecto a las facturas de la empresa B., de Don J.S. y de B.T., que pretende la recurrente, por las siguientes razones:

- Como ha establecido el Tribunal Supremo (por todas, STS 169/2014, de 8 de abril), “la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto”. En el presente procedimiento no consta que exista una resolución penal firme, dado que, como recoge el antecedente de hecho séptimo de la resolución recurrida, se ha promovido incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 633/2020, de 24 de noviembre, que confirmó la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 34/2018, de 19 de noviembre, dictada en el Procedimiento Abreviado 5/2018, que condenó a Doña M.N.G.P. como autora de un delito de falsedad y malversación.
- El artículo 18.2 de la LOTCu prescribe que “cuando los hechos fuesen constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”. En este sentido, el apartado 3 del artículo 49 de la LFTCu impone al Tribunal que entendiera de la causa penal la obligación de abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de los hechos que enjuicie, dando al Tribunal de Cuentas traslado de los antecedentes necesarios al efecto de que éste concrete el importe de los daños y perjuicios ocasionados a los caudales públicos.
- El fallo de la sentencia de la Audiencia determinaba, como indemnización al Estado, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad que estableciera el Tribunal de Cuentas en este procedimiento contable.
- La Juzgadora de instancia, en su valoración de la prueba obrante en las actuaciones con arreglo a la sana crítica, consideró, por los motivos que acertadamente se detallan en los folios 40 a 45, que los pagos que figuraban en las cuentas justificativas de la Consejería de Información de la Embajada de España del Reino Unido respecto a los proveedores B., J.S. y B.T. no correspondían a prestaciones debidamente acreditadas y por ello declaró el alcance por estas partidas. Como ha reiterado esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 6/2015, de 11 de noviembre) todos los pagos procedentes de 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 gestiona o maneja los caudales o efectos públicos. La falta de justificación debida de los fondos librados ha llevado a la Consejera de instancia a declarar el alcance respecto a estos proveedores. La causa no ha sido la supuesta falsedad o no de las facturas incorporadas a dichas cuentas, como alega la recurrente.

NOVENO.- De todo lo que antecede se ha de concluir que:

- En ningún caso se ha producido la inversión de la carga probatoria en relación con las concretas cantidades a cuya devolución ha sido condenada la Sra. G., ya que responden a un análisis preciso por parte de la Consejera de instancia de la totalidad de la prueba practicada, detallado en los fundamentos jurídicos sexto a noveno de la resolución recurrida. Esta Sala concurre en la valoración, con la excepción de la cuantía del alcance declarado por la inclusión de un porcentaje medio de gasto de la línea telefónica no autorizada correspondiente a los meses de mayo y julio de 2013. Frente a ello, el recurso se ha limitado a realizar alegaciones que, salvo en lo señalado respecto a los pagos al proveedor V., no pueden considerarse suficientes para prevalecer sobre el juicio de apreciación de la prueba que ha realizado la sentencia recurrida.
- Concurren todos los elementos necesarios para declarar la responsabilidad contable por alcance, por cuanto: a) La Sra. G. gestionaba fondos públicos, teniendo la obligación, por ello, de su adecuada y debida rendición; b) Se ha producido un daño a los fondos públicos, por importe de 75.637,58 €, susceptible de ser calificado como alcance en los términos señalados en el artículo 72 de la LFTCu, por falta de justificación de libramientos, inclusión en las cuentas justificativas de la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido de prestaciones no realizadas o no debidamente acreditadas, pagos de servicios de telefonía por líneas no autorizadas y compra de bienes o artículos sin acreditar su finalidad pública; c) El alcance está tipificado como infracción en el artículo 177.1.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; d) Se da la relación de causalidad entre la actuación de la Sra. G. y el daño producido a los fondos públicos; y e) Se observa dolo en la conducta de la demandada, en los términos que establece la Sentencia del Tribunal Supremo 500/2018, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Civil, en el sentido de que es suficiente que el deudor infrinja su deber jurídico de forma voluntaria, esto es, conscientemente de que con su comportamiento realiza un acto antijurídico, para que deban entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin necesidad de ser intencionadamente perseguidos, fueran consecuencia necesaria del acto realizado.

DÉCIMO.- Como consecuencia de todo lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero, en nombre y representación de Doña M.N.G.P., minorando el importe del alcance declarado en la cantidad de 581,60 €, que quedará cifrado en 75.637,58 €, y modificar la cuantía de la responsabilidad contable directa y la condena resuelta de la sentencia apelada; rectificando en este sentido su apartado Primero.

UNDÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, no procede su imposición, por haber sido estimado parcialmente el recurso de apelación

interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Martínez Zapatero, en nombre y representación de Doña M.N.G.P. En consecuencia con lo anterior, modificar el apartado Primero del Fallo de la Sentencia 12/2021, de 18 de octubre, dictada en primera instancia en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-235/15, Sector Público Estatal (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación -Embajada de España en Londres) Reino Unido, al que se ha acumulado el procedimiento de reintegro por alcance nº A-240/16, que debe quedar redactado en los siguientes términos:

“Estimo en parte las demandas interpuestas por el Abogado del Estado a las que se ha adherido el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos de la Consejería de Información de la Embajada de España en el Reino Unido el de SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (75.637,58 €).

SEGUNDO.- Declaro responsable contable directa del alcance causado en los fondos públicos a que se refiere el punto anterior a Doña M.N.G.P.

TERCERO.- Condeno a Doña M.N.G.P. al reintegro de la cantidad por la que se le ha declarado responsable contable.

CUARTO.- Condeno a Doña M.N.G.P. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico undécimo de esta resolución.

QUINTO.- Ordeno la contracción de la cantidad en que se fija el perjuicio en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública.

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 conviniera, 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 12/22**Proc. Reintegro B-253/15 y acum. A-240/16****Ramo: Sector Público Estatal (Embajada de España en Londres)****REINO UNIDO****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.- Guadalupe Martín Gómez.

Sentencia n° 14/2022, de 24 de noviembre. Recurso de apelación n° 25/22, Procedimiento de Reintegro n° 81/21, del ramo Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia), Valencia. Ponente: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las posturas de las partes, la Sala comienza por analizar la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad contable -de conformidad con la D.A 2.^a LFTCu, en aplicación de la D. A. 4.^a referida a los plazos de prescripción y caducidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19- que se estimó en la sentencia apelada y aprecia que el plazo de prescripción de la responsabilidad contable efectivamente quedó suspendido.

En relación con la prohibición de mutatio libelli, la Sala considera que se encuentra ante una cuestión nueva que lleva a rechazar las alegaciones del Ministerio Fiscal relativas a la aplicación de la D. A. 71.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales, las cuales, en cualquier caso, carecerían de entidad suficiente para ser estimadas.

En relación con la alegación de suspensión de vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2001, responsabilidad contable y límites de la jurisdicción contable, la Sala considera que la alegación de la Disposición Adicional suscitada por el Ministerio Fiscal constituiría una cuestión prejudicial en los términos del art. 17.2 LOTCu, que está limitada a determinados supuestos que no concurren en este caso.

La nulidad del convenio colectivo no era antecedente lógico-jurídico de la declaración de alcance de cuentas por lo que su examen, que no condicionaba la resolución del proceso principal, correspondía a la jurisdicción del orden contencioso- administrativo, ante la que no consta que haya sido impugnado, y no al ámbito de la jurisdicción contable como cuestión prejudicial no devolutiva.

En consecuencia, la Sala aprecia la falta de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos recurrentes, lo que a su vez impide apreciar la concurrencia de responsabilidad contable sin que sea necesario entrar en el examen de lo relativo a la existencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en la actuación de los responsables, de acuerdo con los términos preceptuados en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

SENTENCIA N° 14/2022

Asunto: Recurso de apelación núm. 25/2022

Procedimiento de reintegro por alcance N° C-81/2021.

Ramo: Sector público local (Empresa Municipal de Transportes, S.A.U. -EMT-) Valencia.

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 Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Consejeras que constan al margen y 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 n° C-81/2021, del ramo del sector público local (Empresa Municipal de Transportes, S.A.U. -EMT-), Valencia, como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia n° 1/2022, de 10 de mayo, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

Ha sido apelante el Ministerio Fiscal.

Se opusieron al recurso de apelación, el letrado D. César Olmos Rochina en nombre y representación de Don A.M.B.R., y la Letrada D^a Verónica Herranz Garrido en nombre y representación de Don C.R.C.

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-81/2021, el mismo trae causa de las Actuaciones Previas nº 39/20, iniciadas como consecuencia del escrito del director de la Agencia Valenciana Antifraude (AVA) por el posible exceso de retribuciones abonadas por la Empresa Municipal de Transportes (EMT) de Valencia desde enero de 2014 a mayo de 2018, a trabajadores de la empresa que habían accedido a la jubilación parcial.

2.- Mediante escrito de 15 de septiembre de 2021, se presentó demanda por la representación procesal de la EMT de Valencia solicitando que se declarase responsable contable directo a Don A.M.B.R. por la cuantía de 220.004,77 € y a Don C.R.C. por la cuantía de 749.905,83 €, más intereses y costas.

3.- En la sentencia nº 1/2022, dictada en los autos de referencia y ahora recurrida en apelación, se consignaron los siguientes hechos probados:

«PRIMERO.- La EMT de Valencia es una sociedad mercantil con capital íntegramente público, que pertenece en su totalidad al Ayuntamiento de Valencia su objeto social principal es organizar y prestar los servicios públicos de transporte urbano colectivo, en superficie, de pasajeros, dentro del término municipal de Valencia, así como su coordinación con las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, otros sistemas de transporte que posibiliten el desplazamiento de personas en el área metropolitana de la Ciudad de Valencia.

La sociedad, constituida en escritura pública de fecha 17 de enero de 1986, se rige por sus Estatutos; por la normativa específica reguladora del Régimen Local que resulte de aplicación a las sociedades mercantiles locales; por las disposiciones legales que específicamente le sean de aplicación; por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; por el Código de Comercio, en cuanto le sea aplicable; y por normativa europea de aplicación.

La financiación de la EMT procede en su totalidad de recursos de naturaleza pública: ingresos por la prestación del servicio público de transporte de viajeros sujeto a tarifas aprobadas por el Ayuntamiento de Valencia y transferencias corrientes y de capital realizadas por el Ayuntamiento de Valencia.

Como sociedad mercantil pública, al estar sometida, en su régimen jurídico esencial, al Derecho privado (art. 85 ter. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local) la contratación de su personal se rige por la legislación laboral.

SEGUNDO.- El Convenio Colectivo del personal de la EMT de Valencia de 15 de marzo de 2001, de aplicación en el periodo 2001/2003, en su punto 22 estableció unas “bases para la jubilación parcial con contrato de relevo” (para los años 2001 a 2003), que se desarrollaron mediante un Acuerdo de fecha 24 de mayo de 2001. Tenían por objeto “incentivar las jubilaciones parciales con contrato de relevo a partir de los 60 años”. Posteriormente, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, modificó el apartado 6 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, para permitir que el porcentaje de la jornada anual que pudiera realizar el trabajador jubilado parcialmente fuera del 15 % de su jornada anual. Como consecuencia de esta Ley, mediante Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se adaptó el documento inicial a los nuevos porcentajes y se estableció lo siguiente:

- Si los trabajadores tenían una edad de 60 o 61 años, debían trabajar 65 días desde la novación del contrato.*
- La supresión del incentivo económico de la jubilación anticipada prevista en el artículo 72 del Convenio anterior (5 millones de ptas./30.050,61 euros) recobraría vigencia, si se derogaba la legislación sobre jubilación parcial o el contenido del propio convenio.*
- La retribución del 15% de la jornada teórica que se prevé realizar por el trabajador jubilado parcialmente, se calcularía sobre el 100% de los conceptos salariales fijos y la media de los 6 meses anteriores de los conceptos salariales variables, excluyendo las horas de cómputo y extraordinarias de cualquier tipo.*

Esa regulación de la jubilación parcial de los trabajadores de la EMT de Valencia, de los años 2001 a 2003 (jornadas de 65 días y abono del 15% de la retribución) se mantuvo en los posteriores Convenios Colectivos de los años 2004-2007, 2008 - 2011, y 2012-2013.

TERCERO.- El 28 de marzo de 2013 se aprobó un Acuerdo Colectivo que, independientemente de la vigencia del Convenio Colectivo de 2012-2013 y su posterior ultraactividad, tenía vigencia desde su firma hasta el 31 de diciembre de 2018. En él se establecía que la reducción de la jornada podía alcanzar el 85%, pero no concretaba, a diferencia del Acuerdo de 2001, el número de jornadas a realizar.

CUARTO.- Durante los años posteriores a marzo de 2013, se aplicó el Acuerdo de 2001, en el sentido de que los trabajadores de la EMT de Valencia que accedían a la jubilación parcial realizaban un máximo de 65 jornadas y percibían el 15% de las retribuciones que tenían asignadas al acceder a la jubilación parcial (tal retribución equivalía a 132 jornadas).

QUINTO.- En la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo 2017-2019 (que comenzó en 2016) se debatieron los términos de la jubilación parcial. La empresa manifestó sus dudas sobre la realización de una jornada inferior a 132 días. El 26 de diciembre de 2017, el Director Gerente (Don J.E.G.A.) denunció a la Agencia Valenciana Antifraude (AVA) la posible ilegalidad de la realización de sólo 65 jornadas por parte de los trabajadores jubilados anticipadamente, y la percepción de retribuciones del 15% del salario (equivalente a la realización de 132 jornadas). La AVA, a su vez, denunció los hechos a la Fiscalía que, por Decreto de 1 de marzo de 2019, archivó las diligencias de investigación penal, al no haberse acreditado los elementos objetivos del tipo penal del delito de malversación de caudales públicos. Señalaba expresamente este Decreto que la conducta de los implicados “estaba amparada por el convenio de 2001”.

SEXTO.- El 14 de mayo de 2018 se produjo una comunicación del Director Gerente de la EMT al Departamento de Recursos Humanos de la empresa para que se cumpliera una jornada que representara el 15% de la jornada anual y se extinguiera la posibilidad de realizar un número inferior. Ello dio lugar a un conflicto colectivo y el 19 de julio de 2018 se acordó acudir a un arbitraje que concluyó por Laudo Arbitral de 14 de septiembre de 2018.

El Laudo declaró la vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2001, si concurrían las condiciones establecidas en el apartado tres de la Disposición Adicional 144ª de la Ley 6/2018 -que posibilita la mejora de la jornada general de trabajo en el Sector Público por convenios o acuerdos siempre y cuando en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla del gasto y no afectara al cumplimiento por cada Administración del objetivo de que la temporalidad en el empleo público no superara el 8% de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos-, estimando que en ese supuesto la jornada a realizar sería de 65 días.

El laudo fue impugnado por el sindicato CGT y confirmado por Sentencia de 22 de febrero de 2019, del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, y posteriormente por Sentencia de 19 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

SÉPTIMO.- Don A.M.B.R. desempeñó el puesto de Director de Recursos Humanos (RRHH) de la EMT desde el 3 noviembre de 2003 hasta el 15 de enero de 2016 (y desde el 30 de diciembre de 2012 hasta el 18 de octubre de 2015 también el de Director Gerente). Los acuerdos sociales, elevados a escritura pública el 8 de noviembre de 2012, le otorgaron poderes, siempre que las operaciones no superaran los 180.000 €, entre otros, para efectuar pagos por cualquier título y a favor de cualquier persona, así como para firmar cheques, órdenes y demás documentos bancarios y, en general operar con los bancos.

Mediante escritura pública de 15 de febrero de 2016 se revocaron los poderes del Sr. B. y se le otorgaron a Don J.E.G.A., como Director Gerente de la empresa los de aquel y los de nombrar, separar y despedir a toda clase de empleados y trabajadores de la sociedad, fijar sueldos y retribuciones, reglamentos de trabajo y normas de situación y actuación.

OCTAVO.- Don C.R.C. fue Director de RRHH en la EMT desde el 16 de enero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2018.

El 1 de marzo de 2018, el Sr. R.C. fue sucedido en su cargo y funciones por Doña M.R.A. (Directora del Área de Finanzas y RRHH). Anteriormente, con fecha 3 de agosto de 2016 se elevaron a públicos los acuerdos sociales por los que se otorgaban poderes, mancomunadamente, a la Sra. R.A., como responsable del Departamento de Administración, siempre que las operaciones no superaran los 180.001 €, para, entre otros, efectuar pagos por cualquier título y a favor de cualquier persona, así como para firmar cheques, órdenes y demás documentos bancarios y, en general operar con los bancos.»

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

«IV. PRIMERO.- Desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-81/2021, Sector Público Local (Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.-EMT), VALENCIA.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta instancia a la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal. Se opusieron al recurso de apelación el Letrado D. César Olmos Rochina, en nombre y representación de Don A.M.B.R., y la Letrada D^a Verónica Herranz Garrido, en nombre y representación de Don C.R.C.

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 a la que se adhirió. Fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1.º) En primer lugar, impugna el contenido del apartado sexto de la declaración de hechos probados de la sentencia que, según alega, hace un resumen del laudo arbitral de 14 de septiembre de 2018 que cambia el sentido de esa resolución, y es esencial para la resolución del pleito pues, conforme sostiene, en aquél se declaraba que el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraba legalmente suspendido desde el 8 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales), hasta el día 4 de julio de 2018, en virtud la Disp. Derogatoria 4.ª de la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales de 2018, que levanta su suspensión y recobra así efectos tal Acuerdo si, además, concurrieran una serie de circunstancias adicionales. El Ministerio Fiscal solicita, en consecuencia, que se revoque el contenido del segundo párrafo del hecho probado sexto por otro pronunciamiento que recoja que, según el laudo de 14 de septiembre de 2018, entre el día 8 de julio de 2012 y el día 4 de julio de 2018, el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraba suspendido.

2.º) En segundo lugar, impugna el contenido del fundamento de derecho noveno de la sentencia y la consiguiente estimación de la excepción de prescripción de la responsabilidad contable respecto de Don A.M.B.R., pues la sentencia recurrida niega la suspensión de la prescripción de la responsabilidad contable durante el estado de alarma (83 días desde la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 de marzo, en su Disp. Ad. 4.ª, referida a la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, hasta el 4 de junio de 2020, conforme al RD 537/2020), que es plenamente aplicable. De esta manera, la interrupción de la prescripción se habría producido antes del transcurso del plazo de cinco años (DA 3.ª LFTCu) y, por consiguiente, la excepción de prescripción debe ser rechazada.

3.º) En tercer lugar, se opone el contenido del Fundamento de Derecho décimo de la sentencia, que negó la existencia de alcance por la realización de pagos por jornadas de trabajo no realizadas. A juicio del Ministerio Fiscal el perjuicio sufrido por los fondos públicos de la EMT de Valencia por la realización de pagos por jornadas de trabajo no realizadas resulta constitutivo de alcance por las siguientes razones sucintamente expuestas: 1) los citados pagos no se ajustan al contrato al no ser horas efectivamente trabajadas; 2) el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraba suspendido por imposición legal en el momento en el que ocurrieron los hechos enjuiciados y, asimismo, la mejora en la jornada de trabajo por el laudo arbitral de 2018, posterior a los hechos enjuiciados, estaba sujeta al cumplimiento de condiciones de estabilidad presupuestaria, deuda pública y reglas de gasto y de temporalidad en el empleo, que no constaban acreditadas en el caso; y 3) la jurisdicción contable no necesita declarar la nulidad del Acuerdo de 2001 para pronunciarse sobre la existencia de alcance en este pleito (de acuerdo con la STS 28-11-2012, en que se funda la sentencia recurrida), ya que, en el momento de los hechos enjuiciados, el Acuerdo de 2001 se encontraba en suspenso.

4.º) Finalmente, impugna el contenido del fundamento de derecho undécimo de la sentencia, que negó la concurrencia de dolo o negligencia grave en la conducta de los demandados en aplicación del Acuerdo de 6 de agosto de 2001, que además había sido discutido desde 2016. A su juicio, los demandados gastaron fondos públicos sin contraprestación ninguna, y no procedía, en consecuencia, moderar tal negligencia. Lo relevante, según alega, es que los demandados incumplieron las obligaciones que asumían como gestores de fondos públicos y, aunque la normativa legal y convencional de jubilación parcial pudiera ser compleja, no lo era la relación laboral entre la EMT y sus trabajadores parcialmente jubilados, mediante unos contratos de trabajo firmados por los demandados en representación de la EMT de Valencia, en los que se concretaban las horas y las retribuciones a las que tienen derecho a percibir por ello. Sin embargo, ordenaron el pago de las nóminas sabedores de que no se cumplían esas jornadas y con abono completo de la retribución pactada.

3.- Mediante escrito presentado el 5 de julio de 2022, el Letrado Don César Olmos Rochina se opuso al recurso de apelación, en nombre y representación de Don A.M.B.R., en base a los siguientes motivos:

1.º) No pueden modificarse los hechos probados de la sentencia recurrida, porque para ello el Ministerio Fiscal hace una alegación nueva, que no ha sido objeto de contradicción en el procedimiento previo, como es la suspensión del Acuerdo de 6 de agosto de 2001 mediante la DA 71.^a de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, declarada al parecer *obiter dicta* en el laudo arbitral de 19 de julio de 2018. Esta alegación *ex novo*, vulneraría, a su juicio, el art. 56.2 Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

2.º) Es criterio mayoritario y prácticamente pacífico de los tribunales, que la suspensión de la declaración del estado de alarma no se refiere al plazo de prescripción material de la responsabilidad, sino solo a la prescripción o caducidad del ejercicio de acciones de naturaleza procesal.

3.º) Los pagos estaban justificados, como se declara en la sentencia recurrida, porque el Ministerio Fiscal no ha tenido en cuenta la prevalencia de los Convenios y Acuerdos Colectivos y su incorporación automática a los contratos de trabajo, sin necesidad de referencia expresa en ellos, por lo que esos pagos no infringen norma alguna y eran jurídicamente obligatorios en virtud de los instrumentos colectivos suscritos en la empresa, que estaban vigentes. En este sentido alega que no es correcto que la D.A. 71.^a Ley Presupuestos para 2012 suspendiera el Acuerdo de 2001, pues esa norma no regulaba la jubilación parcial sino solo las jornadas de 37,5 horas semanales de jornada ordinaria y, además, las condiciones adicionales referidas por el Ministerio Fiscal de estabilidad presupuestaria establecidas en el Laudo de 2018, se aplicarían solo a partir del 5 de julio de 2018, esto es, no

resultaría aplicable a la responsabilidad contable que es anterior y termina el 27 de diciembre de 2017; y, en todo caso, en defecto de aplicación del Acuerdo de agosto de 2001, si se encontrara en suspensión, habría recobrado vigencia el art. 72 del Convenio Colectivo anterior de 1998-2000, y los pagos habrían debido ser mayores.

4º) Por todo ello, los pagos eran obligatorios y justificados, no causan daño ni perjuicio ni suponen alcance, ni cabe hablar de dolo o negligencia, porque además se realizaron con transparencia, sometidos a la Inspección de Trabajo, sin objeciones por el servicio jurídico del departamento de RRHH de la empresa, ni por el informe de la Sindicatura de Cuentas sobre el ejercicio de 2016 que analizó toda la materia contractual laboral de la EMT de Valencia (normativa, contratos, nóminas, etc.), y de acuerdo con la solución posterior al laudo arbitral de 14 de septiembre de 2018, confirmado por dos sentencias de la jurisdicción Social, y con archivo por la Fiscalía de Valencia de la denuncia formulada por la AVA. Todo ello, pondría de manifiesto cómo estos pagos eran y fueron siempre jurídicamente obligatorios, de acuerdo con todos los informes y resoluciones que refiere el Letrado sobre la imposibilidad de dejar de pagar las jubilaciones parciales en aplicación de un régimen jurídico complejo.

4.- Mediante escrito presentado el 6 de julio de 2022, la Letrada Doña Verónica Herranz Garrido se opuso al recurso de apelación, en nombre y representación de Don C.R.C. Fundamentó su oposición de la siguiente forma:

1.º) El Ministerio Fiscal pretende sustentar la responsabilidad contable en una alegación nueva de una norma (D.A. 71ª, Ley de Presupuestos para 2012) lo que, a su juicio, impediría modificar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

2.º) Desde 2001 se estaban realizando por los jubilados parciales 65 jornadas y se cobraban las retribuciones correspondientes a 132 jornadas, porque precisamente la cotización y pago de esas jornadas es el mínimo que da acceso a la prestación por jubilación, y se ajusta a derecho siempre que se produzca la retribución y cotización por el 15% de la jornada establecida en el contrato de trabajo, como se aplicó en el Acuerdo de 2001, declarado legal sucesivamente por el Laudo de 2018, por la Sentencia del Juzgado de Valencia de 22 de febrero de 2011, y por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 1861/2019, de 19 de junio.

3.º) Las condiciones adicionales requeridas por el Ministerio Fiscal sobre estabilidad presupuestaria, solo son de aplicación desde el 5 de julio de 2018, conforme al laudo de 2018, y por tanto a fechas posteriores a los enjuiciadas. Asimismo, los pagos son debidos legalmente, puesto que lo establecido en los convenios colectivos se incorpora automáticamente al contrato. Finalmente refiere la Letrada la legalidad de tales pagos, que se han seguido realizando con posterioridad, de acuerdo con

dictámenes doctrinales y confirmados por sentencias citadas de la jurisdicción social que confirmaron el laudo de 2018.

5.- Mediante diligencia de ordenación de 18 de julio de 2022 se acordó elevar los autos a la Sala de Justicia y por providencia de 18 de octubre de 2022 se remitieron a la Consejera Ponente.

6.- Mediante providencia de fecha 16 de noviembre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 21 de noviembre de 2022, fecha en la que tuvo el citado trámite.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- Constituye el objeto litigioso del procedimiento de reintegro por alcance nº C-81/2021 determinar si el pago del 15% de la jornada laboral equivalente a 132 jornadas a los trabajadores de la EMT de Valencia que habían accedido a la jubilación parcial, cuando solo realizaban un máximo de 65 jornadas, reúne los requisitos exigidos para declarar la existencia de un alcance generador de responsabilidad contable. Consta en las actuaciones que en virtud del Convenio Colectivo del personal de la EMT de Valencia de 15 de marzo de 2001 desarrollado mediante un Acuerdo de 24 de mayo de 2001, y el Acuerdo de 6 de agosto de 2001, que se mantuvo en los posteriores Convenios para incentivar las jubilaciones parciales, los trabajadores que accedían a la jubilación parcial realizaban un máximo de 65 jornadas y percibían el 15% de las retribuciones que tenían asignadas (retribución equivalente a 132 jornadas de los trabajadores de la empresa no jubilados).

2.- La sentencia recurrida desestima íntegramente la demanda al aceptar, por un lado, la prescripción de la responsabilidad contable que se pudiera derivar de la actuación del Sr. B., de acuerdo con la D.A. 3.ª Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu). Por otro, respecto a la responsabilidad del Sr. R., resuelve que no se ha producido un alcance en los fondos públicos de la EMT de Valencia, al estimar que los pagos se ajustaban a los contratos de jubilación parcial firmados en ejecución del Acuerdo de 6 de agosto de 2001 interpretado así, además, por el laudo arbitral de 2018, sin que fueran impugnados por las partes por lo que, de acuerdo con el criterio establecido por la STS de 28 de noviembre de 2012, vinculaba a los demandados. Finalmente, pese a no apreciar la existencia de alcance, la sentencia declara que no se incurrió en una conducta dolosa o gravemente negligente y contraria a Derecho al ordenar dichos pagos por jornadas de trabajo no

realizadas, dada la complejidad del régimen jurídico aplicable y la actuación con transparencia de los demandados.

3.- Como se ha expuesto en los antecedentes de la presente resolución, las alegaciones del Ministerio Fiscal se concretan, de un lado, en el análisis procesal de la prescripción de la responsabilidad contable en la actuación del Sr. B., que le lleva a impugnar el Fundamento de Derecho noveno de la sentencia apelada; y, de otro, en tres alegaciones de fondo en virtud de las cuales impugna el hecho probado sexto y los Fundamentos de Derecho décimo y undécimo, todas ellas con base en la alegada suspensión del Acuerdo de 4 de agosto de 2001, de acuerdo con la D.A. 3.^a Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), que impediría aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 28 de noviembre de 2012) sobre la delimitación de la jurisdicción contable, en la que se basa la sentencia recurrida.

4.- Estas impugnaciones y la oposición a ellas formulada por la parte recurrida, así agrupadas, serán tratadas de forma sucesiva por la Sala.

SEGUNDO.- Interrupción del plazo de prescripción.

5.- Como se ha anticipado, procede, en primer lugar, analizar la cuestión alegada por el Ministerio Fiscal en el motivo segundo de su recurso relativa a la ausencia de prescripción de la responsabilidad contable en la actuación del Sr. B., de conformidad con la D.A. 2.^a LFTCu, en aplicación de la D. A. 4.^a referida a los plazos de prescripción y caducidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se estimó en la sentencia apelada.

6.- Los Letrados de la parte demandada se oponen al recurso al considerar que esta impugnación no tiene en cuenta el criterio mayoritario de los tribunales acerca de que tal suspensión solo afecta a las acciones de naturaleza procesal, que no sería el supuesto de la responsabilidad contable. La sentencia apelada no estima aplicable la D.A. 4.^a RD 463/2020, porque el plazo de caducidad de la D.A. 3.^a LFTCu se refiere a la responsabilidad contable y no a la del ejercicio de la acción, y tampoco estima aplicable la D.A. 2.^a apdo. 1, del mismo RD 463/2020, puesto que se refiere a plazos procesales y el plazo de prescripción de la responsabilidad contable no es uno de ellos.

7.- A este respecto, se debe partir de la mencionada D.A. 3.^a LFTCu que, en su apartado primero, establece que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen; y, en su apartado tercero, que la prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que

tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralizen o terminen sin declaración de responsabilidad.

8.- En este caso, el Sr. B. fue despedido y cesó en su cargo de director de RRHH el 15 de enero de 2016, y tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento fiscalizador sobre su gestión el 16 de febrero de 2021 (notificación de la citación para la práctica de la liquidación provisional), fechas conforme a las cuales se realiza el cómputo del plazo de prescripción en el Fundamento de Derecho noveno de la sentencia apelada y que, en todo caso, supone el efectivo conocimiento de la actuación fiscalizadora llevada a cabo por el Tribunal, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la prescripción (por todas STS 23 de diciembre de 2012, rec. 3465/2012, FD 10º, entre otras).

9.- Se centra así la impugnación, *prima facie*, en torno a cómo afecta a la fase de instrucción que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, la suspensión decretada durante el estado de alarma, en concreto sobre la aplicación de las Disposiciones Adicionales del RD 463/2020 y hasta el alzamiento establecido en los arts. 8 a 10 del RD 537/2020, de 22 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Se debe partir de que la norma establece, en ese contexto, una suspensión general de toda actividad pública y privada y, en concreto, de la actividad pública, tanto administrativa como judicial, pues sólo se incluyen como excepciones determinadas actividades que se pudieran considerar urgentes e ineludibles, de protección de derechos fundamentales, conflictos colectivos, internamientos no voluntarios y protección del menor y otras declaradas expresamente urgentes, con perjuicios irreparables a las partes en el proceso o del interesado y éste manifieste su conformidad, o los estrechamente vinculadas a los hechos justificativos de la declaración del estado de alarma.

10.- Sobre la naturaleza procesal o no de la fase instrucción durante las actuaciones previas en exigencia de la responsabilidad contable (art. 26 de la LOTCu), esto es, sobre la liquidación provisional referida cuya práctica fue notificada en este caso el 16 de febrero de 2021, llevada a cabo por este Tribunal conforme a los arts. 45 y ss. LFTCu, en concreto conforme a lo establecido en su art. 47.1,e) y adoptada por el delegado instructor en el marco de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable, y por tanto previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional (arts. 49 y ss. LFTCu), se ha pronunciado en sentido diverso la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así el Preámbulo LFTCu refiere que:

«ante la imposibilidad de atribuir naturaleza estrictamente jurisdiccional a la inicialmente prevista fase instructora de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables, conforme fue puesto de relieve en el antecitado informe

del Consejo General del Poder Judicial, se contemplan también las actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso-administrativo, según la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción».

11.- Asimismo, se han pronunciado sobre esta cuestión numerosas sentencias del Tribunal Supremo sirviendo de ejemplo las siguientes: STS de 27 de mayo de 1995, rec. 24/1994; STS de 27 de febrero de 2004, rec. 10640/1998; STS 2 de marzo de 2012, rec. 6338/2010; STS de 19 de julio de 2010, rec. 1233/2008. Igualmente cabe citar la doctrina de esta Sala de Justicia al respecto, referida en el auto núm. 12/2019, de 13 noviembre.

12.- En este contexto, y al margen de la discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la calificación o no como jurisdiccional de esta fase de instrucción llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas, sin embargo, no es necesario enfrentarse a tal cuestión, sobre la que se discute, pues se debe partir de la suspensión general de todos los plazos conforme al RD 463/2020, fueren de naturaleza procesal (D.A. 2.^a), administrativa (D.A. 3.^a) o de cualesquiera otras acciones y derechos (D.A. 4.^a). Conforme a esta realidad, el propio Pleno del Tribunal y la Comisión de Gobierno adoptaron una serie de Acuerdos dirigidos a garantizar la debida aplicación del RD 463/2020, de 14 de marzo, en todo su alcance y de manera uniforme, en lo que se refiere al ámbito de actuación de esta Institución, con referencia expresa a la suspensión de los términos y la interrupción de todos los plazos de prescripción y caducidad en la tramitación de todos los procedimientos administrativos que tienen lugar en el ámbito del Tribunal de Cuentas. En concreto, la Comisión de Gobierno, con fecha 16 de marzo de 2020, acordó:

«1º Que se suspenden los términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos que tienen lugar en el ámbito del Tribunal de Cuentas, incluidos los plazos de presentación de solicitudes correspondientes a los procedimientos que se encuentren en tramitación al día de la fecha. Todo ello, a los mismos efectos y con igual alcance material y temporal que se establece en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en el que pierda vigencia el citado Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

“2º Que, igualmente, a los mismos efectos y con igual alcance material y temporal que se establece en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren»

13.- De esta forma, la discutida naturaleza procesal o extraprocesal de la responsabilidad contable que estima la sentencia apelada y oponen los Letrados, resulta de examen innecesario pues no obsta a la discutida suspensión, que en todo caso se estipula conforme a las citadas Disposiciones Adicionales del RD 463/2020, y confirma y aplica el Acuerdo referido de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas de fecha 16 de marzo de 2020.

14.- En consecuencia, esta Sala de Justicia aprecia que el plazo de prescripción de la responsabilidad contable efectivamente quedó suspendido por aplicación de Acuerdo de 16 de marzo de 2020 de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas y conforme al RD 463/2020 en relación con el RD 537/2020, desde el 14 de marzo hasta el 4 de junio de 2020, de forma que no han transcurrido cinco años desde el 15 de enero de 2016, fecha en la que el Sr. B. fue despedido y cesó en su cargo de director de RRHH, hasta que tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento fiscalizador sobre su gestión el 16 de febrero de 2021 (notificación de la citación para la práctica de la liquidación provisional), una vez suspendido el cómputo durante los 83 días de suspensión de plazos conforme a la citada D.A. 4.^a del RD 463/2020.

TERCERO.- Prohibición de la *mutatio libelli* y la alegación de suspensión de vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2001.

15.- Los motivos primero, tercero y cuarto del recurso del Ministerio Fiscal se sustentan en una misma alegación, esto es, el carácter injustificado del pago a los trabajadores jubilados parcialmente en virtud de un Acuerdo de 4 de agosto de 2001, que se encontraría suspendido, según alega, en virtud de la D.A. 71.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para 2012.

16.- Así, el Ministerio Fiscal impugna, como motivo primero de su escrito de recurso, el contenido del apartado sexto de la declaración de hechos probados de la sentencia, que no relaciona cómo el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraría suspendido entre el día 8 de julio de 2012 y el día 4 de julio de 2018, en virtud de la D.A. 71.^a de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales para 2012, de 29 de junio, según declaraba el laudo de 14 de septiembre de 2018.

17.- De la misma forma, como motivo tercero, impugna el contenido del Fundamento de Derecho décimo de la sentencia pues, conforme sostiene, el perjuicio es constitutivo de alcance porque el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraba suspendido y la jurisdicción contable no necesita declarar su nulidad para apreciarlo.

18.- Asimismo, como motivo cuarto, impugna el contenido del Fundamento de Derecho undécimo, porque los demandados incumplieron las obligaciones que asumían, y se debe apreciar dolo o negligencia grave sin ponderación alguna de la

responsabilidad ante la complejidad normativa y ello porque, a su juicio, ordenaron el pago de las nóminas sabedores de que no se cumplían esas jornadas y con abono completo de la retribución pactada, actuación que no puede ser calificada transparente, como resuelve la sentencia.

19.- Establecida así la línea argumental de impugnación del recurso, razones de lógica sistemática aconsejan llevar a cabo su análisis de forma conjunta pues, en definitiva, la suspensión del Acuerdo de 6 de agosto de 2001 por mor de la D.A. 71^a de la Ley 27/2012 de Presupuestos Generales para 2012, es la premisa jurídica vertebradora de la argumentación del recurso del Ministerio Fiscal para concluir que hay alcance y, posteriormente, establecido el alcance, ahondar en la concurrencia del elemento subjetivo. No obstante, previamente hay que analizar si, como se plantea en los escritos de oposición al recurso, se trata de una cuestión nueva no alegable en apelación a tenor del art. 56.2 LFTCu sin perjuicio de que, además y en todo caso como luego veremos, tampoco puedan acogerse los alegatos del Fiscal.

20.- Efectivamente, esta Sala de Justicia recuerda que no resulta admisible incluir nuevas pretensiones en un recurso de apelación que no hayan sido planteadas por las partes en la demanda previa y resueltas en la sentencia apelada, y ello de conformidad con los artículos 65.1 en relación con el 56.1 y 85, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa -LJCA- (aplicable en virtud de la D.F. Segunda.2 de la Ley Orgánica 2/1992, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas -LOTCu-).

21.- Al efecto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS C.A. 24 de mayo de 1989, con cita de la de 6 de marzo de 1987, entre otras) conforme a la cual «si no pueden plantearse en los escritos de conclusiones o en la vista ante la Sala de la Audiencia Territorial cuestiones no suscitadas en la demanda y en la contestación, según el art. 79 de la Ley de la Jurisdicción, con mayor motivo queda excluida esta posibilidad en el recurso de apelación por tratarse de una cuestión no debatida en primera instancia ni resuelta en la sentencia apelada, dado que ante el tribunal de apelación no cabe cambiar la fundamentación que ha servido de base a la acción o a la oposición de los litigantes en primera instancia, en razón a que la atribución del tribunal de segunda instancia está circunscrita a revisar o volver a examinar todas las cuestiones conocidas, suscitadas y resueltas por el tribunal «a quo», dado que la apelación tiene por objeto el examen por un tribunal superior de la sentencia dictada en instancia para determinar si ella resuelve todas las cuestiones planteadas y si las soluciones adoptadas son o no acertadas, de lo que resulta que la primera instancia es preclusiva respecto de la segunda, primordialmente en cuanto al planteamiento de nuevas cuestiones o pretensiones (sentencia de 26 de febrero de 1987)». En el mismo sentido las SSTS C.A. 27 de septiembre de 1993 y 13 de octubre de 1998, entre otras muchas.

22.- Sirva también de ejemplo, la SAN 20 de enero de 2021, rec. 83/2020 (con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo), en cuyo FD 3.º se resuelve en el mismo sentido cuando afirma que «cuestión distinta es que se pretendan introducir en sede de apelación cuestiones que no se suscitaron en demanda ni en el acto de la vista, debiendo recordarse que, como ha declarado esta Sección con anterioridad (entre otras, sentencias de 10 de diciembre de 2008 -recurso de apelación número 120/2008- o de 11 de febrero -recurso de apelación número 174/2008- y de 27 de mayo -recurso de apelación número 75/2009- de 2009), constituye jurisprudencia reiterada (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999), la que proclama que los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia.

En este sentido, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada. Y, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, remitiéndose a la de 19 de abril de 1991, "el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación (...)».

23.-Y en el orden civil, conforme a cuyas normas se ha seguido el procedimiento de instancia, esta Sala debe recordar la STS 446/2008, de 29 de mayo, rec. 2693/2001, con criterio reiterado en la STS 17/2010, de 10 de febrero, rec. 175/2006, cuando señalan, ambas, que:

«[l]a presentación de la demanda, si después es admitida, produce, entre otros, el efecto de delimitar objetivamente la res in iudicio deducta [cuestión deducida en el juicio]. La causa de pedir, o conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, delimitada en el escrito de demanda, no puede ser alterada en el proceso por el demandante, a quien se prohíbe la *mutatio libelli* [modificación de la petición] para garantizar el principio de contradicción y el derecho de defensa, cifrado en la posibilidad de alegar y probar sobre los hechos relevantes aducidos por él (v. gr., SSTs 11 de diciembre de 2007, rec. 3927/2000; 22 de noviembre de 2007, rec. 4358/2000).

Puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado *biología* de la pretensión procesal. Pero la

posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del art. 426.4 LEC («[s]i después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia»), pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (412.2 LEC), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión».

24.- En el mismo sentido la STS 246/2016, de 13 de abril, rec. 2910/2013, declara:

«1.- Como recordábamos en la sentencia del Pleno de la Sala núm. 23/2016, de 3 de febrero, conforme al art. 412 LEC, una vez se haya establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda y la contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente. Prohibición de la mutación de la pretensión (*mutatio libelli*) que tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008). El demandado sólo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 de la propia LEC), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvencción (artículo 406). Sólo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin. Esta prohibición de cambio de demanda es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal; y la apreciación de que se vulnera este principio de la *mutatio libelli* supone que no puede tacharse de incongruente la sentencia que no resuelve sobre los hechos o pretensiones nuevos indebidamente introducidos en el proceso en momento extemporáneo (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2002, 22 de mayo de 2003, 3 de febrero de 2004, 21 de octubre de 2005, 23 de octubre de 2006, 146/2011, de 9 de marzo, y 44/2014, de 18 de febrero; y del Tribunal Constitucional 182/2000 y 187/2000, ambas de 10 de julio; 93/2002, de 23 de abril; y 126/2011, de 18 de julio).

2.- A su vez, como venimos afirmando reiteradamente (por todas, sentencia de esta Sala 718/2014, de 18 de diciembre), la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC. Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal

que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta».

25.- Partiendo de la línea jurisprudencial expuesta y para una adecuada comprensión de lo suscitado, es conveniente acudir al resumen de la demanda de la representación procesal de la EMT de Valencia que efectúa la sentencia de instancia y a la que se adhirió el Ministerio Fiscal:

«Conforme a la demanda, los demandados, que ocuparon durante el periodo a que se refiere la demanda el puesto de Director de Recursos Humanos (posteriormente denominado Director de Finanzas y Recursos Humanos), en el ejercicio de las competencias que les correspondían, aprobaron y ordenaron el pago a los trabajadores que habían accedido a la jubilación parcial, de nóminas por un importe excesivo, ocasionando un perjuicio a los caudales públicos que es constitutivo de alcance.

La demanda, considera que no concurren todos los requisitos que exige la responsabilidad contable en los pagos realizados a partir del 27 de diciembre de 2017, por lo que entiende que el principal, recogido en el Acta de Liquidación Provisional debe disminuirse en la cantidad de 64.505'35 €, que corresponde al período en el que Doña M.R.A. ocupó el cargo de Directora de Finanzas y Recursos Humanos, debiendo disminuirse, también, el principal en la cuantía referida al período de 27 de diciembre de 2017 a 28 de febrero de 2018, en el que ocupó dicho cargo Don C.R.C.».

A continuación, la sentencia recoge que «el Ministerio Fiscal, en su escrito de 19 de octubre de 2021, manifestó que, sin perjuicio de lo que pudiera resultar procedente a resultas de la tramitación del procedimiento, se adhería a la demanda formulada por la representación de la EMT de Valencia».

26.- Posteriormente, la sentencia recurrida, tras resolver las excepciones procesales opuestas por la defensa de los demandados, analiza la existencia de alcance conforme a los términos planteados en demanda y contestación. Concretamente, analiza la alegación de infracción del art. 4.2.f) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 26.1 del mismo cuerpo legal llegando a la conclusión de que no se produjo infracción de la normativa presupuestaria o contable porque la retribución por jornadas no realizadas se ajustaba a los contratos de jubilación parcial firmados y estaban justificados en las nóminas sin que en ningún momento se abonaran cantidades no previstas en las mismas. Además, señala que «la demanda en ningún momento hace referencia a la falta de justificación de los pagos realizados, ni a la

infracción de la normativa presupuestaria o contable, únicamente al incumplimiento 26.1 del ET. Y lo cierto es que el propio ET recoge expresamente la posibilidad de retribuir jornadas no realizadas, como en el caso de los permisos retribuidos, sin que ello suponga un pago injustificado».

27.- Prosigue la sentencia de instancia analizando el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 y el laudo arbitral de 14 de septiembre de 2018 que, afirma, realiza una interpretación en el mismo sentido. A ello añade que dicha regulación fue mantenida en los posteriores y sucesivos Convenios Colectivos de la empresa, aunque el Acuerdo de 28 de marzo de 2013 no concretaba el número de jornadas a realizar, sino que hacía una referencia a que la reducción de la jornada podía alcanzar el 85%. Continúa citando la sentencia como soporte argumental la STS de 28 de noviembre de 2012 para concluir con la inexistencia de alcance en el sentido del art. 72 de la LFTCu, al no tener los pagos realizados carácter injustificado ni haberse originado infracción de la normativa presupuestaria o contable del sector público.

28.- En sus alegaciones apelatorias el Ministerio Fiscal, ahora recurrente y entonces demandante, hace un planteamiento de fondo en gran parte nuevo que, en sus líneas esenciales, se puede resumir así: 1) existe alcance porque el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 se encontraba suspendido por imposición legal en el momento en el que ocurrieron los hechos y porque la mejora en la jornada de trabajo por el laudo arbitral de 2018, posterior a los hechos enjuiciados, estaba condicionada al cumplimiento de condiciones de estabilidad presupuestaria, deuda pública y reglas de gasto y de temporalidad en el empleo; y 2) la jurisdicción contable no precisa declarar la nulidad del Acuerdo de agosto de 2001 porque en el momento de producirse los hechos enjuiciados estaba en suspenso, concretamente desde el 8 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales), hasta el día 4 de julio de 2018 (en virtud la Disp. Derogatoria 4.ª de la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales de 2018, que levanta su suspensión y recupera así efectos tal Acuerdo si, además, concurrieran una serie de circunstancias adicionales).

29.- Basta la comparación de las alegaciones de demanda con las del recurso para advertir que existe un planteamiento jurídico nuevo, lo que obliga a efectuar un pronunciamiento previo sobre su admisibilidad en la segunda instancia.

30.- Al respecto, es necesario distinguir entre lo que es una mera argumentación jurídica nueva, para desde ella proceder a efectuar la crítica de la sentencia apelada, y lo que auténticamente es una cuestión nueva y que, como tal, cambia cualitativamente la pretensión.

31.-En relación con las primeras, no hay obstáculo formal para su admisión puesto que la apelación debe contener una argumentación dirigida a combatir los

razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia, que se somete a un examen crítico para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada.

32.- En cuanto a las segundas, las cuestiones nuevas, no es posible admitirlas pues la posibilidad de su planteamiento quedó precluida antes de la sentencia, como bien se deduce de la jurisprudencia que se ha reseñado supra y de las limitaciones que marca el art. 426 LEC puesto, asimismo, en relación con los arts. 399 y 400 LEC, éste para el caso de reserva para un proceso posterior. Es así, además, por cuanto la segunda instancia, que tiene como objeto la depuración crítica de la sentencia de la primera, no puede dar entrada a planteamientos que no tenían cabida posible en esa primera instancia, para enjuiciar desde ellos la corrección jurídica de una sentencia que no tuvo ni oportunidad ni posibilidad legal de pronunciarse sobre ellos.

33.- Es más, de haber tenido la sentencia la oportunidad de haberse pronunciado debería la parte recurrente haber denunciado que la sentencia que ahora recurre incurrió en vicio de incongruencia al omitir un pronunciamiento sobre la aplicación de la norma que en fase de recurso postula. En suma, debió haber denunciado que el juzgador de instancia vulneró el deber de atendimiento y resolución de las pretensiones y alegaciones traídas al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión de derecho formalmente planteada (art. 24 Constitución Española -CE-).

34.- Por otro lado, debe advertirse que la aplicación de la D.A. 71ª de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales para 2012, de 29 de junio, no es una «argumentación jurídica» utilizada en apoyo de la pretensión deducida por la parte. Al contrario, se trata de una pretensión, esto es, de un extremo concreto o punto litigioso que debe ser resuelto, es decir, de un planteamiento jurídico, lo que es diferente a una argumentación jurídica o, si se prefiere, a los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma al caso correspondiente.

35.- En definitiva, y como corolario, nos encontramos ante una cuestión nueva que lleva a rechazar las alegaciones del Ministerio Fiscal relativas a la aplicación de D. A. 71ª de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales para 2012, de 29 de junio, las cuales, en cualquier caso, carecerían de entidad suficiente para ser estimadas si hipotéticamente admitiéramos, como a continuación se efectúa, la procedencia de su análisis para el supuesto de un abordaje jurídico partiendo de que la cuestión se introduce de forma indirecta pero conexas por el laudo referido en la sentencia, es decir, como una cuestión que debería haber sido abordada en la instancia a fin de

delimitar el ámbito de la pretensión, todo ello por mor de salvaguardar la plenitud de la tutela debida al recurrente, dando así cumplida respuesta.

CUARTO.- La alegación de suspensión de vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2001; responsabilidad contable y límites de la jurisdicción contable.

36.- La Disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales para 2012, establece una jornada general del trabajo en el Sector Público de 37,5 horas mínimas, en los términos siguientes:

«Uno. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

A estos efectos conforman el Sector Público:

f) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a e) del presente apartado sea superior al 50 %.

Asimismo, las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer, experimentarán los cambios que fueran necesarios en su caso para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno.

Dos. Con esta misma fecha, queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del Sector Público indicados en el apartado anterior, que contradigan lo previsto en este artículo.

Tres. Esta disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.7ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución española».

37.- La Sala considera que la alegación de la transcrita Disposición adicional suscitada por el Ministerio Fiscal (motivos primero, tercero y cuarto), para su aplicación a los efectos de resolver el alcance como objeto de la jurisdicción contable (art. 15.Uno LOTCu), constituiría en cualquier caso una cuestión prejudicial en los términos del art. 17.Dos LOTCu, que está limitada a determinados supuestos que no concurren en el aquí estudiado. En su artículo 15, la LOTCu dispone que el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden,

intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. En virtud del artículo 16 LOTCu, no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional; las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa; los hechos constitutivos de delito o falta; y las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del poder judicial.

38.- En suma, el artículo 17.Dos LOTCu establece que la jurisdicción contable 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, sin que la decisión que se pronuncie produzca efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

39.- Pues bien, en la aplicación de estos preceptos a un caso de alcance por el pago del complemento de paga extra, la STS 28 de noviembre de 2012, rec. nº 3671/2010, citada en la recurrida, resuelve que, pese a su reconocimiento en el Convenio Colectivo, según el demandante, no se ajustaba a derecho por ser contrario a la legislación presupuestaria, en los términos siguientes:

«... El enjuiciamiento contable está configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional; la LOTCu lo califica como jurisdicción propia del TCu (art. 15.1), atribuyéndole las notas de "necesaria e improrrogable, exclusiva y plena " (artículo 17.1). La actividad de dicho Tribunal consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndole o condenándole y, en esta última hipótesis, ejecutando su decisión. Y todo ello a través de uno de los procedimientos regulados en el Título V de la LFTCu, en el que se diseñan los elementos subjetivos, objetivos y formales que caracterizan los procesos contables.

En definitiva, lo que corresponde al TCu es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que, debe observarse, no se articulan como procesos de impugnación de una decisión administrativa previa, sino que se ejercen directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 LOTCu). En modo alguno ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción del orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LRJCA). [En el mismo sentido, por todas, Sentencias de 27 de octubre de 2011 (Casación 5494/2009) y de 29 de marzo de 2012 (Casación 2517/2008)]. (FD 5).

La existencia de un alcance de cuentas dimana necesariamente, como hemos dicho, de un ilícito contable del artículo 141.1 a) de la LGP de 1988. La Sala de apelación no debió extender, por ello, el ejercicio de su jurisdicción hasta el punto de declarar - "incidenter tantum"- la ilegalidad del artículo 33 del Convenio colectivo (cuestión prejudicial) porque esa ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.1 d) de la misma Ley General Presupuestaria, pero no guarda la relación directa que exige el artículo 17.2 in fine de la LFTCu con la cuestión principal resuelta, que es un reintegro por alcance.

La nulidad del convenio colectivo no era en este caso antecedente lógico-jurídico de la declaración de alcance de cuentas por lo que su examen, que no condicionaba la resolución del proceso principal, correspondía a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, ante la que no consta que haya sido impugnado y no al ámbito de la jurisdicción contable como cuestión prejudicial no devolutiva.

En consecuencia, es obligado apreciar la falta de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos recurrentes, lo que impide apreciar la concurrencia de responsabilidad contable sin que sea necesario entrar en el examen de si se debe apreciar o no una conducta dolosa o gravemente negligente en la actuación de los responsables, de acuerdo con los términos preceptuados en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Basta comprobar que los actos administrativos que autorizaron el abono de los complementos retributivos eran válidos y eficaces al tiempo en que fueron dictados y que se fundamentaron en el artículo 33 de un Convenio colectivo aprobado por el Pleno de la referida Entidad Municipal, por cierto sin ningún voto en contra (folios 215 y 216 del procedimiento en primera instancia), para estimar ambos motivos de casación. (FD 11.º)».

40.- Esta doctrina del Tribunal Supremo, que es la aplicada al caso por la Sentencia ahora recurrida en apelación, ya se siguió además en las sentencias de esta Sala de Justicia 11/2014, de 1 de octubre, y 1/2017, de 14 de febrero, criterio y doctrina que anteriormente ya se había establecido por la Sala, entre otras, en la sentencia 12/2011, de 20 de julio, que resolvió cómo los pagos a empleados públicos no suponen alcance si son obligatorios para la Administración en virtud de norma, acuerdo o convenio.

41.- Se debe tener en cuenta, sin embargo, que no se trata sólo, como alega el Ministerio Fiscal para diferenciarlo del caso de la STS de 28 de noviembre de 2012 aplicada por la sentencia recurrida, de un convenio suspendido (se refiere al Acuerdo de 6 de agosto de 2001), sino que, como se relaciona en los hechos probados segundo y tercero, esa misma regulación de 2001 sobre incentivos a la jubilación parcial de los trabajadores de la EMT de Valencia, que establecía para los jubilados parciales jornadas máximas de 65 días y abono del 15% de la retribución (que

corresponde a 132 días), se mantuvo en los posteriores Convenios Colectivos de los años 2004-2007, 2008 -2011, y 2012-2013, de aplicación al caso y que tampoco fueron en su día impugnados ni ahora referidos en la alegación del recurso por el Ministerio Fiscal, por la supuesta vulneración de la citada Ley 2/2012. De la misma forma, el 28 de marzo de 2013, en fecha, por tanto, posterior a la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales, que entró en vigor el 1 de julio de 2012 (DF 32.^a Ley 2/2012), se aprobó un Acuerdo Colectivo que, independientemente del Convenio Colectivo de 2012-2013 y su posterior ultraactividad, tenía vigencia desde su firma hasta el 31 de diciembre de 2018 y que de facto supuso igualmente la aplicación del Acuerdo de 2001, como se desprende de los hechos probados tercero y cuarto de la sentencia.

42.- Igualmente, es de advertir que el hecho probado quinto se centra en una cuestión distinta a la que ahora se plantea (la pretendida suspensión del Acuerdo de 6 de agosto de 2001 con base en la DA 71.^a Ley 2/2012) pues estaba referida a las dudas suscitadas por la empresa en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo 2017-2019 (que comenzó en 2016) sobre los términos de la jubilación parcial y la realización de una jornada inferior a 132 días (pero, se destaca, no con base en la DA 71.^a Ley 2/2012), y que concluyó confirmándose su legalidad mediante el laudo arbitral de 14 de septiembre de 2018, y las sentencias posteriores que lo ratifican.

43.- Tampoco existe razón alguna para alterar la redacción del hecho probado sexto pues lo que se pretende es dar al párrafo afectado del ordinal referido la redacción que se considera más favorable a las personales expectativas desplazando a la redacción judicial, ya que ni siquiera se solicita su sustitución por una transcripción literal. A la par que se obvia, en cualquier caso, que el contenido del laudo es el que es, y que la referencia resumida judicialmente que se contiene en el hecho solo puede entenderse a su extenso íntegro contenido, lo que permite a la parte recurrente basarse en el mismo y con plenitud en sus argumentaciones.

44.- Por otro lado, el Acuerdo de 28 de marzo de 2013 (hecho probado tercero) resultaría inocuo para rechazar la aplicación de la doctrina de la STS de 28 de noviembre de 2012 referida, porque no ha sido impugnado ni declarada su invalidez en sede jurisdiccional, como requiere la citada jurisprudencia. Además, esta Sala reitera que junto al Acuerdo de 2001 referido por el Ministerio Fiscal, hay otros Convenios Colectivos de los años 2004-2007, 2008-2011, y 2012-2013, todos aplicables al caso. Especialmente, hay que destacar que el Acuerdo de 28 de marzo de 2013 (vigente desde el 1 de julio de 2012 -DF 32.^a- hasta el 31 de diciembre de 2018, y posterior a la DA 71.^a Ley 2/2012, en vigor desde el 1 de julio 2012 -DF 32.^a-), tampoco se impugnó ni ha sido declarado nulo en la vía jurisdiccional correspondiente. En todos ellos se establecieron las mismas jornadas máximas (65) y retribución (15%) para los jubilados parciales, y así fue entendido y aplicado el

Acuerdo de 28 de marzo de 2013 (hechos probados segundo, tercero y cuarto) sin cuestionamiento alguno de la parte social ni de la parte empresarial hasta la decisión unilateral de la empresa que recoge el primer párrafo del hecho probado sexto.

45.- Desde otro punto de vista, no puede dejar de advertirse que el Acuerdo de 6 de agosto de 2001 lo que contempla son incentivos a la jubilación parcial a partir de los 60 años con contrato de relevo, de tal forma que se sustituye un incentivo previo, el de la jubilación anticipada del art. 72 del Convenio anterior (5 millones de ptas/30.050'61 €), por el consistente en la realización de una jornada de 65 días y abono del 15% de la retribución, equivalente a 132 días, recobrando vigencia el incentivo económico de la jubilación anticipada del art. 72 si se derogaba la legislación sobre jubilación parcial o el contenido del propio convenio. Ello evidencia que, como tal incentivo (de tipo económico por un importe a tanto alzado por la jubilación anticipada o la mayor retribución por jornada efectivamente realizada por la jubilación parcial con contrato de relevo) está desvinculado de la estricta correspondencia del binomio día de prestación efectiva-salario que sostiene el Ministerio Fiscal con la cita de los arts. 1.1, 8.1, 26.1 y 30 del Estatuto de los Trabajadores.

46.- A todo lo anterior cabe añadir el contenido de la sentencia de fecha 19 de junio de 2019 del TSJCV citada en el hecho probado sexto, aun cuando por error se la data en el mes de julio. De ella cabe destacar su fundamento sexto:

«Por último, al motivo quinto, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción del art. 8.1 y del art. 28.2.d) ASACLCV en relación con el art. 24 CE, en cuanto el laudo resuelve sobre puntos no sometidos a su consideración, sin haberlos sometido a contradicción.

Afirma el sindicato que las cuestiones concretas objeto de arbitraje no se referían a la aplicación y/o incidencia del régimen de la jornada de trabajo en el Sector Público (DA 71 LGP) ni a la validez o derogación de la regulación de la jubilación parcial en los expresados acuerdos o en el Laudo de 27-3-2015, no siendo alegados dichos motivos ni por la empresa ni por su Comité.

Este último motivo también ha de ser desestimado. Decimos esto por cuanto que, de la lectura del laudo no se desprende que se hayan resuelto cuestiones distintas a las planteadas como origen de la controversia.

La resolución arbitral declara la vigencia del acuerdo de 6-8-2001, conforme a la interpretación del acuerdo de 28-3-2013, si concurrían las condiciones establecidas en la DA 144, apartado 3 de la Ley 6/2018 y estima que en dicho supuesto, la jornada a realizar para acceder a la jubilación parcial es de 65 días.

Es decir, que la resolución arbitral no se aparta en ningún caso de las cuestiones que fueron sometidas a la consideración de los árbitros. Cuestión distinta es que en la fundamentación del laudo, y en lo que respecta a la decisión del segundo de los puntos litigiosos, se abordase el ajuste de la ejecución a la normativa de Seguridad y si las conclusiones alcanzadas podrían verse afectadas por la consideración de la EMT como sociedad pública, recogiendo los argumentos que se expresan en la resolución, y que el recurrente califica como cuestiones no planteadas.

A juicio de esta Sala, las razones o motivos expuestos en el auto (sic) que configuraron la decisión final sobre las cuestiones controvertidas no apartaron a la resolución de su primitivo objeto, que no es otro que el planteado por las partes, por lo que la nulidad del laudo que se pretende por dicha causa, no puede quedar amparada por la presente resolución.

Por otro lado, tampoco pueden acogerse las consideraciones del recurso en las que se afirma que, sobre la cuestión anterior, la Juez de instancia emite un pronunciamiento incongruente al pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que no es cierto, pues en la sentencia de instancia lo que se dice es esencialmente lo que esta Sala ha sostenido, que el laudo realizó un análisis de la sujeción del acuerdo controvertido a la legalidad vigente, lo que no comporta en ningún caso una decisión acerca de si dichas consideraciones fueron o no correctas, como parece apuntar el recurrente»

47.- Tampoco esta Sala puede desconocer la existencia de otra sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJCV, de fecha 23 de julio de 2019, rec. 904/2019, en la que se examinó la decisión de la EMT de 14 de mayo de 2018 a que alude el hecho probado sexto de la sentencia recurrida, señalando dicha sentencia del orden social que «siendo cierto que dicha decisión unilateral de la empresa efectivamente contraviene lo antes acordado de forma reiterada, lo cierto es que la propia EMT, al acordar someter conjuntamente con el Comité de Empresa, la cuestión a arbitraje de derecho, suspendió su decisión a la espera de que los tres árbitros nombrados resolvieran sobre el objeto del laudo, tal y como hace constar de forma expresa la sentencia de ésta Sala resolutoria del RS 207/19. Dicho Laudo concluía en: 1º) Declarar la vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2.001 conforme a la interpretación del Acuerdo de 28 de marzo de 2.013, si concurren las condiciones establecidas en el apartado tres de la disposición adicional 144ª de la Ley 6/2.018, y 2º) estimar que, en este supuesto, la jornada a realizar es de 65 días. Es decir, que la propia empresa, al someter la cuestión a arbitraje, siendo su resultado contrario a su anterior decisión unilateral, cuya impugnación constituye parte del objeto de este conflicto, ha asumido y aceptado el contenido del citado laudo de acuerdo con lo establecido en el art 32 del VI Acuerdo de SACL de la CV. Cuestión distinta será que su conducta no se adecúe al citado laudo, lo que aquí no se analiza ni discute. Por tanto, estimamos, que la sentencia de instancia, que entendió que existía falta de

acción, debe ser confirmada, dado que la mencionada decisión empresarial ha quedado sustituida por el contenido del laudo cuya impugnación ha sido rechazada por ésta misma sala en sentencia resolutoria del recurso de suplicación 1399/2019».

48.- A la vista de cuanto precede, no cabe sino concluir con la ausencia de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos responsables, puesto que estaban obligados a los pagos en virtud de Convenios y Acuerdos Colectivos en vigor plenamente válidos y eficaces al tiempo en que se dictaron y ejecutaron, sin que esta Sala pueda extenderse a declarar la ilegalidad del incentivo a la jubilación parcial con contrato de relevo aplicable en la empresa desde el año 2001 como consecuencia de la eventual incidencia de la DA 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para 2012, por cuanto, además, los actos autorizados de aplicación del Acuerdo y de los Convenios en vigor no se verían afectados.

49.- Resulta así plenamente aplicable la STS de 28 de noviembre de 2012, rec. 3671/2010, cuyo criterio es coincidente con las sentencias de esta Sala de Justicia 11/2014, de 1 de octubre; 1/2017, de 14 de febrero; y con la previa 12/2011, de 20 de julio, antes citadas. Sin que resulte necesario, como efectúa la sentencia de instancia, entrar a analizar si se trataba de una conducta dolosa o gravemente negligente, al no existir alcance porque el pago no se reputa indebido a efectos de responsabilidad contable, es decir, no está carente de causa: si no existe ilicitud objetiva de la acción, no es preciso analizar la nota subjetiva de la conducta.

50.- Como consecuencia, y para concluir, inexistente la ilicitud objetiva, obvio es que no concurren los requisitos para apreciar la responsabilidad contable enunciados por la sentencia de esta Sala 12/1992, de 30 de junio, seguida de otras muchas:

- 1.º) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
- 2.º) 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.
- 3.º) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria o contable reguladora del sector público de que se trate.
- 4.º) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su concurrencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos por dolo, culpa o negligencia grave.
- 5.º) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos, y evaluable económicamente.

6.º) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

QUINTO.- Desestimación del recurso y costas.

51.- Por cuanto antecede y se ha razonado, si bien ha prosperado la solicitud de desestimación de la excepción de la prescripción acogida en la instancia, el recurso debe desestimarse en su integridad, pues el mismo por su propia naturaleza se formula contra el Fallo desestimatorio de la sentencia nº 1/2022, de 10 de mayo, dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-81/2021, que queda confirmado al no alterarse su sentido por el acogimiento de la prescripción en los términos antes expuestos.

52.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, y de acuerdo con los arts. 394.4 y 398 LEC, en ningún caso se impondrán al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

desestimando el recurso de apelación nº 25/2022, formulado por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia nº 1/2022, de 10 de mayo, dictada en primera instancia por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-81/2021, 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 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 25/22**Procedimiento de Reintegro nº C-81/21****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 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 1/2022, de 2 de marzo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 26/21. Actuaciones Previas nº 234/11. CC.AA. (C^a de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación), Andalucía. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Federación de Industria, Construcciones y Agro de UGT interpone recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago.

Solicita, asimismo, por medio de Otrosí, que se suspenda el plazo de diez días hábiles establecido en la Providencia para el reintegro, depósito o afianzamiento del presunto alcance hasta que se resuelva el presente recurso, a fin de evitar perjuicios de imposible reparación o, subsidiariamente, que se reduzca a la constitución de hipoteca unilateral sobre los inmuebles propiedad de la Federación, o su embargo, así como de una imposición a plazo de la que también es titular, por cuanto el afianzamiento a través de estos bienes no impediría la acción sindical que ejerce dicha Federación en cumplimiento de su función constitucional.

En segundo lugar alega perjuicios de imposible reparación y vulneración de la libertad sindical (art. 28.1 CE), derivados de la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento.

La solicitud subsidiariamente planteada por el recurrente ha sido asumida por el Delegado Instructor.

Las cuestiones de fondo aducidas, sin embargo, conforme a reiterada doctrina de la Sala, no pueden ser conocidas a través de este medio de impugnación.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 1/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 26/21
Actuaciones Previas n° 234/11
C.C.A.A. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación)
ANDALUCÍA

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta

Excma. Sra. Doña María Rosario García Álvarez- Consejera

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

En el recurso referenciado, la Sala de Justicia, integrada como se expresa al margen, 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 (LFTCu), por D. Germán Fernández Segura, Letrado de la F.I.C.A. de UGT (UGT-FICA), y por D. Manuel Infante Sánchez, Procurador de los Tribunales y de Don D.A.R.G., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 15 de julio de 2021, suscritas en las Actuaciones Previas n° 234/11, C.C.A.A. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación), ANDALUCÍA.

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 15 de julio de 2021, el Delegado Instructor en las Actuaciones Previas n° 234/11, C.C.A.A. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación), ANDALUCÍA, dictó **Acta de Liquidación Provisional**, con el siguiente tenor literal:

Que los hechos puestos de manifiesto en la acción pública que fue en su día interpuesta y considerados en la presente Liquidación Provisional complementaria reúnen 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.

Se consideran presuntos responsables contables de los hechos descritos a los citados en la Consideración Cuarta del cuerpo de la Liquidación Provisional, en las cantidades que en cada caso se fijan en las consideraciones precedentes y que se resumen (...) **en cuadro que sigue, por la mera relación de personas físicas o jurídicas y la totalización de sus respectivas cantidades, sin perjuicio tanto de los diversos regímenes de solidaridad ya reflejado en el cuadro precedente, como de lo que más abajo se va a establecer, en relación con las personas causahabientes de Don F.J.G.B.:**

A.N.C.E.	1.353.689,29
F.J.G.B.	7.696.519,22
J.M.C.	5.189.366,04
D.A.R.G.	2.787.816,95
A.F.P.	1.270.746,85
F.E.M. DE CC.OO.	2.863.584,73
M.E.C.	294.844,78
D., S.A.	257.572,17
F.E.I.A. de U.G.T.	9.745.882,78

Finalmente, en función de lo recogido en la consideración sexta, habida cuenta asimismo de los escritos presentados por parte de dos de los causahabientes de Don F.J.G.B., ambos de renuncia a la herencia, de conformidad con los datos obrantes en comunicación de la Notaría A.G-F. (folio XXX) y la doctrina de la Sala de Justicia, que se cita, v.gr., en Sentencia 11/2013, de fecha 11 de abril de 2013, cabe declarar la transmisión hereditaria en función de los preceptos invocados en la citada consideración Sexta y en los siguientes términos: Doña M.L.O.M. y Doña M.G.O., solidariamente responsables por importe de 7.696.519,22 euros, si bien con

el límite del líquido resultante del inventario de la herencia de Don F.J.G.B., incluso en caso de su aceptación a beneficio de inventario. Lo que se afirma en el mismo carácter previo, provisional y a afectos de la constitución de la garantía legal, que le cabe al presente Acta. En virtud de este pronunciamiento, toda referencia contenida en el Acta a Don F.J.G.B. como presunto responsable contable (...) ha de entenderse sustituida por la referencia a las dos personas causahabientes que inician este párrafo.

Todo lo anterior sin perjuicio de lo que en la fase jurisdiccional posterior pueda declarar la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno de reparto ha correspondido el conocimiento de los hechos objeto de estas Actuaciones Previas.

Asimismo, con esa misma fecha, dicho Delegado Instructor, dictó **Providencia** con el siguiente tener literal:

*Habiéndose practicado en el día de hoy Liquidación Provisional en las Actuaciones Previas anotadas al margen, y resultando la existencia de un presunto alcance por un importe total de **15.673.702,21 €**, de los que corresponden **12.156.962,96 € a principal** y **3.516.739,25 € a intereses**, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, acuerdo requerir para que reintegren, depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, y en el plazo de diez días hábiles contados desde la notificación de esta resolución, el importe provisional del alcance más los intereses, según el siguiente desglose, haciéndose constar que en caso de no atender este requerimiento, se procederá al embargo de bienes:*

(...)

- *A.N.C.E. S.L. y A.R.G., con carácter solidario, por un importe total de 135.368,93 €, de los que corresponden 104.995,94 € a principal y 30.372,99 € a intereses. (...)*
- *F.E.M. DE CC.OO., F.E.M.C.A. de la U.G.T. y J.M.C., con carácter solidario por un importe total de 1.947.237,61 €, de los que corresponden 1.510.332,10 € a principal y 436.905,51€ a intereses.*
- *F.E.M. DE CC.OO., F.E.M.C.A. de la U.G.T. y D.A.R.G., con carácter solidario por un importe total de 916.347 ,12 €, de los que corresponden 710.744,52 € a principal y 205.602,60 € a intereses. (...)*
- *D.A.R.G. por un importe total de 1.025.294,39 €, de los que corresponden 795.247,08 € a principal y 230.047,31 € a intereses. (...)*

- *A.F.P. y D.A.R.G., con carácter solidario por un importe total de 20.311,72 €, de los que corresponden 15.754,34 € a principal y 4.557,38 € a intereses.(...)*
- *A.F.P. y D.A.R.G., con carácter solidario por un importe total de 44.731,29 €, de los que corresponden 34.694,84 € a principal y 10.036,45 € a intereses.(...)*
- *F.E.M.C.A. de la U.G.T. y M.L.O.M. solidariamente con M.G.O., con carácter solidario por un importe total de 4.749.252,83 €, de los que corresponden 3.683.653,68 € a principal y 1.065.599,15 € a intereses.*
- *F.E.M.C.A. de la U.G.T. y J.M.C., con carácter solidario por un importe total de 1.487.281,72 €, de los que corresponden 1.153.577,41 € a principal y 333.704,31 € a intereses.*
- *F.E.M.C.A. de la U.G.T y D.A.R.G., con carácter solidario por un importe total de 645.763,50 €, de los que corresponden 500.872,28 € a principal y 144.891,22 € a intereses, se entiende).*

En la referida Providencia se indica que contra ella cabe recurso ante la Sala de Justicia de este Tribunal, a interponer en el plazo de cinco días desde la notificación de la misma, sin que ello implique la suspensión de las actuaciones, y se informa, asimismo, de que el ingreso de la cantidad requerida puede realizarse en concepto de depósito, quedando a resultas de la resolución que en su día recaiga en el correspondiente proceso jurisdiccional contable, o en concepto de reintegro, tendente a posibilitar el sobreseimiento y archivo del procedimiento, debiendo hacerse constar el concepto por el que se efectúa el ingreso por el interesado.

SEGUNDO.- El Letrado D. Germán Fernández Segura, en nombre y representación de la F.I.C.A. de UGT (UGT-FICA), anteriormente denominada F.M.C.A. de UGT, según indica aquél, y D. Manuel Infante Sánchez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don D.A.R.G., mediante sendos escritos recibidos en el Registro General del Tribunal de Cuentas el 22 de julio de 2021, interpusieron recursos 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 y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 15 de julio de 2021, suscritas en las Actuaciones Previas de referencia, solicitando la revocación de ambas resoluciones.

El representante de la Federación recurrente solicita, mediante Otrosí, que se suspenda el plazo de diez días hábiles establecido en la Providencia de 15 de julio de 2021, para el reintegro, depósito o afianzamiento del presunto alcance establecido en dicha resolución, hasta que se resuelva el presente recurso, a fin de evitar perjuicios de imposible reparación, o, subsidiariamente, que se reduzca a la constitución de

hipoteca unilateral sobre los inmuebles propiedad de la Federación, o su embargo, así como una imposición a plazo de la que también es titular, por cuanto el afianzamiento a través de dichos bienes no impediría la acción sindical que ejerce dicha Federación en cumplimiento de su función constitucional.

TERCERO.- Recibidos los referidos recursos, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 27 de julio de 2021 se acordó: 1º) abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 26/21, 2º) nombrar Ponente al entonces Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz, y 3º) vista la solicitud formulada en el escrito de D. Germán Fernández Segura, mediante Otrosí, referenciada en el apartado anterior de esta resolución, y siendo de la competencia del Delegado Instructor las actuaciones referidas al requerimiento de pago o afianzamiento de las presuntas responsabilidades contables e intereses, así como, en su caso, el embargo subsiguiente, remitir oficio a dicho Delegado Instructor con objeto de que se pronunciase sobre la mencionada solicitud y remitiese los antecedentes necesarios para la tramitación de ambos recursos.

CUARTO.- Por escrito, con entrada en la Sala de Justicia el 2 de agosto de 2021, el Delegado Instructor remitió los antecedentes de las actuaciones de referencia, indicando, asimismo, que se procedía al estudio de la cuestión planteada por D. Germán Fernández Segura.

Mediante Providencia del Delegado Instructor de 4 de agosto de 2021, siguiendo con el cumplimiento de lo que dispone el artículo 47.1 de la LFTCu, se acordó continuar los trámites al efecto para practicar el embargo de los bienes inmuebles que fueron precisos, de entre los ofrecidos por la representación de la Federación interesada, *para garantizar el presunto alcance más los intereses, no impidiendo gravemente el normal desenvolvimiento de su acción sindical, ni comprometiendo o limitando gravemente su función constitucional y el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical.*

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala, de 7 de septiembre de 2021, se acordó dar traslado de copia de los antecedentes necesarios para la tramitación de los recursos a todos los citados a la Liquidación Provisional, a fin de que, en el plazo común de cinco días, formularan, en su caso, las alegaciones que estimasen pertinentes.

En el traslado conferido, el Ministerio Fiscal, mediante sendos escritos de 15 de septiembre de 2021, impugnó los recursos interpuestos.

Por el contrario, doña Isabel Cañedo Vega, Procuradora de los Tribunales, en representación de la F.I.C.O. (C.C.O.O.), mediante escrito de alegaciones, con entrada en el Registro General de este Tribunal el 14 de septiembre de 2021, solicitó

la estimación de los recursos planteados y la anulación de la Liquidación Provisional de 15 de julio de 2021.

Por su parte, el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de ésta, por escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 14 de septiembre de 2021, impugnó los recursos interpuestos, solicitando que se acordara su desestimación y la confirmación de la Liquidación Provisional recurrida.

SEXTO.- Habiéndose designado por el Pleno del Tribunal de Cuentas nueva Presidenta de la Sección de Enjuiciamiento a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó, mediante acuerdo de fecha 23 de noviembre de 2021, y al resto de los Consejeros de Cuentas de la mencionada Sección mediante acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2021, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala, de 9 de diciembre de 2021, se notificó a las partes interesadas que la Sala de Justicia en el presente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 de la LFTCu, ha quedado constituida por los Consejeros de Cuentas Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó, Excm. Sra. Dña. María Rosario García Álvarez y Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, y que, en ejecución de los acuerdos de la Sección sobre reparto de asuntos, la ponencia de este recurso ha correspondido al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.

Asimismo, mediante dicha Diligencia de Ordenación se acordó que, concluso el procedimiento, pasasen los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que preparase la pertinente resolución, realizándose la remisión de aquéllos el 20 de diciembre de 2021.

SÉPTIMO.- En la tramitación de los recursos se han observado las prescripciones legales establecidas.

OCTAVO.- Por Providencia de 9 de febrero de 2022, se acordó señalar para votación y fallo de los presentes recursos, rollo nº 26/21, el día 28 de febrero de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

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 del Tribunal de Cuentas 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.- D. Germán Fernández Segura, Letrado de la F.I.C.A. de UGT (UGT-FICA) en nombre y representación de ésta, interpone recurso del artículo 48.1 de la

LFTCu contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de 15 de julio de 2021, suscritas en las Actuaciones Previas 234/11, solicitando la revocación de aquéllas.

Solicita, asimismo, por medio de Otrosí, que se suspenda el plazo de diez días hábiles establecido en la Providencia de 15 de julio de 2021, para el reintegro, depósito o afianzamiento del presunto alcance establecido en dicha resolución, hasta que se resuelva el presente recurso, a fin de evitar perjuicios de imposible reparación o, subsidiariamente, que se reduzca a la constitución de hipoteca unilateral sobre los inmuebles propiedad de la Federación, o su embargo, así como de una imposición a plazo de la que también es titular, por cuanto el afianzamiento a través de estos bienes no impediría la acción sindical que ejerce dicha Federación en cumplimiento de su función constitucional.

Basa su recurso en una alegación de **indefensión** ocasionada a la Federación que se hizo constar tanto en el escrito presentado el 10 de junio de 2021, como en el uso del turno de la palabra una vez conocida el Acta de Liquidación Provisional, citando a tal efecto el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE).

En relación a la limitación de las posibilidades de defensa, el recurrente expone que, mediante Providencia de 14 de mayo de 2021 se citó a la Liquidación Provisional a la F.E.M.C.A. de UGT (MCA-UGT); el 10 de junio de 2021 la Federación UGT-FICA presentó escrito de alegaciones, en el que se ponía de manifiesto la situación de indefensión material que se le estaba ocasionando, dada la “ausencia absoluta de información cierta” respecto a qué concretas presuntas irregularidades contables fundamentaban la atribución de la condición de presunto responsable a dicha Federación. Deducía que dicha atribución de responsabilidad contable encontraba su fundamento en la figura de tomador impropio que, según la documentación facilitada por la Junta de Andalucía al Tribunal, asumió la Federación MCA-UGT en los expedientes obrantes en las actuaciones, pero decía desconocer a qué expediente y a qué irregularidades se podía estar refiriendo el Delegado Instructor en la providencia notificada.

Alega el recurrente que esta falta de concreción no fue objeto de valoración favorable por parte del Delegado Instructor, y que resulta necesaria su reiteración, dado que el perjuicio en las posibilidades de defensa culmina con la notificación del Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de 15 de julio de 2021.

En cuanto a la indefensión alegada ante el Delegado Instructor, reitera el recurrente que, mediante Providencia de 14 de mayo de 2021, consta la citación a la Federación Estatal MCA-UGT para la práctica de la Liquidación Provisional. Expone que, con fecha 3 de junio de 2021 compareció ante este Tribunal, en nombre y representación

de la Federación UGT-FICA, aportando poder en el que se indicaba que dicha Federación era resultado de la fusión, con pérdida de sus respectivas personalidades jurídicas, de la Federación objeto de la citación -la Federación MCA-UGT- y la F.I.T.A. de la UGT (FITAG-UGT), llevada a cabo en mayo de 2016.

Reitera que el 10 de junio de 2021 presentó escrito de alegaciones con el contenido antes referido, razonando que la indefensión generada, por la falta de concreción de las irregularidades que fundamentaban la atribución de presunta responsabilidad contable, culminó con la comunicación del Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago objeto de recurso, en las que se atribuyó un presunto alcance por importe total de 6.882.298,05 € (siendo 5.338.103,37 € de principal y 1.544.194,68 € de intereses), correspondiente a expedientes en los que ni la Federación citada MCA-UGT, ni la Federación personada UGT-FICA han tenido participación alguna, pues ninguna de ellas figura como tomador impropio en los expedientes de los que deriva el presunto alcance cuya garantía se exige bajo requerimiento de embargo.

Expone que, realizadas las alegaciones con expresa referencia a que la Federación citada no se corresponde con la que figura como presunta responsable en la consideración cuarta del Acta de Liquidación Provisional, el Delegado Instructor no ha motivado su desestimación, pues únicamente razona que: *habida cuenta de los plazos de un procedimiento de esta índole la instrucción ha tenido que considerar las vicisitudes de los diversos intervinientes a la hora de poder efectuar las notificaciones.*

Concluye el recurrente que, al citar el Delegado Instructor a una Federación determinada, (MCA-UGT), sin especificar qué expedientes y qué concretas irregularidades fundamentan su presunta responsabilidad contable, además de limitar su derecho de defensa en ese momento con una situación de indefensión en su vertiente material, las posteriores Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, trasladan la responsabilidad contable (cuantificada en cerca de siete millones de euros) a una Federación no citada y con personalidad jurídica distinta. Al hacerlo, obvia la carencia de legitimación de ésta respecto de su atribución de responsabilidad y ahonda en dicha vulneración del derecho de defensa.

Rechaza, a continuación, que los plazos de un procedimiento de esta índole puedan ser motivación suficiente de la actuación del Delegado Instructor, teniendo en cuenta que el procedimiento se inició hace más de diez años. También rechaza que pueda serlo el carácter previo y provisional del contenido del acta, pues, con independencia de dicho carácter, se exige un importante reintegro por las irregularidades detectadas en un expediente en el que no han participado ni la actual Federación ni la citada.

Por último, expone que la ejecución de la providencia recurrida afectaría al normal desenvolvimiento de la actividad del sindicato y comprometería su actividad sindical, si se llevase a cabo el embargo de cuentas corrientes.

TERCERO.- La representación de Don D.A.R.G. interpone, asimismo, recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago suscritas en las Actuaciones Previas anteriormente referenciadas, solicitando la revocación de las mismas y la declaración de archivo y sobreseimiento de las actuaciones.

Esta representación invoca la Sentencia 490/2019 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 1965/2017, en la que encuentra su justificación el Acta de Liquidación Provisional. Tras exponer las vicisitudes de este procedimiento y a partir de su concepción del ámbito de enjuiciamiento que le es propio, sostiene que la doctrina del *non bis in idem*, impide imputar responsabilidad contable alguna a su mandante, ni tampoco decretar embargo alguno en su contra. Procede por ello declarar el archivo y sobreseimiento de actuaciones respecto del Sr. R.

Sostiene la ausencia de responsabilidad contable del Sr. R. a partir de los hechos y antecedentes que pretenden justificar los pagos de los que se deduce su presunta responsabilidad, considerando que actuó con absoluta competencia y cumpliendo los trámites previstos en la Ley de Presupuestos y en la Orden de Encomienda del Consejero de Empleo de 27 de abril de 2010 (encomienda a IDEA -A.I.D.A.-), que tenía por objeto *la ejecución material y técnica de la materialización de pagos de ayudas excepcionales y socio laborales a empresas situadas en Andalucía, con dificultades económicas transitorias, en aras a evitar el cese de la actividad productiva y, por extensión, sus negativas repercusiones en el empleo facilitando la reestructuración de las mismas y garantizando la correspondiente viabilidad.*

Por último, sostiene que la actuación del Sr. R. estuvo dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (artículos 103 y 106 CE), y que no sólo inició los procedimientos para el reintegro de los abonos a prejubilados en atención a las deficiencias observadas en el procedimiento de concesión, sino también todas las revisiones de ayudas realizadas entre 2000 y 2010. Por ello, el Informe del Director General de Relaciones Laborales de la Junta de Andalucía de 13 de julio de 2015 no le incluyó entre los responsables.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en sus escritos de 15 de septiembre de 2021, de oposición a los recursos formulados, impugna los presentados por las representaciones de Don D.A.R.G. y la Federación UGT-FICA.

El Ministerio Público considera que debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el tenor literal del artículo 48.1 de la LFTCu, en el cual se fundamentan los referidos recursos. En él se 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 éste, 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.

Añade que del examen de las actuaciones puede comprobarse que no ha existido denegación de prueba, ni el Acta de Liquidación ha supuesto una minoración de las posibilidades de defensa de los recurrentes. No cabe, por ello, apreciar indefensión en el sentido que a la misma atribuye la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la privación *al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses mediante la apertura del adecuado proceso o realizar dentro del mismo las adecuadas alegaciones o pruebas* (STC 4.6.2003). Rechaza que, en este caso, exista indefensión, por cuanto consta que durante las actuaciones previas los recurrentes fueron debidamente notificados; tuvieron a su disposición, antes del Acta de Liquidación, la totalidad de las Actuaciones Previas realizadas para su examen y estudio; y pudieron aducir las alegaciones y aportar cuantos elementos de juicio consideraran que debían ser tenidos en cuenta. Entiende, por ello, que la Providencia recurrida no hace sino cumplir lo que establece el artículo. 47.1.f) de la LFTCu, conforme al cual, una vez llevada a cabo la liquidación provisional, deben depositarse o afianzarse, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance y los intereses legales correspondientes.

QUINTO.- La representación de la F.I.C.O. (C.C.O.O.), mediante escrito de alegaciones con entrada en este Tribunal el 14 de septiembre de 2021, solicita la estimación de los recursos y la anulación de la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento.

Comparte el motivo manifestado por la Federación UGT-FICA, en cuanto a la indefensión creada en la primera notificación recibida. Reitera sus primeras alegaciones, en las que ponía de manifiesto *indefensión por falta de concreción e individualización de los hechos investigados que motivan la existencia de indicios de una presunta responsabilidad contable de dicha Federación*.

Considera que debe ser estimado el segundo de los motivos del recurso, la disconformidad con la atribución que realiza el Acta de Liquidación Provisional de un presunto alcance por importe total de 6.882.298,05 €, correspondiente a

expedientes en los que ni la Federación citada (MCA-UGT), ni la Federación personada (UGT-FICA) han tenido participación alguna, ni figuran como tomador impropio en los expedientes de los que deriva el presunto alcance. Aunque reconoce que desconoce la organización de las federaciones de UGT, la Federación citada no coincide en CIF, ni agrupa a los sectores que negociaron o participaron de algún modo en las ayudas que ahora se le reclaman.

Finalmente, la reclamación por parte del Tribunal de Cuentas, aunque sea con carácter provisional, de cuantías que no han sido concedidas por las organizaciones sindicales presentes en estos procedimientos, ni abonadas a dichas organizaciones, (ya que dichas cuantías se abonaron directamente a los trabajadores afectados por EREs), supone un grave perjuicio, no sólo económico sino de funcionamiento para dichas organizaciones, con el consiguiente perjuicio al ejercicio de la actividad sindical.

Respecto al recurso presentado por la representación de Don D.A.R.G., solicita igualmente su estimación, sin realizar alegaciones ni plantear motivos de oposición frente al mismo.

SEXTO.- El Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía impugna los recursos interpuestos por las representaciones de la Federación UGT-FICA y de Don D.A.R.G.

Considera que las actuaciones se han ajustado al procedimiento establecido, habiéndose concedido a los interesados trámite de audiencia. Añade que, tal como dispone la LFTCu y reconoce la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, las Actuaciones Previas tienen carácter preparatorio del proceso jurisdiccional contable y, por tanto, no tienen naturaleza jurisdiccional y carecen del carácter contradictorio propio del proceso.

Frente al recurso interpuesto por la Federación UGT-FICA, opone que el principio de audiencia se cumple en la fase instructora por medio de la citación a los interesados a la práctica de la Liquidación Provisional. Recuerda que no está previsto el traslado al interesado de las diligencias previas del alcance o de la documentación complementaria que se haya incorporado. Indica que la vista del expediente tiene lugar en la audiencia que se produce con motivo de la liquidación provisional, y es en ese momento y en el acto de práctica de la Liquidación Provisional cuando han de formularse las alegaciones que procedan, tal como hizo la recurrente. No se ha ocasionado, por tanto, indefensión.

Considera que el resto de las alegaciones se refieren a cuestiones sobre las que también se pronuncia el Acta de Liquidación impugnada, remitiéndose a los razonamientos allí contenidos y recordando que se refieren a extremos que no

pueden resolverse en fase de Actuaciones Previas, sino en la jurisdiccional propiamente dicha.

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 ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Su objeto es la impugnación de resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria de los procesos jurisdiccionales contables. Con él no se persigue un conocimiento pleno de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino ofrecer a los intervinientes en las actuaciones previas un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o *per saltum*) frente a resoluciones que vulneren su derecho de defensa. Por ello, los motivos de impugnación son solamente los que establece la Ley: taxativamente, que *no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o que se causare indefensión*. Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, para garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

OCTAVO.- Resulta también necesario precisar que la Liquidación Provisional de 15 de julio de 2021, frente a la que se interponen los presentes recursos, es continuación y complemento de las practicadas en fechas 28 de abril de 2016 y 8 de noviembre y 20 de diciembre de 2017.

Establecidas estas cuestiones, partiendo del carácter tasado de los motivos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu y de la naturaleza previa y provisional de las conclusiones a las que se llega en las Actuaciones Previas, procede analizar las cuestiones planteadas por los escritos de recursos.

En cuanto al recurso interpuesto por la **Federación UGT-FICA**, resulta obligado señalar, en primer lugar, que el escrito se encabeza indicando que dicha Federación es la anteriormente denominada Federación MCA-UGT.

Como consta en la escritura de poder aportada por su representante, que compareció a la práctica de la Liquidación Provisional, la Federación recurrente se constituyó como consecuencia de la fusión, en mayo de 2016, con pérdida de sus respectivas personalidades jurídicas, acordada por la **Federación MCA-UGT**, que fue citada a la práctica de la Liquidación Provisional recurrida, y la **Federación FITAG-UGT**. Por su parte, FITAG-UGT nació en mayo de 2011 de la unión de la **F.I.A. de UGT (FIA-UGT) y de la F.A. de UGT (FTA-UGT)**. Estas Federaciones son, a su vez,

sucesoras, como consecuencia de fusiones anteriores, de Federaciones de personalidad jurídica y nombres distintos a lo largo de los años.

La Federación FIA-UGT se integró en 2011 en la **Federación FITAG-UGT**. Ésta, por su parte, se fusionó en 2016 con la **Federación MCA-UGT**, dando lugar a la **Federación UGT-FICA**. La conclusión ha de ser que la comparecencia de esta última a la práctica de la referida liquidación provisional se hizo en calidad de sucesora de aquellos derechos y obligaciones que pudieran recaer sobre MCA-UGT y FITAG-UGT, al haberse extinguido la personalidad jurídica de éstas por la fusión.

La Federación compareciente, UGT-FICA, con personalidad jurídica, resultante de la fusión de MCA-UGT (la que fue citada) y FITAG-UGT (en la que quedó fusionada FIA-UGT) tuvo conocimiento de las irregularidades que se le imputaban, en calidad de sucesora de las extinguidas. Lo puso de manifiesto el Delegado Instructor cuando respondió a la alegación de falta de correspondencia de la Federación citada (MCA-UGT) y la compareciente (UGT-FICA), en la consideración cuarta de la Liquidación Provisional (FIA-UGT) que:

En relación con la alegación planteada por la representación de UGT con independencia de que las cuestiones sobre la composición subjetiva de la Litis quedarían una vez más bajo el ámbito del propio juez contable, requerida dicha representación por esta instrucción respecto de la relación entre las dos Federaciones a las que alude se responde manifestando una fusión que tubo (sic tuvo) lugar en 2016 sin perjuicio de que entienden que hasta ese momento no hay relación entre ellas. En ese sentido, habida cuenta de los plazos de un procedimiento de esta índole la instrucción ha tenido que considerar las vicisitudes de los diversos intervinientes a la hora de poder efectuar las notificaciones.

Así pues, mediante Providencia de 14 de mayo de 2021 fueron citados a la práctica de la liquidación provisional complementaria, entre otros, Don D.A.R.G. y la Federación MCA-UGT, compareciendo D. Manuel Infante Sánchez y D. José Carlos Palma Pérez, en representación del primero y D. Jesús García Zamora, en representación de la referida Federación. Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas en los párrafos anteriores respecto a la extinción de la personalidad jurídica de MCA-UGT y de la sucesión por parte de UGT-FICA de los derechos y obligaciones de ésta, tras la fusión que se produjo en mayo de 2016, la referida citación a la práctica de la liquidación ha de entenderse referida a UGT-FICA, quien compareció, en efecto, a dicho acto.

Según se desprende del Acta de Liquidación Provisional, así como de la Providencia impugnada, el pago, depósito o afianzamiento de los importes señalados se reclama a la Federación recurrente, es decir, a la Federación UGT-FICA, sucesora de las que el Delegado Instructor menciona en el Acta y la Providencia (la Federación MCA-

UGT y la Federación FIA-UGT), cuyos derechos y obligaciones asumió al sucederlas.

Sobre la sucesión en la personalidad jurídica y la consecuente asunción por la nueva Federación de las obligaciones de las anteriores no queda duda alguna en los autos, tras la exposición de los hechos y las consideraciones del Acta. Corresponde, por tanto, a UGT-FICA el pago, depósito o afianzamiento previsto en el artículo 47.1.f) de la LFTCu. A saber: el importe de 6.882.298,05 € que, conforme al cuadro incluido en las páginas 147, 148 y 149 del Acta de Liquidación Provisional, resultan presuntamente atribuibles a FIA-UGT; y (ii) el importe de 2.863.584,73 €, a que, con arreglo a ese mismo cuadro, ascienden las presuntas responsabilidades contables de MCA-UGT. El total asciende a la suma de 9.745.882,78 €, reflejada en el cuadro final incluido en las conclusiones.

Sentado lo anterior, cualquier discrepancia sobre la legitimación pasiva en el procedimiento habrá de dilucidarse en fase jurisdiccional posterior.

Es preciso tener en cuenta la “especial naturaleza de las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidad contable”, cuyo objeto es determinar, con carácter presunto, previo y provisional, los hechos supuestamente constitutivos de alcance, los presuntos responsables y la cuantía de los fondos menoscabados, a la que se ha referido reiteradamente esta Sala de Justicia. Por ejemplo, en el Auto 17/2017, de 6 de noviembre, en el que, tras aludir a la fase de Diligencias Preliminares que precede a las Actuaciones Previas en aquellos casos en los que se considere procedente el nombramiento de Delegado Instructor, se establece que: *(...) se contemplan también las Actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso administrativo..., de lo que claramente se infiere la naturaleza administrativa y no estrictamente jurisdiccional de esta concreta fase preprocesal. Por tanto, la instrucción de las Actuaciones Previas del artículo 47 de la LFTCu, como necesario soporte de la fase jurisdiccional posterior tiene por objetivos esenciales, la averiguación de los hechos y de los presuntos responsables.*

El Acta de Liquidación Provisional concreta las presuntas responsabilidades y de los expedientes de los que deriva su atribución. Por ejemplo, en su página 88 que, refiriéndose a la empresa D., señala que *finalmente, la documentación de las pólizas refleja que la función de tomador fue asumida conjuntamente, en representación de todos los trabajadores, por parte de la Federación Estatal Minerometalúrgica de Comisiones Obreras y la F.E.M.C.A. de la Unión General de Trabajadores (MCA-UGT); las páginas 99 y ss., referidas a “M. y FIA-UGT”; y la página 123, que señala que en la documentación sintetizada por la Junta de Andalucía en hoja de cálculo recogida por la remisión de copia de la Pieza Principal y en la modalidad de*

cuadros en hoja de cálculo en que se sintetiza (...), se refleja que el tomador de esta póliza es la F.E.I.A. de la organización sindical Unión General de Trabajadores (FIA-UGT).

El Acta de Liquidación Provisional concluye “la existencia de irregularidades en la gestión de los expedientes de regulación de empleo” con “menoscabos en los fondos públicos (...) que estarían constituidos por el importe de las primas correspondientes a las pólizas de seguros de rentas contratadas para la cobertura de estas contingencias correspondientes a aquellos trabajadores que indebidamente hubieran sido incluidos en los expedientes de regulación de empleo, en los importes que hubieran sido financiados por la Junta de Andalucía”. La Consideración Tercera del acta “precisa que los beneficiarios directos de las ayudas serían las empresas o sindicatos tomadores de los respectivos contratos de seguros, quienes habrían tramitado los procesos de reestructuración laboral, y ello aun cuando los perceptores últimos hayan sido personas físicas específicamente determinadas por aquellos sindicatos o empresas”.

Debe desestimarse, por tanto, la alegación de indefensión derivada de la supuesta falta de concreción de las irregularidades de las que se deriva la presunta responsabilidad de la Federación recurrente, así como del “traslado” de responsabilidad por el referido importe de 6.882.298,05 €, cuya justificación se detalla en los apartados anteriores.

Habiendo detallado el Delegado Instructor las irregularidades objeto de instrucción y habiendo justificado y expuesto de manera suficiente y adecuada las razones que le llevan a alcanzar sus conclusiones en el Acta de Liquidación Provisional, no cabe considerar que dicha resolución carezca de la motivación necesaria. La decisión contenida en la Liquidación Provisional y en la Providencia de requerimiento subsiguiente se encuentra motivada, con independencia de que, tras el análisis y la práctica de pruebas pertinentes en el seno del procedimiento jurisdiccional contable que en su caso se incoe, pueda concluirse que prevalecen los argumentos de la recurrente.

La actuación del Delegado Instructor ha sido conforme con lo establecido en el artículo 47.1.c) de la LFTCu y las conclusiones de la fase instructora se plasman de forma razonada en el Acta de Liquidación Provisional. Como consecuencia, se ha dictado la Providencia de requerimiento correspondiente. La parte recurrente ha podido ejercer su derecho de defensa, en los términos propios de esta fase previa, preparatoria del procedimiento. Consta en las conclusiones del Acta que la representación de la Federación recurrente realizó las observaciones que consideró oportunas y éstas fueron tenidas en cuenta y contestadas por el Delegado Instructor.

En todo caso, la Liquidación Provisional es previa al procedimiento jurisdiccional, en cuyo seno se desarrollará en toda su extensión la fase contradictoria y probatoria, en la que cabe a las partes defender sus posiciones, por ejemplo, en cuanto a la reducción de la cuantía del presunto alcance o la falta de legitimación pasiva.

En la fase de Actuaciones previas ha de valorarse una eventual indefensión conforme a la doctrina de la Sala, que recoge la del Tribunal Constitucional, sobre la exigencia de motivación de las resoluciones dictadas por el órgano instructor. Se ha referido a ello el Auto nº 3/1997, de 11 de febrero, que estableció que dicha motivación 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 el presente caso, la Federación recurrente (UGT-FICA, antes MCA-UGT) fue citada y compareció a la práctica de la Liquidación Provisional Complementaria, pudo plantear las alegaciones y solicitudes que consideró oportuno, tuvo acceso al expediente y realizó las alegaciones que consideró pertinentes, tal como se refleja en el Acta de la referida Liquidación Provisional. Constan en la Consideración Séptima del Acta dichas alegaciones, incorporadas al expediente con fecha 11 de junio de 2021. Y, a continuación, el análisis del instructor, que remite a la posterior fase jurisdiccional para el conocimiento de aquellas cuestiones que corresponden a la fase instructora y señala que en ésta no se determinan responsabilidades, sino consideraciones de orden indiciario al efecto de la adopción de medidas cautelares. Analiza, asimismo, con carácter general, las alegaciones planteadas por los intervinientes en el acto, explica el carácter previo y provisional de la liquidación, la compatibilidad de la Jurisdicción contable con la penal y el carácter complementario respecto de las anteriores liquidaciones (inicial y dos complementarias) precedentes. Recoge la doctrina constitucional en cuanto a la indefensión, aborda las alegaciones referidas a los elementos subjetivo y objetivo y, finalmente, recoge las planteadas en el acto, respondiendo someramente el instructor a todas ellas.

En la tramitación de las diligencias de averiguación se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, sin infracción de la normativa aplicable y los interesados han podido ejercer su derecho de defensa. En consecuencia, la Sala no aprecia vulneración o limitación alguna de los derechos de defensa en la decisión contenida en la Liquidación Provisional y la consiguiente Providencia de requerimiento de pago.

En el Acta de Liquidación Provisional Complementaria se ha reflejado tanto la asistencia de la representación de la Federación recurrente, como el análisis por el Delegado Instructor de todas las cuestiones alegadas por aquélla a lo largo de la fase

instructora, con independencia de que el sentido de su decisión no haya sido el deseado por los ahora recurrentes.

La indefensión con relevancia constitucional, como ha venido recordando esta Sala (por todas, Sentencia 8/2019, de 21 de junio) es aquella que supone una privación ilegítima de los medios de defensa, generadora de una vulneración material, causante de un perjuicio real y efectivo. 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 y el derecho a disponer de recursos, como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 43/2000, de 14 de febrero).

NOVENO.- En segundo lugar, el representante de UGT-FICA alega en su recurso **perjuicios de imposible reparación y vulneración de la libertad sindical** (art. 28.1 CE), derivados de la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento de 15 de julio de 2021. Razona que el afianzamiento inmediato por parte de la Federación de la muy elevada cantidad requerida, de 9.745.882,78 €, afecta al normal desenvolvimiento de la actividad del sindicato, comprometiendo su acción sindical y vulnerando el derecho fundamental de libertad sindical. Y advierte que, en el caso de no se estime su recurso o de que se lleve a cabo el embargo de cuentas corrientes como medida cautelar, la Federación se vería obligada a ejercer las acciones pertinentes en defensa de sus derechos constitucionales, entre ellos la reclamación de responsabilidad patrimonial, además de la solicitud de amparo constitucional.

Esta alegación enlaza con la solicitud que plantea la recurrente: que se suspenda el plazo establecido en la Providencia de 15 de julio de 2021 para el reintegro, depósito o afianzamiento del presunto alcance, hasta que se resuelva el presente recurso, a fin de evitar perjuicios de imposible reparación. O, subsidiariamente, que se reduzca a la constitución de hipoteca unilateral o al embargo sobre los inmuebles propiedad de la Federación, así como de una imposición a plazo de la que también es titular, por cuanto el afianzamiento a través de dichos bienes no impediría la acción sindical que ejerce la Federación.

En virtud de la Diligencia de Ordenación dictada el 21 de julio de 2021 por la Letrada Secretaria de la Sala de Justicia, se dio traslado de dicha solicitud al Delegado Instructor. La Providencia de 4 de agosto de 2021 del Delegado Instructor acordó, conforme al artículo 47.1 de la LFTCu, continuar los trámites y practicar el embargo, entre las modalidades propuestas por la Federación interesada, sobre los bienes designados que resultaran precisos “para garantizar el presunto alcance más los intereses, no impidiendo gravemente el normal desenvolvimiento de su acción

sindical, ni comprometiendo o limitando gravemente su función constitucional y el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical.

La solicitud subsidiariamente planteada por el recurrente fue, en consecuencia, asumida por el Delegado Instructor.

La interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, no tiene efecto suspensivo de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurran circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión que esta Sala no ha apreciado.

El Tribunal Supremo se ha venido pronunciando sobre la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su relación con los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el texto constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la CE. El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de noviembre de 2020 señala que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial.

Es preciso recordar, también, que se han embargado bienes inmuebles, conforme a las propuestas ofrecidas por la Federación recurrente, y no cuentas corrientes bancarias, por lo que la resolución adoptada no afectaría ni repercute sobre el ejercicio de la libertad sindical.

DÉCIMO.- En cuanto al recurso formulado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de Don D.A.R.G., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, resulta preciso concluir que las alegaciones realizadas por éste se refieren a cuestiones de fondo, que no corresponde resolver a través del presente recurso, caracterizado como especial y sumario por razón de la materia, que ha de limitarse a considerar los dos motivos tasados referidos en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución.

El momento procesal para plantear las cuestiones alegadas por la representación del Sr. R. es el procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe, dónde se desarrollará el proceso en toda su extensión. También podrá solicitarse en dicho procedimiento la práctica de las pruebas que se consideren pertinentes, para confirmar la responsabilidad contable indiciariamente atribuida a los presuntos responsables en la fase instructora, o desvirtuar los indicios existentes y exonerar de esa responsabilidad a los señalados como presuntos responsables.

En la fase de Actuaciones Previas que es objeto del presente recurso, el Delegado Instructor debe practicar las diligencias establecidas en el artículo 47.1 de la LFTCu, con la finalidad de analizar las acciones u omisiones presuntamente constitutivas de responsabilidades contables. Pero, como ha declarado esta Sala de Justicia, *las*

actuaciones previas no constituyen un juicio contradictorio, y su única finalidad es que el Delegado Instructor despliegue las diligencias de averiguación que sean suficientes para llegar a una certeza previa y razonable acerca de los hechos de que se trate (Auto nº 36/2008, de 15 de diciembre, entre otros). Ello al margen de que, lógicamente, los presuntos responsables puedan discrepar de las valoraciones realizadas por el Delegado Instructor y de sus consecuencias (Auto nº 22/2018, de 20 de julio, entre otros).

Por otra parte, con relación a la Sentencia 490/2019, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 1965/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 133/2016, del Juzgado de Instrucción nº 6, que concluyó con el sobreseimiento del Sr. R., resulta obligado recordar la **compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable**, dada la distinta naturaleza, finalidad y principios que rigen ambas jurisdicciones. La responsabilidad contable tiene **carácter resarcitorio**, no reviste las características propias del *ius puniendi* presente en la jurisdicción penal. Por ello, no cabe sostener que se haya vulnerado el principio *non bis in idem*, como el recurrente alega.

Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala de Justicia (entre otros, Auto 26/1997, de 12 de julio), que ha establecido que, dado el carácter meramente reparador o indemnizatorio de la responsabilidad contable, *el principio prohibitivo de la concurrencia de sanciones no puede tener cabida en nuestro campo, dado que ámbito legal es el penal o sancionador administrativo, tal como se desprende de la doctrina sentada por la jurisdicción constitucional (Sentencias de 30 de enero de 1981, 14 de enero de 1982, 29 de marzo y 18 de junio de 1990, etc.) al perfilar el alcance del artículo 25 de la Constitución Española y tal como prescribe también el artículo 133 de la Ley Orgánica 30/92, de 26 de noviembre* (referencia que debe entenderse ahora realizada al artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

La doctrina de esta Sala (Auto 21/2007, de 6 de marzo, entre otros) establece que los artículos 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 49.3 de la LFTCu, establecen la **compatibilidad de la jurisdicción penal y de la contable** sobre los mismos hechos, porque responden a finalidades distintas. La jurisdicción penal ejerce el *ius puniendi* en los términos o formas que la Ley señala (legalidad, tipicidad, etc.), mientras que la jurisdicción contable tiene por exclusivo objeto el enjuiciamiento de la responsabilidad contable que origina la indemnización de daños y perjuicios. La caracterización legal de la pretensión y de la responsabilidad de naturaleza contable (de carácter patrimonial y reparatorio) excluye la presencia de una vulneración del principio general *non bis in idem*, pues el mismo hecho se contempla desde diferentes perspectivas, sin que concurra una identidad objetiva de ámbito competencial entre ambas jurisdicciones. Cada una de las dos jurisdicciones enjuicia los hechos dentro de su ámbito. Y el orden penal

prevalece sólo respecto de la fijación de los hechos y la autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984, etc.), pero no respecto de la apreciación de los hechos y de las consecuencias jurídicas que se puedan desprender de los mismos.

La decisión sobre los hechos y la autoría que, en su caso, determinaran una responsabilidad contable del Sr. R., o su exención de ésta, pertenece al ámbito del juicio contable que, en su caso, se incoe.

Por último, en cuanto a la impugnación de la Providencia de requerimiento de pago planteada por la representación del Sr. R., resulta obligado concluir que no cabe retrasar o evitar la práctica de dicho requerimiento de pago a los presuntos responsables 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 del Delegado Instructor 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 tanto, no procede la solicitud de sobreseimiento y archivo planteada por el recurrente, debiendo desestimarse su recurso y confirmarse las resoluciones recurridas.

UNDÉCIMO.- Como conclusión de lo expuesto, esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas aprecia que no se ha producido perjuicio en la posición jurídica y el derecho de defensa de los recurrentes, ya que no se han limitado sus derechos, ni se les ha impedido formular las alegaciones posibles en la fase instructora, con independencia de que puedan legítimamente discrepar de las conclusiones plasmadas en el Acta de Liquidación Provisional y en la Providencia de requerimiento de pago, que han sido dictadas por el Delegado Instructor conforme a las previsiones del artículo 47 de la LFTCu.

Por todo lo anterior, procede desestimar los recursos interpuestos, al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, por D. Germán Fernández Segura, Letrado de la F.I.C.A. de UGT (UGT-FICA) y por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante

Sánchez, en nombre y representación de Don D.A.R.G., contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 15 de julio de 2020, suscritas por el Delegado Instructor en las Actuaciones Previas 234/11.

DUODÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuestos por D. Germán Fernández Segura, Letrado de la F.I.C.A. de UGT (UGT-FICA) y por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de Don D.A.R.G., contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 15 de julio de 2020, suscritas por el Delegado Instructor en las Actuaciones Previas nº 234/11, C.C.A.A. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación), ANDALUCÍA. 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.

Auto n° 2/2022, de 2 de marzo. Recurso n° 30/21, del art. 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictada en las Actuaciones Previas n° 92/20, de Sector Público Local (Junta Vecinal de Villar del Yermo), León. Ponente: Excmá. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

El recurrente fundamenta su pretensión impugnatoria en la presunta indefensión que ha sufrido por los siguientes motivos: 1) el Delegado Instructor no ha practicado todas las diligencias oportunas en averiguación de los hechos investigados y de los presuntos responsables, tal y como establece el artículo 47.1.c) de la LFTCu; 2) en la Liquidación Provisional practicada no se detallan las partidas específicas de donde se obtiene la cantidad total reclamada, ni se entiende por qué no se declara igualmente como presunto responsable contable a la persona que desempeñaba el cargo de Tesorero y Secretario de la Junta Vecinal.

La Sala advierte que, a la vista de la tramitación seguida en las actuaciones previas de referencia, ninguna vulneración ha sufrido el derecho material a la defensa del recurrente. Y es que consta que el Delegado Instructor practicó la citación en forma al presunto responsable contable para el acto de la Liquidación Provisional, de tal manera que dispuso de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio pertinentes.

En cuanto al segundo motivo de impugnación planteado, la Sala entiende que se centra en cuestiones que entran de lleno en el fondo del asunto que no pueden servir de fundamento al tipo de recurso que se regula en el artículo 48.1 de la LFTCu.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 2/2022

ASUNTO: Recurso n° 30/21, del art. 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictada en las Actuaciones Previas n° 92/20, de Sector Público Local (Junta Vecinal de Villar del Yermo), Salamanca.

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO.

SALA DE JUSTICIA:

EXCMA. SRA. DOÑA REBECA LALIGA MISÓ.- Presidenta

EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ.- Consejera

EXCMA. SRA. DOÑA ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme se expresa en el margen, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

VISTO el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), por el Letrado don Elicio Díaz Gómez, en representación de Don M.M.M., contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas n° 92/20.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. Consejera doña Elena Hernández Salguero quién, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acta de Liquidación Provisional levantada por el Delegado Instructor de las Actuaciones Previas n° 92/20, con fecha de 28 de julio de 2021, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 2.879,90 euros, cantidad a la que habría que sumar 251,89 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha, suponiendo

todo ello un total de 3.131,79 euros; y, asimismo, se declaró como presunto responsable contable directo al recurrente, Don M.M.M.

Asimismo, por Providencia dictada con fecha de 28 de julio de 2021, el Delegado Instructor practicó requerimiento de pago, depósito o afianzamiento al presunto responsable contable.

SEGUNDO.- Con fecha de 6 de septiembre de 2021, la representación procesal de Don M.M.M., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, presentó recurso contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas n° 92/20.

TERCERO.- Mediante diligencia ordenación de fecha 23 de septiembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala, y pedir al Delegado Instructor los antecedentes necesarios para la tramitación del meritado recurso.

CUARTO.- Con fecha de 24 de septiembre de 2021, el Delegado Instructor de las actuaciones previas de referencia remitió copia de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 30 de septiembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió admitir el recurso interpuesto, y dar traslado del mismo y de los antecedentes remitidos por el Delegado Instructor a todos los sujetos citados a la 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 5 de octubre de 2021 pidiendo que se desestime el recurso presentado, y que se confirme el Acta de Liquidación Provisional recurrida.

SÉPTIMO.- Asimismo, con fecha de 8 de octubre de 2021, la representación procesal de la Junta Vecinal de Villar del Yermo presentó escrito pidiendo que se desestime el recurso, y que se confirmen la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago practicadas en las Actuaciones Previas n° 92/20.

OCTAVO.- Una vez dictada la diligencia de ordenación de fecha 9 de diciembre de 2021, por la que se puso en conocimiento de las partes la nueva composición de la Sala de Justicia para el presente recurso tras los Acuerdos del Pleno del Tribunal de Cuentas de fechas 23 y 29 de noviembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió, por diligencia de ordenación de fecha 22 de diciembre de 2021, pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se efectuó mediante posterior diligencia de fecha 29 de diciembre de 2021, tras haberse practicado las oportunas notificaciones.

NOVENO.- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas acordó, por providencia de fecha 9 de febrero de 2022, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2022, 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 M.M.M. ha presentado recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 92/20.

El recurrente fundamenta su pretensión impugnatoria en la presunta indefensión que ha sufrido, en atención a los siguientes motivos: 1) que el Delegado Instructor no ha practicado todas las diligencias oportunas en averiguación de los hechos investigados y de los presuntos responsables, tal y como establece el artículo 47.1.c) de la LFTCu; 2) que en la Liquidación Provisional practicada no se detallan las partidas específicas de donde se obtiene la cantidad total reclamada, ni se entiende por qué no se declara igualmente como presunto responsable contable a la persona que desempeñaba el cargo de Tesorero y Secretario de la Junta Vecinal, que además también figuraba como denunciado por el delito de falso testimonio en las actuaciones penales, dando lugar todo ello a una vulneración del artículo 47.1 letras e) y f) de la LFTCu.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal ha pedido la desestimación del recurso presentado y la confirmación de las resoluciones impugnadas por cuanto las posibilidades del recurrente de alegar y probar lo que estimara conveniente, dentro de la definición legal de las actuaciones previas, no han sufrido merma material ninguna; y porque, en definitiva, las alegaciones del recurrente tratan de acreditar la inexistencia de los hechos que han sido previa y provisionalmente declarados constitutivos de alcance, lo que constituye una cuestión de fondo que es ajena a los motivos tasados que pueden fundamentar el presente recurso.

CUARTO.- La representación procesal de la Junta Vecinal de Villar del Yermo ha pedido igualmente la desestimación del recurso presentado y la confirmación de la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago practicadas, al entender que, en ningún caso, se ha producido una indefensión material para Don M.M.M. por cuanto ha realizado las alegaciones que tuvo por convenientes en la

fase de actuaciones previas sin que, en ningún momento, haya manifestado que se le haya generado indefensión porque el Delegado Instructor hubiera incumplido lo establecido en el artículo 47.1 letras c, e) y f).

QUINTO.- 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 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 señalaran”* 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 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y en los artículos 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la LFTCu.

SEXTO.- Una vez analizada la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, y entrando ya en el análisis del primer motivo planteado por el recurrente relativo a la presunta indefensión sufrida por no haber practicado el Delegado Instructor todas las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos investigados y de los presuntos responsables, ex artículo 47.1.c) de la LFTCu, debe advertirse que, a la vista de la tramitación seguida en las actuaciones previas de referencia, ninguna vulneración ha sufrido el derecho material a la defensa del recurrente.

A la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo de la “indefensión” que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, esta Sala de Justicia viene afirmando reiteradamente, entre otros, en el Auto núm. 33/2008, de 3 de diciembre, que *“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 tanto, 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. Sin embargo, el recurrente no compareció en la fecha señalada en la meritada citación, limitándose a presentar un escrito de alegaciones con fecha de entrada de 1 de julio

de 2021, por el que puso de manifiesto todo aquello que a su derecho convenía sin que, en ningún momento, alegara la vulneración del artículo 47.1.c) de la LFTCu por una supuesta falta de práctica de las diligencias necesarias por parte del Delegado Instructor ni tampoco reclamara de éste que se completaran las diligencias practicadas con determinados extremos. Por todo lo anterior, en ningún caso puede concluirse que se haya generado una indefensión material para el recurrente.

Por lo demás, debe añadirse que constan en el Acta de Liquidación Provisional las diligencias practicadas y los razonamientos jurídicos en los que el Delegado Instructor fundamenta su decisión. Y que, de acuerdo con la doctrina reiterada que viene manteniendo 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)”*.

SÉPTIMO.- A la hora de analizar el segundo motivo de impugnación planteado en el escrito de recurso, que se refiere a la presunta indefensión sufrida por vulneración de lo dispuesto en el artículo 47.1 letras e) y f) de la LFTCu, al no detallarse las partidas específicas de dónde se obtiene la cantidad total reclamada en la Liquidación Provisional, y al no entenderse que no se declare igualmente como presunto responsable contable a la persona que desempeñaba el cargo de Tesorero y Secretario de la Junta Vecinal, debe partirse de la naturaleza jurídica del recurso especial y sumario regulado en el artículo 48.1 de la LFTCu a la que se ha hecho referencia *“ut supra”*.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala rechaza 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 el supuesto aquí enjuiciado, el presente motivo de impugnación planteado por el recurrente se centra exclusivamente en discrepancias con las conclusiones de la

Liquidación Provisional en cuanto a la cuantificación del presunto alcance, y en cuanto a la posible existencia de otros presuntos responsables contables. Se trata, por tanto, de cuestiones que entran de lleno en el fondo del asunto objeto de las actuaciones previas de referencia, y que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no pueden servir de fundamento al tipo de recurso que se regula en el artículo 48.1 de la LFTCu, al no tener nada que ver con la denegación de diligencias ni con la indefensión.

En definitiva, y de acuerdo con todos los razonamientos expuestos, procede la desestimación del recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, por la representación procesal de Don M.M.M. 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 el recurso 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 Elicio Díaz Gómez, en representación de Don M.M.M., contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictada en las Actuaciones Previas nº 92/20, de Sector Público Local (Junta Vecinal de Villar del Yermo), Salamanca. 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.

Auto n° 3/2022, de 1 de marzo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n° 33/21. Actuaciones Previas n° 50/20. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Linares). Jaén. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

En su primer motivo de recurso, el impugnante reitera las razones por las que se recurrieron tanto la Liquidación Provisional practicada, como la Providencia de embargo preventivo. La Sala de Justicia desestimó ambos recursos, por lo que se remite a la fundamentación jurídica y a la parte dispositiva de los mencionados autos.

Alega también infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse dictado la providencia recurrida sin resolver primero los recursos formulados contra la liquidación provisional y la providencia de embargo, de los que la resolución ahora recurrida trae causa, solicitando la retroacción de las actuaciones. Es doctrina uniforme de esta Sala de Justicia (entre otros los autos de 23 de julio de 2003 y 30 de septiembre de 2020) que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos, salvo en circunstancias excepcionales. Y no concurre en el presente caso, entiende la Sala, ninguna circunstancia excepcional o especial que justifique una respuesta jurídica distinta.

Esgrime también el impugnante la existencia de errores materiales, aritméticos o fácticos en la providencia recurrida, que no pueden ser identificados por el recurrente, al no haber tenido conocimiento de documentos obrantes en las actuaciones relevantes para la cuantificación y desglose del presunto alcance. Tampoco esta alegación puede ser estimada, toda vez que al recurrente le fueron notificados, antes de la providencia recurrida, los importes que la Delegada Instructora consideraba constitutivos de un presunto alcance y su desglose, la documentación soporte de sus conclusiones y los criterios aplicados para su fijación.

Finalmente, esgrime que la providencia recurrida genera perjuicios de difícil o imposible reparación, por lo que su eficacia debe ser suspendida, de acuerdo con el Reglamento General de Recaudación y con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. No obstante, entiende la Sala, que el recurrente no aporta la identificación de causas concretas que puedan dar lugar a los perjuicios de difícil o imposible reparación que plantea.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 3/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 33/21. Actuaciones Previas nº 50/20. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Linares). Jaén.

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

Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández. - Consejero

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por las Excmas. Sras. Consejeras y Consejero expresados al margen, ha resuelto, previa deliberación, 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 Letrado D. Pedro Javier Higuera Nieto, actuando en nombre y representación de Don J.F.G., contra la providencia de 24 de septiembre de 2021, en la que se acordó la anotación preventiva de embargo de varios bienes inmuebles, dictada por la Delegada Instructora, en las actuaciones previas nº 50/20, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Linares), Jaén.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Delegada Instructora de las actuaciones previas nº 50/20 practicó, con fecha 26 de mayo de 2021, liquidación provisional en la que acordó, de forma previa y provisional, declarar a Don J.F.G. responsable contable directo de un alcance que cuantificó en 207.384,93 euros (180.580,28 euros en concepto de principal y 26.804,65 euros de intereses). Con fecha 30 de julio de 2021 acordó el

embargo preventivo de los bienes y derechos de Don J.F.G. Posteriormente, con fecha 24 de septiembre de 2021, acordó la anotación preventiva de embargo de tres fincas.

El representante legal de Don J.F.G. interpuso, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, sendos recursos contra el acta de liquidación provisional de 24 de mayo de 2021 y la providencia de 30 de julio de 2021, que fueron desestimados, respectivamente, por los autos de la Sala de Justicia nº 30 y nº 36, de 27 de octubre de 2021.

Asimismo, interpuso recurso, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, contra la providencia de 24 de septiembre de 2021, objeto de la presente resolución.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 9 de octubre de 2021 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 a la Delegada Instructora de las actuaciones previas nº 50/20 la remisión de los antecedentes necesarios para la tramitación del presente recurso.

TERCERO.- Con fecha 13 de octubre de 2021 se recibieron los antecedentes requeridos de la Unidad de Actuaciones Previas de la Sección de Enjuiciamiento.

CUARTO.- La Secretaria de la Sala de Justicia acordó, por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 2021, dar traslado de copia del recurso a todos los citados a la liquidación provisional, a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto mediante escrito de 18 de octubre de 2021.

SEXTO.- El representante legal del Ayuntamiento de Linares presentó escrito, con fecha 26 de octubre de 2021, en el que se remitió a las alegaciones presentadas en el anterior recurso interpuesto contra la liquidación provisional, aportando el escrito de 5 de julio de 2021 en su día remitido.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de Justicia, de fecha 28 de octubre de 2021, se declaró concluso el procedimiento y se resolvió dar traslado de los autos a la Consejera Ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 9 de diciembre de 2021 se hizo constar que el Pleno del Tribunal de Cuentas designó como nueva Presidenta de la Sección

de Enjuiciamiento a la Consejera de Cuentas Excma. Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó, mediante acuerdo de fecha 23 de noviembre de 2021, y al resto de los Consejeros de Cuentas de la mencionada Sección mediante acuerdo de 29 de noviembre de 2021. Asimismo, se señaló que la Sala de Justicia, en el presente recurso, quedaba constituida por la Excma. Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó, Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández y Excma. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez, correspondiendo la ponencia de este asunto a esta última Consejera.

NOVENO.- El traslado de los autos a la Consejera ponente se hizo efectivo, en ejecución de la diligencia de 22 de diciembre de 2021, una vez practicadas las correspondientes notificaciones, con fecha 29 de diciembre de 2021.

DÉCIMO. - Mediante providencia de 9 de febrero de 2022 se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

SEGUNDO.- La representación procesal de Don J.F.G. solicita la nulidad del procedimiento del que trae causa la resolución recurrida, la retroacción de las actuaciones al momento previo a la liquidación provisional de 26 de mayo y, en caso de no aceptarse, al de la resolución del recurso interpuesto contra la misma. Solicita, asimismo, la suspensión de la ejecución del embargo preventivo acordado por la providencia de 30 de julio de 2021 y, subsidiariamente, la suspensión del embargo preventivo de sus rendimientos del trabajo. Fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1.- Da por reproducidos los motivos alegados en los recursos formulados contra la liquidación provisional y la providencia de embargo.

2.- Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse dictado la providencia recurrida antes de la resolución de los recursos formulados contra la liquidación provisional y la providencia de embargo, de las que dicha resolución trae causa. Se solicita la retroacción de las actuaciones por nulidad absoluta y concurrir, además, indefensión material, al privar de eficacia y virtualidad práctica al ejercicio del derecho de defensa que la interposición de un recurso debe inferir.

3.- Existencia de errores materiales, aritméticos o de hecho en la providencia recurrida, que no pueden ser identificados por el recurrente, al no disponer de copia del expediente del que trae causa la liquidación provisional, aun cuando se ha solicitado en varias ocasiones.

4.- La providencia recurrida genera perjuicios de difícil o imposible reparación, por lo que su eficacia debe ser suspendida de acuerdo con el Reglamento General de Recaudación y con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Alega, además, que el embargo preventivo, en el caso de recaer sobre su salario, supondría la imposibilidad de su desenvolvimiento vital en unas condiciones de mínima dignidad personal.

TERCERO. El Ministerio Fiscal se opone al recurso alegando los motivos siguientes:

1.- Las razones en las que se fundamenta el recurso no coinciden con las que pueden hacer prosperar este tipo de impugnaciones de acuerdo con el artículo 48.1 de la LFTCu. No ha existido denegación de pruebas y la liquidación provisional no ha supuesto minoración de sus posibilidades de defensa.

2.- Las actuaciones se han tramitado sin generar indefensión al recurrente, que ha tenido conocimiento de lo actuado, ha sido correctamente notificado y tuvo a su disposición, antes de la liquidación provisional, todas las actuaciones previas practicadas, pudiendo presentar las alegaciones que ha estimado convenientes para la defensa de sus derechos.

3.- La resolución recurrida se ha dictado en estricto cumplimiento del artículo 47.1 de la LFTCu, por lo que no cabe la suspensión del embargo.

CUARTO.- El representante legal del Ayuntamiento de Linares se remite a sus alegaciones de 5 de julio de 2021, presentadas en el anterior recurso interpuesto contra la liquidación provisional de 26 de mayo. Señala que debe rectificarse el acta de liquidación provisional, en relación con determinadas afirmaciones imputadas al Secretario de la Corporación, y que no procedía declarar la existencia de indicios de responsabilidad contable por alcance en los hechos investigados solicitando, además, la suspensión de la ejecución de las actuaciones de aseguramiento, al menos hasta la resolución del citado recurso.

QUINTO.- Entrando a valorar los motivos del recurso, el primero de ellos consiste en la reiteración de las razones por las que se recurrieron tanto la liquidación provisional practicada, como la providencia de embargo preventivo.

La Sala de Justicia desestimó ambos recursos por sendos autos de 27 de octubre de 2021, por lo que solo cabe en la presente resolución remitirse a la fundamentación jurídica y a la parte dispositiva de los mencionados autos.

Alega también el recurrente infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse dictado la providencia recurrida sin resolver primero los recursos formulados contra la liquidación provisional y la providencia de embargo, de los que la resolución ahora recurrida trae causa, solicitando la retroacción de las actuaciones.

Es doctrina uniforme de esta Sala de Justicia (entre otros los autos de 23 de julio de 2003 y 30 de septiembre de 2020) que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos, salvo en circunstancias excepcionales. De ello se concluye, y así se expresa en auto de esta Sala de Justicia de 22 de julio de 2013, 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 una interpretación restrictiva.

Este planteamiento coincide, además, con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de suspensión de actos recurridos plasmada, entre otras, en sentencias de su Sala Tercera de 12 de junio de 2001, 29 de abril de 2003 y 17 de junio de 2008.

No concurre en el presente caso ninguna circunstancia excepcional o especial que justifique una respuesta jurídica distinta de la comúnmente aportada por la Jurisprudencia, por lo que no cabe estimar este motivo del recurso. La adopción, por la Delegada Instructora, de la providencia de anotación preventiva de embargo, estando pendientes de resolución los recursos interpuestos por el recurrente contra la liquidación provisional y la providencia de embargo, se ajustó a derecho y no le provocó la indefensión alegada por el mismo. No procede, por lo tanto, la retroacción de las actuaciones solicitada.

SEXTO.- Esgrime también la representación procesal del Sr. F.G. la existencia de errores materiales, aritméticos o fácticos en la providencia recurrida, que no pueden ser identificados por el recurrente, al no haber tenido conocimiento de documentos, obrantes en las actuaciones, relevantes para la cuantificación y desglose del presunto alcance.

Tampoco esta alegación puede ser estimada. Al recurrente le fueron notificados, antes de la providencia recurrida, tanto la liquidación provisional como la providencia de embargo, por lo que conocía los importes que la Delegada Instructora consideraba constitutivos de un presunto alcance y su desglose, la documentación soporte de sus conclusiones y los criterios aplicados para su fijación. Además, tanto la liquidación provisional como la providencia de embargo fueron recurridas por el Sr. F.G. quien alegó, entre otros motivos, la misma cuestión aquí debatida, siendo

desestimados ambos recursos por los Autos n° 30/21 y n° 36/21 de esta Sala, dictados el 27 de octubre de 2021.

SÉPTIMO.- Finalmente, esgrime el recurrente que la providencia recurrida genera perjuicios de difícil o imposible reparación, por lo que su eficacia debe ser suspendida, de acuerdo con el Reglamento General de Recaudación y con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El recurrente aporta para fundamentar este motivo de impugnación una argumentación jurídica que no va acompañada de la identificación de causas concretas que puedan dar lugar a la situación de perjuicios de difícil o imposible reparación que plantea, ni tampoco de documentos que acrediten la posible concurrencia de este tipo de causas.

Frente a esta alegación, esta Sala de Justicia opone los argumentos siguientes:

El art. 47.1 de la LFTCu dispone que, ante una liquidación provisional que, de manera previa y presunta, detecte un posible menoscabo injustificado en los fondos públicos, deben adoptarse por el Delegado Instructor determinadas medidas cautelares en garantía de la integridad del patrimonio público.

De manera preceptiva, el Delegado Instructor deberá requerir a 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.

Si los presuntos responsables no tuvieran afianzada, o afianzaren en forma legal sus posibles responsabilidades, el Delegado Instructor procederá, de forma igualmente preceptiva, al embargo de sus bienes en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

De la simple lectura de los apartados f) y g) del citado art. 47.1 de la LFTCu se desprende que la ley exige la adopción de estas medidas cautelares, orientadas a garantizar la eficacia de futuras resoluciones jurisdiccionales.

Por otra parte, no puede prosperar la pretensión del recurrente de impugnar, mediante el recurso innominado del art. 48.1 de la LFTCu, la providencia de 24 de septiembre de 2021, que acordó la anotación preventiva del embargo de varios bienes inmuebles.

Es doctrina consolidada de la Sala de Justicia (por todos, los Autos n° 18/2013 y 15/2021) que 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. 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.

La modificación de las medidas cautelares de embargo acordadas por la Delegada Instructora queda fuera de la competencia de esta Sala en el presente recurso, sin perjuicio del derecho del actual recurrente a plantear esta cuestión por la vía que la ley le ofrece, que es la del art. 67 de la LFTCu, ante el órgano de primera instancia de la jurisdicción contable.

La interpretación conjunta del art. 47.1. apartados f) y g) y del art. 67.1, ambos de la LFTCu, lleva a la conclusión de que los intervinientes en unas actuaciones previas, aunque hayan sido requeridos de pago, depósito o afianzamiento o, incluso preventivamente embargados, tienen garantizado el derecho a solicitar la modificación o el levantamiento de las medidas cautelares aplicadas sobre su patrimonio ante el órgano de la Jurisdicción Contable que conozca de la primera instancia, que conocerá y resolverá dicha pretensión con todas las garantías del proceso civil previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, mediante un procedimiento contradictorio y decisiones de naturaleza jurisdiccional (Auto de la Sala de Justicia nº 28/21).

OCTAVO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia desestima 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 representante legal de Don J.F.G., contra la providencia de embargo, dictada en las actuaciones previas nº 50/20, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Linares) Jaén, confirmando la resolución recurrida.

NOVENO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

LA SALA ACUERDA:

1º.- 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 Letrado D. Pedro Javier Higuera Nieto, actuando en nombre y representación de Don J.F.G., contra la providencia de anotación preventiva de embargo, de 24 de septiembre de 2021, dictada en las actuaciones previas nº 50/20, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Linares), Jaén, confirmando la providencia recurrida.

2º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo acordamos y firmamos; doy fe.

Auto nº 4/2022, de 2 de marzo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, nº 34/21, interpuesto contra las Providencias de embargo de fecha 4 de octubre de 2021 dictadas en las Actuaciones Previas nº 117/19, Sector Público Local (Ayto. de Piedratajada), Zaragoza. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

Las Providencias recurridas, dictadas por la Delegada Instructora, al acordar las anotaciones preventivas de la totalidad de los bienes de las recurrentes sin tener en cuenta los títulos de adquisición han supuesto una infracción de los artículos 38.5 de la LOTCu y 355.1 del CDFA – Texto Refundido de las Leyes Aragonesas-. Por ello, contienen defectos susceptibles de originar indefensión.

Advertido el error padecido, la Instructora dictó sendas providencias acordando dejar sin efecto los mandamientos de embargo de las fincas de las recurrentes, manteniendo, únicamente, la anotación preventiva de embargo sobre la finca que provenía del caudal relicto del fallecido.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 4/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, n° 34/21, interpuesto contra las Providencias de embargo de fecha 4 de octubre de 2021 dictadas en las Actuaciones Previas n° 117/19, Sector Público Local (Ayto. de Piedratajada), Zaragoza.

PONENTE: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

SALA DE JUSTICIA:

Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta.

Excm. Sra. Doña María Rosario García Álvarez.- Consejera.

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero.

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

En el recurso referenciado, la Sala de Justicia, 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, por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona don Miguel Angel Muñoz Yeregui, en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y de Doña M.J.R.B. contra las Providencias de embargo de fecha, ambas, 4 de octubre de 2021, dictadas en las Actuaciones Previas n° 117/19, Sector Público Local (Ayto. de Piedratajada), Zaragoza.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Delegada Instructora de las Actuaciones Previas n° 117/19 acordó, por Providencia de 4 de octubre de 2021, la anotación preventiva de embargo de los bienes inmuebles de Doña M.J.R.B. que se relacionan a continuación:

- Finca número Sección 6ª: XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, totalidad del pleno dominio con carácter consorcial (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 1).
- Finca número Sección 1ª: XXX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 4 y 5,35,14% de la nuda propiedad con carácter consorcial por título de herencia y 14,86% de la nuda propiedad con carácter consorcial por título de donación (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª: XXXXX/XX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 2, 25% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª XXXXX/XX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XX, Alta 9, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, 50,00% del pleno dominio con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número: XXXX CRU: XXXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, inscripción 7ª, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Salou).

Por Providencia de la misma fecha que la anteriormente señalada -4 de octubre de 2021- la Delegada Instructora acordó la anotación preventiva de embargo de los bienes inmuebles de Doña M.L.R.B., que se relacionan a continuación:

- Finca número Sección 1ª: XXXXX/XX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 2, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª: XXXXX/XX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XX, Alta 3, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª: XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XX, Alta 9, 25,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 1ª: XXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, 50,00% del pleno dominio con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9).
- Finca número Sección 6ª: XX/XX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX Alta 1, 50,00% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 11).
- Finca número Sección 1ª: XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, inscripción 6ª, 100,00% privativo por título de compraventa (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 4).
- Finca número: XXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXX, Libro XXX, Folio XXX, inscripción 7ª, 25% de la nuda propiedad con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Salou).

SEGUNDO.- Con fecha de 13 de octubre de 2021 se recibió, en el Registro General de este Tribunal, escrito de don Miguel Angel Muñoz Yeregui, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y de Doña M.J.R.B., por el que se interponía el recurso previsto en el artículo 48.1 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), contra las Providencias anteriormente indicadas.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 15 de octubre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo al que se asignó el nº 34/21, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz y remitir oficio, a la Delegada Instructora, en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso interpuesto.

El 18 de octubre de 2021 la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas de referencia remitió copia de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 26 de octubre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia acordó dar traslado de copia del recurso a todos los citados al Acta de Liquidación Provisional, a efectos de que pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes por un plazo común de cinco días.

En el trámite conferido se recibieron escritos del Ministerio Fiscal de 28 de octubre de 2021 y de la Letrada de la Diputación Provincial de Zaragoza, en nombre y representación del Ayuntamiento de Piedratajada, de 3 de noviembre de 2021, en los que se solicitaba la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de las providencias impugnadas de anotación preventiva de embargo de bienes.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 9 de diciembre de 2021 se notificó a las partes que, habiéndose designado por el Pleno del Tribunal de Cuentas nueva Presidenta de la Sección de Enjuiciamiento a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó mediante acuerdo de fecha 23 de noviembre de 2021 y al resto de los Consejeros de Cuentas de la mencionada Sección mediante acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2021, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 de la LFTCu, la Sala de Justicia en el presente recurso había quedado constituida por los Consejeros de Cuentas Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó, Excm. Sra. Dña. María Rosario García Álvarez y Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, y que, en ejecución de los acuerdos de la Sección sobre reparto de asuntos, la ponencia de este recurso había correspondido al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.

Asimismo, por esta resolución, encontrándose concluso el recurso, se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que se preparase la pertinente resolución, procediéndose el 20 de diciembre de 2021 a la remisión de los mismos, conforme consta en la diligencia de la Secretaria de la Sala expedida en esa fecha.

SEXTO.- El 23 de diciembre de 2021 se recibieron en esta Sala las Providencias dictadas por la Delegada instructora ese mismo día, por las que, advertido error en la apreciación de los títulos de adquisición de los bienes inmuebles de Doña M.J.R.B. y Doña M.L.R.B. que figuraban en las Providencias de fecha 4 de octubre de 2021, se dejaban sin efecto los embargos específicos de las fincas relacionadas en aquéllas,

manteniéndose únicamente la anotación preventiva de embargo de ambas sobre la Finca de las recurrentes, número Sección 1ª: XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, 50,00% del pleno dominio con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9), por ser la única que provenía del caudal relicto de Don A.R.B.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 23 de diciembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia unió al recurso objeto de esta resolución las Providencias dictadas en idéntica fecha por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas 117/19.

OCTAVO.- Por Providencia de 9 de febrero de 2022 se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

NOVENO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia, el conocimiento y la resolución del presente recurso corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición de los artículos 48.1 y 54.2 d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- Don Miguel Angel Muñoz Yeregui, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y de Doña M.J.R.B., ha interpuesto recurso al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu contra las Providencias de fecha 4 de octubre de 2021, fundamentando aquél en que se ha producido:

- 1) Vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, por manifiesta indefensión en el marco de las actuaciones previas, en las que no se ha procedido a practicar una liquidación, siquiera provisional de la responsabilidad de las causahabientes, con afectación de su patrimonio privativo sin posibilidad de defensa, con base en que:
 - El mandamiento para la anotación de embargo preventivo es por casi 550.000 euros, y alcanza a todos los inmuebles titularidad de las herederas, sin limitación de ninguna clase.
 - El importe líquido de la herencia, aceptada en el mes de junio de 2017, asciende a la suma máxima total de 59.351.26 euros (lo que deja, a cada heredera, la suma de 29.675,63 euros).

- La Delegada Instructora dispuso de la información de las notas simples que le permitían advertir el título de adquisición y, por tanto, discriminar entre los inmuebles que tenían su origen en el caudal relicto de Don A.R.B., y aquellos que por el contrario eran privativos de las causahabientes, conforme constan en las providencias recurridas.
- 2) Infracción del artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Aragonesas -en adelante CDFA), según el cual: *"...El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto aunque no se haga inventario"*.
 - 3) Contravención de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, que señala que *"...las responsabilidades, (...), 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"*.

Por ello, la representación de las recurrentes solicita que se limite la anotación de embargo preventivo a aquellos bienes que se hayan recibido del caudal relicto y las medidas de embargo a las causahabientes, conforme al artículo 47 de la LFTCu, a sus posibles responsabilidades restringidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, a la cuantía a que ascienda el importe líquido de la herencia.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal ha solicitado la desestimación del recurso formulado, solicitando la confirmación de las Providencias recurridas, señalando, en primer lugar, que el recurso es similar a los interpuestos contra la Liquidación Provisional y contra la Providencia de requerimiento de pago posterior a ella, desestimados, respectivamente, por los Autos de la Sala de Justicia números 20/2021 y 22/2021, ambos de 23 de junio.

En cuanto a la fondo del recurso en el que se solicita, por infracción de los artículos 38.5 de la LOTCu y 355.1 del CDFA, limitar la anotación de embargo preventivo a los bienes que procedan del caudal relicto, aunque fuera de modo provisional; el Ministerio Fiscal indica que tal argumentación resulta contraria a lo decidido por la Sala de Justicia en los autos citados, ya que se desestimó la impugnación de la resolución que acordó el embargo de los bienes de las recurrentes, para cuya materialización fueron dictadas la providencia recurridas.

En similares términos a los planteados por el Ministerio Fiscal se ha pronunciado la Letrada de la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Zaragoza, en nombre y representación del Ayuntamiento de Piedratajada, interesando la desestimación del recurso y la confirmación de las Providencias recurridas, al considerar que no se ha

producido indefensión (motivo restringido por el que puede ser interpuesto el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu), a las recurrentes, causahabientes del autor de los hechos, dada su condición de herederas, y que el recurso formulado continua la línea de los interpuestos contra la Liquidación Provisional y contra la Providencia de requerimiento de pago posterior a ella, desestimados, respectivamente, por los Autos de la Sala de Justicia números 20/2021 y 22/2021, ambos de 23 de junio de 2021.

CUARTO.- Con carácter previo al análisis de la pretensión planteada por la representación de las 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, y 4/2019, de 20 de marzo) 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 señalaran” o que “se causare indefensión”. Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

QUINTO.- Partiendo de lo anterior y entrando a examinar el recurso interpuesto, lo primero que se ha de poner de manifestó es que, con independencia de que tanto el Ministerio Fiscal como la Letrada de la Asesoría Jurídica de la Diputación de Zaragoza estimen que la cuestión de fondo de este recurso ya ha sido resuelta por esta Sala, en el Auto 20/2021 lo suscitado era la transmisión de la responsabilidad contable y, por tanto, propia del fondo del asunto, y en el Auto 22/2021 un embargo genérico de bienes, sin concreción de ellos ni materialización, es decir, ambas cuestiones ajenas a los motivos admitidos para la interposición del recurso del artículo 48 de la LFTCu -denegación de diligencias por parte del Delegado Instructor o que se causare indefensión-. Por tanto, difiere del caso concreto que nos ocupa en el que las Providencias dictadas por la Delegada Instructora el 4 de octubre de 2021, acordaron las anotaciones concretas de bienes de las recurrentes.

Las citadas Providencias de 4 de octubre de 2021, al acordar las anotaciones preventivas de la totalidad de los bienes de las recurrentes, que aparecen relacionados en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución, que se da aquí por reproducido, sin tener en cuenta los títulos de adquisición de ellos y, en consecuencia, únicamente los procedentes del caudal relicto, han supuesto una infracción de los artículos 38.5 de la LOTCu y 355.1 del CDFA.

En efecto, se ha de tener en cuenta que el embargo de los bienes de los presuntos responsables, que el artículo 47 de la LFTCu contempla entre las actuaciones a realizar por los Delegados Instructores, en el supuesto de que aquéllos fueran causahabientes, se ha de realizar dentro de los parámetros que regulan la transmisión de la responsabilidad contable y en este sentido el artículo 38.5 de la LOTCu es de una claridad meridiana al disponer que <<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 asciende el importe de la misma>>.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 355.1 del CDFA, aplicable al asunto en cuestión conforme al artículo 14 del Código Civil, al tener las recurrentes vecindad civil en la Comunidad Autónoma de Aragón, según el cual *"...El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto aunque no se haga inventario"*.

Por ello, las citadas providencias de fecha 4 de octubre de 2021, al acordar anotaciones preventivas de embargos de bienes que excedían de los integrantes del caudal relicto de Don A.R.B., contenían defectos susceptibles de originar una indefensión a las recurrentes. Ahora bien, esta indefensión, por el defecto observado, no puede considerarse que vulnere el artículo 24 de la Constitución, porque, como ha venido señalando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de septiembre de 2007), *"la indefensión, como vicio procedimental invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal y debe haber dejado al afectado en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse, con exposición de cual hubiera sido la situación a la que podría haberse llegado de cumplirse los requisitos legales"*.

El propio Tribunal Constitucional ha venido reiterando que el artículo 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal, sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio al recurrente. Según dicho Tribunal (entre otras, Sentencias 130/2002, de 3 de junio, y 233/2005, de 26 de septiembre), 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 denuncia"*, y

esta situación no se ha producido en el supuesto que nos ocupa, por cuanto los defectos apreciados en las Providencias dictadas el 4 de octubre de 2021 han sido subsanados mediante las Providencias dictadas por la Delegada Instructora con fecha 23 de diciembre de 2021, por las que se acordó dejar sin efecto los mandamientos de embargo de las fincas citadas en aquellas providencias, manteniéndose la anotación preventiva de embargo de la única finca que provenía del caudal relicto de Don A.R.B.

La Delegada Instructora dictó sendas providencias, con fecha 23 de diciembre de 2021, en las que, advertidos errores en la apreciación del título de adquisición de los bienes inmuebles relacionados en las Providencias de 4 de octubre de 2021, acordó dejar sin efecto los mandamientos de embargo de las fincas de Doña M.J.R.B. - números XXXXX, XXX, XXXXX/XX, XXXXX/XX, XXXXX y XXXX- y de Doña M.L.R.B. -números XXXXX/XX, XXXXX/XX, XXXXX, XX/XX, XXXXX y XXXX-, manteniendo, únicamente, para ambas la anotación preventiva de embargo sobre la Finca de las recurrentes número Sección 1ª: XXXXX CRU: XXXXXXXXXXXX, inscrita al Tomo XXXX, Libro XXX, Folio XXX, Alta 3, 50,00% del pleno dominio con carácter privativo por título de herencia (Registro de la Propiedad de Zaragoza nº 9), por ser la única que provenía del caudal relicto de Don A.R.B.

SEXTO.- Atendiendo a lo expuesto en el precedente fundamento de derecho y teniendo en cuenta que los defectos observados en las Providencias dictadas por la Delegada Instructora el 4 de octubre de 2021 han sido subsanados por las Providencias de 23 de diciembre de 2021, en el sentido de limitar las anotaciones preventivas de embargo de bienes de las recurrentes a aquéllos bienes recibidos de la herencia de Don A.R.B., esta Sala considera que el recurso ha tenido una pérdida o carencia sobrevenida de su objeto, por lo que procede su desestimación.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala de Justicia, no cabe su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar, por pérdida sobrevenida de su objeto, el recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona don Miguel Angel Muñoz Yeregui, en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y de Doña M.J.R.B. contra las Providencias de embargo de fecha 4 de octubre de 2021, rectificadas por Providencias de 23 de diciembre de 2021, dictadas en las Actuaciones Previas nº 117/19, Sector Público Local (Ayuntamiento de Piedratajada), Zaragoza. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, conforme a lo previsto 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.

Auto nº 5/2022, de 2 de marzo. Recurso de apelación nº 39/21 interpuesto contra el Auto de 27 de abril de 2021, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-8/2018, Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La representación procesal del recurrente sustenta el recurso interpuesto en dos consideraciones: 1) la incongruencia del Auto recurrido en relación con los responsables contables del Ayuntamiento; y 2) la indefensión que se le ha producido por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Al haber desistido del procedimiento la formación política aludida, sin que los demás demandantes ejercitaran pretensión alguna de responsabilidad contable subsidiaria, no cabe sino archivar el procedimiento respecto a los demandados como responsables contables subsidiarios, en virtud del principio dispositivo o de justicia rogada que informa la jurisdicción contable, contenido en el artículo 60.1 de la LFTCu, que supone plena titularidad del derecho de acción, poder de disposición sobre la pretensión y vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes.

En cuanto a la indefensión alegada en relación con la instrucción, la Sala manifiesta que debía haber sido planteada en la fase correspondiente de Actuaciones Previas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LFTCu, y no en el seno del procedimiento jurisdiccional del que trae causa el Auto recurrido.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 5/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 39/21 interpuesto contra el Auto de 27 de abril de 2021, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-8/2018, Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva), Las Palmas

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández- Consejero

Excmo. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada como se expresa al margen, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula el siguiente

A U T O

En el recurso de apelación n° 39/21 frente al Auto de 27 de abril de 2021, dictado en primera instancia por la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-8/18, SECTOR PUBLICO LOCAL (Ayuntamiento de La Oliva), LAS PALMAS. Ha sido apelante Don J.H.C.L., representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance n° A-8/18 se dictó Auto, de fecha 27 de abril de 2021, por el que se acordó lo siguiente:

ÚNICO.- *Desestimar el recurso directo de revisión formulado por la representación procesal de Don J.H.C.L. contra el decreto de 2 de marzo de 2021, el cual se confirma en su integridad.*

SEGUNDO.- El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don J.H.C.L., interpuso recurso de apelación contra el referido Auto, mediante escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 20 de mayo de 2021.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 10 de junio de 2021, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario del procedimiento acordó admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto y dar traslado del mismo a las demás partes intervinientes, para que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), en relación con el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 21 de junio de 2021, se opuso al recurso interpuesto interesando la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 27 de septiembre de 2021, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario de este procedimiento acordó admitir el escrito de oposición al recurso de apelación remitido por el Ministerio Fiscal, y elevar los autos a esta Sala, emplazando 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 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 la citada LJCA.

Por escritos de 28 y 30 de septiembre de 2021 y 3 y 10 de noviembre de 2021, respectivamente, se personaron ante esta Sala de Justicia el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don J.H.C.L., el Ministerio Fiscal, el Procurador de los Tribunales don Antonio Miguel Ángel Araque Almendros, en representación del Ayuntamiento de La Oliva (Las Palmas), y el Procurador de los Tribunales don Jesús Iglesias Pérez, en nombre y representación de Doña C.M.R., Doña M.A.F.E. y Don M.U.F.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma de 10 de diciembre de 2021 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 39/21, 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 Providencia de 15 de febrero de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 28 de febrero 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

OCTAVO.- 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.- La representación procesal de Don J.H.C.L. sustenta el recurso interpuesto en dos consideraciones: 1ª).- La incongruencia del Auto recurrido en relación con los responsables contables del Ayuntamiento de La Oliva y 2ª).- La indefensión que se le ha producido por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Fundamenta las consideraciones expuestas en las siguientes alegaciones:

1ª) La resolución impugnada, al confirmar el archivo de la causa respecto a los responsables subsidiarios, se ha extralimitado, ya que es incongruente que el desistimiento del procedimiento, por parte de la formación política Votemos Fuerteventura, tenga como resultado que se altere de forma sustancial su contenido; se desvirtúe el planteamiento de las pruebas solicitadas y admitidas; se ignoren eventuales responsabilidades de quienes han ejercido funciones en los servicios económicos del Ayuntamiento -en su condición de fiscalizadores, ordenadores de pagos y controladores del gasto-; y se valide que no se depuren todas las responsabilidades contables de quienes, por ejercer una función determinada, tenían asignada la condición de cuentadantes.

2ª) El Auto recurrido conlleva, asimismo, una infracción del deber de congruencia exigido en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que obliga a adecuar los pronunciamientos judiciales al contenido de las pretensiones de las partes y a dar respuesta a todas ellas en la sentencia que se dicte.

Esta incongruencia tendría relevancia constitucional (Sentencia del Tribunal Supremo -STS- 179/2014, de 11 de abril), porque provoca una alteración del principio de contradicción y supone una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, al excluir del proceso a los inicialmente incorporados al mismo como posibles responsables subsidiarios, se modifican sustancialmente los

términos en los que se ha plateado la controversia procesal (STS 174/2004, de 18 de octubre), quedando cercenadas las posibilidades de defensa del demandado.

3ª) Deben fiscalizarse las actuaciones de todas las personas que han de velar por la correcta aplicación de los fondos públicos, para verificar que éstos hayan sido destinados conforme a derecho, depurando las responsabilidades en las que hayan incurrido, de conformidad con lo establecido en los artículos. 38.1 y 2, y 43 de la LOTCu.

4ª) Las personas que el Decreto de 2 de marzo de 2021 acuerda excluir del procedimiento son responsables contables de los presuntos quebrantos sufridos en los caudales públicos del Ayuntamiento de La Oliva, tal como se desprende del Acta de Liquidación Provisional suscrita el 14 de diciembre de 2017.

5ª) El presente procedimiento trae causa de una instrucción realizada sin garantizar al Sr. C. el derecho de defensa, sobre la base de un expediente incompleto, y obviando que aquél carecía de acceso a la contabilidad municipal y a su documentación soporte, al no ostentar la condición de Tesorero de la Corporación en el momento en que fue citado a comparecer ante este Tribunal.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don J.H.C.L., mostrando su conformidad con la resolución recurrida. Sostiene aquél que la formación política Votemos Fuerteventura era la única parte que demandaba, como responsables contables subsidiarios, a quienes ejercieron funciones de gestión en los servicios económicos del Ayuntamiento de La Oliva, y que, al desistir de su pretensión, solo cabía el archivo de las actuaciones respecto de aquéllos. Considera, por ello, que la resolución dictada es plenamente congruente con el desistimiento solicitado.

CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes intervinientes en esta apelación, lo primero que ha de determinar esta Sala es si el Auto recurrido, al confirmar el Decreto que resuelve el desistimiento planteado por la formación política Votemos Fuerteventura y archivar la causa con respecto a los inicialmente demandados como responsables subsidiarios, incurre o no en los motivos deducidos por el recurrente, y si de tal resolución se desprende que se le haya ocasionado un perjuicio real y efectivo que justifique su impugnación.

Para ello, resulta obligado partir de que el Auto de 27 de abril de 2021 desestimó el recurso de revisión interpuesto por la representación de Don J.H.C.L. contra el Decreto de 2 de marzo de 2021, que quedó confirmado en todos sus extremos. El citado Decreto acogía la pretensión de desistimiento formulada por el actor público Votemos Fuerteventura, y, como consecuencia de lo anterior y no constando oposición de las demás partes intervinientes en el procedimiento, resolvía archivar la causa respecto de los inicialmente demandados en el proceso como responsables subsidiarios Doña R.D.U., Don F.J.C.C., Doña C.M.R., Don D.G.A., Don P.M.A.J.,

Doña M.A.F.E. y Don M.U.F., y continuar la tramitación en lo que se refiere a las demandas formuladas por el Ayuntamiento de La Oliva y por el Ministerio Fiscal frente a Don J.H.C.L. como responsable contable directo.

La decisión de la resolución procesal de 2 de marzo de 2021 se fundamentó en que, puesto que la pretensión de declaración de responsabilidad contable subsidiaria era únicamente sostenida por el actor público (el partido político Votemos Fuerteventura), pero no por el resto de demandantes en el proceso (Ayuntamiento de La Oliva y Ministerio Fiscal), el desistimiento solicitado por la formación política implicaba, necesariamente, la desaparición en el procedimiento de la mencionada pretensión y, como consecuencia de ello, la finalización de la causa respecto a los demandados como posibles responsables contables subsidiarios.

El artículo 78 de la LFTCu configura el desistimiento como un modo de terminación, entre otros, de los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas, y lo distingue de la sentencia, señalando que se regirá por lo dispuesto en la LJCA, cuyo artículo 74 establece, en los apartados 1 al 6, que:

- 1. El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.*
- 2. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.*
- 3. El Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.*
- 4. En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda.*
- 5. Si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido.*
- 6. El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas.*

El desistimiento, por tanto, se puede realizar en cualquier momento anterior a la sentencia, sin que por ello se desvirtúe el contenido del procedimiento ni el planteamiento de las pruebas solicitadas en la instancia, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.3 de la LFTCu, dicho acto procesal no supone el sobreseimiento de las actuaciones, que continuarán con las demás partes (en el

presente caso: Ayuntamiento de La Oliva y Ministerio Fiscal como demandantes y el Sr. C.L. como demandado) hasta que recaiga la resolución definitiva.

Conforme consta en autos, la formación política Votemos Fuerteventura ha desistido de las pretensiones contempladas en la demanda que formuló, en su día, contra Don J.H.C.L. como responsable contable directo y contra Doña R.D.U., Don F.J.C.C., Doña C.M.R., Don D.G.A., Don P.M.A.J., Doña M.A.F.E. y Don M.U.F. como responsables contables subsidiarios. Al haber desistido del procedimiento dicha formación política, sin que los demás demandantes ejercitaran pretensión alguna de responsabilidad contable subsidiaria, no cabe sino archivar el procedimiento respecto a los demandados como responsables contables subsidiarios, en virtud del principio dispositivo o de justicia rogada que informa la jurisdicción contable, contenido en el artículo 60.1 de la LFTCu, que supone plena titularidad del derecho de acción, poder de disposición sobre la pretensión y vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes.

Por ello, en el procedimiento jurisdiccional en curso no pueden exigirse eventuales responsabilidades a quienes hayan ejercido funciones fiscalizadoras, ordenadores de pago y controladores del gasto en el Ayuntamiento de La Oliva, como pretende la representación procesal del recurrente, ya que los restantes demandantes no han exigido responsabilidad contable frente a ellos, considerando esta Sala que el Auto recurrido y el Decreto del que trae causa han resuelto las pretensiones formuladas, sin que se haya producido una alteración sustancial de la contienda litigiosa, puesto que las actuaciones continúan en los mismos términos planteados en las demandas presentadas por el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de La Oliva contra el Sr. C.L.

El recurrente, para justificar su petición, esgrime que las personas que el Decreto de 2 de marzo de 2021 acuerda excluir del procedimiento son responsables contables, como se desprende del Acta de Liquidación Provisional suscrita el 14 de diciembre de 2017. El argumento no puede ser estimado, porque, como ha reiterado esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 14/2007, de 23 de julio), las Actuaciones Previas que culminan con el Acta de Liquidación Provisional son únicamente preparatorias del ulterior proceso jurisdiccional, y las conclusiones que el Delegado Instructor extrae de ellas y expone en dicho Acta tienen carácter previo y provisional. El Delegado Instructor, en el Acta de Liquidación Provisional, no declara ni determina la existencia de responsabilidades, sino consideraciones de orden indiciario resultantes de la realización de las actuaciones que lleve a efecto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu. Ahora bien, estas consideraciones indiciarias de responsabilidad no vinculan a los futuros demandantes ni a los órganos jurisdiccionales que deban conocer en las distintas instancias.

El apelante, al solicitar que se complete el procedimiento con el análisis de las actuaciones de todas las personas que deben velar por la correcta aplicación de los fondos públicos, para verificar si éstos se han utilizado conforme a derecho, no tiene en cuenta: 1) las dos funciones que tiene atribuidas el Tribunal de Cuentas (artículo 2 de la LOTCu), por un lado la fiscalizadora, y por otro, el enjuiciamiento contable, con un contenido claramente diferenciado, y 2) que, a diferencia de los procedimientos del Tribunal de Cuentas para el ejercicio de la función fiscalizadora que se impulsan de oficio en todos sus trámites (artículo 45 de la LOTCu), la jurisdicción contable debe juzgar dentro del límite de las pretensiones de las partes, y en el supuesto de autos, con el desistimiento producido, no hay acción alguna que vaya dirigida a las personas cuya imputación sostiene el recurrente.

Conviene recordar que la representación procesal del Sr. C., como consta en autos, ya pretendió en su día que se acordara la intervención provocada de alguno de los Interventores y ordenadores de pago del Ayuntamiento de La Oliva - Doña R.D.U., Don F.J.C.C., Doña C.M.R., Don D.G.A. y Don P.M.A.J.-, regulada en el artículo 14 de la LEC, solicitud que fue desestimada por Auto firme de la Consejera de instancia de 28 de septiembre de 2018.

Por último, resulta obligado señalar que sólo se puede proceder contra los responsables subsidiarios para lograr el reintegro del alcance que, en su día, se decreta, cuando se declare la insolvencia del responsable contable directo (artículo 85.3 de la LFTCu).

QUINTO.- Tampoco observa este Órgano *ad quem* que se haya producido la infracción del deber de congruencia exigido en el artículo 218 de la LEC, que alega la representación del recurrente.

Con independencia de que, como se afirma en el Fundamento de Derecho Octavo del Auto recurrido, el precitado artículo se refiere a la exhaustividad, motivación y congruencia de las sentencias, sin que el impugnante cite doctrina jurisprudencial alguna que permita su aplicación analógica a otras resoluciones jurisdiccionales, lo cierto es que aquélla permite en este extremo confirmar la resolución recurrida.

En efecto, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (STS 798/2010, de 10 de diciembre), el deber de congruencia exige que la resolución de un asunto se efectúe dentro del ámbito fáctico y jurídico en que fue planteado, con respeto a la causa petendi, y basta para su observancia que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada. No existe incongruencia cuando el juez resuelve los asuntos que se sometan a su consideración de acuerdo con la calificación de los actos realizados por las partes (STS 765/2010, de 30 de noviembre).

Partiendo de lo anterior, la Consejera de instancia, en el Auto impugnado, dio adecuada respuesta a las alegaciones formuladas por la representación del Sr. C.L. en el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 2 de marzo de 2021. Expuso las razones por las que consideró adecuada a Derecho la resolución procesal recurrida, en la que se apartaba, por desistimiento de la formación política Votemos Fuerteventura, a los demandados como responsables contables subsidiarios, sin que, como se ha puesto de manifiesto en el precedente fundamento de derecho de esta resolución, se aprecie desviación alguna que suponga una modificación sustancial de la controversia procesal para el Sr. C.L.

Además, conviene añadir que la exigencia, en su caso, de una responsabilidad subsidiaria no repercutiría de forma efectiva minimizando las consecuencias de la declaración de responsabilidad del Sr. C., ya que sólo se procede contra los responsables subsidiarios, en fase de ejecución de sentencia, cuando se declare la insolvencia de los responsables directos (artículo 85.3 de la LFTCu).

SEXTO.- Por último, en cuanto a la indefensión que alega la representación del Sr. C.L. que se ha producido a su mandante en la instrucción, resulta obligado señalar que debía haber sido planteada en la fase correspondiente de Actuaciones Previas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LFTCu, y no en el seno del procedimiento jurisdiccional del que trae causa el Auto recurrido.

Esta Sala sólo puede analizar si la resolución apelada, y el Decreto que por la misma se confirma, ha vulnerado el derecho de defensa del Sr. C.L., y tras el examen de los autos este Órgano *ad quem* sólo puede constatar que no se ha producido infracción alguna de ese derecho.

El procedimiento transcurre para el recurrente en los mismos términos en que fue planteado en las demandas formuladas por el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de La Oliva (como responsable contable directo). Éste conoció las peticiones de los actores y se pudo defender, como en realidad ocurrió, en su contestación a ellas, aportando cuantos datos y documentos consideró convenientes para su defensa. Pudo solicitar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429 de la LEC, cuantas pruebas consideró precisas en la audiencia previa, que se celebró el 19 de junio de 2019, para completar cuantos expedientes y documentos soporte de la contabilidad municipal fueran necesarios para justificar la legalidad de su actuación como Tesorero municipal. Asimismo, pudo usar los recursos establecidos, como de hecho está haciendo el apelante en la presente instancia.

Por lo expuesto, no cabe apreciar que, como consecuencia de la resolución impugnada, que confirma el desistimiento de la formación política Votemos Fuerteventura de sus pretensiones respecto a los demandados como responsables contables subsidiarios, se haya producido un perjuicio real y efectivo para el Sr. C.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 40/2020, de 27 de febrero), la indefensión surge cuando se priva a una parte de su potestad de alegar o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias, circunstancias que no se han originado en el presente caso.

No se ha producido alteración alguna del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva ni causado una indefensión, y es jurídicamente inviable la pretensión de que se siga el procedimiento contra los demandados como responsables contables subsidiarios hasta que recaiga sentencia, una vez planteado el desistimiento frente a ellos.

Como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional (STC 256/2007, de 10 de diciembre), el derecho al proceso no es un derecho incondicional, sino que se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente establecidos; por lo que se satisface igualmente cuando el tribunal dicta una resolución que no entre a resolver el fondo del asunto siempre que se aprecie de forma razonable y coherente. Conforme consta en los autos, se han cumplido todos los requisitos procesales para admitir el desistimiento planteado por la formación política Votemos Fuerteventura, que el Auto recurrido confirma, sin que esta Sala aprecie incongruencia alguna en la resolución dictada ni vulneración del derecho de defensa del Sr. C.L.

SÉPTIMO.- Lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho conduce necesariamente a la desestimación del recurso de apelación interpuesto, por la representación procesal de Don J.H.C.L., contra el Auto de 27 de abril de 2021 dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A- 8/2018, Sector Público Local (Ayuntamiento de La Oliva) Las Palmas.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a las costas causadas en esta instancia, en aplicación del régimen jurídico supletorio establecido en el artículo 80 de la LFTCu, y Disposición Final. Segunda.2 de la LOTCu, y, en concreto, de acuerdo con el artículo 139.2 de la LJCA, procede su imposición al apelante, Don J.H.C.L., por haber sido desestimado íntegramente su recurso.

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 el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don J.H.C.L., contra el Auto de 27 de abril de 2021 dictado en el procedimiento de

reintegro por alcance nº A-8/2018, Sector Público Local (Ayuntamiento de la Oliva), Las Palmas.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta instancia a Don J.H.C.L.

Notifíquese a las partes, con la indicación de contra la misma no cabe interponer recurso de casación, a tenor de lo establecido en el artículo 81.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 86.4. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

Auto nº 6/2022, de 8 de abril. Recurso del Art. 48.1 nº 36/21, Actuaciones Previas nº 80/19, Ramo: Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a recursos asignados a ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017), Cataluña. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala acuerda estimar los recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuestos contra la resolución de 14 de octubre de 2021, dictada por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas, anular la precitada resolución y, en consecuencia, declarar la admisibilidad de los avales del Instituto Catalán de Finanzas presentados en garantía de las responsabilidades atribuidas de forma provisional a los recurrentes. Argumenta la Sala que la legalidad de los avales se desprende con nitidez de las previsiones de una norma vigente y aplicable, el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Catalunya 15/2021, de 6 de junio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya. Para la Sala, la Delegada Instructora, al analizar esta norma para decidir sobre la admisibilidad de los avales ofrecidos, no solo se ha atribuido de forma indebida funciones netamente jurisdiccionales, como es la valoración de la concurrencia de dolo o culpa, sino que ha dado una respuesta que, aun motivada, no está fundamentada en derecho, lo que es causa de indefensión al proyectarse en la esfera patrimonial de los afectados. En aplicación del concepto de indefensión elaborado por el Tribunal Constitucional con ocasión del artículo 24 de la Constitución, la Sala rectifica el criterio de la delegada Instructora

Voto Particular: La Consejera discrepante considera que el núcleo de la argumentación jurídica contenida en el Auto supone un apartamiento injustificado de una doctrina consolidada de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas acerca de la naturaleza, el contenido y los límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, así como del concepto de indefensión. En consecuencia, a su juicio, la Sala debió desestimar los recursos interpuestos.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 6/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, nº 36/21. Actuaciones Previas nº 80/19. Ramo: Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a recursos asignados a ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017), Cataluña.

PONENTE: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:

Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excm. 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

Se han visto los recursos, formulados al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), contra la resolución dictada el 14 de octubre de 2021 por la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19, del ramo de Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a los recursos asignados a la ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017) Cataluña, interpuestos por la Abogada de la Generalitat de Catalunya, en la representación que legalmente ostenta, por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don A.M.G. y de Don J.N.B., por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en representación de Don M.A.B. y de Don J.M.S.I., por el Procurador de los Tribunales D. Germán Marina Grimau en representación de Doña R.V.P., por el Procurador de los Tribunales D. Jacobo de Gandarillas Martos en representación de Don A.M-C., por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada en representación de Don C.P.C., por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B. y Don A.S.D., y

por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco en representación de Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a los recursos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez, quien expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19 dictó resolución de fecha 14 de octubre de 2021, mediante la cual acordó no admitir los avales emitidos por el Instituto Catalán de Finanzas (en adelante ICF) con arreglo al Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de la Comunidad Autónoma de Catalunya, fundamentando su decisión en las razones jurídicas que en su resolución expuso. Acordó igualmente proceder al embargo de los bienes y derechos de las personas que, habiendo sido declaradas presuntas responsables contables, aportaron los referidos avales.

SEGUNDO.- Contra esta resolución de 14 de octubre de 2021 se interpusieron los ocho recursos siguientes cuyas causas de oposición sucintamente se exponen:

A) Recurso interpuesto por la Abogada de la Generalitat de Catalunya, en la representación que legalmente ostenta, mediante escrito de 19 de octubre de 2021.

La Generalitat de Catalunya interpone su recurso por entender que la resolución impugnada produce indefensión, al no admitir la delegada instructora que se afiance una presunta responsabilidad contable mediante unos avales que son plenamente conformes a derecho, al haberse otorgado conforme a lo establecido en el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio y no existir resolución judicial firme declarando la ilicitud de las actuaciones realizadas. Añade que de conformidad con la norma citada la Generalitat de Catalunya no asume como propia la responsabilidad contable de sus servidores públicos, ya que no hay ninguna exención o disminución de la responsabilidad personal puesto que, si se confirma la responsabilidad contable, a ellos les corresponderá hacer frente al pago con el debido recargo e intereses. Alega, igualmente, que la delegada instructora se extralimita en sus funciones y que su resolución contiene un manifiesto error de razonamiento que vulnera los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la Constitución lo que es determinante de indefensión. Sostiene que la delegada instructora no podía inadmitir los avales al existir una norma con rango de ley que los regula, y que no es posible en una fase preparatoria de la futura fase jurisdiccional inobservar una norma legal so pretexto de una interpretación errónea de la misma. Analiza el contenido del Decreto-ley 15/2021, insistiendo que no ha

sido impugnado por los cauces previstos constitucionalmente, por lo cual la suficiencia de los avales otorgados debe determinarse conforme a la propia norma autonómica, como ya señaló la Abogacía General del Estado en informe que obra en las actuaciones.

B) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don A.M.G. y de Don J.N.B., mediante escrito de 19 de octubre de 2021.

En su escrito de recurso defienden la plena legalidad de los avales emitidos por el ICF conforme al Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, como norma vigente y eficaz. Consideran que la delegada instructora se excedió en el ejercicio de sus facultades cuestionando la validez de los avales a través de una interpretación de la norma de la que discrepan. Reprochan a la delegada instructora que procediera a la automática ejecución del embargo sin otorgar nuevo plazo para la eventual presentación voluntaria de otras garantías. Alegan finalmente que, partiendo del criterio doctrinal de la Sala de Justicia sobre el recurso del art. 48.1 de la LFTCu, se ha generado a los recurrentes una situación de indefensión material con un perjuicio real y efectivo a sus intereses.

C) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en representación de Don M.A.B. y de Don J.M.S.I., mediante escritos de 20 de octubre de 2021.

La representación procesal de estos recurrentes incide en la legalidad y validez de los avales presentados, emitidos conforme al procedimiento establecido en el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya. Catalogan la inadmisión como arbitraria y causante de indefensión gravísima pues, antes de dictar la resolución ahora impugnada, la delegada instructora debió atenerse al procedimiento previsto por el art. 39.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Impugnan igualmente el acuerdo de embargo de sus bienes al que tildan de arbitrario e ilegal, puesto que habían respondido al requerimiento de pago realizado por la delegada instructora, asegurando las cantidades reclamadas en legal forma.

D) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Germán Marina Grimau en representación de Doña R.V.P., mediante escrito de 20 de octubre de 2021.

En su escrito de recurso justifica la suficiencia del aval presentado, por cuanto la entidad avalista no puede prejuzgar si la persona avalada ha incurrido en dolo o negligencia grave, en caso de que exista, pues sólo un pronunciamiento judicial puede romper la presunción de inocencia que contempla la Constitución para todos

los ciudadanos, sean servidores públicos o no. Alega que la resolución impugnada le ha causado indefensión, al haber inadmitido un aval válidamente otorgado al amparo de una norma con rango legal vigente y eficaz.

E) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Jacobo de Gandarillas Martos en representación de Don A.M-C., mediante escrito de 21 de octubre de 2021.

Sostiene que le ha producido indefensión la interpretación realizada por la delegada instructora del contenido del Decreto-ley 15/2021, interpretación que carece de todo fundamento. Indica que la norma prevé específicamente en su ámbito de aplicación los procedimientos de responsabilidad contable y denuncia, igualmente, un uso desviado por parte de la resolución recurrida del principio de indemnidad de los empleados públicos. Considera carente de toda lógica la invocación del art. 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, realizada para justificar la delegación de los avales.

F) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada en representación de Don C.P.C., mediante escrito de 21 de octubre de 2021.

El representante procesal del recurrente analiza el contenido del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, para concluir que los avales otorgados por el ICF al amparo de dicha norma legal y presentados ante el Tribunal de Cuentas son plenamente válidos. Sostiene que la inadmisión es arbitraria y causante de indefensión, aduciendo que antes de dictar la resolución ahora impugnada la delegada instructora debió atenerse al procedimiento previsto por el art. 39.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Impugna igualmente el acuerdo de embargo de sus bienes, que considera arbitrario e ilegal, puesto que había respondido al requerimiento de pago realizado por la delegada instructora, asegurando las cantidades reclamadas en legal forma mediante el aval que fue inadmitido.

G) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B. y Don A.S.D., mediante escrito de 22 de octubre de 2021.

Impugnan los recurrentes los argumentos de la delegada instructora para inadmitir los avales y sostienen que, antes de acordar su inadmisión, se debió conferir un trámite de audiencia a los ahora recurrentes, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala de Justicia para respaldar su petición. Suplican por ello que se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su adopción, con el fin de otorgar un trámite de audiencia a los recurrentes.

H) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco en representación de Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros, mediante escrito de 22 de octubre de 2021.

Se alega en este escrito de recurso que se ha producido indefensión a los recurrentes por la inadmisión de los avales que presentaron, garantizados con fondos emitidos por el ICF y otorgados válidamente al amparo del Decreto ley 15/2021. Sostienen que el recurso del art. 48.1 de la LFTCu debe alcanzar aquí al fondo del asunto, al no existir la posibilidad de una revisión jurisdiccional posterior de la resolución administrativa, que ganaría así firmeza. Se reprocha a la resolución ser causa de indefensión material, al haber realizado una interpretación irracional y contra legem de la norma legal autonómica, dirigida a denegar los avales que le fueron presentados. Alegan que el delegado instructor no ejerce funciones jurisdiccionales, sino de impulso de un procedimiento administrativo previo a la fase judicial, por lo cual es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad material de los avales otorgados. Al hacerlo, la resolución ahora impugnada se asemeja a una decisión judicial o incluso constitucional. Sostienen los recurrentes, por otra parte, que concurriría el instituto del silencio positivo para anular la resolución impugnada, conforme a la Ley 39/2015. Denuncian la indefensión que les causa el desconocer las cuantías concretas que deben avalarse. Alegan que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia al determinar la delegada instructora que actuaron con dolo o negligencia grave, pronunciamiento que corresponde exclusivamente al tribunal.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 21 de octubre de 2021 la Secretaria de la Sala de Justicia abrió rollo con el nº 36/2021, constató la composición de la Sala para conocer del presente recurso, designó ponente siguiendo el turno establecido y solicitó de la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19 el envío de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

Mediante posterior diligencia de ordenación de 26 de octubre de 2021 acordó unir al rollo de recurso nº 36/2021 los dos escritos de recurso recibidos en el registro general del Tribunal de Cuentas el día 22 de octubre de 2021, que también impugnaban la resolución de 14 de octubre de 2021 al amparo del art. 48.1 de la LFTCu, recursos consignados en las letras G) y H) del anterior apartado segundo.

CUARTO.- Se dictó diligencia de ordenación el 29 de octubre de 2021 concediendo al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado ante el Tribunal de Cuentas un plazo de cinco días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2021 se unió a las actuaciones un informe de la Fiscalía Superior de Catalunya de 25 de octubre de 2021, emitido en el procedimiento de Diligencias Indeterminadas nº 63/2021 que se sigue en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, por haberlo solicitado así la Abogada de la Generalitat de Catalunya el día 4 de noviembre de 2021.

SEXTO.- El Abogado del Estado ante el Tribunal de Cuentas no formuló alegaciones.

SÉPTIMO.- El Fiscal, mediante escrito de 8 de noviembre de 2021, se opuso a los recursos interpuestos.

Tras resumir los antecedentes procesales relevantes para el caso, razonó que era necesario examinar, conforme al art. 48.1 de la LFTCu, si la resolución de 14 de octubre de 2021 había denegado indebidamente diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera resultar constitutiva de indefensión. En relación con la primera de las posibilidades, negó que existiera ninguna relación entre ella y el contenido de la resolución impugnada.

Sostuvo además el Fiscal que no concurre en este caso indefensión, pues la decisión de la delegada instructora de las actuaciones previas sobre la suficiencia o insuficiencia de unas garantías presentadas para responder del alcance provisionalmente liquidado, carece de capacidad para perjudicar el derecho de los declarados presuntos responsables para afirmar y acreditar cuanto estimen pertinente a su interés. Invocó en apoyo de su tesis resoluciones de esta Sala de Justicia conforme a las cuales el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del art. 48.1 de la LFTCu. Concluyó afirmando que pretender que la Sala se pronuncie sobre las medidas de aseguramiento previstas en el art. 47.1 de la LFTCu resultaba ajeno a los motivos que facultan para interponer el recurso del art. 48.1 de la misma ley, lo que obliga a desestimar los recursos presentados y confirmar la resolución impugnada.

OCTAVO.- Se declaró concluso el procedimiento por diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de 11 de noviembre de 2021, con traslado de los autos al Sr. Consejero ponente.

NOVENO.- El Pleno del Tribunal de Cuentas designó en su sesión de 23 de noviembre de 2021 a la nueva presidenta de la Sección de Enjuiciamiento. En su posterior sesión de 29 de noviembre del mismo año designó al resto de los miembros de la Sala de Justicia.

En su razón y visto lo prevenido por el art. 11.2 de la LFTCu, se dictó por la Secretaria de la Sala diligencia de ordenación de 9 de diciembre de 2021,

comunicando a las partes que la Sala de Justicia que había de conocer el presente recurso quedaba constituida por las Consejeras y Consejero de Cuentas al margen referenciados y, asimismo, que correspondía a la Excm. Sra. D^a. Rebeca Laliga Misó ser ponente del recurso conforme a los vigentes acuerdos de la Sección de Enjuiciamiento sobre reparto de asuntos.

DÉCIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2021 se unió a las actuaciones el Auto nº 111 de 17 de noviembre de 2021, dictado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el procedimiento de querella nº 63/2021, por haberlo solicitado así la Abogada de la Generalitat de Catalunya, personada en estas actuaciones.

UNDÉCIMO.- Con fecha 29 de diciembre de 2021 se pasaron los autos a la Excm. Sra. D^a Rebeca Laliga Misó, Consejera ponente, a fin de preparar la correspondiente resolución.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 21 de febrero de 2022 se señaló el día 28 de febrero de 2022 para votación y fallo del recurso, fecha en que tuvo lugar el acto.

DECIMOTERCERO.- La propuesta presentada por la Consejera ponente no fue aceptada por los demás miembros de la Sala de Justicia.

Siguiendo el turno establecido se designó como nueva Consejera ponente a la Excm. Sra. D^a María del Rosario García Álvarez, en virtud de diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2022.

DECIMOCUARTO.- Notificada a las partes la precitada diligencia de ordenación sin que se dedujera recurso contra ella, por la Secretaria de la Sala se pasaron los autos a la nueva Consejera ponente con fecha 8 de marzo de 2022.

DECIMOQUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales vigentes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la resolución de 14 de octubre de 2021, dictada en las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable en la vía jurisdiccional registradas en este Tribunal con el nº 80/2019. De conformidad con los artículos 48.1 y 54.2.d) de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), corresponde a esta Sala de Justicia su conocimiento y decisión.

2.- Para la adecuada comprensión del debate jurídico suscitado expondremos a continuación, por un lado, el contenido esencial de los avales ofrecidos y, por otro, los razonamientos de la resolución recurrida para proceder a su inadmisión.

SEGUNDO.- 3.- En cada uno de los veintiocho avales presentados el Instituto Catalán de Finanzas «se constituye en avalista solidario» de los aquí recurrentes «ante el Tribunal de Cuentas (de ahora en adelante el “Beneficiario”) para el pago de hasta la cantidad máxima (...) a fin de garantizar las obligaciones derivadas del acta de liquidación provisional complementaria, de fecha 30 de junio de 2021, dictada en las actuaciones previas 80/2019, Sector Público Autonómico (...) El presente aval se otorga de conformidad con lo que dispone la disposición adicional segunda del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya».

4.- Igualmente se señala que «su otorgamiento queda en todo caso sujeto a lo que dispone el artículo 5 del Decreto-ley 15/2021, en relación con la obligación de retorno» y se precisa que el aval garantiza las obligaciones antes referidas y que la responsabilidad queda limitada a la cantidad en cada caso señalada. Continúa el documento de aval indicando que «la presente garantía tiene la condición de garantía abstracta a primer requerimiento, por lo que el ICF se compromete a pagar hasta el máximo de la cantidad indicada a primer requerimiento escrito del Beneficiario, previa reclamación al deudor, tal como se indica más adelante. En consecuencia, ICF acepta irrevocablemente pagar en cualquier momento al Beneficiario la cantidad requerida después de la simple presentación por el Beneficiario de este requerimiento. A este efecto, la obligación de pago de ICF es abstracta y este renuncia expresamente a los beneficios de orden, excusión y división y cualquier otro que pudiera corresponderle, y se compromete a atender todas las peticiones que haga el Beneficiario en relación con esta garantía, entregándole el importe que solicite, sin que sea admisible excusa o ninguna excepción, incluida la oposición del Deudor a la ejecución de esta garantía, sin requerir ninguna prueba adicional de los hechos en los cuales se funde el correspondiente requerimiento de pago y sin solicitar tan cuando menos la alegación de estos motivos. El pago del importe máximo garantizado podrá ser solicitado a ICF de manera fehaciente por el Beneficiario íntegramente de una vez o parcialmente en sucesivas ocasiones».

5.- Continúa el texto del aval indicando que «el ICF pagará y hará efectivo este aval en una o tantas veces como sea necesario, hasta el importe máximo garantizado en junto, en el plazo de quince (15) días hábiles bancarios a contar desde el siguiente a la recepción del requerimiento presentado por parte del Beneficiario en que indique (i) que el Avalado ha incumplido las Obligaciones Garantizadas; (ii) la cantidad reclamada; y (iii) la cuenta donde tenga que realizarse el ingreso. El ICF pagará el importe solicitado de conformidad con lo que se establece en la presente garantía mediante transferencia bancaria inmediatamente disponible, neta de cualesquiera

deducciones y costes o comisiones de cualquier naturaleza, a la cuenta indicada a este efecto por el Beneficiario en el correspondiente requerimiento de pago. Todos los pagos hechos por el ICF en virtud de esta garantía tendrán que ser hechos sin compensación, no pudiendo el ICF compensar sus obligaciones de pago con cualesquiera cantidades debidas o que puedan ser debidas para el beneficiario o el Deudor en el ICF o para el Beneficiario al Deudor en cualquier momento y por cualquier motivo». Se añade, a continuación, que «ICF permanecerá íntegramente vinculado por los términos de la presente garantía incluso en caso de que el Deudor sea declarado en concurso».

6.- En cuanto a su duración, se establece «indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada o la cancelación del aval de acuerdo con la normativa legalmente aplicable y, en su caso, el procedimiento de enjuiciamiento finalice por sentencia judicial firme, respondiendo el ICF en un plazo de noventa (90) días naturales para su reclamación desde su vencimiento. Cualquier requerimiento en virtud de esta garantía deberá ser recibida por ICF antes del vencimiento del presente aval, en el lugar de presentación indicado más arriba».

7.- Resumido el contenido esencial de los avales ofrecidos, pasaremos a continuación a exponer, como hemos anticipado, los razonamientos de la resolución recurrida por la cual se inadmiten.

TERCERO.- 8.- La citada resolución de 14 de octubre de 2021, objeto del análisis jurídico solicitado a esta Sala en sede judicial por la vía del artículo 48.1 de la LFTCu, comienza por examinar el escrito del Abogado del Estado jefe en el Tribunal de Cuentas en el que somete a la Abogacía General del Estado -Dirección del Servicio Jurídico del Estado- la posibilidad de ejercer la función consultiva prevista en el artículo 20.3 de la LFTCu. Tras aludir al escrito del Abogado General del Estado en el que se manifiesta la improcedencia de emitir el informe solicitado por el Presidente de la Sección de Enjuiciamiento, la resolución recurrida expresamente recoge lo manifestado en el escrito de la Abogacía General del Estado, concretamente, que «la determinación de la legalidad de los actos que se dicten al amparo del Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 15/2021, de 6 de julio, habrá de efectuarse utilizando las previsiones de la citada disposición legal».

9.- A la vista de lo anterior, la resolución pasa a «realizar un análisis de la citada norma con rango de ley autonómica, al haber entrado en vigor y haber sido convalidada por el Parlamento Catalán». El propósito del análisis es pronunciarse sobre la admisibilidad de los veintiocho avales presentados por el Instituto Catalán de Finanzas para garantizar la presunta responsabilidad contable declarada en la liquidación provisional practicada los días 29 y 30 de junio de 2021.

10.- De esta forma, la instructora no cuestiona la validez ni la vigencia de la norma autonómica, integrada en nuestro ordenamiento y, como consecuencia, de aplicación tanto para la delegada instructora como para esta Sala de Justicia. De hecho, el análisis del Decreto-ley 15/2021 llevado a cabo en la resolución se verifica partiendo de su validez y vigencia, a los solos efectos de determinar si el riesgo (responsabilidad contable) que se trata de cubrir con la garantía (los avales) es uno de los contemplados en la norma. Es, por tanto, el análisis jurídico que verifica la delegada instructora de una norma vigente y aplicable el que es objeto principal de recurso para decidir, conforme a los motivos alegados por los recurrentes, si aquél incurre en alguna de las dos causas tasadas previstas en el art. 48.2 de la LFTCu: no haberse accedido a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o causación de indefensión.

11.- En su análisis, la resolución comienza por recordar la obligación de comprobar la suficiencia de la garantía constituida para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabado. También recuerda que las actuaciones previas tienen un carácter preparatorio del posterior proceso jurisdiccional contable y que, como consecuencia, «únicamente constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables, así como, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos, procediendo seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado».

12.- A continuación, en el primer párrafo de la página dos de su resolución, la delegada instructora establece la premisa de la que parte y que, como consecuencia, condiciona el posterior análisis jurídico que lleva a cabo. Concretamente, señala que «aun de manera indiciaria para poder dar lugar una liquidación provisional positiva, el delegado Instructor debe apreciar en dichas actuaciones la existencia de indicios de responsabilidad contable, esto es, se debe reunir en la conducta desarrollada por el gestor o cuentadante de los fondos, una serie de requisitos, que se contemplan en el artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del citado Tribunal y que han sido sistematizados por la Sala de Justicia en doctrina reiterada entre ellos, la existencia de dolo o culpa grave, por todas, Sentencias de 30 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1995, 24 de julio de 1997, 25 de febrero y 30 de junio de 2000».

13.- En suma, la resolución considera que aun de manera indiciaria debe examinar si concurre dolo o culpa grave por ser requisito de indispensable concurrencia.

14.- Seguidamente, pasa a analizar la norma autonómica recordando los parámetros del artículo 3 del Código Civil. Recuerda que el primer criterio interpretativo es el de atender al sentido propio de las palabras en relación con el contexto y que, al respecto, el artículo 1 del Decreto-ley 15/2021 establece que el objeto es la creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya «para hacer frente a las obligaciones legales que le corresponden en relación con los riesgos no cubiertos por las pólizas de seguros de responsabilidad civil, patrimoniales y contables suscritas por la Generalitat de Catalunya por siniestros que puedan afectar a las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de esta Ley en el ejercicio de su cargo o funciones que se puedan ver afectadas en su patrimonio por resoluciones o actos administrativos o judiciales en procedimientos administrativos o judiciales que no hayan concluido con resolución firme».

15.- A criterio de la delegada instructora, «el citado precepto no refiere en ningún momento de manera expresa que el objeto de la norma incluya supuestos de responsabilidad por dolo o culpa grave que, como ha quedado expuesto constituyen presupuestos necesarios para la existencia de la presunta responsabilidad contable, y la generalidad del ámbito objetivo que señala el precepto impide incluir tales supuestos en su ámbito de eficacia. Tal y como se ha señalado anteriormente, aun de manera indiciaria tales presupuestos han de ser apreciados por el instructor conforme al artículo 47 de la LFTCu, para que pueda practicar una liquidación provisional positiva y poder determinar en ella quienes son los presuntos responsables, como ha sucedido en las presentes actuaciones, ya que, en otro caso, no hubiera sido posible apreciar la existencia de una presunta responsabilidad contable por alcance estas presentes actuaciones (*sic*) ».

16.- Continúa la resolución recurrida señalando que lo anterior no se desvirtúa por el artículo 3 del Decreto-ley 15/2021 que, a su juicio en parecidos términos genéricos, «no describe supuestos de actuación en los que concurra dolo, en el sentido de voluntad de causar un perjuicio contable de manera consciente y deliberada, o de culpa grave, cuando tal perjuicio o daño a reparar se haya originado en una conducta caracterizada por la ausencia de una diligencia mínima en el actuar del gestor público».

17.- Prosigue la resolución recalando en la Exposición de Motivos de la norma para aducir que cuando «en ella se cita el principio de indemnidad, se viene a reconocer, como conclusión, como señala el Tribunal Supremo, que dicho principio no ampara situaciones en las que concurra culpa o negligencia grave del gestor o empleado público responsable. Y ello porque el Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala Tercera de 8 de julio de 2020 citada en la propia Exposición de Motivos del RD 15/2021, considera literalmente que los daños y los perjuicios que los agentes sufran en el ejercicio de la función pública, sin mediar ningún tipo de dolo o negligencia, deben ser resarcidos por la propia Administración en virtud del principio del

resarcimiento de indemnidad, que resulta ajeno a la a la responsabilidad patrimonial».

18.- En apoyo del anterior argumento se acude en la resolución a la cita del artículo 36 apartados 1 y 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para afirmar que conforme a ellos no es posible que se «pueda proceder, en ningún caso, a dar cobertura pública al patrimonio privado de las personas al servicio de la Administración que hubieran obrado con dolo o culpa o negligencia grave en la generación del daño, sea esta ocasionado a aquella o a terceros».

19.- Para la delegada instructora, «atendiendo a la coherencia del sistema de indemnidad del agente público, y a la interpretación de las normas jurídicas conforme al artículo 3 del Código Civil, según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, cuyo ámbito no puede desligarse del sistema de responsabilidad judicial, penal y contable existente en nuestro Ordenamiento Jurídico y en el propio objeto del Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya, cabe concluir que el afianzamiento mediante aval garantizado con fondos públicos de las conductas dolosas o marcadas por actos realizados con negligencia o culpa grave no puede quedar legalmente amparado».

20.- Como corolario del análisis de la ley autonómica, la resolución concluye con la inadmisión de los avales garantizados con fondos públicos emitidos por el Instituto Catalán de Finanzas, «al no amparar las conductas dolosas o marcadas por actos realizados con negligencia o culpa grave, requisitos que necesariamente deben concurrir para declarar la responsabilidad contable y que, de manera indiciaria, debe apreciar el delegado instructor para poder declarar la existencia de una presunta responsabilidad contable y dar lugar a una liquidación provisional positiva».

21.- Finalmente, la resolución especifica que al haber transcurrido con exceso el plazo otorgado para depositar o afianzar las presuntas responsabilidades contables, «procede el embargo de los bienes y derechos de las personas que, habiendo sido declaradas presuntas responsables contables, aportaron los referidos avales» pudiendo ofrecer los presuntos responsables bienes o derechos a tal fin.

22.- La anterior resolución es el objeto de los recursos formulados. Por razones de lógica sistemática analizaremos en primer lugar la indefensión derivada de la errónea interpretación llevada a cabo en la resolución, alegada por la representación de la Generalitat de Catalunya; Don A.M.G. y D. Don J.N.B.; Don M.A.B.; Don J.M.S.I.; Doña R.V.P.; Don A.M.-C.; y Don C.P.C.

23.- Esta misma causa de indefensión permea igualmente en el recurso formulado por Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.;

Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B.; y Don A.S.D. Así como en el recurso formulado por Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros.

24.- La razón de su análisis prioritario radica en que, si prospera el mismo y se concluyera con la admisibilidad de los avales ofrecidos, por constituir una fianza legalmente establecida y por tanto admisible conforme al art. 47.1.g) de la LFTCu, resultaría innecesario el examen de las restantes cuestiones planteadas en los dos recursos citados en el párrafo precedente.

CUARTO.- 25.- La representación de la Generalitat de Catalunya, tras concretar la resolución impugnada como objeto de su recurso y recordar la naturaleza especial, sumaria y extraordinaria del medio impugnatorio utilizado, alega una serie de motivos que se reiteran en el resto de los recursos. Así, como primera causa de oposición denuncia la producción de indefensión derivada de la inadmisión de unos avales presentados conforme a una norma con rango de ley y en los estrictos términos establecidos en la misma. En apoyo de su alegato cita la STC 214/1999, de 29 de noviembre, para aducir que la indefensión se produce cuando una resolución «comete un error de razonamiento que, por su evidencia y contenido, resulta tan manifiesto y grave que a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parte de premisas patentemente erróneas, lo cual supone una vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución Española».

26.- Añade que la indefensión se evidencia, además, cuando en el caso se ocasiona un perjuicio real, efectivo e inmediato y de muy difícil reparación para los intereses de los afectados pues «de forma palmaria se está inaplicando una norma con rango de Ley cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada, en base a un razonamiento manifiestamente erróneo que... se evidencia a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual ni argumental».

27.- Como alegación tercera, aduce que los avales garantizan de forma suficiente las presuntas responsabilidades contables establecidas en la liquidación provisional practicadas los días 29 y 30 de junio de 2021. Añade que la propia delegada instructora concreta de forma acertada el contenido y alcance de sus funciones: una vez que ha sido declarada la presunta responsabilidad contable y antes de que el procedimiento pase a fase jurisdiccional, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el presunto alcance a los fondos públicos se encuentre asegurado, siendo por tanto de obligado cumplimiento para el instructor que la garantía constituida sea suficiente para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados.

28.- Reitera que la resolución, cuando cita el auto 25/21, de 22 de julio, de esta Sala que determinó que las actuaciones previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, evidencia con claridad que únicamente constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables; y, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos procediendo, seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado.

29.- Cita en apoyo de su argumento el auto 29/21, de 4 de octubre de 2021, también de esta Sala que recoge jurisprudencia del TS para concluir señalando, respecto al afianzamiento, que: i) su objeto y finalidad es que exista garantía suficiente para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados; ii) el delegado instructor debe valorar que la garantía otorgada sea suficiente y otorgada en una forma legalmente admitida, control de legalidad que ha de ser extrínseco y no de fondo; y iii) se trata de una medida cautelar que, como tal, debe ser escogida bajo el principio del menor gravamen.

30.- En la alegación cuarta de su recurso, la representación de la Generalitat de Catalunya analiza las previsiones del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio. Acude así a los criterios del artículo 3 del CC y, con la cita de las SSTs de 18 de diciembre de 1997, 9 de junio de 1956, 2 de julio de 1991 y 21 de noviembre de 1994, destaca que no es posible con la interpretación orillar la aplicación de la norma vigente al caso concreto; que toda inteligencia e interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse; que la interpretación debe conducir a una consecuencia racional de orden lógico; y que la interpretación no puede conducir a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que se insertan.

31.- Reitera que la indefensión que alega se fundamenta en la errónea interpretación efectuada por la delegada instructora, alejada por completo de los cánones interpretativos de las normas, hasta el punto de conducir a la inaplicación de la ley. Inicia el recorrido de su argumentación con la Exposición de Motivos, destacando el objeto y finalidad de la norma, en relación con la STS de 21 de mayo de 1984; cita también los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 que transcribe para esgrimir, esencialmente, los siguientes argumentos:

- 1) la procedencia de los avales tanto por el ámbito objetivo como subjetivo contemplado en la ley;
- 2) cuando la norma acuña el término de responsabilidad contable integra los conceptos de dolo o negligencia grave por ser intrínsecos al concepto;

- 3) la procedencia del aval siempre que no exista una resolución judicial firme que declare ilícita las actuaciones realizadas;
- 4) generación de un derecho de crédito de derecho público de devolución por parte de los avalados, de los importes garantizados, intereses y gastos, cuando exista pronunciamiento judicial firme tras el agotamiento de todas las vías de impugnación;
- 5) la Generalitat no asume como propia la responsabilidad pues no hay exención ni disminución de la responsabilidad personal de los afectados ya que a ellos corresponderá hacer frente al pago, con el debido recargo e intereses, una vez sea confirmada la existencia de responsabilidad contable por sentencia judicial firme;
- 6) llegado el momento de exigencia ejecutiva por declararse judicialmente y de manera firme la existencia de responsabilidad contable, el Tribunal de Cuentas en uso de su jurisdicción especial de resarcimiento hacia la Administración perjudicada podrá actuar, si corresponde, para la debida recuperación al estar garantizada la restitución por la vía de los avales.

32.- Similar línea argumental siguen el resto de los recurrentes mencionados en el párrafo 23 inserto en el anterior fundamento, reiterando la eficacia y legalidad de los avales presentados; el exceso de jurisdicción en el que ha incurrido la delegada instructora en el ejercicio de sus facultades al cuestionar la aplicación de la norma a través de una interpretación jurídica insostenible; la producción de una indefensión material con perjuicio real y efectivo proyectado en la esfera patrimonial de los afectados; el desconocimiento de la finalidad de la norma; y la incorrecta valoración de los principios de indemnidad y retorno a través de la acción de regreso.

33.- El Ministerio Fiscal, por su parte, al evacuar el pertinente traslado comienza por recordar el objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu. Incide en la constante doctrina de esta Sala recaída en interpretación del citado precepto, de la que ofrece como muestra el auto 27/2021 para pasar a abordar el concepto de indefensión contemplado en el mismo. A tal efecto, acude a la cita del auto 23/2021, de 23 de junio, para señalar que el concepto de indefensión no es otro que el establecido por la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que esta Sala de Justicia ha acogido sin reparo. Y como corolario de este concepto de construcción constitucional, cita el fundamento séptimo de la STC 155/2019, de 28 de noviembre, del que reproduce parte.

34.- Continúa el Ministerio Fiscal señalando que la denegación de los avales no puede incardinarse en ninguno de los motivos tasados previstos en la norma de cobertura procesal, pues no consiste en una indebida denegación de diligencias dirigidas a la averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes. Tampoco existe relación, a entender del Ministerio Fiscal, entre la

decisión de procedencia o suficiencia de los avales y la posible existencia de indefensión, porque estas decisiones carecen de la virtualidad de perjudicar el derecho de los presuntos responsables para afirmar y acreditar lo que estimen pertinente, es decir, resulta ajeno a cualquier posibilidad de privación o merma sustancial del derecho a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes lo que a su derecho consideren conveniente.

35.- Cita el auto 6/2019, de 21 de junio, fundamento cuarto, para recordar el criterio reiterado conforme al cual el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del art. 48.1 LFTCu y así concluir, en definitiva, que la pretensión de que la Sala se pronuncie sobre las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, resulta ajena a los motivos que permiten la formulación del recurso al amparo del artículo 48.1 de la misma norma, lo que obliga a su desestimación.

QUINTO.- 36.- Empezaremos por indicar que las llamadas actuaciones previas constituyen una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente que trata de comprobar si *prima facie* puede considerarse que hay una base seria para abrir un procedimiento judicial propiamente dicho. Su finalidad es determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento judicial, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables desde el punto de vista contable y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros, así como cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado, evitando así en la medida de lo posible la tramitación de un procedimiento judicial inútil.

37.- Conviene también recordar que nos estamos moviendo en el ámbito propio de una responsabilidad patrimonial resarcitoria y de carácter eminentemente subjetivo. Como tal, se exige una conducta activa u omisiva del agente que maneja los caudales públicos; que esta acción u omisión se desprenda de las cuentas que en sentido amplio deba rendir y se haya producido una vulneración de la normativa contable y presupuestaria de aplicación; un criterio de imputación sustentado en la culpa; la producción de un daño; y, finalmente, la existencia de una relación causal entre la conducta y el daño.

38.- 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.

39.- Por consiguiente, si el dolo o la culpa no ha sido establecido aun en sede judicial a través de cumplida prueba por quien alega su concurrencia, con satisfacción plena del derecho de defensa del sujeto a quien se imputa, yerra la instructora cuando se atribuye la declaración de su existencia en la forma en que lo efectúa pues, reiteramos, su labor es preliminar y contingente.

40.- En efecto, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, la función del delegado instructor consiste en determinar, de forma previa y provisional, la existencia de un posible alcance en los fondos públicos, la cuantificación preliminar del mismo y la identificación de los posibles gestores de esos caudales que pudieran quedar obligados a su restitución por haberlos administrado indebidamente. No prevé dicho precepto, por tanto, que el delegado instructor deba entrar a valorar y establecer la concurrencia de los requisitos subjetivos de dolo o negligencia grave en la actuación de los presuntos responsables, pues tal examen corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contable competentes para conocer de los hechos en vía jurisdiccional.

41.- El carácter preliminar y contingente se desprende de la doctrina de esta Sala de la que sirve como ejemplo el auto de 5 de mayo de 2004 cuando afirma 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 su 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».

42.- A juicio de esta Sala de Justicia, los argumentos recogidos en la resolución recurrida que ponen en conexión la admisibilidad de los avales con la posible concurrencia de dolo o negligencia grave en la actuación de las personas avaladas, rebasan el objeto propio de dicha resolución, pues afectan a aspectos subjetivos de la responsabilidad contable que no deberían dirimirse en fase de actuaciones previas sino en las posteriores instancias jurisdiccionales.

43.- En consecuencia, si el análisis de la norma que lleva a cabo la instructora para pronunciarse sobre la aceptación de los avales parte de una premisa incorrecta en su formulación y planteamiento (conexión de su admisibilidad con la concurrencia de dolo o culpa) su argumentación decae por sí sola en su conjunto.

SEXTO.- 44.- No obstante, se ha de reconocer que el planteamiento de la resolución parte de afirmar no el dolo o la culpa, sino la existencia de un «indicio razonable de dolo o culpa». Tampoco aceptamos este planteamiento porque la constatación de concurrencia de un indicio razonable de los elementos que afectan al criterio de imputación (dolo o culpa, elemento subjetivo) se ha de verificar igualmente en sede judicial, incumbiendo la carga de su prueba al que lo alega por medio de la aportación de una prueba, siquiera mínima, que inexcusablemente supere el umbral mínimo de conexión necesaria de los dos puntos entre los que se verifica la inducción. El indicio razonable de dolo o culpa no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente se tenía a cargo la gestión o el manejo de fondos públicos, sino que es preciso justificar -indiciariamente- la existencia de una relación de causalidad entre tal posición, la imputación y el daño. Es así porque, en definitiva, el dolo o la culpa pueden ser acreditados por prueba directa o mediante prueba indiciaria, circunstancial o indirecta, siempre que se cumplan los debidos requisitos del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cualquier caso, es evidente que nos seguimos moviendo en materia probatoria y, por tanto, en terreno propiamente judicial ajeno a la función del delegado instructor.

45.- Es más, si a efectos exclusivamente hipotéticos y meramente dialécticos aceptáramos que la constatación del indicio *prima facie* compete al delegado instructor, aun así, su argumentación es incorrecta y lo es porque la interpretación que lleva a cabo del Decreto-ley incurre en errores manifiestos. Veámoslo con más detalle.

46.- La resolución recurrida tiene como punto de partida la siguiente afirmación, por lo demás acertada: la determinación de la legalidad de los afianzamientos debe efectuarse conforme a las previsiones de la propia ley, norma con rango de ley autonómica, en vigor y convalidada por el Parlament de Catalunya. Tampoco cuestiona en modo alguno la suficiencia económica del avalista y del aval ofrecido.

47.- Para la delegada instructora concurren indicios razonables de dolo o culpa grave en el gestor de los fondos públicos. Considera, no obstante, que la norma no contempla la cobertura de los supuestos de dolo o culpa grave porque: a) el artículo 1 del Decreto-ley no menciona de forma explícita este supuesto el cual no puede entenderse comprendido dada la amplitud del ámbito objetivo; b) el artículo 3 de la norma es igualmente genérico porque no describe supuestos de dolo o culpa grave; c) el principio de indemnidad no ampara situaciones de dolo o culpa en el empleado público; d) resulta improcedente dar cobertura pública a quien ha obrado con dolo o

culpa grave, a tenor del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

48.- La lectura de la norma que acabamos de exponer lleva a cabo un espiguelo de artículos al escoger solo algunos o parte de ellos y obviar otros o su total enunciado, lo que supone además una modificación de la regulación legal con la consiguiente alteración de su equilibrio interno que no respeta la unidad de regulación y la coherencia de la materia. Por otro lado, los que escoge no están correctamente interpretados ni leídos en su integridad. Finalmente, no se acomoda a la apreciación del simple indicio razonable cuya constatación (incorrectamente) se atribuye. Responde en las consecuencias y conclusiones que deriva, por el contrario, a la consideración de concurrencia de un dolo o culpa firme y definitivo lo que es tanto como atribuirse funciones jurisdiccionales, como ya hemos anticipado.

49.- Por lo demás, la lectura e interpretación de la ley es notoriamente errónea. En primer lugar, la Exposición de Motivos de la norma es clara al señalar que se trata de dar cobertura a riesgos no cubiertos por pólizas de responsabilidad ya suscritas. Entre estos riesgos se encuentra, en lo que aquí importa, la responsabilidad contable *al menos hasta que no haya un pronunciamiento judicial que declare con carácter firme su responsabilidad*. Expresamente se señala, además, que uno de los supuestos *ante una decisión administrativa no firme, son las actuaciones previas 80/2019 del Tribunal de Cuentas, sector público autonómico Inf. Fisc. Destino recursos asignados a la ejecución de políticas de acción exterior por parte de la Generalitat de Catalunya, en los ejercicios 2011 a 2017) objeto de la notificación de la liquidación provisional de fecha 30 de junio de este año*. Queda, pues, meridianamente claro que el supuesto está incluido en la norma y, por tanto, permite el afianzamiento incluso aunque, prima facie, concurriera el elemento intencional.

50.- En segundo lugar, el artículo 1 regulador del ámbito objetivo de la norma señala que su objeto es *la creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya (FCRCAT) para hacer frente a las obligaciones legales que le corresponden con relación a los riesgos no cubiertos por pólizas de responsabilidad (...) contables suscritas por la Generalitat de Catalunya por siniestros que puedan afectar a las personas comprendidas en el ámbito objetivo de esta Ley en el ejercicio de su cargo o funciones que se puedan ver afectadas en su patrimonio por resoluciones o actos administrativos o judiciales que no hayan concluido por resolución judicial firme*.

51.- A la vista de este precepto, resulta evidente que se da cobertura a la responsabilidad contable declarada en resolución administrativa no firme, por lo que también a la *presunta*.

52.- En tercer término, el artículo 2 regula el ámbito subjetivo: *las personas que tengan o hayan tenido la condición de personal al servicio de la Administración de la Generalitat y de los entes y organismos de su sector público, de altos cargos y de miembros del Gobierno de la Generalitat por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo*. Es también meridianamente claro que, conforme al ámbito subjetivo, la norma es aplicable al caso y a los recurrentes que aparecen como sujetos avalados siendo el Tribunal de Cuentas el Beneficiario.

53.- El artículo 3 define el riesgo cubierto: *los que sufran las personas incluidas en el ámbito subjetivo (...) y que queden excluidos de la cobertura a cargo de las pólizas de seguros de responsabilidad (...) contable suscritas por la Generalitat de Catalunya con el fin de cubrir las obligaciones que, de acuerdo con la normativa vigente, le corresponda directamente asumir por los daños (...) causados por acción u omisión (...) incluida la responsabilidad contable mientras no recaiga resolución judicial firme*.

54.- Resulta de nuevo claro que el objeto del aseguramiento es, en lo que aquí interesa, la responsabilidad contable mientras no recaiga sentencia firme, que es la situación en la que nos encontramos pues, desde luego, no existe sentencia firme. Si la norma permite la constitución de aval incluso en el caso de resolución judicial no firme que declare la responsabilidad contable, obviamente está incluida la declaración preliminar y contingente que pudiera verificar el delegado instructor. Por lo demás, el fenómeno no es ajeno a nuestro ordenamiento pues, de hecho, se contempla en nuestras normas no ya la medida cautelar de afianzamiento por aval sino la consignación del importe de la condena por medio de aval para poder recurrir, como garantía en su caso de la condena y de la ejecución (por ejemplo, artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Finalmente, el concepto de responsabilidad contable exige por definición la concurrencia de dolo o culpa grave, por ser intrínseco o consustancial al propio concepto luego, de forma directa, se cubren los supuestos de presuntas acciones llevadas a cabo con dolo o negligencia grave porque se permite *mientras no recaiga sentencia firme*.

55.- En cualquier caso, cabe ahora reiterar lo que hemos expuesto en el fundamento precedente: el análisis y determinación de la existencia del elemento subjetivo definidor de la responsabilidad contable no se verifica en las actuaciones previas por el delegado instructor al tratarse de tarea estrictamente judicial.

56.- Por su parte, el artículo 4 contempla la forma de proceder a la cobertura, estableciendo una serie de condiciones que se tienen que acreditar y cumplir por el solicitante, siendo la primera la de *que no existe una resolución judicial firme que declare ilícitas las actuaciones realizadas*. Seguidamente, el apartado 4 del artículo 4 es expresivo cuando señala que *el perjuicio patrimonial se debe acreditar*

mediante la aportación de la resolución o acto relativo al procedimiento administrativo o judicial que lo afecte, el cual no puede haber concluido por resolución judicial firme. Es, pues, evidente, que se trata del caso que actualmente nos ocupa pues aún no ha recaído *resolución judicial firme*.

57.- El artículo 5.1 contempla, a su vez, la generación de un *crédito de derecho público de devolución por parte de los beneficiarios de los importes garantizados, así como de los intereses y gastos que se hayan generado en razón de las garantías efectuadas con cargo al Fondo* para el supuesto de existir *pronunciamiento judicial firme (..)* si se confirma la existencia de *responsabilidad contable*. Y el 5.2 regula en términos sin ambages la obligación de retorno con *naturaleza de derecho público por parte de la Generalitat* quien tiene que realizar todas las actuaciones necesarias para su recaudación, incluso el *procedimiento ejecutivo de recaudación de acuerdo con lo que establece la normativa vigente*. Se acomoda, pues, al artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, citado en la resolución recurrida, preservando así los principios de indemnidad y retorno. Los fondos públicos (importes garantizados con intereses y gastos) están así preservados a través del derecho de crédito y de la obligación de retorno, ambos con naturaleza de derecho público. Es más, el texto del aval expresamente señala que «su otorgamiento queda en todo caso sujeto a lo que dispone el artículo 5 del Decreto-ley 15/2021, en relación con la obligación de retorno».

58.- De cuanto antecede, a criterio de la Sala se ha de concluir con la perfecta admisibilidad de los avales ofrecidos por los interesados, al constituir los mismos una fianza legalmente establecida.

SÉPTIMO.- 59.- Nos resta por examinar si la cuestión suscitada (decisión sobre la admisibilidad de los avales) encuentra su acomodo en los estrechos límites del artículo 48.1 de la LFTCu:

«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».

60.- Resulta evidente que el objeto del presente recurso no puede incardinarse en la primera parte de la disyuntiva del artículo 48.1 de la LFTCu puesto que no se trata de una denegación a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren. Sin embargo, sí nos encontramos ante la causación de una indefensión, contemplada en la segunda parte.

61.- Es así porque el concepto de indefensión que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu es el elaborado por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del art. 24.1 de la Constitución. Por consiguiente, es más amplio que el derecho de defensa entendido éste como el derecho a un principio de contradicción y de igualdad de partes, de alegación y acreditación del propio derecho y de réplica dialéctica de la posición contraria en igualdad de condiciones como sostiene el Ministerio Fiscal. El derecho contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución comprende 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 (STC 178/1998, de 14 de septiembre, recurso 2865/1996). Si así no fuera, serían los órganos judiciales los que dejarían desprotegido el derecho fundamental de defensa.

62.- En cualquier caso y al hilo de lo anterior, debe advertirse que la supuesta infracción del principio de presunción de inocencia alegada carece de virtualidad puesto que no estamos en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, al que es trasladable si bien con matizaciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Nos situamos, por el contrario, en el ámbito de una eventual reparación de daños de naturaleza patrimonial, ámbito en el que no hay sanción y si ésta no existe, no es posible utilizar el concepto de inocencia ni, por tanto, hablar de esta presunción que solo hace referencia a la existencia de pruebas sobre una conducta que, legalmente tipificada como sancionable, se imputa al sancionado. La invocación de la presunción de inocencia en el marco del presente recurso no es más que la formulación, en términos inadecuados, de la cuestión de si existió o no indefensión en el procedimiento administrativo, que es el tema principal alegado por los recurrentes.

63.- Retomando de nuevo el derecho contemplado en el artículo 24.1 de la CE, el mismo comprende el derecho de acceso a la jurisdicción, en este caso la contable, para formular peticiones de tutela y que estas resoluciones sean fundadas en Derecho, aunque sean de inadmisión. Como ha señalado el Tribunal Constitucional de forma reiterada, ni el legislador debe establecer requisitos o condiciones irracionales, excesivos o desproporcionados para el acceso a la jurisdicción en relación con el fin que cumplan, ni los tribunales han de interpretar estos requisitos legales de forma restrictiva.

64.- En segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo el derecho a acudir a la vía judicial para impetrar tutela o formular pretensiones, también comprende el derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre la pretensión formulada aun cuando no se entre a resolver sobre el fondo siempre que esto se aprecie de forma razonable y coherente.

65.- En tercer término, comprende el derecho a que la resolución que se dicte 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. Son, por tanto, cosas diferentes *motivación y estar fundado en Derecho* pues puede ocurrir que la fundamentación jurídica sea tan solo aparente al haberse efectuado una interpretación de las normas aplicables irracional o fruto de un error patente.

66.- Este es el caso de la resolución recurrida pues no contiene una aplicación real y racional de lo previsto en la norma y sería igualmente el caso si esta Sala de Justicia convalidara la interpretación llevada a cabo por aquella resolución de las previsiones de la ley a cuyo amparo se ofrece la medida de aseguramiento. Sería el caso porque convalidaríamos una interpretación manifiestamente errónea que haríamos nuestra al permitir su perduración, con incidencia en la esfera patrimonial de los sujetos afectados y las inevitables derivadas consecuencias que de tal afectación se pueden seguir. Y sería el caso porque estableceríamos que cualquiera que fuese la interpretación de una norma que un delegado instructor lleve a cabo para determinar si se trata de una fianza legalmente admitida, con atribución indebida de funciones jurisdiccionales, la misma escapa a toda suerte de control judicial porque, en última instancia, el contenido de las medidas de aseguramiento corresponde fijarlo al delegado instructor por la vía del artículo 47.1 de la LFTCu. En definitiva, es necesario concluir que la defensa de los derechos e intereses legítimos de los interesados en las actuaciones previas es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción contable en aplicación de las leyes, y que la indefensión que origina una resolución que se atribuye funciones judiciales y que no contiene una aplicación real y racional de lo previsto en la norma, no puede quedar privada de la debida tutela judicial.

67.- Partimos, pues, de que es indudable función de la Sala de Justicia revisar la interpretación que de la legalidad haya podido efectuar la delegada instructora en el ejercicio de la función que le compete en el desarrollo de las actuaciones previas, en virtud del artículo 47 de la Ley 7/1988, para comprobar si da respuesta y si la misma está motivada y fundada en Derecho o resulta irrazonable, arbitraria o incurso en un error manifiesto de tal índole que genere indefensión. No otra cosa, por lo demás, es lo que se deriva de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que se conecta directamente con el artículo 24 de la Constitución.

68.- Entender lo contrario supondría otorgar al instructor un halo de inmunidad no acorde con el contenido del propio artículo 48 en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución máxime cuando, en el caso que nos ocupa, su única misión es la

de requerir a los presuntos responsables para que «depositen o afiancen en cualquiera de las formas legalmente admitidas» otorgando el legislador la elección al requerido, no al instructor, quien debe limitarse a comprobar si la fianza es suficiente y se ofrece en una de las formas legalmente admitidas. En este caso la suficiencia no se cuestiona y se trata, como hemos visto, de una forma admitida en una ley: el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya.

69.- Por otro lado, no puede confundirse la petición de traba sobre determinados bienes, que es lo que constituye el contenido concreto de la medida de aseguramiento cuya determinación le compete en exclusiva, con el examen de si los avales que le ofrecen constituyen una forma legalmente admitida, cuestión a la que se da una respuesta y que es obviamente revisable para comprobar si la motivación es no solo suficiente sino también fundada en Derecho. Es en la fundamentación donde, se reitera, se ha incurrido tanto en la premisa como en el desarrollo argumentativo en un error patente de tal índole que no puede ser consagrado por esta Sala porque, si lo hiciéramos, sería la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas la que incurriría en lesión del derecho a la tutela judicial efectiva generadora de indefensión, al dejar incólume una argumentación jurídica que expresa un proceso deductivo irracional por erróneo.

70.- Lo expuesto, entre otras muchas, se recoge en la STC 134/2008, de 23 de octubre cuando, en su fundamento jurídico segundo expresa lo siguiente:

«el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 5, entre otras muchas).

De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en

quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 4)».

71.- En relación con lo anterior, no está de más recordar que no se garantiza la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuaciones o interpretación, pues no existe un derecho al acierto ni tampoco se asegura la satisfacción de la pretensión de las partes como señala la STC 263/2015, de 14 de diciembre, fundamento jurídico tercero. La obligación que se impone es la de dictar resoluciones *fundadas en Derecho* porque, como señala la STC 263/2015 citada «no basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6)».

72.- Pues bien, no cabe duda de que la resolución impugnada, aunque cuente formalmente con una motivación, carece de contenido jurídico al expresar un proceso deductivo irracional o absurdo por estar construido sobre premisa errónea cual es la atribución de funciones judiciales. La lógica de su razonamiento quiebra además con la sola lectura de la ley, que se ha verificado de forma incompleta resultando así irrazonable por vulnerar los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la Constitución. La vulneración debe ser corregida otorgando la tutela judicial debida consagrada en el art. 24 de la Constitución, para evitar toda suerte de indefensión, a través de la vía de acceso que proporciona el recurso del art. 48.1 de la LFTCu, que se estima, lo que hace innecesario entrar a examinar los restantes motivos planteados por las diferentes representaciones personadas al prosperar el principal.

OCTAVO.- 73.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, prosperan en consecuencia los recursos formulados contra la resolución de la delegada instructora de fecha 14 de octubre de 2021, denegatoria de la aceptación de los avales presentados.

74.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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.

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

III. LA SALA ACUERDA

1º.- ESTIMAR los recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra la resolución de 14 de octubre de 2021 de la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19, interpuestos por la Abogada de la Generalitat de Catalunya y por las representaciones procesales de Don A.M.G.; D. Don J.N.B.; Don M.A.B.; Don J.M.S.I.; Doña R.V.P.; Don A.M.-C.; Don C.P.C.; Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B.; Don A.S.D.; Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C.; y otros.

2º.- Anular la precitada resolución de la delegada instructora de 14 de octubre de 2021, declarando esta Sala de Justicia la admisibilidad de los avales del Instituto Catalán de Finanzas presentados en garantía de las responsabilidades establecidas de forma provisional a los recurrentes.

3º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo acordamos y firmamos. Doy fe.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR

Que formula la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, Doña Rebeca Laliga Misó, al Auto dictado por la Sala de Justicia en el presente recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 36/21. Discrepo, respetuosamente, de la opinión mayoritaria de la Sala, por entender que los recursos interpuestos al amparo del artículo 48.1 de la citada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Don A.M.G. y Don J.N.B., por doña Ana Estrella Villares Menchón, Abogada en representación y defensa de la Generalitat de Catalunya, por el Procurador de los Tribunales, don Carlos Ricardo Estévez Sanz, en nombre y representación de Don M.A.B., y de Don J.M.S.I., por el Procurador de los Tribunales don Germán Marina Grimau, en nombre y representación de Doña R.V.P., por el Procurador de los Tribunales don Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y representación de Don A.M-C., por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de Don C.P.C., por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Don R.A.S., Don A.A.T., Don L.B.C., Don F.H.M., Don M.M.T., Doña C.O.T., Doña M.O.P., Don A.R.M., Don J.V.R., Don R.F.B. y Don A.S.D. y del Procurador de los Tribunales don Ramón Blanco, en nombre y representación de Don O.J.V., Don R.R.R., Don A.V.O., Don J.S.F., Doña M.B.C., Don D.M.S., Don S.M.L., Don E.H., Doña M.K.K. y Doña E.A.C., entre otros, todos ellos presentados contra la resolución de la Delegada Instructora, de fecha 14 de octubre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas nº 80/19, del ramo del Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a recursos asignados a ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017), Cataluña, debieron ser desestimados. Mi desacuerdo se centra en los razonamientos jurídicos del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, discrepancia que se concreta en las siguientes consideraciones:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan los antecedentes del Auto dictado por esta Sala de Justicia. Si bien, se hace constar que, para mayor precisión, se debió especificar en el Antecedente Decimotercero del Auto que, en el acto para deliberación, votación y fallo del presente recurso, celebrado el día 28 de febrero de 2022, esta Consejera, por no estar conforme con el voto de la mayoría, declinó la redacción de la resolución y anunció la emisión de voto particular. Y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

Civil, la Presidenta de la Sala de Justicia encomendó la redacción de la resolución a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez, lo cual se hizo constar mediante Diligencia de Ordenación de fecha 28 de febrero de 2022.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mi discrepancia se circunscribe a los razonamientos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho Quinto a Octavo del Auto, ya que considero, respetuosamente, que el núcleo de la argumentación jurídica contenida en el Auto que es objeto de este voto discrepante supone una infracción legal por indebida aplicación del contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 de la LFTCu y, a su vez, un apartamiento injustificado de la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia, acerca de la naturaleza, el contenido y los límites que el ordenamiento jurídico contable configura para el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, así como del concepto de indefensión a los efectos del referido recurso excepcional y sumario, con las consecuencias legales inherentes, según se expone en los Fundamentos de Derecho siguientes.

SEGUNDO.- Por ello, se hace preciso recordar la naturaleza del recurso innominado contemplado en el artículo 48.1 de la LFTCu. Se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia, como se ha encargado de establecer una doctrina constante de esta Sala de Justicia, por medio, entre otros, de los siguientes Autos: 14/2019 de 17 de diciembre, 4/2020 de 18 de febrero, 5/2021 de 26 de febrero, 20/2021 y 23/2021, ambos de 23 de junio, destacando el Auto nº 27/2021, de 22 de julio, dictado para resolver el recurso número 18/2021, de igual clase al presente, interpuesto contra otra resolución de la Delegada Instructora en las mismas actuaciones previas en las que nos encontramos.

Así, en el Fundamento Jurídico Quinto del referido Auto 27/2021, se establece lo siguiente:

“QUINTO.- 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 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 la Ley, es decir que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran” o que “se causare indefensión”. Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.”

Conforme a la reiterada y consolidada doctrina de la Sala de Justicia que ha sido señalada, no cabe, por tanto, 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.

Mantener 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, 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, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu) y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento.

Por tanto, los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la ley, es decir, que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o en que se causare indefensión”, 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.

TERCERO.- El concepto de indefensión, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, ha sido, asimismo, establecido por una reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en numerosas resoluciones, entre otras, por medio de los siguientes Autos: 17/2017, de

6 de noviembre; 18/2017, de 12 de diciembre; 10/2018, de 22 de marzo; 1/2019, de 12 de febrero; 12/2019, de 13 de noviembre; 17/2021, de 23 de junio; y 30/2021 de 27 de noviembre, destacando el Auto 23/2021, de 23 de julio, dictado para resolver un recurso interpuesto en estas mismas actuaciones previas, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se establece:

“QUINTO.- Además, se debe precisar que 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 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, por consiguiente, 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); 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). 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 ha de 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 adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo que se produce.”

El concepto constitucional de indefensión, como noción material, ha sido reiterado, además, dentro del ámbito acotado por la propia resolución, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2019, de 28 de noviembre, según el cual, “(...) *la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas, SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3, y 127/2011, de 18 de julio, FJ3).*”

Conforme a lo expuesto, 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 ha de 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 5°).

Sobre este particular hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, el Delegado Instructor resulta obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citándolos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, a la liquidación provisional, en la que se mencionarán los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que se considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y, asimismo, ha de adoptar las medidas cautelares de aseguramiento en garantía del hipotético reintegro de los fondos públicos menoscabados, requiriendo de pago en primer término para que se afiance el presunto alcance junto con los intereses y, si no se atiende a tal requerimiento, proceder al embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables.

CUARTO.- Conforme a lo expuesto, resulta concluyente que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, sólo puede interponerse por alguno de los dos motivos previstos en el mismo. A saber:

“1. 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 (...).”

La resolución de 14 de octubre de 2021, que ha sido recurrida, se refiere a la inadmisión de los avales que fueron presentados por los ahora recurrentes para garantizar el importe del alcance provisionalmente liquidado en las presentes actuaciones previas, por lo que resulta necesario, a efectos de resolución de los recursos, determinar si la inadmisión de los avales puede ser entendida como una indebida denegación de diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera ser constitutiva de indefensión, según los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho anteriores.

En relación con la primera posibilidad, es decir, la de considerar si la inadmisión de los avales puede ser entendida como una indebida denegación de las diligencias propuestas por los comparecidos, hay que manifestar que de la interpretación conjunta del artículo 48.1, en relación con el 47.1, ambos de la LFTCu, resulta que las diligencias referidas por el artículo 48.1 son las pertinentes para el contenido previsto en este apartado y, especialmente, según el artículo 47.1. c), las dirigidas a completar la averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus

causahabientes, lo que constituyen motivos que no guardan relación alguna con el contenido de la resolución impugnada.

En cuanto a la segunda posibilidad, relativa a que se haya causado indefensión a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, igualmente, hay que manifestar que el criterio de la Delegada Instructora -según se recoge en la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021, por la que los avales garantizados con fondos públicos emitidos por el Institut Català de Finances (en adelante, ICF) no resultan admisibles para garantizar las responsabilidades que pudieran ser establecidas como consecuencia de los hechos que han sido objeto de instrucción- por su naturaleza y contenido, resulta ajeno a cualquier merma sustancial del derecho de los recurrentes a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes en las actuaciones, lo que a su derecho consideren conveniente, por lo que no concurre indefensión, a los efectos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, según reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia en numerosas resoluciones que ha sido desarrollada en el Fundamento de Derecho Tercero anterior.

En consecuencia, no debería haber tenido cabida la pretensión de las partes recurrentes alegando, por el cauce de sus recursos del artículo 48.1 LFTCu, los diversos motivos que, a su juicio, justifican la existencia de indefensión. La finalidad de los mismos es plantear un debate jurídico para que esta Sala de Justicia, en virtud del recurso excepcional del artículo 48.1 de la LFTCu, se pronuncie respecto de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la LFTCu y, en concreto, sobre la legalidad y suficiencia de los avales concedidos por el ICF para cubrir las presuntas responsabilidades contables.

Dicha pretensión, como ha manifestado el Ministerio Fiscal en su informe de oposición a los recursos presentados, no puede ser admitida. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en doctrina constante y reiterada, por todos, Auto nº 18/2013, de 17 de septiembre (penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico Segundo), Auto nº 17/2015, de 2 de julio (Fundamento Jurídico Séptimo) y en el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo (Fundamento Jurídico Duodécimo), ha establecido que por el cauce del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no pueden atenderse las peticiones formuladas por los recurrentes sobre las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la LFTCu, por discrepar de la resolución adoptada por el Delegado Instructor, al resultar dichas alegaciones ajenas a los motivos que la norma faculta para la interposición del recurso.

Este es el criterio que ha expresado en múltiples resoluciones la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, tal y como señala el Auto 6/2019, de 21 de junio, que afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto que “(...) como también viene reiteradamente

señalando la Sala de Justicia, el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48 de la LFTCu.

(...) Tampoco puede esta Sala atender a la petición subsidiaria, formulada por algunos de los recurrentes, de que las eventuales trabas cautelares se hagan sobre determinados bienes concretos que identifican, pues el contenido de las medidas de aseguramiento corresponde fijarlo, bien al Delegado Instructor por la vía del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, bien al Consejero de Primera Instancia por la vía del artículo 67 de dicho Texto legal, no a esta Sala de Justicia por el cauce de un recurso por indefensión interpuesto contra resoluciones acordadas en fase instructora...(por todos, Auto de esta Sala 18/2013, de 17 de septiembre; o Auto de esta Sala 17/2015, de 2 de julio)."

Deberían, por tanto, haberse rechazado en el presente Auto, razonamientos que realmente, como se ha reiterado, expresan discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no puede realizarse al amparo de este excepcional recurso, sino que su enjuiciamiento debe 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 dicha razón y de conformidad con lo expuesto, esta Consejera considera que el núcleo de la argumentación jurídica contenida en el Auto supone una infracción legal por indebida aplicación del contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 de la LFTCu.

QUINTO.- Habiendo quedado completamente señalados los criterios doctrinales que, con arreglo a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas y a las previsiones legales contenidas tanto en la LOTCu, como en la LFTCu, configuran la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal, esta Consejera aprecia que la fundamentación jurídica del Auto que ahora se analiza, y con el que se discrepa, se ha apartado injustificadamente de lo que esta doctrina ha venido reiterando.

Así, tras la descripción y resumen de las alegaciones de las partes intervinientes en esta fase de recurso especial, el Auto ha dedicado sus Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, tras una somera descripción del contenido legal de la fase de actuaciones previas (descripción por otra parte incompleta, por cuanto no alude a la obligación inexcusable, según la LFTCu, del Delegado Instructor a adoptar las medidas de aseguramiento precautorias que permitan asegurar en el futuro procedimiento jurisdiccional las cantidades que pudieran constituir un alcance de los fondos públicos) a hacer una profunda e injustificada crítica del planteamiento de la Delegada Instructora, frente a la que discrepo, pues:

Según lo establecido en el apartado g) del artículo 47.1 de la LFTCu, a la Delegada Instructora le corresponde, una vez que de las actuaciones instructoras realizadas se haya concluido la existencia, de forma previa y provisional, de un alcance a los fondos públicos y se hayan determinado los presuntos responsables de los mismos, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el posible perjuicio causado a los fondos públicos se encuentre asegurado antes de que el procedimiento pase a la fase jurisdiccional. Ello se consigue, de manera indubitada, cuando dicha medida de garantía es suficiente para hacer frente a la deuda exigida en la jurisdicción contable, con el fin de asegurar los derechos e intereses del Sector Público presuntamente menoscabados.

Del examen de la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021 cabe afirmar lo siguiente:

- La Delegada Instructora ejercitó las previsiones legales contempladas en el artículo 47 de la LFTCu.
- En la resolución impugnada, la instructora no cuestionó la legalidad o vigencia de la norma que amparaba la creación del Fondo, su ajuste a la Constitución, ni trató de declarar su nulidad o anulabilidad, ni deslegitimó la competencia legislativa de la que gozan las distintas Comunidades en el ámbito de su autonomía. Realizó un análisis de la norma autonómica vigente, que había sido convalidada por el Parlamento Catalán, interpretando jurídicamente las normas que regían los avales, habida cuenta que el artículo 47.1 g) de la LFTCu, le exige adoptar las medidas cautelares necesarias y que fueran suficientes para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados, concluyendo que dichas garantías no eran suficientes para cubrir las presuntas responsabilidades contables. El pronunciamiento de la Delegada Instructora acerca de la suficiencia o no de los avales no supuso ninguna infracción que generara indefensión material a los recurrentes, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, según se ha expuesto conforme a la reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas destacando, entre otros, los siguientes Autos: 17/2021, de 23 de junio, 30/2021 de 27 de noviembre y 23/2021, de 23 de julio, a los que se ha hecho referencia anteriormente.

No obstante, conviene reiterar que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no se ha previsto legalmente para dirimir meras discrepancias jurídicas de criterio entre los intervinientes en la liquidación provisional y el que mantenga el Delegado Instructor. Su resolución, es cierto, sólo podrá producirse en fase jurisdiccional, con plenos efectos de contradicción, amplitud de pruebas y del principio de tutela judicial efectiva, y no en sede de actuaciones previas, donde no rige el principio de contradicción, 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.

Así, la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha expresado este criterio en múltiples resoluciones, entre otras, en el referido Auto 6/2019, de 21 de junio, cuyo Fundamento de Derecho Cuarto afirmaba que: “(...) *como también viene reiteradamente señalando la Sala de Justicia, el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.*”

Por tanto, procede afirmar que los recursos formulados, por pretender que la Sala de Justicia se pronuncie respecto de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, resultan ajenos a los motivos que facultan para la interposición del recurso del artículo 48.1 de la misma norma. En este mismo sentido se pronunció el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición de fecha 8 de noviembre de 2021.

SEXTO.- Idéntica discrepancia, por motivos análogos, suscita en esta Consejera que firma este Voto Particular el contenido del Fundamento Jurídico Sexto, en esencia en los párrafos 49 a 58, por cuanto el criterio mayoritario, lejos de efectuar una interpretación del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya, vinculándolo al principio de preservación de los fondos públicos, evitando un posible menoscabo de los mismos, en posteriores fases jurisdiccionales plenarias, realiza una labor interpretativa sobre el fondo de la cuestión respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de los avales, conculcando, sin la debida justificación, por una parte, el criterio doctrinal reiterado de esta Sala de Justicia, según el cual, el contenido de las medidas de aseguramiento, como se ha reiterado, está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48 de la LFTCu, tal y como también oportunamente alegó el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición a los recursos formulados y que ya ha sido expuesto en este Voto Particular (Fundamento de Derecho Cuarto).

Y, por otro lado, trastocando, con los pronunciamientos contenidos en los párrafos indicados del Auto, el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se ha pronunciado una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, lo que puede suponer una intromisión en 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, como ya se ha destacado anteriormente.

A este respecto, la fundamentación que exploya el razonamiento jurídico Sexto del Auto supone una extralimitación del ámbito del recurso del artículo 48.1 de la LFTCU, que esta Consejera quiere dejar patente. La conclusión que se alcanza en dicho Fundamento Jurídico podría servir, utilizando un símil, para resolver un hipotético recurso de apelación en segunda instancia, en sede jurisdiccional, toda vez que concluye que “(...) *De cuanto antecede, a criterio de esta Sala se ha de concluir la perfecta admisibilidad de los avales ofrecidos por los interesados, al constituir los mismos una fianza legalmente establecida.*”. Pero nunca, por sus especiales características, en sede del artículo 48.1 de la LFTCu, dado que el contenido de las medidas cautelares constituye una cuestión de fondo y, en caso de discrepancia con el dictamen del Delegado Instructor de las actuaciones previas, tal debate se debe dilucidar en la instancia jurisdiccional oportuna como claramente se infiere del artículo 67 de la LFTCu (que no ha sido tenido en cuenta por el presente Auto) que establece: “(...) 1. *Para el aseguramiento de las responsabilidades contables que pudieran decretarse en los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal, podrá solicitarse, por el Ministro Fiscal, Letrado del Estado o legal representante de la Entidad del sector público perjudicada, embargo preventivo de los bienes de los iniciados en responsabilidad contable en los casos y en la forma establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda exigírseles fianza de clase alguna para decretarlo./ 2. A los oportunos efectos, las diligencias en que se hubiere concretado provisionalmente el importe de las responsabilidades contables, a que hacen referencia los artículos 45 y 47 de esta Ley, tendrán la consideración de documento suficiente para que pueda despacharse el embargo./ 3. Si el embargo preventivo se hubiere solicitado y obtenido con anterioridad a la presentación de la demanda, su ratificación habrá de efectuarse cuando se evacue este trámite en el correspondiente procedimiento jurisdiccional o, en su caso, en el de alegaciones del Ministerio Fiscal.*”

Y, debe ser en ese procedimiento jurisdiccional, donde deben resultar de aplicación las normas contenidas en los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pudiendo ser modificadas, alzadas o prestar caución sustitutoria de la mismas conforme a lo establecido en los artículos 743 y siguientes de la citada Ley procesal civil. Esta valoración jurídica ya consta expresamente reflejada en la resolución de la Delegada Instructora impugnada y esta Sala de Justicia debió ratificar dicho dictamen en el Auto.

SÉPTIMO.- Esta Consejera manifiesta una vez más, respetuosamente, su divergencia de criterio con la argumentación de los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo del presente Auto. En cuanto al primer Fundamento, que trata de establecer “(...) *si la cuestión suscitada (decisión sobre la admisibilidad de los avales) encuentra su acomodo en los estrechos límites del artículo 48.1 de la LFTCu (...)*”, ya se ha explicado detalladamente en este Voto Particular el criterio

discrepante de esta Consejera, que resulta coincidente con la doctrina reiterada y consolidada de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Y en cuanto a la doctrina constitucional incluida en la fundamentación de dicho apartado del Auto, referente a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva garantizándose una decisión que no sea arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, que se ha utilizado en el Auto como justificación para manifestar, con voto mayoritario, que la resolución impugnada “(...) *aunque cuente formalmente con una motivación, carece de contenido jurídico al expresar un proceso deductivo irracional o absurdo por estar construido sobre premisa errónea cual es la atribución de funciones jurisdiccionales (...)*”, expresar mi discrepancia con respecto a la aplicación que de dicha doctrina jurisprudencial se efectúa con respecto a este caso concreto en el Auto, pues infringe, por los motivos expuestos, el contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 del mismo cuerpo legal y, a su vez, se aparta de la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia, acerca de la naturaleza, el contenido y los límites que el ordenamiento jurídico contable configura para el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, así como el concepto de indefensión a los efectos del referido recurso excepcional y sumario.

En tal sentido, la referida infracción legal y jurisprudencial podría suponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), dado que para satisfacer el citado derecho consagrado en el citado artículo 24.1 de la CE no basta con obtener una respuesta motivada sino que además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aún constatada la existencia formal de argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencias de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6).

Además, como se acaba de razonar en los Fundamentos de Derecho anteriores, a la Delegada Instructora le corresponde, según lo establecido en el apartado g) del artículo 47.1 de la LFTCu, una vez que de las actuaciones instructoras realizadas se haya concluido la existencia, de forma previa y provisional, de un alcance a los fondos públicos y se hayan determinado los presuntos responsables de los mismos, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el perjuicio causado a los fondos públicos se encuentre asegurado antes de que el procedimiento pase a la fase jurisdiccional. Ello se consigue, de manera indubitada, cuando dicha medida de garantía es suficiente para hacer frente a la deuda exigida en la jurisdicción contable, con el fin de asegurar los derechos e intereses del Sector Público presuntamente menoscabados.

La finalidad de la medida cautelar es garantizar que el presunto alcance a los fondos públicos se encuentre asegurado en una futura sentencia de condena. La Delegada Instructora, ante una liquidación provisional que, de manera previa y presunta, ha detectado un posible menoscabo en los fondos públicos, que, en ese primer momento preliminar del proceso, aparece como injustificado, requiere una respuesta jurídica en garantía de la integridad del patrimonio público.

En el presente caso, al haberse concluido que existía un presunto alcance en los fondos de la Generalitat de Catalunya y habiendo sido determinados los presuntos responsables, se les requirió para que depositaran o afianzaran el importe provisional del alcance más el cálculo también provisional de los intereses, bajo apercibimiento de embargo de los bienes y, habiéndose presentado 28 avales por los presuntos responsables en garantía de la presunta responsabilidad contable declarada en la liquidación provisional, la Delegada Instructora tuvo que analizar si la norma que los amparaba, servía para que el aseguramiento de los fondos públicos fuera efectivo, llegando a la conclusión de que la medida cautelar aportada no era suficiente para garantizar la integridad del patrimonio público. Se aprecia que la Delegada Instructora no ha realizado pronunciamiento alguno sobre la validez o eficacia de actos o resoluciones que pudieran estar reservados a la competencia del órgano jurisdiccional.

El criterio de la Instructora de inadmisión de los avales resulta ajeno a cualquier privación o merma del derecho de los recurrentes a alegar y probar en términos de igualdad con los demás intervinientes cuanto a su derecho convenga, en el posterior proceso jurisdiccional. En el presente caso, no se recurre una resolución que haya denegado la práctica de alguna diligencia concreta o que haya causado indefensión, únicos motivos, como ya se ha reiterado, del citado artículo 48.1 de la LFTCu, siendo así que el contenido de los recursos no tiene encaje en los previstos en el citado artículo 48.1 de la LFTCu.

Desde esta perspectiva resulta procedente invocar aquí la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional, que se desarrolla, entre otras, en la Sentencia 203/2004, de 16 de noviembre, en la que afirma que, puesto que el derecho a obtener una resolución de fondo que resuelva definitivamente el conflicto de intereses que motiva el proceso, se erige en el contenido primordial del derecho a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando, efectivamente, cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impositivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la CE, pero sin que, tampoco, el criterio anti formalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los

derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, F. 3; 157/1989, de 5 de octubre, F. 2; y 64/1992, de 29 de abril, F. 3).

Además, en la medida en que el Auto acuerda aceptar los avales presentados por el ICF, ello implica que se pueda ver frustrada la legítima finalidad de las medidas cautelares acordadas, que es coincidente con la de la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas reconocida en el artículo 136 de la CE, que no es otra que la tutela y protección íntegra de los fondos públicos, ya que se podría estar impidiendo la posibilidad de ejecutar la eventual sentencia que en su día pudiera dictarse contra los bienes de los presuntos responsables, lo que evidentemente no se garantiza con el Auto.

En estrecha conexión con tal aseveración anterior y como clara consecuencia de la misma conviene señalar que se podría estar dando lugar a una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del artículo 24.1 de la CE, porque deja desprotegida la acción de los legitimados activos en el proceso e, incluso, podría frustrar el derecho a la ejecución de una eventual sentencia conforme a las pretensiones ejercitadas.

OCTAVO.- Como resumen y conclusión a toda la fundamentación jurídica realizada en apartados precedentes de este Voto Particular, esta Consejera mantiene que, por todo lo expuesto, esta Sala de Justicia debería haber desestimado todos los recursos interpuestos con base en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra la resolución dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 80/19, de fecha 14 de octubre de 2021, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 48.1 de la LFTCu, según la reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia establecida, entre otras, en los siguientes Autos: 14/2019 de 17 de diciembre, 4/2020 de 18 de febrero, 5/2021 de 26 de febrero, 20/2021 y 23/2021, ambos de 23 de junio, 27/2021, de 22 de julio, de cuya aplicación resulta que los recursos formulados resultan todos ellos ajenos a los motivos que facultan para la interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

Además, la resolución de 14 de octubre de 2021 no causa indefensión material a los recurrentes, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, según interpretación de la doctrina reiterada y constante de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, por medio de los siguientes Autos: 17/2021, de 23 de junio, 30/2021 de 27 de noviembre, destacando el Auto 23/2021, de 23 de julio, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2019, de 28 de noviembre, pues el criterio de la Delegada Instructora, recogido en la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021, por su naturaleza y contenido, resulta ajeno a cualquier merma sustancial del derecho de los recurrentes a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes en las actuaciones, lo que a

su derecho consideren conveniente, por lo que no concurre indefensión, a los efectos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

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

Auto nº 7/2022, de 11 de mayo. Recurso del Art. 48.1 nº 31/21, Actuaciones Previas nº 7/18, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Gandía), Valencia. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La parte recurrente fundamenta su recurso en el hecho de que al haber sido absuelta en la Sentencia dictada en el procedimiento de reintegro se desvirtúan los fundamentos legales que han amparado la adopción de las medidas de aseguramiento por lo que deben dejarse sin efecto los embargos ordenados sobre sus bienes. La representación letrada del Ayuntamiento manifiesta su conformidad con lo solicitado en el recurso interpuesto y alega que no ha discutido la prescripción de la responsabilidad de Don G.J.M.M., no así el Ministerio Fiscal que interesa la desestimación del recurso, toda vez que el cauce del artículo 48.1 no es el adecuado para resolver las cuestiones planteadas.

A la vista de lo actuado, y teniendo en cuenta que se ha dictado sentencia en la que se han desestimado las demandas de responsabilidad contable contra el Sr. M.M., y que dicha resolución es firme, la Sala estima que procede alzar las medidas cautelares adoptadas, conforme a lo establecido en el artículo 67 de la LFTCu en relación con el artículo 745, párrafo primero, de la LEC.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 7/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 31/21, Actuaciones Previas nº 7/18. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Gandía), VALENCIA.

PONENTE: Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:

Excm. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó. Presidenta.

Excm. Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez. Consejera.

Excm. Sra. Dña. 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

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 Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Sabater Ferragud, en nombre y representación de Don G.J.M.M. contra la Providencia de fecha 9 de septiembre de 2021, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 7/18 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Gandía), VALENCIA, por la que se acordó decretar el embargo de los vehículos propiedad del expresado Sr. M.M.

Han sido partes recurridas el Ayuntamiento de Gandía, representado y defendido por la Letrada Doña Isabel Santapau Martí y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En fecha 27 de julio de 2021, el Excmo. Sr. Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas dictó Sentencia nº 3/2021, resolviendo el Procedimiento de Reintegro por Alcance al

margen referenciado, cuya parte dispositiva, a los efectos que interesan a la resolución del presente recurso, es del siguiente tenor literal:

“...IV FALLO. /...PRIMERO.- Desestimar las demandas de responsabilidad contable interpuestas por el Ayuntamiento de Gandía y por el Ministerio Fiscal contra Don G.J.M.M., que queda absuelto de la responsabilidad contable que se le reclama...”.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por el Ayuntamiento de Gandía, pero al no ser objeto de recurso la desestimación de la demanda de responsabilidad contable respecto a Don G.J.M.M., la sentencia quedó firme respecto de dicho demandado.

SEGUNDO.- La Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 7/2018, con fecha 9 de septiembre de 2021, dictó Providencia en la que acordó lo siguiente:

*“...Habiéndose requerido a **Don G.J.M.M.**, con NIF XXXXXXXXXY, como presunto responsable del alcance declarado en estas actuaciones, por Providencia de fecha 16 de enero de 2020, para que reintegrasen, depositase o afianzase la cantidad de **QUINIENTOS CINCUENTA MIL CUARENTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (550.045,56 €)**, de los que corresponden 480.000 € a principal y 70.045,56 € a intereses legales, correspondiendo como responsable directo, a **Don G.J.M.M.**, un importe de **93.406,67 €**, (80.000 € de principal más 13.406,67 € de intereses) y no habiéndose atendido el mencionado requerimiento, se dictó Providencia de fecha 21 de febrero de 2020 por la que se acordó el embargo de bienes y derechos del citado Sr. M.M. que fue debidamente notificada al interesado.*

*En consecuencia, procede decretar, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 47.1.g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y demás preceptos concordantes sobre este particular, el embargo de los siguientes vehículos propiedad de **Don G.J.M.M.**...”.*

TERCERO.- Con fecha de 5 de octubre de 2021 se recibió escrito de la Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Sabater Ferragud, en nombre y representación de Don G.J.M.M., interponiendo el recurso previsto en el artículo 48.1 LFTCu, contra la anterior Providencia de embargo de vehículos.

CUARTO.- La Secretaria de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas acordó, por Diligencia de Ordenación de 7 de octubre de 2021, abrir el correspondiente rollo con el nº 31/2021, constatar la composición de la Sala para conocer del presente recurso, designar Ponente, siguiendo el turno establecido, y remitir oficio a la Delegada Instructora solicitando el envío de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO.- Con fecha 18 de octubre de 2021 se dictó Diligencia de Ordenación, en la que se informó de la recepción de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso, y se concedió un plazo de cinco días a todos los citados a la Liquidación Provisional para que, con traslado de copias de dicho recurso, formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- En fecha 19 de octubre de 2021, se recibió escrito de la representación letrada del Ayuntamiento de Gandía mostrando su conformidad con lo solicitado por la parte recurrente.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2021 interesó la desestimación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu planteado, al no haber existido en las Actuaciones Previas tramitadas ninguna de las circunstancias previstas expresamente en el referido artículo 48 LFTCu, si bien, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente caso, manifestó que se pusiera en conocimiento del Delegado Instructor la solicitud formulada por el recurrente para dejar sin efecto el embargo de los bienes de Don G.J.M.M., trabado en las Actuaciones Previas nº 7/18.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de 29 de octubre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó declarar concluso el recurso y dar traslado del mismo al Excmo. Sr. Consejero de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución.

NOVENO.- Se dictó Diligencia de Ordenación de fecha 9 de diciembre de 2021, en la que se comunicó a las partes que, mediante acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de 23 de noviembre de 2021, se designó Presidenta de la Sección de Enjuiciamiento a la Excm. Sra. D^a. Rebeca Laliga Misó, y mediante acuerdo de 29 de noviembre de 2021 se designó al resto de los miembros de la Sección de Enjuiciamiento y, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 7/88, la Sala de Justicia, en el presente recurso, había quedado constituida por las Excmas. Sras. Consejeras de Cuentas al margen referenciadas y, asimismo, en ejecución de los acuerdos de la Sección sobre reparto de asuntos, la ponencia de este recurso había correspondido a la Consejera Excm. Sra. Dña Rebeca Laliga Misó.

DÉCIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 22 de diciembre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó, conforme a lo establecido en la Diligencia de Ordenación de 9 de diciembre de 2021, dar traslado de los autos a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto el día 29 de diciembre 2021, una vez acreditada la notificación a las partes de la Diligencia de Ordenación de 22 de diciembre de 2021.

UNDÉCIMO.- Mediante Providencia de fecha 3 de mayo de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 9 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

DUODÉCIMO.- 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante 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.- La parte recurrente, tras hacer un resumen de antecedentes, fundamentó su recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra la Providencia de 9 de septiembre de 2021. Manifestó que al haber sido absuelto su representado en la Sentencia recaída en el procedimiento de reintegro se desvirtuaban los fundamentos legales que habían amparado la adopción de las medidas de aseguramiento, por lo que debían dejarse sin efecto los embargos que habían sido ordenados sobre sus bienes.

Consideró que proceder al embargo de sus bienes, cuando había sido desestimada la acción de responsabilidad contable ejercitada sobre él, le ocasionaba indefensión, por lo que interesó que se estimara el recurso y se dictara resolución por la que se dejaran sin efecto los embargos ordenados sobre los vehículos propiedad de su representado.

TERCERO.- La representación letrada del Ayuntamiento de Gandía manifestó su conformidad con lo solicitado en el recurso interpuesto de contrario, y alegó que la Sentencia dictada en instancia había sido objeto de recurso de apelación por dicha Entidad municipal, pero no había discutido la prescripción de la responsabilidad de Don G.J.M.M., por considerar ajustada a Derecho dicha absolución.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso planteado, al considerar que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, sólo 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”, y que en el presente caso, no habían existido en las Actuaciones Previas tramitadas ninguna de las circunstancias previstas expresamente en el mismo.

Añadió, no obstante, que a la vista del estado del procedimiento de reintegro número 36/20 al que hace referencia el recurrente, y en el que efectivamente había recaído sentencia de fecha 27 de julio de 2021, que desestimaba las demandas contra él

dirigidas, que no había sido objeto de apelación, debía dejarse sin efecto el embargo de los bienes de Don G.J.M.M. ordenado en las Actuaciones Previas 3/2021.

Por ello, propuso que se pusiera en conocimiento del Delegado Instructor la solicitud formulada por el recurrente a los efectos oportunos.

QUINTO.- Expuestas las posturas de las partes intervinientes en el presente recurso, cabe señalar en primer lugar, de acuerdo con la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia (por todos, Auto nº 4/2020, de 18 de febrero), que 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.

SEXTO.- 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 mantiene en sus resoluciones. 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, y 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), 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).

Sobre este particular cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el Delegado Instructor resulta obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citándolos a éstos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, a la práctica de la liquidación provisional, en la que mencionarán los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, las personas que considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables. Asimismo, y de conformidad, con lo establecido en el apartado f) y g) del citado precepto, debe requerir a los presuntos responsables para que depositen o afiancen el importe provisional del alcance, más los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo.

SÉPTIMO.- La parte recurrente, como ya ha quedado expuesto en fundamentos anteriores, mantiene que al haber sido absuelto de la responsabilidad contable por la Sentencia de fecha 27 de julio de 2021, y ser firmes los pronunciamientos a él referidos, el hecho de proceder al embargo de sus bienes, como se decreta en la Providencia dictada por el instructor de fecha 9 de septiembre de 2021, le ha ocasionado indefensión.

Para valorar la existencia de indefensión se ha de partir del análisis del caso concreto, tal y como viene exigido por la jurisprudencia constitucional de la que se ha hecho eco esta Sala de Justicia, como ha quedado expuesto en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución.

La Sala de Justicia, de manera reiterada, entre otros, en el Auto nº 2/2015, de 3 de febrero, y en el Auto nº 22/2018, de 20 de julio, ha establecido que la providencia de embargo preventivo se contempla en el artículo 47.1, g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, como una medida cautelar de preceptiva aplicación por el instructor cuando se ha practicado una liquidación provisional positiva y no se ha atendido al requerimiento de pago efectuado, con el fin de asegurar las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

Conforme consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, en la liquidación practicada se declaró al Sr. M.M. presunto responsable de un alcance de fondos públicos y se le requirió para que afianzara el importe a que ascendía su presunta responsabilidad junto con los intereses, y al no haber atendido el requerimiento de pago efectuado se dictó Providencia acordando el embargo de sus bienes y derechos. Posteriormente, con fecha 9 de septiembre de 2021, se ordenó el embargo de dos vehículos de su propiedad.

Con fecha 13 de octubre de 2021, la Delegada Instructora remitió escrito a la Sala de Justicia informando que no se había efectuado el mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad de bienes muebles de Valencia, siendo la última actuación de la pieza separada, la providencia de embargo específica de los vehículos y su notificación al Ayuntamiento de Gandía y al presunto responsable Don G.J.M.M. En definitiva, que el embargo de los vehículos que se relacionan en la citada resolución no ha llegado a ejecutarse.

En el presente caso, el embargo de los vehículos propiedad de Don G.J.M.M., fue acordado por la Delegada Instructora en la correspondiente pieza de embargo, cuando había recaído Sentencia firme absolutoria en el procedimiento de reintegro por alcance seguido contra el Sr. M.M., resultando desvirtuadas, por tanto, la finalidad jurídica perseguida por el Ordenamiento Jurídico contable en el artículo 47.1 g) de la LFTCu, así como la propia naturaleza de la medida cautelar acordada.

Resulta, por tanto, que en la tramitación de las actuaciones previas la Instructora ha dado fiel cumplimiento a lo establecido en el artículo 47 de la LFTCu, y no se ha causado indefensión al recurrente, en primer lugar porque no se le ha privado del derecho a la defensa, toda vez que la providencia de embargo de bienes le fue notificada y ha presentado el presente recurso en el que ha realizado las alegaciones que ha tenido por conveniente y, en segundo lugar, porque ningún perjuicio real y

efectivo se ha causado a sus intereses, ya que el embargo acordado nunca llegó a materializarse, como se acredita en el escrito remitido por la Instructora.

OCTAVO.- La parte recurrente ha solicitado que se dicte resolución por la que se dejen sin efecto los embargos ordenados sobre los vehículos propiedad de su representado.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, a la vista del estado del procedimiento de reintegro número 36/20 al que hace referencia el recurrente, y en el que efectivamente había recaído sentencia de fecha 27 de julio de 2021, que desestimaba las demandas contra él dirigidas, en un pronunciamiento que no había sido objeto de apelación, interés dejar sin efecto el embargo de los bienes de Don G.J.M.M. ordenado en las Actuaciones Previas 3/2021. Por ello, propuso que se pusiera en conocimiento del Delegado Instructor la solicitud formulada por el recurrente a los efectos oportunos.

A la vista de lo actuado, teniendo en cuenta que se ha dictado sentencia en la que se han desestimado las demandas de responsabilidad contable formuladas contra el Sr. M.M., y que dicho pronunciamiento es firme, procede dejar sin efecto la Providencia de embargo de fecha 9 de septiembre de 2021 dictada en las Actuaciones Previas nº 7/18 por la Delegada Instructora, sobre los vehículos propiedad de Don G.J.M.M.

El artículo 67 de la LFTCu regula las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades contables que pudieran decretarse en los procedimientos jurisdiccionales contables, cuyo apartado 1 remite para su adopción a los casos y formas determinados en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En el presente caso, al haberse sustanciado el procedimiento de reintegro y haber concluido mediante sentencia - dictada por el Excmo. Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento- absolutoria, y firme, respecto del Sr. M.M., corresponderá por tanto conforme a lo establecido en el citado artículo 67 de la LFTCu en relación con el artículo 745, párrafo primero, de la LEC, que por el referido Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento se deje sin efecto la providencia de embargo de bienes de fecha 9 de septiembre de 2021 adoptada por la Delegada Instructora sobre los vehículos propiedad de Don G.J.M.M., para lo que se remitirá al mismo la presente resolución.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, esta Sala de Justicia considera que procede desestimar el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu presentado por la representación legal de Don G.J.M.M., al no concurrir en la tramitación de las Actuaciones Previas ninguna de las circunstancias previstas expresamente en el citado artículo para que pueda ser estimado, sin perjuicio de lo indicado en el Fundamento Jurídico Octavo.

En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala de Justicia (por todos, Auto nº 35/2021, de 27 de octubre), 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 FALLO.

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- 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 Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Sabater Ferragud, en nombre y representación de Don G.J.M.M. contra la Providencia de fecha 9 de septiembre de 2021, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 7/18 del ramo Sector Público Local (Ayuntamiento de Gandía), VALENCIA, por la que se acordó decretar el embargo de los vehículos propiedad del Sr. M.M.

SEGUNDO.- Remitir al Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento testimonio de la presente resolución, a los efectos indicados en el Fundamento Jurídico Octavo.

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.

Auto nº 8/2022, de 11 de mayo. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 42/21, Actuaciones Previas nº 87/19, Ramo: Sector Público Estatal (Inf. Fisc. subvcs. ayuda al desarrollo. AECID. Ej. 2016. Fund. Centro Cult. España), Córdoba. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández

Resumen de doctrina:

Los recurrentes impugnan la providencia de embargo de bienes y derechos y solicitan su anulación, al considerar que se les ha producido indefensión por no haberse suspendido los efectos de la Liquidación Provisional.

La Sala destaca que en las Actuaciones Previas, la Delegada Instructora realizó las siguientes diligencias: Liquidación Provisional; requerimiento del pago, depósito o afianzamiento de la cantidad supuestamente alcanzada más los intereses; apertura de la pieza separada de embargo para la práctica de las diligencias oportunas, así como el embargo genérico de bienes y derechos de los presuntos responsables al no haber sido atendido el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento realizado.

La Delegada Instructora dio respuesta a las solicitudes de suspensión del plazo para la presentación de garantías planteadas, motivando su decisión, en que procedía la continuación de la tramitación del afianzamiento al no constar acreditado el ingreso efectivo del importe objeto de reintegro en la cuenta titularidad del Banco de España, ni de la AECID ni en la cuenta de consignación del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento al que ha correspondido este asunto.

En cuanto a la petición de los recurrentes de suspender el apremio en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprobó el RGR, pone de manifiesto que sólo se podrá acceder a la misma si la Sala apreciara indefensión, circunstancia que no concurre en el presente caso, y el mero error material cometido en la Providencia recurrida -al haberse decretado el embargo de bienes y derechos no de la que figura como presunta responsable contable en el Acta de Liquidación Provisional sino de su representante legal- no vulnera el artículo 24 de la Constitución.

Por último, respecto al archivo de las actuaciones que solicitaron los recurrentes por haber reintegrado el importe del presunto alcance en los fondos de la AECID y el sobreseimiento que el Ministerio Fiscal pretende que se decrete por la misma causa, resulta obligado resaltar que ambas cuestiones exceden de la competencia que tiene atribuida la Delegada Instructora en la fase de Actuaciones Previas, así como de la que corresponde a la Sala de Justicia en la resolución de los recursos interpuestos en virtud del artículo 48 de la LFTCu.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 8/2022

ASUNTO: Recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 42/21 Actuaciones Previas n° 87/19 Sector Público Estatal (Inf. Fisc. subvcs. ayuda al desarrollo. AECID. Ej. 2016. Fund. Centro Cult. España), Córdoba)

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.

En el recurso referenciado, la Sala de Justicia, integrada como se expresa al margen, 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, por Doña C.C.J. y Don A.L.G., Secretaria General y Director de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), respectivamente, contra la Providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 16 de noviembre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas n° 87/19, Sector Público Estatal (Inf. Fisc. subvcs. ayuda al desarrollo. AECID. Ej. 2016. Fund. Centro Cult. España-Córdoba).

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 Acta de Liquidación Provisional de las Actuaciones Previas n° 87/19, suscrita el 20 de octubre de 2021, la Delegada Instructora concluyó que:

- 1- Se consideraban presuntos responsables directos y solidarios de un supuesto alcance en los caudales de la AECID a Don I.M.L., a la Fundación Centro

Cultural España-Córdoba, en cuya representación actuó Doña F.M., a Doña C.C.J., Secretaria General de la AECID y a Don A.L.G., Director de la AECID, por la falta de justificación de una subvención concedida, por Resolución del Director de la AECID de 14 de marzo de 2016, a la Fundación Centro Cultural España-Córdoba (FCCEC).

- 2- El citado presunto alcance se cifra en 12.513,13 €, cantidad a la que había que sumar los correspondientes intereses legales calculados, de manera previa y provisional, y que ascienden a 2.316,05 €, lo que da una cantidad total de CATORCE MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (14.829,18 €), de los cuales responden directa y solidariamente los precitados.

SEGUNDO.- La Delegada Instructora de las referidas Actuaciones Previas, por Providencia de 16 de noviembre de 2021, acordó el embargo de bienes y derechos de Doña F.M., Don I.M.L., Doña C.C.J. y Don A.L.G., en cantidad suficiente para cubrir el mencionado presunto alcance, al no haberse atendido los requerimientos de pago efectuados por Providencia de 20 de octubre de 2021 en el plazo concedido al efecto, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

TERCERO.- Con fecha de 25 de noviembre de 2021 se recibieron, en el Registro General de este Tribunal, escritos de Doña C.C.J. y Don A.L.G., por el que cada uno de ellos interponía el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra la Providencia de embargo de bienes y derechos, que les fue notificada el 18 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 10 de diciembre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 42/21, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y remitir oficio, a la Delegada Instructora, en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación de los recursos interpuestos.

Con fechas 10 y 11 de enero de 2022 se recibieron en esta Sala los antecedentes necesarios para la tramitación de los recursos.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 13 de enero de 2022, la Secretaria de esta Sala acordó dar traslado de copia de los recursos a todos los citados al Acta de 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:

-El Abogado del Estado, de fecha de 17 de enero de 2022, por el que impugnaba los recursos interpuestos.

-Don A.L.G. y Doña C.C.J., ambos de fecha 17 de enero de 2021 y de contenido idéntico, por los que manifestaban su conformidad con la solicitud de anulación de la providencia de embargo sobre la base de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expresados en sus respectivos recursos y ponían en conocimiento de esta Sala las circunstancias siguientes:

1) Con posterioridad a la interposición de sus respectivos recursos, quedó acreditada, de manera manifiesta e inequívoca, la ausencia de cualquier tipo de responsabilidad contable, ya que constan remitidos a la Delegada Instructora, el 29 de noviembre y el 13 de diciembre de 2021, certificado de la Directora del Centro Cultural de España en Buenos Aires acreditativo de la recepción, en la cuenta bancaria de la AECID, del reintegro por parte de la FCCEC de la subvención de 2016, y de su ingreso en el Banco de España el 2 de diciembre de 2021.

2) Por Providencia, de 27 de diciembre de 2021, de la Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento se acordó el emplazamiento de las partes y se ordenó la publicación de edictos en el procedimiento de reintegro por alcance nº A204/2021. El contenido de dicha resolución supone un claro perjuicio tanto para la AECID como para ellos, ya que se han visto obligados a actuar en su propia defensa, interponiendo recurso de reposición contra la precitada Providencia y dirigiendo escrito a la Delegada Instructora para que procediera al archivo del expediente, dejara sin efecto el Acuerdo de Embargo y dirigiera a la Consejera del Departamento Primero el expediente completo, incluido las comunicaciones de 29 de noviembre y 13 de diciembre de 2021.

-El Ministerio Fiscal, de fecha 27 de enero de 2022, en el que puso de manifiesto que la Delegada Instructora había cumplido escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, por lo que se oponía a los recursos interpuestos e interesaba la confirmación de la resolución impugnada.

SEXTO.- Recibidos los documentos remitidos por la Unidad de Actuaciones Previas, en los que consta, entre otros, Certificado de la Jefa del Departamento de Gestión Económica, Financiera y Presupuestaria de la AECID, de 2 de diciembre de 2021, acreditativo del ingreso correspondiente al reintegro relacionado con la subvención XXXX/YYY/XXXXXXXXXX concedida a la FCCEC, la Secretaria de esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2022, acordó su traslado a los citados al Acta de Liquidación Provisional, a efectos de que

pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes en un plazo común de cinco días.

En el plazo de alegaciones otorgado se recibieron escritos de:

- El Abogado del Estado, de 1 de febrero de 2022, por el que se remitía a su escrito anterior, señalando que resulta evidente que las presuntas responsabilidades, que dieron origen a las actuaciones previas, habían sido ya reintegradas mediante las correspondientes transferencias realizadas ante las dificultades sufridas para el buen fin de la originaria transferencia realizada por la Fundación obligada al reintegro el 12 de octubre de 2021, que por las restricciones de movimientos de capitales impuestas por el Gobierno argentino no se llegó a hacer efectiva, y que debe tenerse en cuenta que ese primer intento de transferencia, abortado por razones extrañas a la voluntad de las partes interesadas, se produjo antes de la Liquidación Provisional, dictada el 20 de octubre de 2021.

- El Ministerio Fiscal, de 7 de febrero de 2022, por el que solicitaba que se dejara sin efecto su escrito anterior, porque consideraba que, a la vista del certificado por el que se acredita el reintegro del principal e intereses, debe anularse el embargo de bienes acordado, y, por ello, se adhiere a los recursos formulados e interesa el sobreseimiento de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.1. c) de la LFTCu.

- Don A.L.G. y Doña C.C.J., ambos de fecha 3 de febrero de 2022 y de contenido idéntico, por los que solicitan la anulación de la providencia recurrida, una vez acreditado el ingreso del reintegro por la entidad obligada al mismo en periodo voluntario de pago, y así facilitar una resolución favorable del recurso de reposición interpuesto ante el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y el archivo del expediente de reintegro por alcance.

SÉPTIMO.- Concluido el recurso, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 10 de febrero de 2022 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que se preparase la pertinente resolución, procediéndose el 17 de febrero de 2022 a la remisión de los mismos, conforme consta en la diligencia expedida en esa fecha.

OCTAVO.- En la tramitación de los recursos se han observado las prescripciones legales establecidas.

NOVENO.- Por Providencia de 21 de abril de 2022, se acordó señalar para votación y fallo de los presentes recursos, rollo nº 42/2021, el día 9 de abril de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El conocimiento y resolución de los recursos interpuestos, rollo n° 42/21, corresponde a esta Sala de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- Doña C.C.J. y Don A.L.G., en sus correspondientes escritos de recurso, de contenido idéntico, impugnan la providencia de embargo de bienes y derechos dictada el 16 de noviembre de 2021 (que les fue notificada el 18 de noviembre), por la Delegada Instructora, y solicitan su anulación, al considerar que se les ha producido indefensión por no haberse suspendido los efectos de la Liquidación Provisional. Fundamentan esta consideración en las siguientes alegaciones:

- La Delegada Instructora no atendió a los razonamientos planteados en la comparecencia previa a la Liquidación Provisional por los ahora recurrentes, por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal de que, existiendo constancia de la disposición de fondos realizada por la Fundación obligada al reintegro, se dejaran abiertos los efectos de aquélla, es decir, el requerimiento del depósito o afianzamiento a los presuntos responsables hasta que se hubiera podido acreditar que se había ingresado el importe del supuesto alcance en la cuenta de la AECID.
- La FCCEC obligada al reintegro había realizado una transferencia bancaria del importe del presunto alcance y si los fondos no habían sido ingresados en la cuenta de la AECID era por motivos relacionados con la situación financiera de Argentina, en la que se había impuesto un régimen especial para autorizar las transferencias de crédito al exterior.
- Se debe suspender el apremio en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación (RGR), no sólo porque la Providencia contiene un error material al decretar el embargo de bienes y derechos de Doña F.M., que es únicamente la representante legal de la FCCEC y no ha sido considerada presunta responsable, sino porque consta acreditado que dicha Fundación ha realizado una transferencia bancaria a la AECID del importe del supuesto alcance.

TERCERO.- En el trámite de alegaciones conferido por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 13 de enero de 2022, como se ha puesto de manifiesto en el Antecedente de Hecho Quinto de esta resolución, el Abogado del Estado no impugnó los recursos formulados, dado que había solicitado la suspensión de los efectos del requerimiento de depósito o afianzamiento hasta que se resolvieran los problemas de autorización de la transferencia de la AECID que en esos momentos se estaba tramitando, al existir constancia de la disposición de fondos

realizada por la Fundación obligada al reintegro. A su juicio, la Providencia no debería haber producido efectos hasta que se hubiera resuelto la situación acreditada en estas actuaciones debido al tráfico de capitales en Argentina, que retrasó la llegada de los fondos y la reparación del perjuicio.

El Ministerio Fiscal, por su parte, inicialmente se opuso a las impugnaciones planteadas, al considerar que, aunque la Fundación obligada al reintegro había acreditado el pago de la cantidad requerida, no se había podido constatar el abono de ese importe en las cuentas de la AECID, debido al régimen impuesto en Argentina para realizar transferencias al exterior. Sin embargo, a la vista de la documentación remitida en la que se acreditaba el reintegro del principal y los intereses, se adhirió a los recursos formulados y solicitó dejar sin efecto la práctica del embargo acordado y que se decretara el sobreseimiento de las actuaciones.

CUARTO.- Para resolver si se ha producido la indefensión que señalan los impugnantes -uno de los motivos admitidos por el artículo 48 de la LFTCu para la interposición de recursos contra las resoluciones dictadas en las actuaciones prevenidas en el artículo 47 de dicho texto legal-, resulta obligado determinar cuáles son las atribuciones que el precitado artículo otorga a los Delegados Instructores.

La función del Delegado Instructor, según dicho artículo, es dilucidar si los hechos objeto de las Actuaciones Previas son o no constitutivos de alcance o de malversación contable en los términos previstos en el artículo 72 de la LFTCu y determinar quienes sean los presuntos responsables por ser los encargados del manejo y custodia de los caudales o efectos alcanzados, reflejando todo ello en la Liquidación Provisional. A continuación, si la Liquidación practicada fuera positiva, requerir a los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance, más el cálculo de los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo. Y en el supuesto de que no fuera atendido dicho requerimiento, proceder al embargo de los bienes en los términos establecidos en el RGR.

Partiendo de lo anterior, hay que destacar que en las Actuaciones Previas de referencia, la Delegada Instructora realizó las siguientes diligencias:

- 1- Liquidación Provisional de fecha 20 de octubre de 2021, en la que, como se ha puesto de manifiesto en el Primer Antecedente de Hecho de esta resolución, que se da aquí por reproducido, cifró el supuesto alcance originado a los fondos públicos de la AECID, determinando los presuntos responsables del mismo.
- 2- Requerimiento, por Providencia 20 de octubre de 2021, a los presuntos responsables indicados en la Liquidación Provisional del pago, depósito o afianzamiento de la cantidad supuestamente alcanzada más los intereses, a la vista de que no constaba documentación soporte de la efectividad del ingreso en

el Banco de España del importe objeto del presunto alcance, que había solicitado a la AECID por oficio de 18 de octubre de 2021.

- 3- La apertura de la pieza separada de embargo para la práctica de las diligencias oportunas, así como el embargo genérico de bienes y derechos de los presuntos responsables, por sendas Providencias de fecha 16 de noviembre de 2021, al no haber sido atendido el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento realizado.

Con anterioridad al dictado de las últimas Providencias citadas, ante las solicitudes de suspensión de los efectos de la Liquidación Provisional, planteadas por los ahora recurrentes y por el Abogado del Estado, por la emisión de una certificación de la Jefa del Departamento de Gestión Económica, Financiera y Presupuestaria, en la que se indicaba que, con fecha 20 de octubre de 2021 el Banco de Galicia, con sede en Argentina, había informado que la operación de transferencia al exterior presentada por la FCCEC era conforme y se encontraba en proceso de liquidación; la Delegada Instructora, por escritos de 12 y 15 de noviembre de 2021, señaló que no constaba acreditado el ingreso efectivo del importe del presunto alcance en la cuenta titularidad del Banco de España, ni en la de la AECID, ni en la Cuenta del Depósitos y Consignaciones Judiciales del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, a quien correspondería la resolución del procedimiento jurisdiccional que se incoara. Por ello, indicó que procedía continuar con la tramitación del afianzamiento en cualquiera de las formas legalmente admitidas de acuerdo con lo establecido en la LFTCu y que aquél se realizaba para asegurar los derechos de la Hacienda Pública.

De lo anteriormente señalado, esta Sala deduce que las actuaciones realizadas por la Delegada Instructora se han ajustado plenamente a los cauces del artículo 47 de la LFTCu, por lo siguiente:

- Las actuaciones previas son preparatorias del ulterior proceso jurisdiccional que conocerá de las pretensiones de responsabilidad contable. Este tipo de responsabilidad, que se ventila en esta jurisdicción, tiene un carácter patrimonial y reparatorio; su finalidad es, por tanto, conseguir el resarcimiento de los fondos públicos alcanzados. El contenido de la responsabilidad contable consiste estrictamente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.
- El reintegro del daño originado a la AECID por la falta de justificación de la subvención concedida a la FCCEC para ayuda al desarrollo, objeto de las Actuaciones Previas nº 87/19, al que se refieren los impugnantes en sus respectivos escritos de recurso, se produjo el 2 de diciembre de 2021, según consta en el Certificado emitido por la Jefa del Departamento de Gestión Económica, Financiera y Presupuestaria el 3 de diciembre de 2021, obrante en

la causa, es decir, quince días después de que se dictara la Provincia de embargo de bienes y derechos (16 de noviembre de 2021).

Por lo expuesto, este Órgano no puede compartir que se haya producido la indefensión que alegan los recurrentes. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 40/2020, de 27 de febrero), la indefensión surge cuando se priva a una parte de su potestad de alegar o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias. Ahora bien, 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 (Sentencia 178/1998, de 14 de septiembre), y, asimismo, el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho.

En el presente caso, la Delegada Instructora, por escrito de 12 de noviembre de 2011, conforme se reconoce en el Antecedente de Hecho Undécimo de los respectivos escritos de recurso, dio respuesta a las solicitudes de suspensión del plazo para la presentación de garantías planteadas por Doña C.C.J. y Don A.L.G., motivando su decisión, en que procedía la continuación de la tramitación del afianzamiento al no constar *acreditado el ingreso efectivo del importe objeto de reintegro en la cuenta titularidad del Banco de España, ni de la AECID ni en la cuenta de consignación del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento al que ha correspondido este asunto*.

Resulta obligado resaltar que la resolución de la Delegada Instructora de la no suspensión del plazo de constituir la garantía, solicitada el 8 de noviembre de 2021 como se indica en el Antecedente de Hecho Noveno de los recursos formulados, es la adecuada y se ajusta a lo dispuesto en el artículo 47.1. de la LFTCu, máxime si se tiene en cuenta el Informe emitido por la Embajada de España en Buenos Aires, relativo al ingreso del reintegro efectuado por la FCCEC, en el que se describía la situación bancaria y monetaria en Argentina y se indicaba que la cantidad abonada por la FCCEC en concepto de reintegro se encontraba “atrapada” en el sistema bancario argentino, estando la operación de ingreso en la cuenta de la AECID supeditada a las vicisitudes del “cepo cambiario”. Ante la situación descrita, y no constar la efectiva reparación del daño causado a los fondos de la AECID, la Delegada Instructora inició la tramitación de las medidas cautelares para garantizar la indemnidad de los fondos públicos alcanzados y asegurar la efectividad, en su caso, de un pronunciamiento futuro en sede jurisdiccional.

QUINTO.- En cuanto a la petición de los recurrentes de que se debe suspender el apremio en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprobó el RGR, se ha de poner de manifiesto lo siguiente:

- 1- El artículo 73 del precitado RGR regula la posible suspensión del procedimiento de apremio como consecuencia de la interposición de un recurso o reclamación económico-administrativa o cuando el interesado demuestre, entre otros supuestos, la existencia de error material, aritmético o de hecho en la deuda o que esta hubiera sido ingresada. Ahora bien, las resoluciones dictadas en la fase de Actuaciones Previas sólo son susceptibles de del recurso del artículo 48 de la LFTCu, por los motivos tasados en el mismo, a saber, porque no se procediera por parte del Delegado Instructor a completar las diligencias que los comparecientes señalaren o que se causara indefensión.
- 2- El artículo 47.1 g) de la LFTCu preceptúa que el embargo de los bienes se realizará en los términos establecidos en el RGR, es decir, aplicando lo dispuesto en la Subsección 3ª (Normas sobre Embargos), artículos 75 y siguientes del citado RGR.

Por lo tanto, sólo se podrá acceder a la petición de suspensión de la Providencia de embargo de bienes y derechos, objeto de los recursos interpuestos, si esta Sala apreciara que por su dictado se hubiera podido producir una indefensión a Doña C.C.J. y a Don A.L.G., porque la finalidad del recurso del artículo 48 de la LFTCu, como los que se han interpuesto, no es conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que pudieran impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Como afirman los recurrentes, la Providencia recurrida contiene un error, al haberse decretado el embargo de bienes y derechos no de la FCCEC, que figura como presunta responsable contable en el Acta de Liquidación Provisional suscrita el 20 de octubre de 2021, sino de su representante legal Doña F.M. Ahora bien, el defecto observado, no puede considerarse que vulnere el artículo 24 de la Constitución, porque, como ha venido señalando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de septiembre de 2007), *“la indefensión, como vicio procedimental invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal y debe haber dejado al afectado en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse, con exposición de cual hubiera sido la situación a la que podría haberse llegado de cumplirse los requisitos legales”*.

Según el Tribunal Constitucional (por todas Sentencia 233/2005, de 26 de septiembre), 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 denuncia y esta situación no se ha producido en el supuesto que nos ocupa, no sólo para Doña F.M., sino para el resto de los declarados presuntos responsables, entre los que se encuentran la Sra. C. y el Sr. L., por lo siguiente:

- La Providencia dictada por la Delegada Instructora, objeto de los recursos interpuestos, acordó un embargo genérico de bienes y derechos, similar al contenido especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del RGR. Este precepto distingue esta figura de las trabas específicas y concretas detalladas en los artículos siguientes 78,79, 80, 81, 82 y 83 del citado RGR (dinero en efectivo o de cuentas abiertas en entidades de crédito, valores, otros créditos, efectos o derechos, saldos, salarios o pensiones y bienes inmuebles y de derechos sobre éstos).
- Conforme consta en las actuaciones, los efectos de la resolución dictada se limitaron a solicitar, el 22 de noviembre de 2021, al Servicio de Índices del Registro Centralizado, información sobre los bienes inmuebles o derechos reales que figurasen inscritos a nombre de los presuntos responsables. En ningún momento se procedió a realizar traba alguna ni embargos concretos sobre salarios, cuentas bancarias e inmuebles para garantizar el supuesto alcance fijado en la Liquidación Provisional, por importe de 14.829.18 €, de los cuales 12.513,13 € correspondían al principal y 2.316,05 €, a intereses.
- El embargo genérico de bienes y derechos realizado no ha producido efecto alguno, ya que con anterioridad a que se procediera a decretar las trabas concretas de bienes y derechos de los presuntos responsables, uno de ellos, la FCCEC, procedió a reintegrar los fondos menoscabados en las cuentas de la AECID.
- Los recurrentes han tenido la posibilidad de alegar todo aquello que han considerado oportuno en la fase de Actuaciones Previas, han recibido adecuada respuesta a todas sus argumentaciones y han utilizado los recursos legalmente establecidos para defender sus planteamientos, como han hecho a través de las impugnaciones interpuestas, objeto de esta resolución.

SEXTO.- Por último, respecto al archivo de las actuaciones que solicitaron los recurrentes a la Delegada Instructora, por escrito de 2 de enero de 2022, por haber reintegrado la FCCEC el presunto alcance en los fondos de la AECID y el sobreseimiento que el Ministerio Fiscal pretende que se decrete por la misma causa, resulta obligado resaltar que ambas cuestiones exceden de la competencia que tiene atribuida la Delegada Instructora en la fase de Actuaciones Previas, así como de esta

Sala de Justicia en la resolución de los recursos interpuestos en virtud del artículo 48 de la LFTCu.

En efecto, el sobreseimiento se encuentra regulado en el Capítulo X, artículo 79, de la LFTCu, como modo de terminación de los procedimientos jurisdiccionales, señalando el apartado 1.c) de dicho artículo que procederá aquél 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 y que, antes de decretarlo, el órgano de la jurisdicción contable que entendiere del asunto oír, por plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas.

Corresponderá, por tanto, a la Consejera titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, a quien se ha turnado el procedimiento, una vez reintegrado el presunto alcance producido en los fondos de la AECID, decretar el sobreseimiento del procedimiento de reintegro y, en consecuencia, su archivo, circunstancia que se ha producido por Auto de 25 de abril de 2022.

SÉPTIMO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho de esta resolución, esta Sala de Justicia considera que procede desestimar los recursos formulados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LFTCu, por Doña C.C.J. y Don A.L.G., Secretaria General y Director de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), respectivamente, contra la Providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 16 de noviembre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas nº 87/19.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no cabe 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 los recursos interpuestos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por Doña C.C.J. y Don A.L.G., Secretaria General y Director de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), respectivamente, contra la Providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 16 de noviembre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas nº 87/19, Sector Público Estatal (Inf. Fisc. subvcs. ayuda al desarrollo. AECID. Ej.2016. Fund. Centro Cult. España-Córdoba).

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.

Auto nº 9/2022, de 11 de mayo. Recurso del Art. 48.1 nº 43/21, Actuaciones Previas nº 127/20, Ramo: Administración Seguridad Social (Inf. Fisc. s/ gestión y control de pagos personal mutuas colaboradoras S.S., Ej. 2017 – Activa Mutua), Madrid. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Una vez expuestas las posturas procesales de las partes y analizado el contenido del recurso presentado, la Sala pone de manifiesto que aunque formalmente el recurrente alegue que se ha producido indefensión, a lo que realmente se opone es al fondo de la controversia suscitada, al criterio manifestado por el órgano instructor a la hora de determinar, de modo previo y provisional, la responsabilidad contable.

La representación de la parte recurrente defiende que la unidad administrativa que dirigía su mandante no tenía capacidad de decisión, ni de información en general, ya que no podía determinar el presupuesto interno; tan sólo tramitaba los presupuestos agregados de la Mutua en función de la extrapolación del gasto agregado histórico, con las concreciones y limitaciones que el Director Gerente efectuaba, consistiendo dicha función en el pago material de las cantidades, una vez aprobado el gasto y ordenado el pago.

El mecanismo de impugnación contemplado en el artículo 48.1 de la LFTCu no es el adecuado para conocer del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable sino únicamente para revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar sus posibilidades de defensa.

La Sala considera que no se ha causado perjuicio alguno en la posición jurídica y defensa del recurrente ya que, tanto antes de la comparecencia para la práctica de la Liquidación Provisional, como durante el desarrollo de la misma, tuvo plenas posibilidades de realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación, con independencia de que pueda legítimamente discrepar del contenido del acta de liquidación y de las razones que han llevado a la Instructora, en cumplimiento del artículo 47 de la citada LFTCu, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento necesarias.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 9/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 43/21, Actuaciones Previas n° 127/20. Ramo: Admón. Seguridad Social (Inf. Fisc. s/gestión y control pagos personal mutuas colaboradoras S.S, Ej. 2017. A.M.), MADRID.

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. Don Diego Iñiguez 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

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 los Letrados Don Alberto Palomar Olmeda y Don Andrés Gimeno Martín, actuando en nombre y representación de Don J.A.A.F. contra la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 22 de noviembre de 2021, dictada por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas n° 127/20 del ramo Admón. Seguridad Social (Inf. Fisc. s/gestión y control pagos personal mutuas colaboradoras S.S, Ej. 2017. A.M.), MADRID.

Han sido partes recurridas la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social Don Juan Andrés Ruiz Díaz y el Ministerio Fiscal.

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.- La Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 127/20, del ramo y lugar anteriormente señalados, dictó la Providencia de fecha 22 de noviembre de 2021 que, de modo literal, acordó lo siguiente:

*“...Habiéndose practicado el 22 de noviembre de 2021 Liquidación Provisional en las Actuaciones Previas anotadas al margen, y resultando la existencia de un presunto alcance por un importe total de **TREINTA Y SEIS MIL SESENTA Y TRES EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (36.063,74 €)** de los que corresponden 32.293,48 € al principal y 3.770,26 € a los intereses de demora, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, acuerdo requerir como presuntos responsables **solidarios a Don M.A.P.T.**, con DNI nº XXXXXXXXXY; **Don F.P.R.**, con DNI nº XXXXXXXXXY y **Don J.A.A.F.**, con DNI nº XXXXXXXXXY, por la cuantía total de **36.063,74 € (32.293,48 € de principal más 3.770,26 € de intereses)**.../... A todos ellos para que reintegren, depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas y en el plazo de quince días hábiles contados desde la notificación de esta resolución, el importe provisional del alcance más los intereses, bajo apercibimiento, en caso de no atender este requerimiento, de proceder al embargo de sus bienes...”*

SEGUNDO.- Contra la citada Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 22 de noviembre de 2021, los Letrados Don Alberto Palomar Olmeda y Don Andrés Gimeno Martín, actuando en nombre y representación de Don J.A.A.F., interpusieron recurso del art. 48.1 de la LFTCu, por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas en fecha 26 de noviembre de 2021, por el que, en mérito a los razonamientos que después se expresarán, solicitó que por esta Sala de Justicia se dictara resolución por la que se revocara la Providencia recurrida, acordando el archivo de las actuaciones.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 10 de diciembre de 2021, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, con el nº 43/21, nombrar ponente 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 10 de enero de 2022 se dictó Diligencia de Ordenación, en la que se informó de la recepción de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso, y acordó dar traslado de copias del recurso, concediéndose un plazo de cinco días a todos los citados a la Liquidación Provisional a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 13 de enero de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido en la citada Diligencia de Ordenación y, tras argumentar acerca de los motivos expuestos por la parte recurrente, interesó la desestimación del recurso interpuesto, por no estar basado en ninguno de los motivos que autorizan su interposición.

SEXTO.- Con fecha 17 de enero de 2022, se recibió en el Registro General de este Tribunal de Cuentas, escrito de la representación Letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que, tras alegar los motivos que entendió procedentes, solicitó la desestimación del recurso formulado con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- No han realizado alegaciones, en este trámite de recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, el resto de los intervinientes en la Liquidación Provisional, pese a haber sido notificados en legal forma.

OCTAVO.- Concluida la tramitación del presente recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 21 de enero de 2022, se acordó que pasaran las actuaciones a la Excm. 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 2022.

NOVENO.- Mediante Providencia de fecha 29 de abril de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 9 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

DÉCIMO.- 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 ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta Resolución, el día 22 de noviembre de 2021 se practicó por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 127/20, Liquidación Provisional en la que se declaró de manera previa y provisional la presunta responsabilidad contable directa y solidaria de Don J.A.A.F., Don M.A.P.T. y Don F.P.R. En esa misma fecha, se dictó Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más los intereses correspondientes, todo ello, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase

jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que se pudiera incoar al efecto.

TERCERO.- Contra la Providencia de requerimiento de pago, ha interpuesto la representación legal de Don J.A.A.F. recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

La parte recurrente ha articulado su impugnación en cinco alegaciones que se resumen a continuación.

- En el primer motivo de recurso identifica el objeto de su recurso contra la meritada Providencia de 22 de noviembre de 2021, por considerarla contraria a Derecho y haber generado indefensión a su representado.
- En el segundo motivo hace resumen de antecedentes.
- En el motivo tercero, desarrolla la doctrina de esta Sala de Justicia, acerca de la naturaleza jurídica del recurso prevenido en el artículo 48 de la LFTCu con análisis del Auto de esta Sala nº 4/2019, de 20 de marzo.
- Analiza la parte recurrente la indefensión que, a su juicio, afecta al expresado Sr. A.F. Alega que la imputación de presunta responsabilidad contable se basa en un error material en el juicio emitido por la Delegada instructora, por incumplimiento de una obligación inexistente que dicho órgano instructor impone al Subdirector de Gestión Financiera y Director del Área Económico-Financiera de A.M. 2008. Considera que en las Actuaciones Previas 127/20 no se individualiza la esencia de la responsabilidad, por cuanto sin el elemento de culpabilidad no puede haber responsabilidad y no se ha probado ni siquiera indiciariamente que la actuación de su mandante se haya alejado de las normas de la Mutua, que son las que atribuyen la competencia en la autorización del gasto y la ordenación material del pago a otras Áreas.
- Manifiesta que la función desarrollada por la unidad que dirigía el recurrente es consecuencia de la función de dirección de otros. Dicha función consistía, meramente, en el pago material de cantidades, una vez aprobado el gasto y ordenado el pago, sin que el Sr. A.F. tuviera acceso a la documentación de soporte, ni a los expedientes de aprobación del gasto y ordenación de pago. Por tanto, la Subdirección económico-financiera no tenía capacidad de decisión (ni información, en general) ya que no podía determinar el presupuesto interno. Tan sólo tramitaba los presupuestos agregados de la Mutua, en función de la extrapolación del gasto agregado histórico, con las concreciones que el Director Gerente efectuaba y las limitaciones que establecía.

- Finalmente, la parte recurrente elabora sus conclusiones, destacando que, sin perjuicio de que en fases posteriores se podrá probar cuanto se ha aducido anteriormente, considera que el trámite realizado en la fase preparatoria no se ha revestido de las garantías suficientes para una mínima posición de defensa y ello tiene relevancia, tanto en el plano procesal, como personal y enlazado con su honorabilidad profesional. Se ha producido una relación bilateral del órgano instructor que no se ha notificado a la parte recurrente, ni en su petición, ni en su recepción y fruto de ese intercambio de documentación funda la responsabilidad en una actuación que en modo alguno puede considerarse culpable. Afirma que este no es un trámite menor, ni intrascendente, sino que exige proyección de los elementos centrales del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador y, en dichos procedimientos, sin una mínima vinculación con la culpabilidad (como ocurre en el caso presente) no hay responsabilidad. Es por ello por lo que pone de manifiesto la concurrencia de indefensión que afecta al recurrente, y que se ha infligido a su mandante una responsabilidad indiciaria que no le corresponde, y que no existe, porque no hay perjuicio a la hacienda pública en los términos interesados. Solicita, por ello, la estimación del recurso y el archivo de las actuaciones.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en su razonado informe, impugna el recurso formulado por la representación legal del Sr. A.F. y comienza por resumir los argumentos esgrimidos por ella para fundamentar su recurso.

En primer lugar, considera que es necesario atender al tenor literal del artículo 48.1 de la LFTCu que señala los requisitos para viabilizar el recurso, conforme a la doctrina de esta Sala de Justicia.

Mantiene que, el examen de las actuaciones permite comprobar que no ha existido denegación de diligencias, ni el acta de liquidación ha supuesto una minoración de las facultades de defensa del recurrente, no existiendo indefensión, en el sentido que a la misma atribuye la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, citando su Sentencia de 4 de junio de 2003. Consta en las actuaciones previas que el recurrente fue debidamente notificado y tuvo a su disposición, antes del acta de liquidación, para su examen y estudio, la totalidad del expediente, pudiendo aducir alegaciones y aportar cuantos elementos de juicio considerara que debían ser tenidos en cuenta.

La resolución recurrida no hace sino cumplir lo que establece el artículo 47 f) de la LFTCu, en cuanto a la obligación de pago, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance, más los intereses legales correspondientes, por lo que no cabe declarar que no procede embargo alguno en su contra, ni el archivo y posterior sobreseimiento, tal y como propone el recurrente.

Sentado lo anterior, entiende el Fiscal que, en el presente caso, no concurre ninguno de los dos tasados motivos que pudieran conducir a la estimación del recurso.

QUINTO.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social se opone al recurso, efectuando las siguientes alegaciones.

- En su primer motivo de oposición al recurso, hace relato de antecedentes fácticos y jurídicos respecto al objeto del litigio. Transcribe la consideración Decimotercera del acta de liquidación en la que se recogen las alegaciones efectuadas por el recurrente. De tales manifestaciones la parte recurrida extrae, como conclusiones, que consta acreditado, sin género de dudas, que en la tramitación de las actuaciones previas no se ha ocasionado indefensión alguna al recurrente, que ha tenido ocasión de alegar y defenderse de su imputación como responsable contable solidario, tanto en fase de alegaciones previas, formuladas el 8 de noviembre de 2021, como en el Acta de Liquidación Provisional practicada el 22 de noviembre de 2021, si bien sus pretensiones no han tenido favorable acogida en base a las consideraciones jurídicas efectuadas por la Delegada instructora del procedimiento, criterio que la representación Letrada de la Seguridad Social comparte.

Y, asimismo, considera acreditado que Don J.A.A.F., en función de las competencias inherentes a su cargo en A.M. 2008, resulta responsable solidario junto con la propia Mutua, el Director General y el Subdirector General, de las irregularidades contables detectadas, que han dado lugar a un saldo deudor injustificado en la cuenta de gestión de la Seguridad Social por importe de 32.293,48 euros más intereses.

- En el motivo segundo de oposición, la parte recurrida hizo exégesis de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, en relación a los rasgos que caracterizan el concepto jurídico de indefensión, afirmando, en consecuencia, que, en virtud de los pronunciamientos jurisprudenciales que cita, resulta evidente que el recurrente no ha sufrido indefensión alguna en la tramitación del expediente de actuaciones previas, puesto que ha tenido ocasión de defenderse, tanto en alegaciones previas, como durante el acto de la liquidación provisional.
- En su alegación tercera la parte recurrida indica que el recurso hace referencia a la responsabilidad de los funcionarios, cuestión que resulta ajena al caso que ahora nos ocupa.

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 (a través de un recurso anómalo o “per saltum”) 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 señalen; o 2) que la resolución recurrida causare indefensión.

Por ello, es preciso señalar que, por vía de este recurso no puede la Sala entrar a conocer de la calificación jurídico-contable del, o de los, presuntos responsables, ni respecto del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, puesto que 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 (LOTCu), y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento, tal y como ha quedado establecido como doctrina uniforme de esta Sala de Justicia, entre otros en el Auto nº 3/2016, de 8 de marzo.

SÉPTIMO.- Además, se debe precisar que 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, 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)...».

Por ello, y 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), 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).

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 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, a la práctica de la 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.

Asimismo, ha de adoptar, en el caso de que de la liquidación provisional se derive la presunta existencia de un perjuicio a los fondos públicos, las medidas cautelares

necesarias para garantizar la indemnidad de los fondos en una futura sentencia de condena. Esta Sala de Justicia 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 que persiga el aseguramiento de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

OCTAVO.- Una vez analizado el contenido del recurso presentado, se comprueba que, aunque formalmente alegue que se ha producido indefensión a su representado, a lo que realmente se opone es al fondo de la controversia suscitada, al criterio manifestado por el órgano instructor a la hora de determinar, de modo previo y provisional, la responsabilidad contable del Sr. A.F. en el presunto menoscabo económico infligido a las arcas públicas.

Como ha quedado expuesto en el Fundamento Tercero de esta misma Resolución, la parte recurrente discrepa de la valoración realizada por la Delegada instructora de las Actuaciones Previas nº 127/20, y considera que ha incurrido en error material en la determinación de las funciones desplegadas por Don J.A.A.F. Defiende que la unidad administrativa que dirigía su mandante no tenía capacidad de decisión, ni de información en general, ya que no podía determinar el presupuesto interno; tan sólo tramitaba los presupuestos agregados de la Mutua en función de la extrapolación del gasto agregado histórico, con las concreciones y limitaciones que el Director Gerente efectuaba, consistiendo dicha función en el pago material de las cantidades, una vez aprobado el gasto y ordenado el pago.

El mecanismo de impugnación contemplado en el artículo 48.1 de la LFTCu no se articuló por el Legislador para conocer del fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable sino únicamente para revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar sus posibilidades de defensa. De ahí que los motivos de impugnación no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en el citado artículo, es decir que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran” o que “se causare indefensión.

Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones

previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Por ello, dicho motivo de impugnación debe ser desestimado.

NOVENO.- También sostiene la recurrente que, sin perjuicio de que en fases posteriores se podrá probar cuanto se ha aducido anteriormente, el trámite realizado en la fase preparatoria no se ha revestido de las garantías suficientes para una mínima posición de defensa y ello tiene relevancia, tanto en el plano procesal, como personal y enlazado con su honorabilidad profesional.

Sin embargo, tal argumento también debe ser desestimado.

Prescindiendo de consideraciones que afectan al plano personal del recurrente, en especial a su honorabilidad profesional que, en ningún momento, se ha puesto en duda en las presentes actuaciones, del examen del expediente de las Actuaciones Previas se desprende, con claridad, que la Delegada Instructora cumplió con lo establecido en el artículo 47 de la LFTCu, y no se han limitado los medios de defensa, ni se ha producido vulneración del derecho material a la defensa del recurrente.

En este sentido, mediante la Providencia de 14 de octubre de 2021, se citó al recurrente para la celebración del acto de liquidación provisional, concediéndole un plazo para conocer lo actuado, alegar y aportar la documentación que estimara pertinente. Y precisamente es en ese acto cuando los interesados tienen la oportunidad de tomar conocimiento de cualquier elemento del expediente, sea conocido o no con anterioridad a la comparecencia, y formular ante el Delegado Instructor, las alegaciones que consideren oportunas en relación con los documentos que integran las correspondientes Actuaciones Previas.

La propia Sala de Justicia así lo ha reconocido, por todos en el Auto n° 7/2018, de 28 de febrero, que resolvió un supuesto análogo en los siguientes términos literales:

“[...] Por lo demás, conviene recordar también que, conforme al artículo 47.1 e) de la LFTCu, el momento legalmente oportuno para que los citados como presuntos responsables tengan acceso a las actuaciones y puedan formular alegaciones defensivas es el propio acto de la liquidación provisional por lo que basta con que en dicho acto se encuentre a disposición de los interesados el contenido íntegro de las actuaciones y se les permita consultarlas y formular alegaciones defensivas, lo que en el presente caso ha sucedido, para que deba descartarse que se haya producido una infracción legal determinante de indefensión [...]”.

Pero además de ello, como ha sido señalado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en sus respectivos escritos de oposición al recurso y consta debidamente acreditado en el expediente, el Sr. A.F. no sólo realizó alegaciones en su comparecencia en el acto de la liquidación, ante la Delegada instructora, sino también realizó alegaciones antes de dicho acto, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas el día 8 de noviembre de 2021, siendo recogidas y valoradas debidamente por la Instructora en el Acta de la liquidación provisional practicada el 22 de noviembre de 2021.

Por tanto, antes de la comparecencia para la práctica de la Liquidación Provisional, como durante el desarrollo de la misma, el recurrente tuvo plenas posibilidades de realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación, por lo que no procede estimar la alegación de indefensión, dado que no ha existido vulneración alguna, del derecho de defensa. Además, en el posterior procedimiento jurisdiccional podrá solicitar y practicar las pruebas que estime convenientes en defensa de sus derechos e intereses.

DECIMO.- Sostiene asimismo el recurrente que el expediente de Actuaciones Previas no es un trámite menor e intrascendente sino que es un trámite que exige proyección de los elementos centrales del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador y en ellos sin una mínima vinculación con la culpabilidad no hay responsabilidad, y que ha infligido a su mandante una responsabilidad indiciaria que no le corresponde.

Cabe recordar que las Actuaciones Previas tienen un carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, por lo que constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables, así como, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos procediendo, seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado. La Instructora, en las presentes actuaciones, ha cumplido expresamente con lo ordenado en el artículo 47 de la LFTCu.

Al manifestar el recurrente que las actuaciones previas son un trámite que exige proyección de los elementos centrales del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador, parece aludir implícitamente a la indefensión por haberse vulnerado el principio de presunción de inocencia. En relación con esta alegación, se hace preciso recordar que tampoco se produce vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia, ya que su aplicación sólo opera en el ámbito de los procesos penales o sancionadores y en absoluto en los que se examina la

conurrencia, o no, de la responsabilidad contable, que se configura como una subespecie de la responsabilidad civil, como el que nos ocupa, por lo que dicho motivo de impugnación no puede tener acogida.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, según tiene establecida, entre otras, en su Sentencia núm. 72/1991, de 8 de abril, *“ha de rechazarse la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia; la condena, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, 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; 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 que expresó anteriormente en su Sentencia núm. 73/1985, de 14 de junio, según la 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.”*

Dicha doctrina ha sido asumida por esta Sala de Justicia, entre otros, Auto 6/2018, de 28 de febrero y Auto 4/2020, de 18 de febrero.

Y, en directa relación con el caso que ahora se enjuicia, las medidas de aseguramiento que ha de adoptar el Instructor en el caso de 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, esta Sala de Justicia considera que no se ha causado perjuicio alguno en la posición jurídica y defensa del recurrente, ya que, como ha quedado establecido, tanto antes de la comparecencia para la práctica de la Liquidación Provisional, como durante el desarrollo de la misma, tuvo plenas posibilidades de realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación, con independencia de que a través de la Providencia impugnada pueda legítimamente discrepar del contenido del acta de liquidación y de las razones que han llevado a la

Instructora, en cumplimiento del artículo 47 de la citada LFTCu, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado en un posterior proceso contable.

UNDECIMO.- Por último, el recurrente solicita la estimación del recurso y el archivo de las actuaciones.

Cabe señalar al respecto, como tiene reiteradamente declarado esta Sala de Justicia, entre otros, en Autos nº 17/2018, de 30 de mayo, y nº 6/2021, de 21 de abril, que en la fase de Actuaciones Previas no cabe el archivo que pretende la representación del recurrente.

El archivo, conforme a lo establecido en el artículo 73.1 en relación con el 68.1 de la LFTCu, solo puede ser acordado por el Consejero de Cuentas al que por turno correspondiera el procedimiento jurisdiccional en primera instancia, cuando de las actuaciones instructoras resultara la inexistencia de supuesto alguno de responsabilidad contable por alcance, pero no puede articularse, ni a través de un Delegado Instructor en las Actuaciones Previas del artículo 47 de la LFTCu, ni por esta Sala de Justicia por la vía del artículo 48 de la LFTCu.

Por todo lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, esta Sala de Justicia considera que procede desestimar el recurso del art. 48.1 de la LFTCu, interpuesto por la representación letrada de Don J.A.A.F. contra la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 22 de noviembre de 2021, dictada por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 127/20 del ramo Admón. Seguridad Social (Inf. Fisc. s/gestión y control pagos personal mutuas colaboradoras S.S, Ej. 2017. A.M.), 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 los Letrados Don Alberto Palomar Olmeda y Don Andrés Gimeno Martín, actuando en nombre y representación de Don J.A.A.F. contra la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 22 de noviembre de 2021, dictada por la Sra.

Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 127/20 del ramo Admón. Seguridad Social (Inf. Fisc. s/gestión y control pagos personal mutuas colaboradoras S.S, Ej. 2017. A.M.), 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.

Auto nº 10/2022, de 11 de mayo. Recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88 nº 44/21, Actuaciones Previas nº 33/21, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Gijón), Asturias. Ponente: Excm. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

Tras exponer pormenorizadamente las posturas procesales de las partes, la Sala pone de manifiesto que lo que realmente se impugna es la Liquidación Provisional practicada por el Delegado Instructor en la misma fecha en la que se dictó la Providencia de requerimiento. La recurrente alega que, a su juicio, se ha conculcado su derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución, en atención a una serie de motivos.

La Sala considera, sin embargo, que en ningún caso puede sostenerse que se haya conculcado el derecho material a la defensa, habiendo quedado plenamente acreditada en las actuaciones tanto la citación en forma de la recurrente para la práctica de la Liquidación Provisional como, posteriormente, su personación y participación en el acto para la práctica de la misma.

En conexión con el motivo anterior, la recurrente plantea que, a su juicio, también se le generó indefensión por no haberle permitido el acceso al expediente íntegro, de acuerdo con lo solicitado. A la vista de los antecedentes remitidos por la unidad de Actuaciones Previas resulta que en el caso presente el Delegado Instructor ha seguido escrupulosamente la tramitación prevista en el artículo 47.1 e) de la LFTCu y por ello debe desestimarse este segundo motivo de impugnación.

Por otro lado, la recurrente plantea que, a su juicio, se le generó indefensión por cuanto se ha producido una falta de audiencia en sentido material, al no haber tiempo hábil suficiente entre el fin del plazo para alegar y el acto de la práctica de la Liquidación Provisional, lo que ha originado que no se pudiera ofrecer una “respuesta completa” a sus alegaciones.

El presente motivo, a juicio de la Sala, viene a confundir lo que sería una hipotética vulneración de su derecho material a la defensa con un inexistente derecho a la estimación de las alegaciones planteadas.

Finalmente plantea que se le ocasionó indefensión por cuanto el Delegado Instructor se ha negado a completar las actuaciones con las peticiones y entregas de unas determinadas facturas dentro del proceso de fiscalización de los ejercicios 2016 y 2017.

La Sala, sin embargo, considera que no existe en el presente caso la “notable” ausencia de investigación o de aportación de datos básicos que, conforme a reiterada

doctrina de la misma, sería necesaria para que pudiera prosperar el motivo de impugnación.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 10/2022

ASUNTO: Recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, n° 44/21, interpuesto contra la providencia de fecha 29 de noviembre de 2021, por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, dictada en las Actuaciones Previas n° 33/21, 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

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 conforme se expresa en el margen, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

VISTO el recurso interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, actuando en nombre y representación de Doña M.C.M.E., contra la Providencia de fecha 29 de noviembre de 2021, por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, dictada en las Actuaciones Previas n° 33/21.

Ha sido Ponente la Excm. 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 el Delegado Instructor de las Actuaciones Previas n° 33/2021, con fecha 29 de noviembre de 2021, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 15.246,00 euros, cantidad a la que

habría que sumar 1.883,24 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha, suponiendo todo ello un total de 17.129,24 euros; y, asimismo, se declaró como presunta responsable contable directa a la recurrente, Doña M.C.M.E.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de noviembre de 2021, por parte del Delegado Instructor se dicta Providencia de requerimiento a la citada presunta responsable directa para el reintegro, depósito o afianzamiento de la referida cantidad de 17.129,24 euros, bajo apercibimiento de embargo.

TERCERO.- Con fecha de entrada 3 de diciembre de 2021, la representación procesal de Doña M.C.M.E., 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 la precitada Providencia de fecha 29 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 10 de diciembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala, y pedir al Delegado Instructor los antecedentes necesarios para la tramitación del meritado recurso.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de enero de 2022, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió, recibidos los antecedentes, dar traslado del recurso y de dichos antecedentes remitidos por el Delegado Instructor, 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.- El Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 24 de enero de 2022 pidiendo que se desestime el recurso presentado, y que se confirme la Providencia y la Liquidación Provisional recurridas.

SÉPTIMO.- Asimismo, mediante escrito presentado con fecha 17 de enero de 2022, la representación procesal de Doña M.C.S.M., y de otros 15 más, se opone al recurso interpuesto, pidiendo que se acuerde la ratificación de la resolución recurrida en todos sus términos.

OCTAVO.- Por Diligencia Ordenación de fecha 26 de enero de 2022, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se efectuó mediante posterior diligencia de fecha 2 de febrero de 2022, una vez practicadas las oportunas notificaciones.

NOVENO.- Mediante Providencia de fecha 2 de marzo de 2022, se acordó dar traslado del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu al representante legal del Ayuntamiento de Gijón, por plazo de cinco días, a fin de que formulara las alegaciones que estimase pertinentes, al haberse constatado la omisión de dicho

traslado tras haberse dictado la meritada Diligencia de Ordenación de fecha 10 de enero de 2022.

DÉCIMO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Gijón presentó escrito de fecha 7 de marzo de 2022, pidiendo que se dicte una resolución ajustada a derecho.

UNDÉCIMO.- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas acordó, por Providencia de 25 de abril de 2022, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 9 de mayo de 2022, 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 M.C.M.E. ha presentado recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra la Providencia de fecha 29 de noviembre de 2021, por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, dictada por el Delegado Instructor en las Actuaciones Previas nº 33/21.

En primer lugar, debe advertirse que, una vez analizado el contenido del escrito de interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, se constata que realmente se está impugnando la Liquidación Provisional practicada por el Delegado Instructor en la misma fecha en la que se dictó la precitada Providencia de requerimiento. En cuanto a la motivación, la recurrente alega que, a su juicio, se ha conculcado su derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución, en atención a los siguientes motivos: a) que no se ha admitido su personación en la fase de actuaciones previas con anterioridad a la citación para la práctica de la Liquidación Provisional; b) que no se le ha dado acceso al expediente íntegro; c) que se ha producido una falta de audiencia en sentido material, al no haber transcurrido tiempo hábil suficiente entre el fin del plazo para alegar y el acto de la práctica de la Liquidación Provisional, lo que ha originado que no se pudiera ofrecer una “*respuesta completa*” a sus alegaciones; y, d) que el Delegado Instructor se ha negado a completar las actuaciones con las peticiones y entregas de unas determinadas facturas dentro del proceso de fiscalización de los ejercicios 2016 y 2017.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal ha pedido la desestimación del recurso presentado y la confirmación de la Providencia y de la Liquidación Provisional, alegando que la regulación del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, dada su especialidad y sumariedad, impide que pueda servir de medio para perseguir un conocimiento concreto de los hechos o del fondo del asunto; que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, y tras el examen de lo actuado en la fase de actuaciones previas, no se desprende ningún tipo de indefensión para la recurrente, ya que se ha realizado y notificado correctamente la Liquidación Provisional, habiendo tomado vista del expediente y formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente; que las previsiones legales sólo contemplan la citación de los presuntos responsables para el momento de práctica de la Liquidación Provisional, y no para otros trámites de la fase de actuaciones previas; que la doctrina reiterada de la Sala de Justicia viene a afirmar que los Delegados Instructores no tienen por qué realizar todas las diligencias que propongan los intervinientes si consideran que, con las ya realizadas, disponen de un análisis suficiente, aunque sea provisional, para practicar la meritada liquidación; y, además, que el término “*diligencia*” no debe confundirse “*prueba de parte*”, de tal manera que, cuando declara el artículo 48.1 de la LFTCu 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 sólo prosperará este motivo cuando sea notable una ausencia de investigación o aportación de datos básicos que impida un pronunciamiento sobre el asunto.

CUARTO.- Igualmente, la representación procesal de Doña M.C.S.M., y de otros 15 más, pide la desestimación del recurso alegando que se incurre en incongruencia por exceso, ya que el recurso se formula formalmente contra la Providencia de requerimiento, pero argumenta contra la liquidación y el procedimiento seguido en las Actuaciones Previas de referencia; que concurre una falta de legitimación pasiva de la recurrente cuando formuló su petición de personación en la fase de actuaciones previas; que, asimismo, la recurrente confunde derecho de defensa con derecho de contradicción; y, finalmente, destaca la suficiencia de las diligencias practicadas por el Delegado Instructor, remitiéndose a lo ya reflejado expresamente en el acta de liquidación provisional en relación con las facturas dentro del proceso de fiscalización de los ejercicios 2016 y 2017.

QUINTO.- Finalmente, en cuanto a la representación procesal del Ayuntamiento de Gijón, ha presentado escrito alegaciones pidiendo que dicte una resolución ajustada a derecho

SEXTO.- Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por la 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 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.

SÉPTIMO.- En el presente recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, por el que realmente se está impugnado la liquidación provisional practicada por el Delegado Instructor en la misma fecha en la que se dictó la Providencia de requerimiento, la recurrente alega que, a su juicio, se ha conculcado su derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución, en atención a una serie de motivos.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los motivos concretos alegados por la recurrente, debe advertirse que, con carácter general, a la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de la “*indefensión*” que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, esta Sala de Justicia viene afirmando reiteradamente lo siguiente (por todos, v. 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 tanto, para establecer si se ha causado, o no, indefensión material a la Sra. M.E. en el presente caso, habrá que analizar si se ha visto privada de la posibilidad de ser oída 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 a todos los presuntos responsables contables para el acto de la Liquidación Provisional, mediante Providencia de fecha 16 noviembre de 2021, posteriormente, corregida por Diligencia de fecha 18 noviembre de 2021; habiendo comparecido al acto de la Liquidación Provisional, mediante sus representantes, todos los presuntos responsables, el Ayto. de Gijón y el Ministerio Fiscal.

En su virtud, se comprueba que, en el supuesto objeto del presente recurso, tanto antes de la comparecencia para la práctica de dicha Liquidación Provisional como durante el desarrollo de la misma, todos los presuntos responsables -incluida la ahora recurrente- disponían de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerasen pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación. Concretamente, por lo que se refiere a Doña M.C.M.E., se constata que se la citó en forma al acto de la Liquidación Provisional; que compareció por medio de su letrado; que presentó escritos de alegaciones y documentación complementaria en marzo y en noviembre de 2021; que el Delegado Instructor dio respuesta motivada a dichos escritos (págs.

14-16 del Acta de Liquidación Provisional); y que el letrado de la Sra. M.E. realizó alegaciones en el propio trámite de la Liquidación Provisional, quedando incorporadas al Acta (pág. 17).

Por todo lo anterior, en ningún caso, puede sostenerse que se haya conculcado el derecho material a la defensa de Doña M.C.M.E.

OCTAVO.- Además de lo anterior, y entrando ya a analizar los concretos motivos planteados en el escrito de interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, por los que, a juicio de la recurrente, se le habría generado indefensión, en primer lugar, alega que no se ha admitido su personación en la fase de actuaciones previas con anterioridad a la citación para la práctica de la Liquidación Provisional, tal y como así lo solicitó mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2021.

La anterior alegación debe ser desestimada por cuanto el momento legalmente previsto para la personación de los presuntos responsables contables en la fase de actuaciones previas es, precisamente, la citación para la práctica de la Liquidación Provisional, ex artículo 47.1 e) de la LFTCu. En este sentido, el Auto de la Sala de Justicia núm. 8/ 2021, de fecha 21 de abril de 2021, se pronuncia en los siguientes términos literales:

*“[...] En cuanto al hecho de que durante la tramitación de las diligencias preliminares y las actuaciones previas no se diera audiencia al recurrente hasta que finalmente fuera citado para la liquidación provisional, ello debe considerarse consecuencia de que **la ley, en esta fase previa, únicamente prevé la citación de los presuntos responsables en el momento en que el Delegado Instructor acuerde la práctica de la liquidación provisional (artículo 47.1.e) de la LFTCu**. Es en este momento procedimental cuando -según Ley- los interesados son oídos en el expediente, y en tal trámite pueden formular cuantas alegaciones estimen oportunas e instar la práctica de las diligencias que estimen convenientes para la mejor defensa de su derecho.*

*En el sentido anteriormente expuesto, **se ha venido pronunciando esta Sala en resoluciones como el Auto de 8 de marzo de 2002 [...]**”.*

Y, en un mismo sentido se pronuncia el Auto de la Sala de Justicia núm. 10/ 2021, también dictado con esa misma fecha de 21 de abril de 2021:

“[...] hallándose la tramitación de las Actuaciones Previas en fase de diligencias de averiguación, no cabe atribuir aún al impugnante ninguna condición jurídica que le otorgue el derecho a intervenir en el procedimiento.

La razón por la que el recurrente, en el momento de interponer el recurso, no ha contado con un trámite para tomar vista del expediente, formular alegaciones o

pedir la práctica de diligencias es, sencillamente, que el procedimiento no ha llegado todavía al trámite de citación para la práctica de la liquidación provisional. No puede haber indefensión por no haber podido ejercer un derecho antes de que llegara el momento legalmente previsto para poder hacerlo efectivo y ese momento, en el caso de las Actuaciones Previas del artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, es el de convocatoria de la liquidación provisional [...]”.

De acuerdo con la precitada doctrina de la Sala, y habiendo quedado plenamente acreditada en las actuaciones tanto la citación en forma de la recurrente para la práctica de la Liquidación Provisional como, posteriormente, su personación y participación en el acto para la práctica de la misma, debe concluirse que ningún tipo de indefensión se le causó a Doña M.C.M.E. por no haber admitido su personación en la fase de actuaciones previas con anterioridad a la citación para la práctica de la Liquidación Provisional.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el presente motivo de impugnación de la Providencia de requerimiento, de fecha 29 de noviembre de 2021.

NOVENO.- En segundo lugar, y en conexión con el motivo anterior, la recurrente plantea que, a su juicio, también se le generó indefensión por no haberle permitido el acceso al expediente íntegro, de acuerdo con lo solicitado tanto en su primer escrito de fecha 31 de marzo de 2021, como en su segundo escrito de fecha 16 de noviembre de 2021, que presentó con posterioridad a la citación para la Liquidación Provisional.

Sin embargo, conforme a la reiterada y consolidada doctrina de esta Sala relativa a la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas, será en el momento del acto de la práctica de la Liquidación Provisional por el Delegado Instructor, y no en otro, cuando los presuntos responsables contables deberán tener a su disposición el expediente íntegro, para que así puedan alegar cuanto convenga a sus derechos e intereses.

En este sentido puede hacerse referencia al meritado Auto de la Sala de Justicia 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. Así, conforme ha venido reiterando esta Sala (entre otros, Autos de 19 de diciembre de 1996 y 25 de marzo de 1998) la Ley no impone al Instructor, en ningún caso, la necesidad de dar traslado a los interesados de las diligencias preventivas del alcance o de la documentación complementaria aportada. La vista del expediente viene referida a la audiencia con motivo del levantamiento del acta de liquidación provisional, en cuyo momento puede y debe alegarse cuanto convenga a sus intereses o derechos [...]”.

O, en análogo sentido, el Auto de la Sala de Justicia núm. 7/ 2018, de 28 de febrero, fundamenta en los siguientes términos:

“[...] Por lo demás, conviene recordar también que, conforme al artículo 47.1 e) de la LFTCu, el momento legalmente oportuno para que los citados como presuntos responsables tengan acceso a las actuaciones y puedan formular alegaciones defensivas es el propio acto de la liquidación provisional por lo que basta con que en dicho acto se encuentre a disposición de los interesados el contenido íntegro de las actuaciones y se les permita consultarlas y formular alegaciones defensivas, lo que en el presente caso ha sucedido, para que deba descartarse que se haya producido una infracción legal determinante de indefensión [...]”.

A la vista de los antecedentes remitidos por la unidad de Actuaciones Previas durante la tramitación del presente recurso, resulta que en el caso presente el Delegado Instructor ha seguido escrupulosamente la tramitación prevista en el referido artículo 47.1 e), practicando la Liquidación Provisional y levantando Acta en la que se hizo constar el resultado de la misma; y, asimismo, resulta que, como ya hemos advertido en el Fundamento Séptimo, que la recurrente fue citada en forma para la práctica de la Liquidación Provisional; que se admitieron sus escritos de alegaciones, dándoles una respuesta motivada; y que en el propio acto de la Liquidación Provisional se dio audiencia al letrado de la recurrente que, en ningún momento, advirtió expresamente que el expediente estuviera incompleto porque, a su juicio, faltara algún/os documento/s; concretamente, se limitó a ratificarse en los escritos de alegaciones presentados en marzo y noviembre de 2021, y a poner de manifiesto que echaba de menos una respuesta y aclaración del Delegado Instructor

en relación con la naturaleza de los gastos investigados (pág. 17 del Acta de Liquidación Provisional).

Por todo lo anterior, debe desestimarse este segundo motivo de impugnación de la Providencia de requerimiento, de fecha 29 de noviembre de 2021.

DÉCIMO.- Por otro lado, la recurrente plantea que, a su juicio, se le generó indefensión igualmente por cuanto se ha producido una falta de audiencia en sentido material, al no haber tiempo hábil suficiente entre el fin del plazo para alegar y el acto de la práctica de la Liquidación Provisional, lo que ha originado que no se pudiera ofrecer una “*respuesta completa*” a sus alegaciones.

Realmente, el presente motivo planteado por el recurrente viene a confundir lo que sería una hipotética vulneración de su derecho material a la defensa con un inexistente derecho a la estimación de las alegaciones planteadas. En este sentido, y como ya hemos advertido en el Fundamento Séptimo, el Delegado Instructor dio respuesta motivada (págs. 14-16 del Acta de Liquidación Provisional) a los escritos de alegaciones de la recurrente presentados en marzo y noviembre de 2021; y, asimismo, el Letrado de la recurrente realizó las alegaciones que estimó convenientes en el propio acto de la Liquidación Provisional, quedando incorporadas al Acta (pág. 17 del Acta de Liquidación Provisional). En cuanto al contenido de dicha motivación, conforme a reiterada doctrina y copiosa 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), que también se apoya 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) [...]*”.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el presente motivo de impugnación de la Providencia de requerimiento, de fecha 29 de noviembre de 2021.

UNDÉCIMO.- Finalmente, la recurrente plantea que, a su juicio, se le generó indefensión por cuanto el Delegado Instructor se ha negado a completar las actuaciones con las peticiones y entregas de unas determinadas facturas dentro del proceso de fiscalización de los ejercicios 2016 y 2017.

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.

Sobre esta cuestión debe partirse de la doctrina jurisprudencial que reiteradamente viene estableciendo la Sala de Justicia. Así, en relación con la denegación por el Delegado Instructor de diligencias solicitadas por los interesados, existe abundante doctrina de esta Sala de Justicia que puede 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 nº 33/21, y a los efectos propios de completar la realización de las mismas, que se practicasen las diligencias adicionales solicitadas por Doña M.C.M.E.

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 Octavo, pág. 3 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 la 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 la ahora recurrente, Doña M.C.M.E., ésta 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.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el último motivo de impugnación de la Providencia de requerimiento, de fecha 29 de noviembre de 2021.

En definitiva, y de acuerdo con todos los razonamientos expuestos, procede la desestimación del recurso interpuesto, 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 M.C.M.E. 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 el recurso interpuesto, 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 Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, actuando en nombre y representación de Doña M.C.M.E., contra la providencia de fecha 29 de noviembre de 2021, por la que se acordó el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento del importe provisional del alcance más sus intereses, dictada en las Actuaciones Previas nº 33/21. 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.

Auto n° 11/2022, de 13 de mayo. Recurso del Art. 48.1 n° 2/22, Actuaciones Previas n° 121/20, Ramo: Sector Público Local (Ayto. de Fuenmayor), La Rioja. Ponente: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Alega el recurrente infracción de lo establecido en las letras f) y g) del artículo 47.1 de la LFTCu. Considera, por un lado, que se ha producido una denegación injustificada de diligencias, consistente en la omisión de informar por parte del delegado instructor de la pérdida de vigencia del aval aportado y de requerir su ampliación. Por otro, estima que se ha causado indefensión porque se ha dictado la providencia de embargo genérico sin haberse deducido demanda en contra y sin haberse personado ningún perjudicado.

El reproche del ahora recurrente, según el cual se le debió informar de la pérdida de vigencia del aval y requerirle formalmente para que lo ampliara antes de dictar la providencia de embargo, no se admite por la Sala, pues carece de todo respaldo legal que el delegado instructor deba practicar tal diligencia.

En relación con la indefensión aducida, la Sala considera que no concurre en este supuesto, no sólo porque no se advierte ninguna norma procedimental que se haya vulnerado, sino porque tampoco se observa un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado, toda vez que se trata de una providencia de embargo genérico, que trae causa directa de su falta de diligencia al haber desatendido el vencimiento del aval. Respecto a su solicitud de que el segundo aval presentado sea admitido, consta en autos la fecha en que dicho aval se entregó en el Departamento, a quien se ha turnado el conocimiento del procedimiento de reintegro por alcance, sustituyendo al aval otorgado por la misma entidad con anterioridad. Habrá de estarse a lo que resuelva el Departamento en relación con el mismo sin perjuicio de los recursos que, en su caso, pudieran resultar procedentes.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 11/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n° 2/22. Actuaciones Previas n° 121/20. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Fuenmayor) La Rioja.

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

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

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 de los Tribunales D. Miguel Alperi Muñoz, actuando en nombre y representación de Don A.P.H., contra la providencia de embargo de 18 de enero de 2022, dictada en las actuaciones previas n° 121/20, del ramo de sector público local (Ayuntamiento de Fuenmayor) La Rioja.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El delegado instructor de las actuaciones previas n° 121/20 practicó, con fecha 21 de junio de 2021, liquidación provisional en la que acordó, de forma previa y provisional, declarar a Don A.P.H. responsable contable directo de un alcance en los fondos del Ayuntamiento de Fuenmayor, que cuantificó en 10.356,60 euros (10.079,00 euros en concepto de principal y 277,60 euros de intereses).

Con la misma fecha el delegado instructor dictó providencia requiriendo a Don A.P.H. para que, en el plazo de diez días, procediera a reintegrar, depositar o afianzar, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance más sus intereses, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes de no atender a lo requerido.

Don A.P.H. presentó el día 15 de julio de 2021 un aval otorgado en la misma fecha por la entidad I.B., S.A. por importe de 10.356,60 euros, en concepto de fianza provisional exigida en las actuaciones previas nº 121/20. La garantía se extendía desde la fecha de constitución del aval hasta el día 15 de enero de 2022, momento en que caducaría.

El día 18 de enero de 2022 el delegado instructor dictó providencia de embargo de bienes y derechos de Don A.P.H. en cantidad suficiente para cubrir la suma de 10.356,60 euros. Consta en la resolución que, habiendo caducado el aval el 15 de enero de 2022, no se había ampliado su vigencia, por lo cual procedía actuar conforme a lo prevenido por el art. 47.1.g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu).

La citada providencia se notifica el mismo día al representante de Don A.P.H., con indicación de que cabe interponer frente a ella el recurso del art. 48.1 de la LFTCu. También el día 18 de enero de 2022 el delegado instructor acuerda abrir pieza separada de embargo, para la práctica de las diligencias oportunas. Con fecha 19 de enero de 2022 solicita del Servicio de Índices del Registro de la Propiedad información sobre bienes inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de Don A.P.H.

SEGUNDO.- El representante procesal de Don A.P.H. presentó el 24 de enero de 2022 un recurso del art. 48.1 de la LFTCu frente a la providencia de embargo de 18 de enero de 2022.

Manifiesta que, siendo cierto que el aval había perdido su vigencia, debió informarse de ello a su representado y requerirle formalmente su ampliación, antes de proceder a una medida restrictiva de derechos como el embargo preventivo. Considera que se le ha causado indefensión puesto que el embargo, sin requerimiento previo para ampliar el aval o aportar uno nuevo, es injustificado y desproporcionado.

Añade que es voluntad de su mandante afianzar cualquier posible responsabilidad y que aportará un nuevo aval bancario tan pronto se desglose el anterior, por exigencia de la entidad financiera. Solicita por todo ello que se anule la resolución impugnada, se acepte el nuevo aval como cautela sustitoria y se alce el embargo.

TERCERO.- La Letrada Secretaria, mediante diligencia de ordenación de 25 de enero de 2022, abrió el correspondiente rollo de la Sala al que asignó el nº 2/22,

recabó los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso y, recibidos los mismos, acordó por diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2022 oír a quienes fueron citados a la práctica de la liquidación provisional, con traslado de copia del recurso interpuesto y del nuevo aval presentado.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal impugnó el recurso mediante un escrito presentado el 16 de febrero de 2022.

Manifestó el Fiscal que el hecho de haber embargado bienes del ahora recurrente, sin haberle comunicado que el aval que presentó había caducado el día 15 de enero de 2021 y sin informarle ni requerirle formalmente para que lo ampliara, no le había producido indefensión.

Añadió el Fiscal que en este caso no concurre ninguno de los dos motivos tasados que pudieran llevar a estimar el recurso. El delegado instructor ha actuado conforme a las previsiones legales aplicables, sin que se hayan minorado las posibilidades de defensa del recurrente. Por otra parte, no se aprecia indefensión por cuanto el recurrente debió tener la diligencia de saber cuándo caducaba el aval y le correspondía haberlo renovado.

Concluyó el Fiscal solicitando que se desestime el recurso presentado.

QUINTO.- El representante legal del Ayuntamiento de Fuenmayor, que fue debidamente notificado, no presentó alegaciones en el plazo conferido por la diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2022.

SEXTO.- La Letrada Secretaria de la Sala de Justicia dictó diligencia de ordenación de 23 de febrero de 2022 declarando concluso el procedimiento. Acordó igualmente dar traslado de los autos a la Consejera Ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución.

El traslado de los autos a la Consejera ponente se hizo efectivo el día 14 de marzo de 2022.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 4 de mayo de 2022 se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Acude el recurrente ante esta Sala de Justicia al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu para alegar la infracción de lo establecido en las letras f) y g) del

artículo 47.1 del mismo texto legal. Considera, por un lado, que se ha producido una denegación injustificada de diligencias, consistente en la omisión de informar por parte del delegado instructor de la pérdida de vigencia del aval aportado y requerir su ampliación. Por otro, estima que se ha causado indefensión porque se ha dictado la providencia despachando el embargo sin haberse deducido demanda en su contra y sin haberse personado ningún perjudicado. La Sala abordará el análisis de ambas causas de recurso de forma separada, en virtud de la competencia que para conocer y resolver se deriva de lo establecido en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- *Análisis de la eventual omisión injustificada de diligencias.*

2.- El art. 47.1 de la LFTCu dispone que ante una liquidación provisional que de manera previa y presunta detecte un posible menoscabo injustificado en los fondos públicos, deben adoptarse por el delegado instructor determinadas medidas cautelares en garantía de la integridad del patrimonio público. De manera preceptiva, deberá requerir a 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. Si los presuntos responsables no tuvieran afianzada, o afianzaren en forma legal sus posibles responsabilidades, el delegado instructor procederá, de forma igualmente preceptiva, al embargo de sus bienes en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

3.- De la simple lectura de los apartados f) y g) del citado art. 47.1 de la LFTCu se desprende que la ley exige la adopción de estas medidas cautelares, orientadas a garantizar la eficacia de futuras resoluciones jurisdiccionales. En el presente caso lo que se debe analizar, en primer lugar, es si la actuación del delegado instructor se ha ajustado a las previsiones legales rectoras de su actuación, que son la propia LFTCu y el Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

4.- No aprecia esta Sala que se haya omitido ninguna de las diligencias legalmente previstas. El acta de liquidación fue debidamente notificada al representante procesal de Don A.P.H. También se le notificó en forma la providencia de 21 de junio de 2021, que contenía el apercibimiento de que se procedería al embargo de sus bienes si no reintegraba, depositaba o afianzaba, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe del alcance más sus intereses. El Sr. P.H. no impugnó esta resolución, sino que procedió a su cumplimiento en la modalidad que tuvo por conveniente y que a su elección consideró menos gravosa, presentando un aval otorgado por una entidad financiera el día 15 de julio de 2021 con validez de seis meses. En consecuencia, era evidente para el requerido que la garantía caducaría y dejaría de surtir efectos el día 15 de enero de 2022, máxime cuando en el documento aval que consta en los autos se recoge la siguiente previsión: “*El beneficiario*

deberá presentar antes de la fecha de caducidad indicada toda la documentación necesaria para que la reclamación se efectúe de forma completa y eficaz, de acuerdo con lo previsto en este documento aval. No se concederá ninguna prórroga o plazo adicional al fijado”.

5.- La garantía que exige el art. 47.1 de la LFTCu fue admitida por el delegado instructor en la modalidad decidida por el presunto responsable contable: un aval otorgado con duración determinada. Es indiscutible que, agotada la eficacia del aval, el Sr. P.H. se encontraría en la situación descrita por el art. 47.1.g) de la LFTCu, es decir, sus posibles responsabilidades dejarían de estar afianzadas en forma legal, ante lo cual se procedería el embargo de sus bienes.

6.- Por otro lado, la providencia por la que se despacha la ejecución de lo acordado se dicta el 18 de enero de 2022 y se notifica en la misma fecha al representante procesal del Sr. P.H. Con fecha 24 de enero de 2022 este último interpone recurso contra aquella providencia, recurso en el que anuncia la presentación de un nuevo aval, sustitutivo del anterior. Este segundo aval, otorgado por la misma entidad financiera con fecha 20 de enero de 2022 y validez de seis meses, fue entregado el día 27 de enero de 2022 por el representante procesal del Sr. P.H. en la Sección de Enjuiciamiento (Departamento 2º) del Tribunal de Cuentas.

7.- El reproche del ahora recurrente según el cual se le debió informar de la pérdida de vigencia del aval y requerirle formalmente para que lo ampliara, antes de dictar la providencia de embargo, no puede admitirse por esta Sala, pues carece de todo respaldo legal que el delegado instructor deba practicar tal diligencia. Notificada en forma la inicial providencia de 21 de junio de 2021, y apercibido el Sr. P.H. de las posibles consecuencias de no tener afianzada su responsabilidad, no resulta preceptivo realizar un nuevo requerimiento. De hecho, el recurrente no cita ningún precepto, ni de la LFTCu ni del Reglamento General de Recaudación, que considere inobservado en este específico extremo. Las previsiones del citado Reglamento sobre la ejecución de garantías (art. 74 y concordantes) no respaldan en ningún caso las pretensiones del recurrente.

8.- El representante procesal del Sr. P.H. considera que el embargo directo, sin requerimiento previo para ampliar el aval o aportar uno nuevo, es *precipitado, injustificado y desproporcionado*. La Sala estima que se trata de un mero alegato de parte, al cual cabría oponer lo manifestado por el Fiscal al impugnar el recurso, según el cual el recurrente debió tener la diligencia de saber, y recordar, cuándo caducaba el aval, actuando de forma preventiva para ampliarlo o renovarlo. A lo que cabe añadir que, desde el punto de vista de la diligencia debida y exigible, la obligación de mantener vivo el aval recaía directamente sobre la parte y no sobre el delegado instructor al que no puede hacerse responsable de advertir sobre la

expiración de la vigencia de la garantía, máxime cuando se ha admitido la elegida por el interesado.

9.- En consecuencia, la Sala de Justicia considera que el recurso interpuesto por la representación procesal de Don A.P.H. no encuentra acomodo en el primero de los motivos tasados que contempla el art. 48.1 de la LFTCu, es decir, la denegación injustificada de diligencias.

TERCERO.- *Análisis de la eventual indefensión.*

10.- La representación de Don A.P.H. sostiene en su escrito de recurso que ha sufrido una indefensión manifiesta a causa del embargo preventivo, que considera una medida agresiva y restrictiva de derechos. Aduce que, hasta el momento de presentar su recurso, no se ha personado ningún posible perjudicado ni hay ninguna demanda formulada contra su representado. Debemos analizar este reproche, pues la indefensión es uno de los dos motivos tasados que pueden justificar la estimación del recurso contemplado por el art. 48.1 de la LFTCu.

11.- El concepto de indefensión que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu es el elaborado por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del art. 24.1 de la Constitución y que esta Sala de Justicia ha acogido sin ambages de forma reiterada, de lo que es muestra entre otros muchos el Auto 23/2021, de 23 de junio. Como señala el Tribunal Constitucional, se trata de «una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales» (STC 155/2019, de 28 de noviembre).

12.- Como tal noción material y al estar construida con ocasión del art. 24.1 de la CE, el concepto de indefensión necesariamente exige un perjuicio real y efectivo a los intereses del afectado por ella y es, a la vez, más amplio que el derecho de defensa entendido éste como el derecho a un principio de contradicción y de igualdad de partes, de alegación, acreditación y de réplica dialéctica contradictoria. El derecho 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, aún existiendo ésta, la aplicación final no es ni infundada ni fruto de un error patente.

13.- En el caso presente, la Sala no considera que se haya generado al recurrente ninguna indefensión proscrita constitucionalmente. No sólo porque no se advierte ninguna norma procedimental que se haya vulnerado, sino porque tampoco se observa un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado a consecuencia del dictado de la providencia de 18 de enero de 2022. Se trata de una providencia de despacho de embargo, que trae causa directa de su falta de diligencia al haber desatendido el vencimiento del aval y que se conecta con la anterior providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, pero que no se dirige a la traba en concreto de ningún bien del patrimonio del presunto responsable. El recurrente solicita en este sentido que se anule la providencia de 18 de enero de 2022 y que se acepte el aval que ha aportado, refiriéndose al otorgado por I.B., S.A. el día 20 de enero de 2022.

14.- Ya hemos indicado que la citada providencia no está viciada ni ha causado indefensión, por lo cual no puede admitirse la pretensión del representante procesal de Don A.P.H. de que sea anulada. Respecto a su solicitud de que el segundo aval presentado sea admitido, consta en autos que dicho aval se entregó el día 27 de enero de 2022 en el Departamento 2º de Enjuiciamiento, a quien se ha turnado el conocimiento del procedimiento de reintegro por alcance, sustituyendo al aval otorgado por la misma entidad el día 15 de julio de 2021. Habrá de estarse a lo que resuelva el citado Departamento en relación con el mismo sin perjuicio de los recursos que, en su caso, pudieran resultar procedentes.

15.- Finalmente, debemos dar respuesta a la objeción, planteada en el escrito de recurso, de haberse dictado la providencia cuestionada sin haberse personado ningún perjudicado ni haberse deducido demanda contra Don A.P.H. Aduce el recurrente que ello le habría causado indefensión. Esta pretensión no puede prosperar por las razones que exponemos a continuación.

16.- De la mera lectura del art. 47.1 de la LFTCu se desprende que las medidas de aseguramiento se integran en la fase de actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable. La naturaleza de esta fase, administrativa y no jurisdiccional, ha sido definida por el Tribunal Constitucional como “actividades de instrucción” (STC 18/1991) y así lo ha recogido también el Tribunal Supremo (STS 1244/2019, de 25 de septiembre, entre otras). Siendo una fase preparatoria del futuro proceso jurisdiccional contable, es conceptualmente independiente del mismo, su

eficacia no depende en modo alguno de que se entable o no finalmente dicho proceso, y por ello las medidas de aseguramiento son previas al proceso.

17.- Prueba de esto es que las medidas cautelares acordadas por el delegado instructor de las actuaciones previas habrán de ser ratificadas posteriormente. Así lo prevé el art. 67.3 de la LFTCu cuando señala que «si el embargo preventivo se hubiere solicitado y obtenido con anterioridad a la presentación de la demanda, su ratificación habrá de efectuarse cuando se evacúe este trámite en el correspondiente procedimiento jurisdiccional o, en su caso, en el de alegaciones del Ministerio Fiscal». La interpretación conjunta del art. 47.1. apartados f) y g) y del art. 67, ambos de la LFTCu, lleva a la conclusión de que los intervinientes en unas actuaciones previas, aunque hayan sido requeridos de pago, depósito o afianzamiento o, incluso preventivamente embargados, tienen garantizado el derecho a solicitar la modificación o el levantamiento de las medidas cautelares aplicadas sobre su patrimonio ante el órgano de la Jurisdicción Contable que conozca de la primera instancia, que resolverá dicha pretensión con todas las garantías del proceso civil previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, mediante un procedimiento contradictorio y decisiones de naturaleza jurisdiccional (Auto de la Sala de Justicia nº 28/21).

CUARTO.- Inadmisibilidad del recurso.

17.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia debe 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 representante procesal de Don A.P.H., contra la providencia de embargo dictada el día 18 de enero de 2022 en las actuaciones previas nº 121/20, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Fuenmayor) La Rioja, confirmando la resolución recurrida.

QUINTO.- Costas.

18.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

LA SALA ACUERDA:

1º.- 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 de los Tribunales D. Miguel Alperi Muñoz, actuando en nombre y representación de Don

A.P.H., contra la providencia de embargo de 18 de enero de 2022, dictada en las actuaciones previas nº 121/20, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Fuenmayor) La Rioja, confirmando la resolución recurrida.

2º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo acordamos y firmamos; doy fe.

Auto n° 12/2022, de 11 de mayo. Recurso del Art. 48.1 n° 9/22, Actuaciones Previas n° 12/21, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de San Clemente), Cuenca. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala, tras realizar un resumen pormenorizado de los motivos de impugnación y de las alegaciones de las partes, determina en relación con lo esgrimido por la recurrente, que dictar liquidación provisional negativa; requerir al Ayuntamiento para la aportación de certificados; atribuir responsabilidad provisional y requerir de pago a los actuales Secretario y Tesorero de la Corporación; y ampliar el plazo del requerimiento de pago al ex Secretario por el total del importe de alcance fijado en el Acta de Liquidación Provisional, son cuestiones que deben dilucidarse en la fase de actuaciones previas que procedan, en caso de estimarse el recurso, o bien en la posterior fase jurisdiccional, en caso de desestimación.

En cuanto a la denegación de diligencias solicitadas por la recurrente que le han generado indefensión señala tres supuestos: 1) No haber tomado en consideración las dos sentencias de esta Sala invocadas, que excluyen la existencia de responsabilidad contable respecto a hechos “idénticos”. 2) No haber requerido al Ayuntamiento los certificados de las actas de las Juntas de Gobierno Local celebradas a lo largo de la Corporación 2015-2019; y 3) No haber requerido al Ayuntamiento la certificación de los servicios prestados, por el actual Secretario, a los efectos de acreditar el tiempo que ejerció dicho puesto de trabajo durante el periodo 2015-2019.

La Sala considera que la valoración de las sentencias invocadas constituye una cuestión de fondo que excede de las competencias de la Delegada Instructora. En relación con la no realización de las otras dos diligencias solicitadas considera que la Delegada Instructora no ha motivado, ni siquiera sucintamente, las razones por las que ha denegado su práctica. La propia falta de motivación supone una merma de los derechos e intereses legítimos de la recurrente y por ello debe apreciarse la existencia de indefensión.

En lo que se refiere a la suspensión del plazo fijado en la Providencia de requerimiento de pago, habiendo apreciado la Sala la concurrencia de los dos motivos en que se fundamenta el recurso del artículo 48 de la LFTCu, procede la suspensión de facto de la misma.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 12/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 9/22
Actuaciones Previas n° 12/21
Sector Público Local (Ayto. de San Clemente)
Cuenca

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó. - Presidenta

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández. - Consejero

Excmo. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero. - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

En el recurso referenciado, la Sala de Justicia, integrada como se expresa al margen, 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 don Javier Murillo González, en representación de Doña M.S.H.A., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 11 de febrero de 2022, dictada en las Actuaciones Previas n° 12/21 Sector Público Local (Ayto. de San Clemente), Cuenca.

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 Acta de Liquidación Provisional de las Actuaciones Previas n° 12/21, suscrita el 11 de febrero de 2022, la Delegada Instructora concluyó que:

- 1-Se consideraban responsables directos y solidarios de un presunto alcance en los caudales del Ayuntamiento de San Clemente a la ex Alcaldesa-Presidenta, Doña

M.S.H.A., a la Interventora, Doña M.J.R.M. y al ex Secretario, Don P.A.S.M., que ocupaban el cargo en el periodo en que se produjeron los hechos.

2-El citado presunto alcance se cifró en 114.079,07 €, cantidad a la que había que sumar los correspondientes intereses legales calculados, de manera previa y provisional, y que ascienden a 14.367,50 €, lo que da una cantidad total de CIENTO VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (128.446,57 €), de los cuales responden directa y solidariamente los precitados, Doña M.S.H.A. y Doña M.J.R.M. por el importe total (128.446,57 €) y Don P.A.S.M. por la cuantía de SESENTA MIL CUATROCIENTOS UN EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (60.401,61 €) de los que 52.169,07 € corresponde al principal y 8.232,54 € a intereses.

SEGUNDO.- La Delegada Instructora de las referidas Actuaciones Previas, por Providencia de 11 de febrero de 2022, acordó requerir a Doña M.S.H.A., a Doña M.J.R.M. y a Don P.A.S.M. 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

TERCERO.- El 18 de febrero de 2022 se recibió, en el Registro General de este Tribunal, escrito (ampliado por otro de igual fecha) de don Javier Murillo González, en representación de Doña M.S.H.A., 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, que le fueron notificadas el 11 de febrero de 2022.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 22 de febrero de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 9/22, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y remitir oficio, a la Delegada Instructora, en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso interpuesto.

Con fecha de 24 de febrero de 2022 se recibieron en esta Sala los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 28 de febrero de 2022, 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:

- La actual Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Clemente, Doña M.R.S.C., por el que efectúa alegaciones a las cuestiones planteadas en el recurso, oponiéndose al mismo, con fecha de entrada en el Registro de este Tribunal de 3 de marzo de 2022.
- La representación legal de Doña M.J.R.M., adhiriéndose al recurso, con fecha de entrada en el Registro de 7 de marzo de 2022.
- La representación legal de Don P.A.S.M., adhiriéndose al recurso, con fecha de entrada en el Registro de 9 de marzo de 2022, en el que abunda en las causas de nulidad derivada de infracciones de preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- El Ministerio Fiscal, de 9 de marzo de 2022, en el que puso de manifiesto que la Delegada Instructora había cumplido escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, por lo que se oponía al recurso interpuesto.

SEXTO.- Concluido el recurso, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 10 de marzo de 2022 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que se preparase la pertinente resolución, procediéndose el 17 de marzo de 2022 a la remisión de los mismos, conforme consta en la diligencia expedida en esa fecha.

SÉPTIMO.- Mediante Diligencia de la Secretaria de esta Sala de 14 de marzo de 2022 se acordó unir a los autos el escrito de la representación legal de Don P.A.S.M. de 11 de marzo de 2022, por el que, acusando recibo de la Diligencia de Ordenación de 10 de marzo de 2022, solicita que se incorporen los autos sus alegaciones anteriores y se reitera en su solicitud de recusación del actual Secretario del Ayuntamiento de San Clemente.

OCTAVO.- Por Providencia de 28 de abril de 2022, se acordó señalar para votación y fallo de los presentes recursos, rollo nº 9/2022, el día 9 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

NOVENO.- 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 nº 9/22, corresponde a esta Sala de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- Como ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, el letrado don Javier Murillo González, en representación de Doña M.S.H.A., ha interpuesto 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 pago, ambas de 11 de febrero de 2022, por el que solicita se dicte resolución que declare la nulidad de las indicadas Acta y Providencia y se acuerde:

1.- Dictar una nueva liquidación provisional negativa a favor de su representada.

Y subsidiariamente:

2.-Que se requiera al Excmo. Ayuntamiento de San Clemente para que aporte copia certificada de todas las actas de la Junta de Gobierno Local celebradas desde el 15 de junio del 2015 al 15 de junio del 2019.

3.-Que se requiera al Excmo. Ayuntamiento de San Clemente para que aporte certificación de servicios prestados en dicho Ayuntamiento por Don F.J.M.G., actual secretario municipal, a los efectos de acreditar el tiempo que ejerció dicho puesto de trabajo durante la corporación municipal 2015-2019.

4.-Que se atribuya responsabilidad provisional, se cite para un nuevo acto de Liquidación Provisional, y se requiera para el depósito o afianzamiento del importe provisional del presunto alcance, a Don F.J.M.G.y a Don F.H.S., Secretario y Tesorero, respectivamente, del Ayuntamiento de San Clemente.

5.- Requerir a Don P.A.S.M. el reintegro, depósito o afianzamiento del total del importe del presunto alcance, esto es de 128.446,57 euros.

6. Que se impongan las costas a quien se oponga al presente recurso.

Finalmente, mediante OTROSÍ, se solicita la suspensión del plazo para el depósito o afianzamiento de las cantidades reclamadas a la recurrente.

La representación de la Sra. H.A. ha fundamentado el recurso tanto en la denegación de diligencias solicitadas como en la existencia de indefensión, en virtud de los siguientes motivos y fundamentaciones:

1. La Delegada Instructora no ha requerido del Ayuntamiento de San Clemente los certificados de las actas de las Juntas de Gobierno Local celebradas a lo largo de la Corporación 2015-2019, solicitadas en el escrito de alegaciones a las actuaciones previas, que justificarían, junto con otros documentos que constan en las indicadas actuaciones, la percepción de las indemnizaciones aprobadas y abonadas en su día a los Concejales.

La representación de la recurrente manifiesta que realizar una Liquidación Provisional por falta de justificación de la aplicación de fondos públicos, sin previa entrega por parte de la Administración presuntamente perjudicada de los justificantes que obran en su poder, genera indefensión y constituye una nulidad de pleno derecho de dicha Liquidación. Fundamenta su apreciación en los artículos 47, 48 apartados 1 y 2, y 112 apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la LFTCu, y en la infracción de lo dispuesto en el artículo 47 de este texto legal.

2. La Delegada Instructora no ha requerido del Ayuntamiento de San Clemente la certificación de servicios prestados en dicha Entidad Local por Don F.J.M.G., actual Secretario, a los efectos de acreditar el tiempo que ejerció dicho puesto de trabajo durante el periodo 2015-2019, al que se refieren los hechos generadores de las presuntas irregularidades, no obstante haberse solicitado esta diligencia para poder precisar su posible responsabilidad contable.

Expone que el anterior Secretario de la Corporación, declarado presunto responsable contable, ejerció sus funciones solo durante dos de los cuatro años del periodo considerado y el resto del tiempo el citado puesto fue ocupado por el actual Secretario, por lo que los razonamientos esgrimidos por la Delegada Instructora para atribuir presunta responsabilidad al anterior Secretario debieran aplicarse para la correspondiente atribución de responsabilidad al actual. Manifiesta que dicha circunstancia genera indefensión a la recurrente, pues su falta de atribución de responsabilidad y, en consecuencia, de requerimiento para el depósito o afianzamiento, incrementa la de la recurrente. Alega infracción de lo dispuesto en los artículos 47 de la LFTCu, respecto a las actuaciones que debe realizar todo Delegado Instructor, y 9.3 de la Constitución Española y considera, de nuevo, que se ha producido una nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 47 de la LPACAP.

3. En el fundamento cuarto, argumenta que, habiendo manifestado en el escrito de alegaciones que la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas (sentencias de 27 de febrero de 2012 y 25 de febrero de 2016) no aprecia la existencia de responsabilidad contable por el pago o recepción de cuantías en concepto de indemnización por parte de Concejales en supuestos idénticos al de autos, no se motiva en la Liquidación Provisional practicada la causa o circunstancia por la que en estas actuaciones se considera injustificada la salida de fondos. Asimismo, reitera que tampoco se ha especificado la razón del rechazo a la práctica de las diligencias de prueba solicitadas.

Debe señalarse que el fundamento tercero no alude a los supuestos que sustentan este recurso conforme a lo previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, tan solo señala

que el Tesorero del Ayuntamiento en la Corporación durante los ejercicios 2015-2019 también intervino en el procedimiento de pago de las cantidades consideradas indebidamente abonadas.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso interpuesto indica, esencialmente, lo siguiente:

1. Respecto a la Liquidación Provisional, la falta de solicitud por la Delegada Instructora de las certificaciones de las actas de las Juntas de Gobierno no produce indefensión, porque dicha Delegada ha estimado que no procede dentro del ámbito de sus actuaciones recogidas en el artículo 47 de la LFTCu.

En relación con la falta de citación del actual Secretario del Ayuntamiento y del Tesorero, ambos actuantes como tales en el periodo 2015-2019, considera que no cabe valorar en estas actuaciones la procedencia de la indicada citación sino en el posterior juicio contable.

Finalmente, en lo que respecta a la valoración de las sentencias citadas por la recurrente, señala que es una cuestión de fondo que excede de las competencias de la Delegada Instructora.

2. En relación con la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, la cuantía fijada para el ex Secretario es correcta, porque se ha estimado por la Delegada Instructora atendiendo al reintegro del alcance del que es presunto responsable contable.

CUARTO.- En el escrito de alegaciones de la actual Alcaldesa- Presidenta del Ayuntamiento de San Clemente al recurso interpuesto por la anterior se procede a rebatir lo formulado en el citado recurso mediante consideraciones relativas a la complejidad que implica la preparación de la documentación requerida por el recurrente y la posibilidad, en su caso, de que solicite su incorporación en la fase de prueba del procedimiento jurisdiccional. También se alude a la improcedencia de incluir al actual Secretario y Tesorero como presuntos responsables atendiendo a las funciones que legalmente tienen atribuidas.

QUINTO.- Para resolver las pretensiones planteadas por la recurrente, 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, y 1/2019, de 12 de febrero) 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; se configura, así como un recurso especial y sumario por

razón de la materia, y que opera “per saltum”, es decir, sin que los hechos hayan sido conocidos ni mucho menos 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 de 17 de mayo y de 1 de julio de 2010 y 21 de junio de 2016), en el sentido de que “se trata de un recurso 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 un mecanismo de revisión de las resoluciones que puedan cercenar sus posibilidades de defensa.

Por ello, los motivos de impugnación de este recurso no pueden ser distintos de los taxativamente establecidos en la Ley, esto es, únicamente en los supuestos en que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalen o que se causaren indefensión y sin que pueda esta Sala hacer pronunciamiento alguno ni sobre la calificación jurídico-contable de la conducta del presunto responsable ni sobre el fondo del asunto, ya que cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones señaladas, al ser anterior a la sustanciación del correspondiente pronunciamiento jurisdiccional, invadiría el ámbito competencial atribuido a los Consejeros de Cuentas por los artículos 25 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 53 de la LFTCu, como órganos en todo caso de la primera instancia jurisdiccional contable. Es más, lo resuelto en este recurso especial lo será sin perjuicio de lo que se pueda acordar al respecto en el correspondiente procedimiento jurisdiccional.

Conforme a lo referido, no cabe efectuar pronunciamiento ni adoptar medida alguna en esta concreta fase de resolución de este recurso especial, en relación con las pretensiones solicitadas en sus conclusiones (1-5) por la recurrente: dictar liquidación provisional negativa; requerimientos al Ayuntamiento de San Clemente para la aportación de certificados; atribución de responsabilidad provisional y consecuente requerimiento de pago a los actuales Secretario y Tesorero de la Corporación; y ampliación del requerimiento de pago al ex Secretario por el total del importe de alcance fijado en el Acta de Liquidación Provisional. Ello es debido a que tales cuestiones deben dilucidarse en la fase de actuaciones previas que procedan, en caso de estimarse el recurso, o bien en la posterior fase jurisdiccional, en caso de desestimación.

Respecto a la imposición de costas y suspensión de la Providencia de requerimiento de pago, las consideraciones pertinentes se efectuarán con posterioridad.

SEXTO.- Indicado lo anterior, procede entrar en el análisis de las fundamentaciones alegadas para justificar la interposición del recurso: denegación de diligencias

solicitadas por la recurrente que le ha generado indefensión y la nulidad de pleno derecho de la Liquidación Provisional realizada, por vulnerar los artículos 47, 48, apartados 1 y 2, y 112, apartado 1, de la LPACAP, e infringir el artículo 47 de la LFTCu, respecto a las actuaciones que debe realizar el Delegado Instructor.

En lo que respecta a no completar las diligencias que los comparecientes señalaren o que se causara indefensión, debe tenerse en cuenta que ambas circunstancias, bien consideradas de manera independiente cada una de ellas, bien de forma correlativa al derivarse una de la otra, constituyen los motivos taxativos que justifican la interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, como establece la doctrina de esta Sala de Justicia (por todos, Auto de 19 de junio de 2012). Tales motivos implicarían una infracción de los deberes de actuación del Delegado Instructor en la fase de actuaciones previas, previstos en el artículo 47 de la LFTCu, por lo que debe efectuarse un concreto análisis de la actuación de la Delegada Instructora en el presente caso, a cuyos efectos, en primer lugar, cabría determinar, aun someramente, la naturaleza de las actuaciones previas y cuáles son las atribuciones que el citado artículo 47 otorga a los Delegados Instructores.

Las Actuaciones Previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, por lo que únicamente constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables de los mismos, así como, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar, de manera previa y provisional, el perjuicio ocasionado en los caudales públicos, procediendo, seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado.

Lo anterior se deduce de lo previsto en el artículo 47.1 de la LFTCu que establece las siguientes atribuciones al delegado instructor:

- a) Nombramiento de Secretario que autorice y lleve a efecto cuantos proveídos y diligencias se pronuncien o se practiquen en el procedimiento.*
- b) Reclamación de las diligencias preventivas del alcance que se hayan instruido por el Jefe del Centro o Dependencia donde haya ocurrido la falta, o por el alcanzado en su caso.*
- c) Práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad.*

d) Pase del tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiese indicios de responsabilidad criminal, salvo que conste haberse hecho en las diligencias preventivas.

e) Liquidación provisional del alcance, previa citación de los presuntos responsables, Ministerio Fiscal, Letrado 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.

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.

g) Embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

En el presente caso, la infracción alegada se incardinaría directamente en las actuaciones señaladas en el apartado 1. c): *Práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad*; si bien de forma indirecta, dada la interconexión de las actuaciones, involucraría al resto de atribuciones previstas en el apartado.

La recurrente señala tres supuestos en que la Delegada Instructora no ha llevado a cabo las diligencias oportunas solicitadas: **1)** No haber tomado en consideración las dos sentencias de esta Sala invocadas en alegaciones que excluyen la existencia de responsabilidad contable respecto a hechos “idénticos” a los investigados en las actuaciones previas, a efectos de declarar la inexistencia de dicha responsabilidad; **2)** No haber practicado la diligencia solicitada por la recurrente de requerir al Ayuntamiento de San Clemente los certificados de las actas de las Juntas de Gobierno Local celebradas a lo largo de la Corporación 2015-2019; y **3)** No haber practicado la diligencia solicitada por la recurrente de requerir al Ayuntamiento de San Clemente la certificación de los servicios prestados en el Ayuntamiento por Don F.J.M.G., actual Secretario, a los efectos de acreditar el tiempo que ejerció dicho puesto de trabajo durante el periodo 2015-2019, al que se refieren los hechos generadores de las presuntas irregularidades, para poder precisar su posible responsabilidad contable.

Respecto al primer supuesto, esta Sala considera que la valoración de las sentencias invocadas constituye una cuestión de fondo que excede de las competencias de la Delegada Instructora, en el mismo sentido expuesto por el Ministerio Fiscal en su

escrito de alegaciones de oposición al recurso, aunque formalmente se invoque que se ha causado indefensión a la recurrente.

En relación con la no realización de las otras dos diligencias solicitadas por la recurrente, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

- Reiterada jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otros, en el Auto 11/2018, de 22 de marzo, manifiesta 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, estando limitadas tales diligencias por el propio objetivo que les atribuye el legislador. Así pues, el órgano 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, y 5/2015, de 3 de marzo, entre otros).

- En concordancia con lo expuesto, la doctrina de esta Sala (entre otros, Auto de 29 de octubre de 1992) asienta que el Delegado Instructor, en el marco de sus competencias, tiene atribuciones para denegar pruebas que no considere pertinentes, es decir, que no sean necesarias, ineludibles, insustituibles y fundamentales; pero, a su vez, se matiza esta competencia con la necesaria MOTIVACIÓN DE LA DENEGACIÓN, con independencia de su mayor o menor amplitud.

Lo anterior se deduce, entre otras, de las siguientes resoluciones:

-El precitado Auto de 29 de octubre de 1992, que señala... *no se observa que se le haya producido perjuicio [al recurrente] por la Providencia que ha motivado esta impugnación, en la que **se fundamenta la razón de ser de la denegación de prueba**,...*”.

-Auto de 3 de octubre de 1997, que indica *Por ello, es indudable que dentro de las facultades del Instructor está la denegación de las diligencias pedidas si razonablemente estima que las mismas y en los términos pedidos no son necesarias o adecuadas a los efectos de la concreción de los hechos o a la determinación de las personas responsables..., **todo ello mediante resolución motivada**.*

-Auto de 5 de mayo de 2004 (Resumen doctrina), en el que se pone de manifiesto *Ahora bien, realizar las diligencias oportunas no significa que deba acceder a la*

*práctica de todas las solicitadas por los presuntos responsables, sino únicamente las que considere suficientes para determinar, de manera previa y provisional, la existencia o no de presunta responsabilidad contable por alcance, **debiendo motivar la denegación de las diligencias que no considere necesarias.***

*-Auto de 21 de diciembre de 2016, que pone de manifiesto que No cabe considerar, en consecuencia, que la denegación por la Delegada instructora de las diligencias solicitadas por el actor público haya sido infundada. Entiende por ello esta Sala de Justicia que el procedimiento se ha ajustado plenamente a los cauces del art. 47 de la Ley 7/88 no habiéndose producido indefensión, **ya que la delegada instructora ha dado contestación motivada a la solicitud** de la parte recurrente entendiéndose que sus conclusiones quedaban fundamentadas con las actuaciones realizadas, y **razonando el porqué** de esta decisión”.*

*-Auto de 22 de marzo de 2018, en el que se indica Sin embargo, esta Sala no aprecia que la providencia impugnada haya provocado indefensión al recurrente o haya dado lugar a una denegación injustificada de diligencias. Muy al contrario, la citada Resolución del Delegado Instructor **deniega la petición de forma extensamente motivada.**”.*

Resulta acertada y debida la doctrina establecida por esta Sala en cuanto a la exigencia de motivación en la denegación de diligencias solicitadas por las partes en la fase de actuaciones previas, exigencia que también se recoge en una exhaustiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en relación con las resoluciones administrativas y judiciales, pues tal motivación se constituye en una garantía de los interesados frente a la arbitrariedad- alegada por la recurrente mediante alusión a la infracción del artículo 9 de la Constitución- que puede darse en las decisiones adoptadas, en este caso por el órgano instructor, pues tal decisión debe adoptarse fundada y razonadamente.

En el presente supuesto, la Delegada Instructora no ha motivado, ni siquiera sucintamente, las razones por las que ha denegado la práctica de las dos diligencias solicitadas por la recurrente, limitándose a señalar en la contestación a las alegaciones (página 17 del Acta de Liquidación Provisional) lo siguiente:

*“En los dos escritos de alegaciones presentados por la Sra. H., se solicita al ayuntamiento de San Clemente la emisión de sendos certificados que, **lógicamente, no son objeto de tramitación por esta Instrucción Delegada**, sin perjuicio de que en la fase jurisdiccional correspondiente, las partes en el procedimiento puedan aportar todos los elementos de prueba que consideren oportunos.”*

Cabe, así, apreciar la existencia de uno de los motivos justificativos del recurso del artículo 48 de la LFTCu, al haberse producido, en perjuicio de la recurrente, una denegación injustificada de completar las diligencias señaladas por la misma.

SÉPTIMO.- En cuanto al otro motivo taxativo de procedencia del recurso que se está analizando, esto es que se haya generado indefensión al recurrente en virtud de las actuaciones llevadas a cabo por la Delegada Instructora, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido concretando cuando debe entenderse producida; así, la STC 48/1986, de 23 de abril, señala 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»*; las SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, y 130/2002, de 3 de junio, establecen 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*.

Con una más concreta conexión con la cuestión que se viene analizando, se debe hacer referencia a las STC de 8 de octubre de 1985 y de esta Sala de Justicia de 4 de junio de 2003 al establecer que se causa indefensión siempre que *se prive al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses mediante la apertura del adecuado proceso o realizar dentro del mismo las adecuadas alegaciones o pruebas*.

Al respecto debe incidirse en lo siguiente:

- La propia falta de motivación en la denegación de las diligencias solicitadas, apreciada en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución, 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 (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2015).
- Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las diligencias propuestas por la recurrente van encaminadas a completar la instrucción realizada por la Delegada Instructora y a revelar datos que pudieran ser desconocidos por ésta -certificados de las actas de las Juntas de Gobierno Local celebradas a lo largo de la Corporación 2015-2019, en relación con los hechos a valorar en las actuaciones previas y certificación de los servicios prestados en el Ayuntamiento por el actual Secretario, con el fin de acreditar que ejerció dicho puesto de trabajo durante parte del periodo 2015-2019, a efectos de concretar las posibles responsabilidades contables- constituyendo, por tanto, medios de prueba propios de esta fase provisional e instrumental que son las actuaciones previas. (“a sensu contrario”, Auto de esta Sala de 22 de marzo de 2018). Tales circunstancias, han derivado en una indefensión material, con un perjuicio real y efectivo, pues han supuesto una merma en las posibilidades de defensa de la recurrente.

Por todo lo expuesto, debe apreciarse, también, la concurrencia del segundo motivo justificativo del recurso del artículo 48 de la LFTCu, al haberse generado indefensión injustificada a la recurrente.

OCTAVO.- En lo que se refiere a la suspensión del plazo fijado en la Providencia de requerimiento de pago de 11 de febrero de 2022, para el depósito o afianzamiento de las cantidades reclamadas a la recurrente, solicitada en su escrito de recurso mediante OTROSÍ, es doctrina uniforme de esta Sala de Justicia que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos, salvo que concurren circunstancias excepcionales y que las particularidades que pueden dar lugar a los efectos suspensivos de este recurso, por su carácter extraordinario, deben ser objeto de una interpretación restrictiva y no cabe su apreciación si no están relacionadas con una posible situación de indefensión. (entre otros, Auto de 17 de septiembre de 2013, de 2 de julio de 2015 y de 30 de enero de 2018).

Conforme a lo indicado, habiendo apreciado por esta Sala la concurrencia de los dos motivos taxativos en que se fundamenta el recurso del artículo 48 de la LFTCu, y especialmente la indefensión producida a la recurrente que debe dar lugar a una retroacción de las actuaciones practicadas por la Delegada Instructora, procede la suspensión *de facto* de la Providencia de requerimiento de pago, dada la correlatividad de las atribuciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu, sin necesidad de que se haya alegado circunstancia excepcional alguna.

NOVENO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho de esta resolución, esta Sala de Justicia considera que procede estimar, parcialmente, el recurso formulado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LFTCu, por Doña M.S.H.A., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de 11 de febrero de 2022, dictadas en las Actuaciones Previas n° 12/21, al apreciar que se ha denegado injustificadamente la práctica de las diligencias solicitadas por la recurrente, lo que le ha generado indefensión.

En consecuencia con lo anterior, se debe dejar sin efecto el Acta de Liquidación Provisional, así como la Providencia de requerimiento de pago y retrotraer las Actuaciones Previas para que la Delegada Instructora, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, motive la denegación de las diligencias solicitadas o lleve a cabo la práctica de las mismas.

DÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no cabe 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:

1. Estimar, parcialmente, el recurso formulado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por Doña M.S.H.A., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de 11 de febrero de 2022, dictadas en las Actuaciones Previas nº 12/21. Sin costas.

2. En consecuencia con lo anterior, dejar sin efecto el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, ambas de 11 de febrero de 2022, y retrotraer las Actuaciones Previas para que la Delegada Instructora, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, motive la denegación de las diligencias solicitadas por la recurrente o, en su caso, lleve a cabo la práctica de las mismas.

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.

Auto nº 13/2022, de 11 de mayo. Recurso del Art. 48.1 nº 35/21, Actuaciones Previas nº 113/19, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Marracos), Zaragoza. Ponente: Excm. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

El recurso interpuesto contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago se fundamenta en la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado por cuanto la Delegada Instructora no procedió a concretar el monto líquido de la herencia, siquiera de forma previa y provisional, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que les corresponde por su condición de causahabientes del presunto responsable contable fallecido, ex artículo 38.5 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, habiendo pedido previamente y justificado documentalmente la aplicación de dicha limitación de la responsabilidad contable ante la propia Delegada Instructora.

La Sala considera que resulta incontrovertible que afecta al fondo del asunto la petición de las recurrentes y, por tanto, habrá de realizarse en el proceso jurisdiccional correspondiente, en el que se podrán desarrollar, 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. No se ha acreditado que las recurrentes hayan sufrido algún tipo de “perjuicio real y efectivo” durante los trámites procedimentales impugnados.

En cuanto al recurso interpuesto por el otro recurrente, la Sala entiende que en ningún momento consta que se pidiese a la Delegada Instructora que completase las diligencias con la documentación que refiere. Asimismo, no considera que no haya valorado adecuadamente determinada documentación obrante en las actuaciones previas, toda vez que, conforme a reiterada doctrina de la Sala, no se exige una respuesta pormenorizada a todas las alegaciones de las partes, basta que el órgano decisor exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión. Finalmente, entiende que en cuanto a que el recurrente no ostenta la condición de cuentadante, también debe ser desestimado, toda vez que se trata de una cuestión que afecta al fondo del asunto

VOTO PARTICULAR: El voto particular considera que la falta de respuesta en el pronunciamiento del acta de liquidación impugnada causó indefensión. Las recurrentes solicitaron de la delegada instructora que, en caso de declarar la existencia de un presunto alcance en los fondos municipales, se limitara la declaración de su responsabilidad al haber hereditario líquido provisional, que cuantificaron, con aportación de documentación justificativa. De la lectura del acta de liquidación provisional se constata que la delegada instructora no se pronunció sobre la petición, pues se limitó no solo a señalar generalidades sobre la naturaleza

de las actuaciones previas omitiendo la debida respuesta, sino también a ignorar los pronunciamientos de esta Sala contenidos en los autos n° 20/21 y n° 22/21. En estas resoluciones la Sala de Justicia consideró que la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario debe ser planteada ante el órgano instructor, por ser el competente para decidir sobre la misma. El pronunciamiento del acta de liquidación, al manifestar que la pretensión de las ahora recurrentes tendría que ejercitarse en el futuro juicio contable, además de apartarse de forma manifiesta de la doctrina de la Sala, no puede considerarse motivado.

Resulta imposible para las recurrentes conocer la razón por la que se inaplica el art. 38.5 de la LOTCu, precepto que es la causa de que se sigan las actuaciones contra ellas, y pese a haber procedido las ahora recurrentes como esta Sala les indicó de forma expresa hasta en dos ocasiones. La convalidación judicial de esta decisión administrativa deja incólume la vulneración llevada a cabo por la delegada instructora en vía administrativa y, como consecuencia, se produce en sede judicial una lesión del artículo 24 de la Constitución al no otorgar la debida tutela judicial efectiva a la que todo ciudadano tiene derecho cuando se relaciona con la Administración de Justicia, en este caso la jurisdicción contable.

Existe además una segunda indefensión por falta de coherencia e inseguridad jurídica. En los citados autos n° 20/21 y 22/21 se plantearon hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que además afectaban a las mismas partes intervinientes en las presentes actuaciones y que, por consiguiente, obligaban al órgano instructor a acomodarse al criterio de la Sala de Justicia y al contenido de las previsiones legales transcritas. Los principios de coherencia y de seguridad jurídica obligan tanto al órgano instructor como a esta Sala, a la que se impone también un deber de unidad de doctrina, por ser todo ello proyección de la prohibición de interdicción de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución que se conecta directamente con el artículo 24 de la Constitución y que, necesariamente, obliga a seguir el criterio mantenido en los autos n° 20/21 y n° 22/21, así como al más reciente auto n° 4/22, al no existir razones para apartarse de ellos. Cuando es el mismo sujeto el afectado por resoluciones potencialmente opuestas, como ocurre en el presente supuesto, se sitúa en un primer plano el derecho de tutela judicial, en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que proscribe la arbitrariedad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 en relación con el 9.3 CE). Ello implica que no debe la Sala de Justicia proteger en sede judicial la indefensión generada en vía administrativa por la Delegada Instructora, que ha desatendido en la fundamentación de su acta de liquidación la doctrina de la propia Sala expuesta en los autos n° 20/21, n° 22/21 y n° 4/2022, pues con ello la Sala desatiende a su vez el mandato contenido en los artículos 106, 117 y 136 de la Constitución.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 13/2022

ASUNTO: Recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, n° 35/21, interpuesto contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictadas en las Actuaciones Previas n° 113/19, de Sector Público Local (Ayto. de Marracos), Zaragoza.

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, integrada conforme se expresa en el margen, 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 Letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, en representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., y por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Navarro Ballester, en representación de Don E.L.T., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictadas en las Actuaciones Previas n° 113/19.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. Consejera doña Elena Hernández 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° 113/19, con fecha 7 de octubre de 2021, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 130.261,54 euros, cantidad a la que habría que sumar 23.400,30 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha,

suponiendo todo ello un total de 153.661,84 euros; y, asimismo, se declaró como presuntos responsables contables directos y solidarios a los recurrentes; concretamente, a Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., por la totalidad del presunto alcance; y a Don E.L.T., hasta el importe total de 141.661,48 euros.

Asimismo, por Providencia dictada con fecha 7 de octubre de 2021, la Delegada Instructora practicó requerimiento de pago, depósito o afianzamiento a los presuntos responsables contables directos y solidarios.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de octubre de 2021, la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 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 dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 15 de octubre de 2021, 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.

CUARTO.- Con esa misma fecha de 15 de octubre de 2021, la representación procesal de Don E.L.T., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu, también presentó recurso contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19.

QUINTO.- Con fecha 19 de octubre de 2021, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas de referencia remitió copia de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 20 de octubre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió admitir los recursos interpuestos y dar traslado de los mismos, así como de los antecedentes remitidos por la Delegada Instructora, a todos los sujetos citados a la Liquidación Provisional a fin de que pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes por un plazo común de cinco días.

SÉPTIMO.- Con fecha 27 de octubre de 2021, la representación procesal del Ayuntamiento de Marracos presentó escrito pidiendo que se desestime el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., y que se confirmen el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19.

OCTAVO.- Asimismo, el Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 10 de noviembre de 2021 pidiendo la desestimación de los recursos presentados y la confirmación de las resoluciones recurridas.

NOVENO.- Una vez dictada la Diligencia de Ordenación de fecha 9 de diciembre de 2021, por la que se puso en conocimiento de las partes la nueva composición de la Sala de Justicia para el presente recurso tras los Acuerdos del Pleno del Tribunal de Cuentas de fechas 23 y 29 de noviembre de 2021, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió, por Diligencia de Ordenación de fecha 22 de diciembre de 2021, pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se efectuó mediante posterior Diligencia de fecha 29 de diciembre de 2021, tras haberse practicado las oportunas notificaciones.

DÉCIMO.- La Sala de Justicia acordó, mediante Providencia de 9 de febrero de 2022, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2022, fecha en la que tuvo lugar el mencionado acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver los presentes recursos corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición de los artículos 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu.

SEGUNDO.- En primer lugar, en cuanto al recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, se fundamenta en la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado por cuanto la Delegada Instructora no procedió a concretar el monto líquido de la herencia, siquiera de forma previa y provisional, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que les corresponde por su condición de causahabientes del presunto responsable contable fallecido, ex artículo 38.5 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu), habiendo pedido previamente y justificado documentalmente la aplicación de dicha limitación de la responsabilidad contable ante la propia Delegada Instructora, conforme a los pronunciamientos de la Sala de Justicia contenidos en el Auto nº22/21, de 23 de junio. A su vez, alegan que la anterior circunstancia ha supuesto una infracción y vulneración de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, así como del artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

TERCERO.- Por otro lado, en cuanto al recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por la representación procesal de Don E.L.T. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las meritadas Actuaciones Previas nº 113/19, se fundamenta en la presunta indefensión que, a juicio del recurrente, se le habría generado por los siguientes motivos: la Delegada Instructora no requirió que se aportase determinada documentación a las actuaciones previas; la Delegada Instructora no ha valorado adecuadamente determinada documentación obrante las actuaciones previas; el recurrente no ostenta la condición de cuentadante.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal ha pedido la desestimación de los dos recursos interpuestos, y la confirmación del acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago impugnadas, alegando que si bien en ambos recursos se invoca formalmente una presunta indefensión generada a los recurrentes, realmente, en los dos casos se están planteando cuestiones de fondo que revelan una mera disconformidad con el resultado del acta de liquidación provisional de referencia y que son ajenas al objeto de esta clase de recurso regulado en el artículo 48.1 de la LFTCu, siendo cuestiones propias del debate contradictorio en la fase jurisdiccional del procedimiento; razona los motivos por los que no se ha producido indefensión material en ninguno de los dos casos; y, además, en relación con el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., el Ministerio público advierte que idéntica cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento expreso por la Sala de Justicia de este Tribunal; concretamente, en los Autos 20/21 y 22/21, de 23 de junio de 2021, recaídos en las Actuaciones Previas 117/19, declarando que la cuestión planteada queda fuera de la competencia decisoria que el artículo 48.1 de la LFTCu atribuye a dicha Sala de Justicia en este tipo de recurso.

QUINTO.- Por su parte, la representación procesal del Ayuntamiento de Marracos ha pedido la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., y la confirmación del acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago impugnadas, alegando igualmente que en el recurso sólo se plantean cuestiones de fondo cuya naturaleza es propia del debate procesal de una futura primera instancia, y no de la fase de actuaciones previas. En este sentido, se remite tanto a las consideraciones realizadas por la propia Delegada Instructora en relación con la naturaleza y caracterización de dicha fase de actuaciones previas, como a lo dispuesto en los meritados autos de la Sala de Justicia núm. 20/21 y 22/21, dictados el día 23 de junio de 2021, y recaídos en las Actuaciones Previas núm. 117/19, por los que ya se ha desestimado idéntica impugnación planteada por esa misma representación procesal.

SEXTO.- 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 señalaran”* 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.

SÉPTIMO.- Una vez analizada la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, debe comenzarse por el análisis del recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. contra el Acta de

Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19. Se fundamenta en la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado por cuanto la Delegada Instructora no procedió a concretar el monto líquido de la herencia, siquiera de forma previa y provisional, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que les corresponde por su condición de causahabientes del presunto responsable contable fallecido, ex artículo 38.5 de la LOTCu, habiendo requerido expresamente y justificado documentalmente la aplicación de dicha limitación de la responsabilidad contable ante la propia Delegada Instructora. A su vez, alegan que la anterior circunstancia ha supuesto una infracción y vulneración de lo dispuesto en el artículo 38.5 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu), así como del artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

Con carácter general, debe advertirse que, a la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de la “indefensión” que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, esta Sala de Justicia viene afirmando reiteradamente lo siguiente (por todos, v. 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 tanto, para establecer si se ha causado, o no, indefensión material a las Sras. R.B., habrá que analizar si se han visto privadas de la posibilidad de ser oídas o se les ha imposibilitado la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Y en el supuesto aquí enjuiciado consta que la Delegada Instructora, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, practicó la citación en forma a todos los presuntos responsables contables 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, todos los presuntos responsables- y ahora también recurrentes- disponían de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerasen pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación.

Concretamente, por lo que se refiere a Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., se constata que se las citó en forma al acto de la liquidación provisional. Y, si bien no comparecieron al mismo, sí presentaron sendos escritos de alegaciones y documentación con fecha de entrada en el registro del Tribunal de Cuentas de 1 de octubre de 2021.

Pues bien, en relación con el contenido de los escritos de alegaciones y documentación presentados, y la concreta petición consistente en que la Delegada Instructora procediera a concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicar a las Sras. R.B. la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu, las recurrentes alegan que, habiendo planteado expresamente la citada petición, conforme a lo establecido anteriormente por esta misma Sala de Justicia en el Auto 22/21, de 23 de junio, la Delegada Instructora ni valoró oportunamente su petición ni practicó actuación alguna, a efectos de limitar su responsabilidad contable ni de reducir el importe del requerimiento de pago formulado.

Sin embargo, debe advertirse que la Delegada Instructora sí valoró expresamente la petición de las recurrentes en los siguientes términos literales (v. página 26 del acta de liquidación provisional de referencia):

“[...] En cuanto a las alegaciones referidas a la naturaleza de la responsabilidad contable y a la transmisibilidad de dicha responsabilidad a los causahabientes, se pone de manifiesto que esta fase de Actuaciones Previas no tiene naturaleza jurisdiccional y tiene por objeto la práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, según lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en el marco de la investigación planteada por el Auto conclusivo de la Fase de Diligencias Preliminares. De acuerdo con ello, la naturaleza de las actuaciones previas y su finalidad van dirigidas precisamente a la concreción de los elementos objetivos, que no es posible realizar hasta el momento de la terminación del procedimiento con la citación a Liquidación Provisional y, en todo caso, se realiza de forma previa y provisional.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la caracterización de la presente fase de Actuaciones Previas en la que no se aplica el principio contradictorio ni hay

verdadera actividad probatoria. De este modo, si las partes legitimadas para comparecer en el acta no están de acuerdo con las valoraciones tanto cuantitativas como cualitativas ni con las conclusiones a las que pueda llegar esta Delegada Instructora, tras la realización de las diligencias precisas para fundamentarlo, la posible oposición de las partes personadas a estas conclusiones deber ser ejercitada en el juicio contable que se pudiera incoar y corresponded al juez de lo contable dirimir la contienda, si las partes legitimadas, en su caso, las reiterasen en el procedimiento contable que pudiera incoarse [...]”.

Y, además, debe destacarse que, por un lado, la precitada valoración expresa de la Delegada Instructora, en relación con la petición de limitación de la responsabilidad contable de las recurrentes, se realizó de manera motivada. En este sentido, de acuerdo con reiterada doctrina que viene manteniendo 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)”.***

Y, por otro lado, que el concreto contenido de esa valoración expresa de la Delegada Instructora, en relación con la petición de limitación de la responsabilidad contable de las recurrentes, viene a reflejar lo que constituye la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia relativa a la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas:

“[...] 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, que en la fase de actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional queda excluida cualquier tipo de actividad probatoria 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, necesariamente, 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.

De acuerdo con esta naturaleza jurídica de las actuaciones previas expuesta *ut supra*, en esta fase del procedimiento el Delegado Instructor no puede entrar a valorar cuestiones que afectan al fondo del asunto. Y, precisamente por ello, esta Sala de Justicia viene rechazando reiteradamente 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).

Pues bien, aplicando toda la precitada doctrina jurisprudencial al supuesto ahora enjuiciado, resulta incontrovertible que sí afecta al fondo del asunto la petición que realizaron las recurrentes, consistente en que la Delegada Instructora debía concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu.

No debe olvidarse que los Delegados Instructores tienen unas competencias tasadas por la Ley que se recogen en el artículo 47 de la LFTCu. En este sentido, conforme a las letras c) y e) del apartado primero del precepto, corresponde al Delegado Instructor realizar la Liquidación Provisional del alcance extendiendo acta en la que deja constancia de las diligencias practicadas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo.

Por lo tanto, de acuerdo con la finalidad de tutelar íntegramente los fondos públicos que se persigue en toda la legislación vigente sobre la Jurisdicción Contable, el Delegado Instructor, a la vista de las diligencias practicadas, deberá determinar, de manera previa y provisional, los presuntos responsables contables y los daños determinantes de la responsabilidad contable, que deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos (artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu).

Y, como consecuencia de lo anterior, resulta incontrovertible que el Delegado Instructor deberá determinar, de manera previa y provisional, el monto total del menoscabo causado a los caudales de la Entidad Pública perjudicada de que se trate; si no lo hiciera así, contravendría la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos perseguida por el legislador y su actuación sería incompatible con el contenido de la pretensión en materia de responsabilidad contable que prevé el precitado artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu.

Por todo lo anterior, resulta que, indiscutiblemente, estaremos ante una cuestión de fondo cuando se plantee cualquier discrepancia con las conclusiones alcanzadas por el Delegado Instructor sobre la determinación, de manera previa y provisional, de los elementos subjetivos y objetivos (cuantificación) de la responsabilidad contable. Y, en este sentido, en relación con los elementos objetivos de la responsabilidad contable, resulta que entra de lleno en el fondo del asunto la petición que las Sras. R.B. realizaron a la Delegada Instructora en el supuesto de autos, consistente en la determinación del importe líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicarles la previsión del artículo 38.5 de la LOTCu; petición que, necesariamente, habría requerido del Delegado Instructor la valoración, de manera contradictoria, de las diferentes alegaciones que las partes realizasen sobre el particular, así como de los diferentes medios probatorios que pudieran aportar para fundamentar sus pretensiones; y, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia que se ha expuesto *ut supra*, este tipo de actividad plena de contradicción inter partes y de proposición y aportación de pruebas no puede desarrollarse en la fase de actuaciones previas, sino que sólo puede desplegarse en la subsiguiente fase relativa al proceso jurisdiccional en primera instancia, que se seguirá ante el Consejero de Enjuiciamiento que resulte competente; proceso jurisdiccional en el que se podrán desarrollar, 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.

Y, por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por la representación procesal de las Sras. R.B. por cuanto, en ningún caso, se ha probado que se les haya generado una indefensión material. En este sentido, no se ha acreditado que las recurrentes hayan sufrido algún tipo de “*perjuicio real y efectivo*” durante los trámites procedimentales que aquí se impugnan, consistentes en el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, ya que la Delegada Instructora sí se pronunció expresamente sobre la petición que le realizaron las Sras. R.B., desestimándola de forma motivada y limitándose a ejercitar las funciones que le eran propias en los precitados trámites procedimentales de la fase de actuaciones previas, de acuerdo con las competencias que tienen legalmente atribuidas los Delegados Instructores en el artículo 47 de la LFTCu y con la naturaleza de esta fase del procedimiento, conforme a reiterada doctrina de esta Sala tantas veces ya mencionada anteriormente.

Sin perjuicio de los razonamientos jurídicos expuestos anteriormente y de lo establecido en reiterada jurisprudencia de esta Sala, que necesariamente conducen a la desestimación del recurso del artículo 48.1 interpuesto por las Sras. R.B., y aun cuando el objeto del presente recurso nº 35/21 se ciñe exclusivamente a la impugnación del Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, debe hacerse referencia a la competencia de los Delegados Instructores recogida en el artículo 47.1 g) de la LFTCu, en relación con lo dispuesto en el meritado artículo 38.5 de la LOTCu, y con los anteriores pronunciamientos de la Sala de Justicia que se contienen en sus Autos nº 20 y nº 22, ambos de fecha 23 de junio de 2021.

El artículo 47.1 g) de la LFTCu atribuye competencia a los Delegados instructores para acordar, como medida cautelar, el “*embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación*”.

Y, en efecto, en relación con la precitada competencia de los Delegados Instructores en materia de adopción de medidas cautelares y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, el meritado Auto 20/2021 (FD 7º), de fecha 23 de junio de 2021, dictado por esta sala de Justicia, se pronuncia en los siguientes términos literales:

“[...] Respecto a la realización de actos de determinación del haber hereditario yacente, se trata de argumentos que afectan a la adopción de las medidas

cautelares y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos en el Auto n° 14/2018, de 30 de mayo [...]”.

Y, en análogo sentido, el Auto 22/2021 (FD 7°), de fecha 23 de junio de 2021, se pronuncia de la siguiente manera:

“[...] Por otra parte, como antes se dijo, los actos de determinación del haber hereditario yacente forman parte de las decisiones relativas al contenido de las medidas cautelares a adoptar y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos en el Auto n° 14/2018, de 30 de mayo [...]”.

Por lo tanto, aplicando los meritados pronunciamientos de esta Sala de Justicia al supuesto las Sras. R.B. -y a otros supuestos análogos al que ahora se enjuicia-, debe concluirse que, para el caso de que la Delegada Instructora, eventualmente, decidiera adoptar la medida cautelar consistente la traba o embargo específico de un concreto bien o derecho de las Sras. R.B., ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, el contenido de las actuaciones para llevar a efecto esa concreta medida cautelar debería respetar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, que prevé que la transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes de un presunto responsable contable fallecido sólo se produce en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, siempre que previamente se haya producido la aceptación expresa o tácita de la misma.

Finalmente, y con la finalidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica para casos análogos que pudieran darse en lo sucesivo, debe advertirse que podría ser conveniente que, por un lado, tanto en el Acta de Liquidación Provisional como en la Providencia de requerimiento de pago se hiciera constar, formalmente, no sólo el carácter de presuntos responsables contables por la condición de causahabientes de un presunto responsable contable fallecido, sino también que la cuantía de la

responsabilidad contable de esos causahabientes quedaría limitada por lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, para el caso de que se adoptaran medidas cautelares, ex artículos 47 y 67 de la LFTCu, o de lo que pudiera decidirse posteriormente en la fase jurisdiccional ante el Consejero de primera instancia. Y, por otro lado, para el caso de que el Delegado Instructor llegara a acordar la medida cautelar consistente en el embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables contables, ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, sería igualmente conveniente que en la primera Providencia de embargo genérico que se dictase, tras haber sido desatendido el requerimiento de pago o afianzamiento, se hiciera constar expresamente que las posteriores actuaciones que se lleven a cabo por el Delegado Instructor, en cumplimiento de la competencia atribuida en el artículo 47.1 g) de la LFTCu, se realizarán conformidad con lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu- esto es, se estaría haciendo referencia a las posibles actuaciones posteriores consistentes en la traba o embargo específico sobre un concreto bien o derecho de los presuntos responsables contables.

Sin perjuicio de estas dos últimas consideraciones realizadas como *obiter dicta*, y teniendo en cuenta que el objeto del presente recurso nº 35/21 del artículo 48.1 de la LFTCu -debe insistirse- no es una Providencia de embargo de un Delegado Instructor sino el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, debe reiterarse que procede la desestimación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por la representación procesal de las Sras. R.B. contra las precitadas resoluciones, de conformidad con los razonamientos jurídicos y la reiterada y copiosa jurisprudencia de esta Sala de Justicia a los que se ha hecho referencia a lo largo del presente fundamento.

OCTAVO.- Finalmente, debe analizarse el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por la representación procesal de Don E.L.T. contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, que se fundamenta en la presunta indefensión que, a juicio del recurrente, se le habría generado por los siguientes motivos: la Delegada Instructora no requirió que se aportase determinada documentación a las actuaciones previas; la Delegada Instructora no ha valorado adecuadamente determinada documentación obrante las actuaciones previas; el recurrente no ostenta la condición de cuentadante.

Con carácter general, a la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de la “*indefensión*” que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, y conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia a la que ya se ha hecho detallada referencia en el fundamento anterior (por todos, v. 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), debe recordarse que “*la indefensión es una noción*

material” y que para apreciar su existencia se requiere “que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado”.

Por lo tanto, para establecer si se ha causado o no indefensión al Sr. L.T. habrá 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 la Delegada Instructora, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, practicó la citación en forma a todos los presuntos responsables contables 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, todos los presuntos responsables- y ahora también recurrentes- disponían de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerasen pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación.

Concretamente, por lo que se refiere al recurrente, Don E.L.T., se constata que compareció en la fecha de la práctica de la Liquidación Provisional por medio de una representante, que realizó las alegaciones que obran incorporadas al Acta de Liquidación Provisional y, además, aportó escrito de alegaciones de fecha 5 de octubre de 2021, que quedó igualmente incorporado al Acta. Por todo lo anterior, en ningún caso puede concluirse que se haya generado una indefensión material para el recurrente.

Por lo demás, y entrando a analizar los concretos motivos por los que, a juicio del Sr. L.T., se le ha generado una presunta indefensión, en primer lugar, alega que la Delegada Instructora no requirió que se aportase determinada documentación a las actuaciones previas; concretamente, precisa que no consta entre la documentación aportada a las actuaciones la presentación de las cuentas del Ayuntamiento ante la Cámara de Cuentas de la Diputación Provincial de Zaragoza. Esta alegación debe ser desestimada porque, en ningún momento, consta que se pidiese a la Delegada Instructora que se completasen las diligencias con la precitada documentación; efectivamente, ni se realizó tal petición en el escrito de alegaciones de fecha 5 de octubre de 2021 que obra incorporado al Acta de Liquidación Provisional; ni tampoco en las alegaciones realizadas por la representante del Sr. L.T. en la propia comparecencia para la práctica de la Liquidación Provisional, y que igualmente obran incorporadas al Acta.

Por otro lado, en cuanto al segundo motivo que, a juicio del recurrente, le habría generado una presunta indefensión, se refiere a que la Delegada Instructora no habría valorado adecuadamente determinada documentación obrante las actuaciones previas (declaración del Sr. L.T. en las Diligencias Previas 620/2016 ante el Juzgado de Instrucción de Ejea de los Caballeros; certificados del Ayto. de Marracos aportados en las actuaciones previas). Este motivo debe ser igualmente desestimado:

por un lado, constan en el Acta de Liquidación Provisional todas las diligencias practicadas y los razonamientos jurídicos en los que la Delegada Instructora fundamenta su decisión; y, por otro lado, de acuerdo con la meritada doctrina que esta Sala de Justicia viene manteniendo reiteradamente (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)”*.

Finalmente, en cuanto al último motivo que se plantea en el recurso como determinante una presunta indefensión, se alega que el Sr. L.T. no ostenta la condición de cuentadante. Este motivo también debe ser desestimado en atención a la misma jurisprudencia de la Sala que también se ha expuesto en el anterior fundamento sobre la imposibilidad de tratar cuestiones que afectan al fondo del asunto mediante este recurso especial y sumario (por todos, v. Autos 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre). En efecto, el recurrente, mediante la presente alegación, plantea realmente una cuestión que afecta al fondo del asunto (su presunta falta de legitimación *ad causam*), y que sólo puede ser discutida en el curso del adecuado proceso jurisdiccional, en el que se podrá desarrollar una actividad plena de contradicción inter partes y de proposición y aportación de pruebas; por lo tanto, la cuestión planteada no puede servir de fundamento, en ningún caso, al tipo de recurso que se regula en el artículo 48.1 de la LFTCu, al no tener nada que ver con la denegación de diligencias ni con la indefensión, que son los motivos tasados en los que se puede basar este medio de impugnación.

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 el Letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, en representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., y por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Navarro Ballester, en representación de Don E.L.T. 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 Letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, en representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., y por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Navarro Ballester, en representación de Don E.L.T., contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, de Sector Público Local (Ayto. de Marracos), Zaragoza. 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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR

Que formula la Consejera de Cuentas D^a. María del Rosario García Álvarez al auto dictado por la Sala de Justicia en el recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, registrado con el n^o 35/21, interpuesto contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, ambas de fecha 7 de octubre de 2021 y dictadas en las actuaciones previas n^o 113/19, de Sector Público Local (Ayto. de Marracos), Zaragoza.

1.- Mi respetuosa discrepancia con la opinión de la mayoría se expone a continuación como fundamento de mi voto particular. En primer lugar, se aceptan los antecedentes de hecho consignados en el auto tal y como se recogen, con dos precisiones. La primera, que todas y cada una de las menciones que en ellos se contienen a las actuaciones previas 113/19, se estiman realizadas por la vía de la remisión a su íntegro contenido pudiendo, por tanto, ser tomadas en consideración en cualquiera de sus extremos con ocasión del análisis jurídico que se realizará a continuación. En segundo lugar, omiten que esta Consejera disintió de la mayoría, votó en contra y anunció la formulación de voto particular contra la decisión mayoritaria. Considero, por ello, que debió hacerse constar el sentido de mi voto disidente, porque el mismo es imprescindible para llegar a la decisión (artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante LOPJ). No puede olvidarse que la decisión de todos y cada uno de los asuntos que se nos sometan en unidad de acto es una obligación sancionada en el artículo 11.3 de la misma LOPJ y frente a terceros por el artículo 13 de la misma LOPJ, al imponer a todos la obligación de respetar la independencia de Jueces y Magistrados.

2.- Igualmente, estimo necesario traer a colación el contenido del artículo 254 de la LOPJ cuando, en su apartado 3, establece que «empezada la votación, no podrá interrumpirse sino en causa de fuerza mayor». En modo alguno cabe la abstención y, desde luego, como no puede ser de otro modo, del mismo se deriva que en las votaciones de los órganos colegiados rige el principio de absoluta concentración del acto de votación, de forma que una vez comenzada no puede interrumpirse sino por algún impedimento insuperable, esto es, de fuerza mayor. El bien que se trata de proteger es la independencia judicial, consagrado en el artículo 117 de la Constitución, proyectada en la emisión del voto, pues la interrupción facilitaría que el juzgador pudiera ser influido en su convicción y cambiar de opinión. Por esta misma razón, la votación se realiza inmediatamente a continuación de la deliberación y se lleva a cabo en un solo acto. Como consecuencia, una vez votado en un sentido un asunto, no caben retractaciones posteriores ni cambios de opinión

sobre lo ya decidido. De hacerse así, se produce una flagrante infracción del contenido del artículo 254 de la LOPJ y, lo que es más grave, del artículo 117 de la Constitución al quebrarse un principio básico y esencial de nuestro Estado de Derecho: la independencia judicial.

3.- Atendiendo a dichas normas, todas las cuales esta Consejera ha cumplido escrupulosamente, expresé mi criterio en claro disenso con la mayoría sobre ciertos extremos de derecho, voté en contra y anuncié la formulación de voto particular (artículo 260 LOPJ). Este es no solo el derecho que respetuosamente ahora ejercito, sino la manifestación del deber de salvaguardar la independencia judicial que cumpla y al que por razón de mi cargo y función inexorablemente me debo, por imperativo de lo establecido en el artículo 117 en relación con el 136 ambos de la Constitución.

4.- En lo que se refiere a la fundamentación jurídica que conduce a la decisión final, en síntesis, mi desacuerdo se centra en la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., que en mi opinión debió estimarse. Sin embargo, comparto el criterio de la mayoría de desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de Don E.L.T. Por ello, discrepo de los argumentos contenidos en los fundamentos jurídicos 6º y 7º del auto y, correlativamente, del acuerdo adoptado por la mayoría de la Sala de Justicia, contenido en la parte dispositiva, desestimatorio del recurso de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. Se exponen a continuación las consideraciones jurídicas que fundamentarían la estimación del recurso para evitar la doble causación de indefensión y consiguiente lesión en sede judicial del artículo 24 de la Constitución a que aboca, en mi opinión, el criterio de la mayoría.

PRIMERO.- El objeto del recurso interpuesto.

5.- La representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), presentó con fecha 13 de octubre de 2021 un recurso contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas en las actuaciones previas nº 113/19. El acta de liquidación provisional se levanta el 7 de octubre de 2021 y de ella se desprenden las circunstancias que a continuación se exponen.

6.- Las actuaciones se inician por una denuncia presentada el 30 de abril de 2019 ante el Tribunal de Cuentas por el Sr. Alcalde de Marracos (Zaragoza), en la que señalaba múltiples irregularidades en el uso o destino de los fondos públicos y en la justificación de gastos, durante el período 2006 a 2016.

7.- El grueso del alcance está constituido por importes abonados sin que conste la contrapartida recibida, dado que en estos pagos realizados con fondos de la entidad

local no existe factura ni soporte documental que los justifique (incidencia tipo nº 3). La suma de estas salidas de fondos no justificadas alcanza la cifra de 368.086,13 € (años 2006 a 2016). A ello habría que sumar un menoscabo de 2.190,84 € por compras (realizadas en 2015 y 2016) de aparatos electrónicos que no aparecen inventariados (incidencia tipo nº 7). El daño total al erario municipal alcanzaría así los 370.276,97 € de principal.

8.- Sin embargo, la delegada instructora circunscribió el pronunciamiento del perjuicio sufrido por los fondos municipales a los años 2014, 2015 y 2016, dado el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos denunciados, invocando a tal efecto la aplicación de la Disposición Adicional 3ª de la LFTCu. Aunque la delegada instructora advirtió que la declaración de prescripción de la responsabilidad contable correspondía al órgano jurisdiccional contable, manifestó que limitaba sus pronunciamientos de responsabilidad a las disposiciones de fondos y gastos realizados en los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

9.- De esta forma, declaró que el menoscabo a los fondos municipales ocasionado en los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ascendía a 130.261,54 € de importe principal (suma de las incidencias nº 3 y nº 7) a los cuales se añadirían 23.400,30 € de intereses, resultando un presunto alcance de 153.661,84 €.

10.- En otro orden de cosas, la delegada instructora consideró responsables a Don A.R.B., Secretario Interventor durante los tres ejercicios considerados, y a Don E.L.T., Alcalde de Marracos los años 2014, 2015 y hasta el día 12 de junio de 2016, si bien exoneró de responsabilidad a este último por aquellos pagos correspondientes al año 2016 pero ordenados después de su cese como Alcalde. En consecuencia, declaró responsable a Don A.R.B. del total del perjuicio sufrido por la entidad local (130.261,54 € de importe principal) y a Don E.L.T. como responsable solidario de los pagos no justificados realizados durante su mandato (119.762,54 € de principal). Esta limitación de responsabilidad es lógica y deriva directamente de la ley, pues las pretensiones de responsabilidad se deducen contra los que tengan a su cargo el manejo de fondos públicos (art. 49.1 LFTCu).

11.- Don A.R.B. falleció el día 12 de enero de 2017. En su testamento, que otorgó el 4 de mayo de 2016, había nombrado herederas universales a sus hermanas Doña M.L. y Doña M.J. Consta acreditado que ambas aceptaron la herencia el día 30 de junio de 2017. La denuncia ante el Tribunal de Cuentas de las presuntas irregularidades en la gestión del Ayuntamiento de Marracos se presenta el 30 de abril de 2019, esto es, casi dos años después de ser aceptada la herencia.

12.- Tramitadas las actuaciones previas nº 113/19 a consecuencia de dicha denuncia, la delegada instructora citó como presuntas responsables contables a Doña M.L. y Doña M.J.R.B., en su condición de herederas de quien fuera Secretario Interventor

de la entidad local y autor de los hechos presuntamente irregulares, todo ello con amparo en el art. 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCu). Dispone este precepto 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.

13.- Con carácter previo a la práctica de la liquidación del alcance, la representación de las ahora recurrentes presentó alegaciones el 30 de septiembre de 2021 ante la delegada instructora, acompañadas de documentación justificativa. Manifestó que el haber hereditario líquido provisional, sin entrar a valorar otros posibles importes que pudieran gravar la herencia, ascendía a la suma máxima total de 59.351,26 €, lo que dejaba a cada heredera la suma de 29.675,63 €. Alegó que no se concretaba ni acreditaba por parte del Ayuntamiento de Marracos un importe económico por el que se pueda declarar la responsabilidad contable por alcance del causante Sr. R.B., y en caso contrario, si la delegada instructora procedía a una liquidación provisional, solicitó que se aplicara la limitación por prescripción (de los hechos anteriores al 28 de noviembre de 2011), así como la responsabilidad limitada ex art. 38.5 LOTCu, siquiera de modo provisional, dada la condición de causahabientes de sus representadas.

14.- La delegada instructora con ocasión de esta petición expresa de aplicación del art. 38.5 de la LOTCu, se expresó en términos que considero tan claramente elusivos y obviamente genéricos que no constituyen en sí una respuesta en derecho motivada y fundada, como luego se razonará. Se transcriben sus palabras a continuación:

«[...] En cuanto a las alegaciones referidas a la naturaleza de la responsabilidad contable y a la transmisibilidad de dicha responsabilidad a los causahabientes, se pone de manifiesto que esta fase de Actuaciones Previas no tiene naturaleza jurisdiccional y tiene por objeto la práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, según lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en el marco de la investigación planteada por el Auto conclusivo de la Fase de Diligencias Preliminares. De acuerdo con ello, la naturaleza de las actuaciones previas y su finalidad van dirigidas precisamente a la concreción de los elementos objetivos, que no es posible realizar hasta el momento de la terminación del procedimiento con la citación a Liquidación Provisional y, en todo caso, se realiza de forma previa y provisional.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la caracterización de la presente fase de Actuaciones Previas en la que no se aplica el principio contradictorio ni hay verdadera actividad probatoria. De este modo, si las partes legitimadas para

comparecer en el acta no están de acuerdo con las valoraciones tanto cuantitativas como cualitativas ni con las conclusiones a las que pueda llegar esta Delegada Instructora, tras la realización de las diligencias precisas para fundamentarlo, la posible oposición de las partes personadas a estas conclusiones deber ser ejercitada en el juicio contable que se pudiera incoar y corresponde al juez de lo contable dirimir la contienda, si las partes legitimadas, en su caso, las reiterasen en el procedimiento contable que pudiera incoarse [...]».

15.- En consecuencia, extendió el acta de liquidación provisional y, como vemos, sin razonamiento alguno más allá que el de indicar que ante la discrepancia con lo decidido podían acudir al juicio contable, no aplicó la limitación de responsabilidad contemplada por el art. 38.5 de la LOTCu, precepto que no obstante es la causa de la llamada de las herederas de Don A.R.B., declarándolas responsables solidariamente del perjuicio sufrido por la entidad local, cifrado en 130.261,54 € de principal más 23.400,30 € de intereses.

16.- De esta forma, como consecuencia de haber aceptado las Sras. R.B. la herencia, a criterio de la delegada instructora resulta lo siguiente:

- Importe del daño total al erario municipal: 370.276,97 €
- Reducción por apreciación de la prescripción que se admite como competencia del órgano jurisdiccional contable: 130.261,54 € de principal más 23.400,30 € de intereses. Total: 153.661,84 €.
- Inaplicación de la limitación a la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia por transmisión de la responsabilidad contable directa o subsidiaria a los causahabientes del responsable, sin expresar razón concreta para ello.

17.- Con la misma fecha del acta de liquidación, 7 de octubre de 2021, dictó providencia requiriendo a las presuntas responsables para que, en el plazo de quince días hábiles, procedieran a reintegrar, depositar o afianzar el importe de 153.661,84 € en cualquier forma legalmente admitida, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes si no atendían el requerimiento. Se recuerda, no obstante, que el daño total al erario municipal se estimaba en 370.276,97 €.

18.- El recurso presentado por Doña M.L. y Doña M.J.R.B. se dirige contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, dictadas ambas en las actuaciones previas nº 113/19 con fecha 7 de octubre de 2021.

SEGUNDO.- Los anteriores pronunciamientos de la Sala de Justicia.

19.- Como se admite en el auto con el que discrepamos, existen dos resoluciones dictadas por esta misma Sala, concretamente los autos nº 20/21 y nº 22/21, ambos de

23 de junio de 2021, recaídos en las actuaciones previas nº 117/19 referidas al Ayuntamiento de Piedratajada, en las que fueron parte las ahora recurrentes. Estos autos son anteriores al levantamiento del acta de liquidación ahora impugnada. Existe un tercer auto, adoptado por esta Sala el 1 de marzo de 2022, con igual doctrina que los dos anteriores, al que también nos referiremos (auto nº 4/2022).

20.- En el recurso que fue resuelto por el auto nº 22/21, las Sras. R.B. fundamentaron la impugnación de la providencia de embargo en dos motivos principales:

- 1) Infracción del art. 38.5 de la LOTCu al decretarse una traba de bienes y derechos superior a la jurídicamente exigible a las recurrentes que, por no ser las presuntas responsables contables del posible alcance declarado en la liquidación provisional, sino simples causahabientes del gestor de los fondos públicos supuestamente alcanzados, solo deben responder hasta un importe líquido que no exceda del haber del caudal hereditario recibido.
- 2) Infracción del art. 355.1 del Código del Derecho Civil Foral de Aragón pues se ha decretado un embargo de bienes que incluye algunos que pertenecen a las recurrentes pero que no proceden de la herencia recibida por las mismas. El embargo, consideraban, solo podía haberse aplicado sobre bienes que hubieran formado parte de la herencia recibida por las recurrentes, pero no sobre bienes pertenecientes a los patrimonios privativos ajenos a dicha herencia.

21.- El auto nº 22/21 expresa y literalmente señala a partir del segundo párrafo del fundamento sexto que «el objeto del presente recurso es ...la cuantía que debe garantizar la medida cautelar recurrida y los bienes sobre los que se puede hacer efectiva. De ello se desprende que las cuestiones planteadas en el recurso quedan fuera de la competencia decisoria que el art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, atribuye a la Sala de Justicia para este especial medio de impugnación. Las decisiones sobre el contenido de las medidas cautelares que se pueden adoptar en los procedimientos de reintegro por alcance son competencia del órgano instructor, si el procedimiento se halla en fase de actuaciones previas, o de los órganos de la jurisdicción contable si las actuaciones ya están en instancia procesal (...). El levantamiento de un embargo preventivo o la modificación del mismo son cuestiones propias de la competencia de los delegados instructores o de los órganos de la Jurisdicción Contable, pero ajenas a la competencia de esta Sala de Justicia en el presente recurso en el que solo podría entrar a conocer si la medida cautelar adoptada ha menoscabado el derecho de defensa de las recurrentes, circunstancia que no se ha producido».

22.- Seguidamente, la Sala considera que al no constar la renuncia a la herencia las recurrentes son responsables contables por transmisión de la responsabilidad, si bien

con la limitación prevista en el art. 38.5 de la LOTCu. No obstante, estima que el embargo que afecta a los patrimonios personales es correcto al estar amparado en el art. 47.1.g) de la LFTCu porque, y esto es importante, la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario resulta improcedente en fase de recurso «no pudiendo resolver esta Sala de Justicia por la vía del presente recurso una solicitud que debió haberse planteado en los trámites alegatorios de las Actuaciones previas, ante el órgano competente para decidir sobre la misma en aquel momento procedimental, que era la delegada instructora. Es evidente que dicho órgano de instrucción no pudo generar indefensión a las recurrentes ya que éstas no le pidieron que practicara las diligencias a las que se refieren ahora en su recurso, de manera que no cabe apreciar una denegación injustificada de actuaciones».

23.- Para mayor claridad la Sala, en este auto nº 22/21, continúa señalando que «como antes se dijo, los actos de determinación del haber hereditario yacente forman parte de las decisiones relativas al contenido de las medidas cautelares a adoptar y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones previas de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del art. 67 de la misma norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo».

24.- En la misma fecha se dictó el auto nº 20/21, también en las actuaciones previas 117/19, esta vez en el recurso formulado, como ocurre en el caso presente, contra el acta de liquidación y providencia de requerimiento de pago. En este auto se suscitan iguales cuestiones advirtiendo en su fundamento séptimo, página 8, primer párrafo que «los razonamientos jurídicos que ha realizado la parte recurrente, incluida la petición de que no se han realizado y se realicen las actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario, resultan improcedentes en este momento procesal, habida cuenta que cuando se dictaron las resoluciones impugnadas las recurrentes no plantearon dicha cuestión, no formularon petición de incorporación de documentos que fuera denegada, ni en las alegaciones previas al acto de liquidación provisional, ni en las que se realizaron en el mismo y tampoco el día en que se presentó el recurso se había verificado medida ejecutiva cautelar alguna ...».

25.- Continúa el auto nº 20/21 señalando, con claridad, que «respecto a la realización de actos de determinación del haber hereditario yacente, se trata de argumentos que afectan a la adopción de las medidas cautelares y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, o el Consejero de Cuentas de primera

instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencias si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deben tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos, en el auto nº 14/2018, de 30 de mayo».

26.- Finalmente, en el auto nº 4/22, adoptado por la Sala de Justicia el 1 de marzo de 2022 y recaído también en las actuaciones previas nº 117/19 en las que son parte las recurrentes, esta misma Sala de Justicia ha declarado en los párrafos tercero y cuarto de su fundamento quinto lo siguiente:

«En efecto, se ha de tener en cuenta que el embargo de bienes de los presuntos responsables, que el artículo 47 de la LFTCu contempla entre las actuaciones a realizar por los Delegados Instructores, en el supuesto de que aquéllos fueran causahabientes, se ha de realizar dentro de los parámetros que regulan la transmisión de la responsabilidad contable y en este sentido el artículo 38.5 de la LFTCu es de una claridad meridiana al disponer que «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 asciende el importe de la misma.

En este mismo sentido, se pronuncia el artículo 355.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable al asunto en cuestión conforme al artículo 14 del Código Civil, al tener las recurrentes la vecindad civil en la Comunidad Autónoma de Aragón, según el cual *...el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto aunque no se haga inventario».*

TERCERO.- Primera causa de indefensión por falta de respuesta a la pretensión de limitación de la responsabilidad por aplicación del art. 38.5 LOTCu: el acta de liquidación provisional de 7 de octubre de 2021.

27.- Según lo expuesto, la representación de las herederas de Don A.R.B., ahora recurrentes, solicitó de la delegada instructora que, en caso de declarar la existencia de un presunto alcance en los fondos municipales, se limitara la declaración de responsabilidad de sus representadas al haber hereditario líquido provisional, que cuantificó, con aportación de documentación justificativa, en un máximo de 59.351,26 €, suma a dividir entre ambas herederas por partes iguales. Solicitaba, en definitiva, la aplicación de lo establecido en el art. 38.5 de una Ley Orgánica, la LOTCu.

28.- De la mera lectura de los párrafos del acta de liquidación provisional antes transcritos en el párrafo 14, se constata que la delegada instructora no se pronunció sobre la petición, pues se limitó no solo a señalar generalidades sobre la naturaleza de las actuaciones previas omitiendo la debida respuesta, sino también a ignorar los pronunciamientos de esta Sala contenidos en los autos 20/21 y 22/21.

29.- Ya hemos advertido que esta Sala de Justicia ha considerado que la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario es improcedente en fase de recurso y que debe ser planteada ante el órgano instructor que es el competente para decidir sobre la misma. Por la vía del art. 48.1 de la LFTCu no puede revisarse un pronunciamiento sobre una cuestión no planteada en la fase procedimental adecuada para ello, que son las actuaciones previas, ya que es el órgano instructor quien tiene competencia para llevar a cabo los actos de determinación del haber hereditario al formar parte del contenido de las medidas cautelares a adoptar. La Sala ha sido meridianamente clara al respecto al indicárselo así a las recurrentes en los autos 20/21 y 22/21 antes reseñados.

30.- Pues bien, Doña M.L. y Doña M.J.R.B. plantearon su pretensión de limitación de su eventual responsabilidad contable ante la delegada instructora, siguiendo lo indicado por esta Sala de Justicia, mediante un escrito de alegaciones acompañado de documentación justificativa. La respuesta consistió en reproducir generalidades sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones previas y declarar que la oposición de las partes a sus conclusiones y valoraciones cuantitativas o cualitativas, sin más precisiones, debía ser ejercitada en el juicio contable. No hay respuesta alguna que de razón a la inaplicación del art. 38.5 LOTCu, conforme se le había peticionado por las recurrentes y contra las que se seguían las actuaciones por mor, precisamente, de este precepto.

31.- A juicio de esta Consejera de Cuentas, este pronunciamiento del acta de liquidación, además de apartarse de forma manifiesta de la jurisprudencia de la Sala, no puede considerarse motivado. El Tribunal Supremo se ha referido al requisito de la motivación en los siguientes términos (STS, Sala de lo Civil, Sección Primera nº 495/2009, de 8 de julio, FD 2º): «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.

32.- La respuesta examinada y que el criterio mayoritario convalida, no se adecúa a la petición articulada ante la delegada instructora por las partes desde el mismo momento en que no da una respuesta expresando las concretas razones en relación con la específica cuestión suscitada. Es una omisión implícita a una petición porque se limita a señalar de forma genérica que, si hay discrepancia con sus conclusiones, sin más razonamiento, la oposición debe ser ejercitada en el juicio contable. Resulta imposible para las recurrentes conocer la razón por la que se inaplica el art. 38.5 de la LOTCu, que precisamente es la causa de que se sigan las actuaciones contra ellas y pese a haber procedido las mismas como esta Sala les indicó de forma expresa hasta en dos ocasiones.

33.- Debe recordarse que la exigencia de motivación en las resoluciones administrativas es ineludible porque no basta para satisfacer las exigencias constitucionales de proscripción de indefensión, de que es trasunto el contenido del artículo 48.1 LOTCu cuando permite el acceso al recurso por esa causa, limitarse a expresar consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de una u otra institución. Por el contrario, es necesario que el ciudadano conozca siquiera con un mínimo, pero suficiente detalle, los criterios y razones por los que su petición se rechaza o se admite. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 2012, rec. 4988/2010, al remitirse a la de 26 de junio de 2012, rec. 4998/2010, recogiendo otras anteriores «ciertamente, el de motivación de la resolución administrativa no es un rito carente de sentido, ni, sólo, un deber de cortesía para con los administrados, sino una exigencia que tiene como finalidad lograr el convencimiento del interesado respecto la corrección y justicia de la decisión, así como mostrar que la aplicación del Derecho al caso concreto se halla libre de toda arbitrariedad; es necesario, pero a la vez suficiente, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico».

34.- Por ello, no podemos dejar de traer a colación de forma expresa la STS de 14 de octubre de 2008, rec. 679/2006, que reproduce las fundamentaciones de la de 31 de octubre de 1995 cuando, a propósito de la motivación, señala que «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 fundadores 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». A criterio de esta Consejera, los mínimos parámetros de motivación administrativa solo se han tratado de cumplir de modo aparente, es decir, con una apariencia de respuesta y que, como tal apariencia, no es real.

35.- En otro orden de consideraciones, el art. 47.1 de la LFTCu dispone que, ante una liquidación provisional que, de manera previa y presunta, detecte un posible menoscabo injustificado en los fondos públicos, deben adoptarse por el delegado instructor determinadas medidas cautelares en garantía de la integridad del patrimonio público. De manera preceptiva, el delegado instructor deberá requerir a los presuntos responsables para que reintegren, 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. Si los presuntos responsables no tuvieran afianzada, o afianzaren en forma legal sus posibles responsabilidades, el delegado instructor procederá, de forma igualmente preceptiva, al embargo de sus bienes en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

36.- Conforme a la ley vigente, estas medidas cautelares, orientadas a garantizar la eficacia de futuras resoluciones jurisdiccionales, se acuerdan sin un procedimiento contradictorio y por un órgano instructor de naturaleza administrativa y no judicial.

37.- Como ha señalado la Sala de Justicia en su auto n° 28/21, de 14 de octubre, las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance están reguladas por una normativa de prolongada vigencia que mejoraría con algunas modificaciones legislativas modernizadoras. Este pronunciamiento se realizó, precisamente, en torno al contenido de los apartados f) y g) del art. 47.1 de la LFTCu. No se puede pretender quitar validez a este argumento y a la llamada al legislador que en el mismo se expresa, máxime cuando emana de este misma Sala y en modo alguno es baladí.

38.- Muy al contrario, no solo responde a la técnica de un razonamiento apelativo hacia el legislador para llamar su atención a los efectos de que proceda a una mejora legal o revise el acomodo a la Constitución de determinadas normas o preceptos, sino que también con él se evidencia a juicio de esta Consejera de Cuentas, que la Sala debe extremar las cautelas frente a actuaciones administrativas desplegadas en un procedimiento no contradictorio que puedan causar indefensión a los ciudadanos y, en consonancia, debe llevar a cabo una interpretación especialmente garantista y acorde a los principios constitucionales. Ello redundará no solo en beneficio de los administrados, sino en el propio delegado instructor, otorgándole una mayor seguridad de corrección en su actuación y de los pasos a seguir. Es así, porque constituye obligación ineludible de los Tribunales de Justicia derivada del artículo 24 de la Constitución evitar toda suerte de indefensión corrigiendo las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas, y no convalidarlas,

como a criterio de esta Consejera se verifica en última instancia en los fundamentos con los que se discrepa, máxime cuando se trata de decisiones con proyección en la esfera patrimonial de los afectados y cuando es obligación de los Tribunales fiscalizar que la actuación administrativa se somete al imperio de la ley y, en consecuencia, controlar la legalidad de su actuación, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, según prescriben los artículos 106 y 117 de la Constitución.

39.- Lo expuesto cobra una mayor importancia en el caso actual en el que las recurrentes eran, además, personas totalmente ajenas a la gestión económico-financiera del Ayuntamiento de Marracos, por lo cual no pudieron tener ninguna participación en las presuntas irregularidades descubiertas en dicha entidad local. Estamos ante un supuesto de transmisión de la responsabilidad contable de carácter eminentemente subjetivo, por el solo hecho de ser herederas del presunto responsable directo, traslación sucesoria de responsabilidad de una deuda oculta en la herencia aceptada que opera en virtud del art. 38.5 de la LOTCu. Este supuesto obliga, con más razón si cabe, a extremar todo tipo de cautelas velando especialmente para que sus derechos y la rigurosa aplicación del art. 38.5 de la LOTCu se verifique de forma cabal desde el mismo momento de la liquidación y del requerimiento de pago, de los que el embargo es una consecuencia directa.

40.- Es obligado reiterar que la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu es necesaria para poder declarar la responsabilidad contable, si bien de forma previa y provisional, de las herederas de Don A.R.B. Este precepto, que es el amparo legal de su llamada y de que se sigan contra las herederas las actuaciones previas, contiene una regla de transmisión de la responsabilidad que no es absoluta, sino limitada a la cuantía a que ascienda el importe líquido de la herencia. Se trata de una previsión legal de aplicación directa e imperativa, sin la cual la delegada instructora no hubiera podido citar a las herederas como presuntas responsables a la práctica de la liquidación. La limitación, por ministerio de la ley, de la responsabilidad contable al importe de la herencia debe ser también considerada en la fase de las actuaciones previas en el momento en que se produzca y se tenga conocimiento de ella, como ha proclamado esta Sala de Justicia, sin que sea congruente trasladarla al proceso judicial, so pretexto de ser una cuestión de fondo.

41.- Nótese, al respecto, que el acta de liquidación provisional comienza reseñando la providencia de 31 de agosto de 2021 en virtud de la cual se cita a las Sras. R.B. «como herederas de Don A.R.B.» (página 1, segundo párrafo), es decir, en virtud del artículo 38.5 LOTCu; y que, a mayor abundamiento, en la página 3 del acta de liquidación, párrafo cuarto de su hecho séptimo, expresamente se recoge que «además, la delegada instructora ha practicado las diligencias pertinentes, tendentes a conocer la existencia de herederos tras el fallecimiento del denunciado y su identificación. El resultado de tales diligencias, incluida la obtención de la copia del

testamento del denunciado, obra en la documentación del expediente». No solo eso, en la página 23 del acta de liquidación, al especificar a los presuntos responsables, se alude a «Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., hermanas del anterior Secretario Interventor del Ayuntamiento de Marracos, Don A.R.B., durante el ejercicio 2014, 2015 y hasta la fecha de la declaración de su fallecimiento el 12/01/2017. Según consta en el testamento que figura en la declaración de últimas voluntades, otorgado por el fallecido ante el Notario de Zaragoza, Don F.U.V., en fecha 4 de mayo de 2016 que ha quedado incorporado a la presente pieza de A.P., y según consta en la documentación aportada al expediente por el Ayuntamiento de Marracos el 07/10/2020 y el Registro General de Actos de Última Voluntad el 21/01/2021, Don A.R.B. dejó legado en favor de Don A.V.C. y nombró herederas universales a sus hermanas Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. (...) Hecha la anterior aclaración, se declara, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 38.5 de la Ley Reguladora del Tribunal de Cuentas (sic), presuntas responsables directas y solidarias a Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., como herederas de Don A.R.B., del alcance contable declarado correspondiente al Sr. R.».

42.- Igualmente, hay que reparar en que la representación de las ahora recurrentes solicitó ante el órgano instructor desde el inicio que se limitara la responsabilidad de sus representadas en un doble sentido: en primer lugar, por la aplicación de la prescripción y, en segundo lugar, por la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu conforme al cual, precisamente, estaban siendo declaradas presuntas responsables directas y solidarias. Como se ha reseñado, la delegada instructora aplicó en el acta de liquidación provisional el instituto de la prescripción, pese a ser cuestión de fondo, propia de la jurisdicción y, pese a advertir expresamente que «no puede apreciarla en fase de instrucción de acuerdo con la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todos Auto 16/2013, de 24 de julio, circunstancia que se ha puesto de manifiesto en la Consideración Jurídica Cuarta» del Acta de Liquidación. En esta consideración cuarta admite que la declaración de prescripción excede el ámbito de sus competencias conforme al artículo 47 pero declara que «no puede desconocerse una valoración objetiva del transcurso del tiempo» y limita su pronunciamiento relativo a los perjuicios causados a los ejercicios 2014, 2015 y 2016 aun cuando corresponda al órgano jurisdiccional, en su caso competente, «la declaración de la prescripción de la responsabilidad contable o la apreciación de la eficacia interruptora del procedimiento judicial llevado a cabo». Sin embargo, a renglón seguido, inaplica las previsiones del art. 38.5 de la LOTCu y declara a las dos herederas responsables de la totalidad del menoscabo causado en los tres ejercicios, sin dar razón alguna que justificara esta decisión y sin atender al criterio de esta Sala de Justicia, más allá de las generalidades que posteriormente vierte en la página 26 del propio acta de liquidación.

43.- Por ello, no se alcanza a comprender que en el párrafo catorce del fundamento séptimo del parecer mayoritario se afirme como «incontrovertible» el deber de

determinar, «de manera previa y provisional, el monto total del menoscabo causado a los caudales de la Entidad Pública perjudicada de que se trate; si no lo hiciera así, contravendría la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos perseguida por el legislador y su actuación sería incompatible con el contenido de la pretensión en materia de responsabilidad contable que prevé el precitado artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu». Para dar coherencia a este razonamiento, el cabal y riguroso deber calificado tan categóricamente como incontrovertible, debería haber llevado a no admitir la limitación del perjuicio por apreciación objetiva del tiempo transcurrido y postergar su debate y decisión a la fase judicial, a la que en puridad pertenece, dejando intacto el daño total estimado al erario municipal en el importe de 370.276,97 €, liquidando y requiriendo por este monto total del menoscabo para no contravenir la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos. Nada objeta la mayoría, sin embargo, a esta decisión de la delegada instructora propia de la fase judicial, como ella misma admite y advierte y que, además, limita el importa del menoscabo. A criterio de esta Consejera, resulta incoherente que se acepte la limitación del monto total por apreciación de la circunstancia objetiva del transcurso del tiempo, por mucho que sea favorable para las interesadas, si lo que se persigue y protege de forma incontrovertible es esa tutela íntegra de los fondos públicos si, acto seguido, se afirma que la petición de una limitación legal de la responsabilidad de carácter imperativo y directo por aplicación del artículo 38.5 LOTCu, que es la norma que permite que las actuaciones previas se dirijan contra ellas, se posterga a la fase jurisdiccional.

44.- Por todo lo anterior, es forzoso concluir que la actuación de la delegada instructora ha incurrido en arbitrariedad. Se ha rechazado una pretensión de las personas comparecidas, pretensión fundada en una previsión legal de obligada observancia, apartándose de la doctrina de la Sala sin ofrecer una respuesta jurídicamente motivada. Esta falta de motivación ha causado indefensión material a las partes, en opinión de esta Consejera.

45.- En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente esta Sala de Justicia, por medio de auto nº 5/2021, de 26 de febrero, en el que se aprecia la indefensión alegada por el recurrente y se estima el recurso formulado al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, en los siguientes términos: «(...) resulta que el órgano Instructor, a pesar de haber acogido las alegaciones del presunto responsable contable, hoy recurrente, y haber éste aportado documentación que, en teoría, debería enervar las conclusiones recogidas en el Acta de Liquidación Provisional, no realizó una detallada relación de dicha documentación, sin que conste, siquiera, un resumen descriptivo de su contenido, ni una debida motivación de los criterios de valoración que se siguieron, a la luz de tales documentos, ni su grado de relevancia, careciendo el Acta de Liquidación, así, de elementos esenciales que llevarán a la ratificación, o no, por parte de la Sra. Delegada Instructora, de su declaración, previa y provisional, de responsabilidad contable por alcance de Don A.M.C. Al no haberse hecho así,

esta Sala de Justicia considera que, efectivamente, se produjo indefensión material del citado Sr. M.C., produciéndole un perjuicio procesal real y efectivo, conforme a la doctrina Constitucional, más arriba expresada».

46.- A criterio de esta Consejera, y con el debido respeto al criterio mayoritario de la Sala, la falta de motivación de la delegada instructora no puede ser en modo alguno convalidada por un Tribunal de Justicia ni siquiera bajo el argumento de tutela íntegra de los caudales perseguida por el legislador, porque desde ese punto de vista no hay razón para aceptar la prescripción y no aplicar y ni siquiera contestar a la limitación de responsabilidad que se deriva del artículo 38.5 LOTCu tantas veces citado. La convalidación judicial de esta decisión administrativa deja incólume la vulneración llevada a cabo por la delegada instructora y, como consecuencia, se produce en sede judicial una lesión del artículo 24 de la Constitución al no otorgar la debida tutela judicial efectiva a la que todo ciudadano tiene derecho cuando se relaciona con la Administración de Justicia, en este caso la jurisdicción contable.

CUARTO.- Segunda causa de indefensión por incoherencia con los previos pronunciamientos de la Sala e inseguridad jurídica: el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de 7 de octubre de 2021.

47.- Según lo visto, en los autos nº 20/21 y nº 22/21 la Sala de Justicia ha considerado que la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario es improcedente en fase de recurso porque debió ser planteada ante el órgano instructor que es el competente para decidir sobre la misma. En consecuencia, y como antes se ha indicado, por la vía del art. 48.1 de la LFTCu no puede eventualmente revisarse un pronunciamiento que nunca se verificó por falta de planteamiento de la cuestión en la fase procedimental adecuada para ello, que son las actuaciones previas, ya que es el órgano instructor quien tiene competencia para llevar a cabo los actos de determinación del haber hereditario yacente al formar parte del contenido de las medidas cautelares a adoptar.

48.- Consecuentemente con lo declarado por la Sala, las recurrentes plantearon ante la delegada instructora en las actuaciones previas origen del presente recurso la solicitud de limitación de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 38.5 de la LOTCu, debiendo haber seguido la instructora lo acordado por esta Sala en los precitados autos nº 20/21 y 22/21 y, llegado el caso, realizar los actos de determinación del haber hereditario, como actos de su competencia.

49.- En estos autos nº 20/21 y 22/21 se plantearon hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que además afectaban a las mismas partes y que, por consiguiente, obligaban a la delegada instructora, incluso aunque hubiera diferido en las respectivas actuaciones previas, a acomodarse al criterio de esta Sala

y al contenido de las previsiones legales transcritas. Los principios de coherencia y seguridad jurídica obligan tanto al órgano instructor como a esta Sala a la que se impone también un deber de unidad de doctrina, por ser todo ello proyección de la prohibición de interdicción de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución que se conecta directamente con el artículo 24 de la Constitución y que, necesariamente, obliga a seguir el criterio mantenido en los autos nº 20/21 y nº 22/21, así como al más reciente auto nº 4/22, al no existir razones para apartarse de ellos, pues el indicado derecho fundamental significa que un mismo Juez o Tribunal en el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucionalmente encomendada no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos (SSTS Contencioso-administrativo, de 18 abril 1995, rec. 1785/1992, y de 26 de febrero de 2015, rec. 1437/2013, entre otras muchas).

50.- Al respecto, ha de recordarse que cuando es el mismo sujeto el afectado en resoluciones potencialmente opuestas, como ocurre en el presente supuesto, se sitúa en un primer plano el derecho de tutela judicial (STC 22/2006, de 30 de enero de 2006, FJ 2 y las que en ella se citan), en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que proscribe la arbitrariedad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 en relación con el 9.3 CE). Ello implica que no se puede proteger en sede judicial la indefensión generada en vía administrativa (actuaciones previas) al no haberse seguido el criterio de la Sala expuesto en los autos nº 20/21, nº 22/21 y nº 4/2022 en su fundamentación pues, si así se hiciera, se desatendería el mandato contenido en los artículos 106, 117 y 136 de la Constitución y, además, sería de aplicación lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 162/2001, de 5 de julio:

«El problema que en este caso se nos plantea no es tanto el de una resolución judicial que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por el mismo órgano judicial en supuestos anteriores sustancialmente iguales, sino el de una persona que obtiene resoluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale, respecto de idénticas pretensiones ejercitadas en defensa de sus intereses.

En consecuencia, el contenido del derecho a la tutela judicial aquí en cuestión se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En el presente caso es claro que un mismo asunto litigioso, con independencia y más allá de la concreta fundamentación jurídica de las diversas Sentencias, ha recibido del mismo órgano judicial, en sede casacional, dos respuestas diferentes y aparentemente contradictorias, lo que supone un resultado arbitrario en la medida en que el recurrente ha obtenido distintas respuestas sin que medie un razonamiento que así lo justifique».

51.- Es más, a criterio de esta Consejera, el auto que recoge el criterio mayoritario ni siquiera razona debidamente y ofrece muestra de que, en ocasiones anteriores y con ocasión de la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu, se haya procedido por la Sala a esta caracterización y diferenciación entre las distintas fases y lo que se debe o puede o no hacer en la liquidación provisional, la providencia de requerimiento de pago y la posterior adopción de la medida cautelar, esto es, la que se deriva de la providencia de embargo, consecuencia de desatender el requerimiento, como si todas ellas fueran independientes entre sí y no parte del mismo proceso destinado, en última instancia, a llevar a cabo y dar eficacia al título jurídico que representa el acta de liquidación, título en el que se fijó provisionalmente el alcance del menoscabo, del que se derivó el requerimiento de su reintegro, depósito o afianzamiento y, a falta de cualquiera de ellos, se acuerda proceder en su caso al embargo. A lo que, desde luego, cabe añadir las incoherencias que antes se han advertido en las argumentaciones relativas a la finalidad de desplegar una «tutela íntegra». En mi opinión, a la vista de todo lo anterior, la respuesta que se da incurre en voluntarismo.

52.- La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debidamente se garantiza a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 de la Constitución, que permite la eliminación del diferente criterio seguido por el órgano instructor que conduce a un resultado no acorde con el mantenido previamente por la Sala, al no existir en esta fase previa otro remedio jurisdiccional, todo ello por evidentes razones de respeto a los principios de coherencia y seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) que el Tribunal de Cuentas no debe desconocer.

53.- En lógica consecuencia, esta Sala de Justicia debiera haber considerado que el acta de liquidación provisional de 7 de octubre de 2021 y la providencia de requerimiento de pago de la misma fecha han producido indefensión, esta vez en su vertiente de incoherencia y ausencia de seguridad jurídica con sus previos pronunciamientos y que procedería, por tanto, estimar el recurso formulado al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu. Al no hacerlo, a criterio de esta Consejera, y con el debido respeto al parecer mayoritario, la Sala de Justicia no guarda la debida coherencia con sus anteriores decisiones lo que es determinante de inseguridad jurídica y, por lo tanto, de lesión del artículo 24 de la Constitución en su vertiente de denegación de la tutela judicial efectiva.

54.- Sin que pueda aceptarse la afirmación del auto aprobado por la mayoría de la Sala de que no se ha acreditado que las recurrentes hayan sufrido algún tipo de perjuicio real y efectivo durante los trámites procedimentales que aquí se impugnan, consistentes en el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago. Perjuicio que, a juicio de dicho auto, sólo se produciría cuando se procediera al embargo de bienes concretos de las presuntas responsables. Se afirma en efecto en el auto del que respetuosamente discrepamos lo siguiente:

«Por lo tanto, aplicando los meritados pronunciamientos de esta Sala de Justicia al supuesto las Sras. R.B. -y a otros supuestos análogos al que ahora se enjuicia-, debe concluirse que, para el caso de que la Delegada Instructora, eventualmente, decidiera adoptar la medida cautelar consistente el embargo de los bienes de las Sras. R.B., ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, el contenido de las actuaciones materiales para llevar a efecto esta medida cautelar debería respetar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, que prevé que la transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes de un presunto responsable contable fallecido sólo se produce en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, siempre que previamente se haya producido la aceptación expresa o tácita de la misma. Y, además, esta circunstancia relativa a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu debería recogerse formalmente en la correspondiente providencia de embargo y en las posteriores resoluciones que pudieran dictarse en ejecución de la misma».

55.- A mi juicio, la afirmación transcrita no es jurídicamente congruente, pues la delegada instructora no se limitó a declarar en el acta de liquidación el importe del daño a los fondos públicos, sino que además requirió a las recurrentes para que reintegraran, depositaran o afianzaran la suma de 153.661,84 €, bajo apercibimiento de embargo de sus bienes. De modo que, para evitar una futura traba de sus bienes, que se realizaría en garantía de 59.351,26 €, se las conmina a reintegrar o depositar hoy 153.661,84 €. No se advierte la lógica jurídica de declarar una responsabilidad contable por importe de 153.661,84 €, emitir un requerimiento de pago por el mismo importe y, en caso de no ser atendido dicho requerimiento, acordar el embargo de elementos de su patrimonio para responder únicamente de la suma de 59.351,26 €, a la que asciende el haber hereditario. No se puede asumir que el requerimiento de depósito escrupulosamente atendido por el ciudadano, o su afianzamiento, sea de mayor importe y por tanto más perjudicial que la traba de bienes que se verifica cuando se desatiende el requerimiento. Con ello solo se penaliza a quien atiende los requerimientos en plazo, premiando a quien los incumple obligando al despliegue de recursos públicos en búsqueda de bienes embargables para proceder a su traba.

56.- A lo que cabe añadir la contradicción y consiguiente incoherencia en la que se incurre entre lo manifestado en la página 9 y la 12 del auto, pues mientras en el penúltimo párrafo de aquélla se recalca el carácter tasado de las competencias de los delegados instructores y se afirma rotundamente que «resulta incontrovertible que sí afecta al fondo del asunto la petición que realizaron las recurrentes, consistente en que la Delegada Instructora debía concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu», en la página 12 se afirma que si «eventualmente decidiera adoptar la medida cautelar consistente la traba o embargo específico de un concreto bien o derecho» debe ajustarse al artículo 38.5 de la LOTCu. En definitiva, para el criterio mayoritario cuando de acta de

liquidación y providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento se trata, es cuestión de fondo ajena al instructor, pero cuando se trata de la adopción de la traba o embargo que deriva de aquéllas por incumplir el requerimiento, deja de ser cuestión de fondo y es competencia del instructor. Tampoco se advierte la lógica jurídica en este planteamiento ni, por ende, la distinción artificiosa que, a nuestro juicio y con el debido respeto, se lleva a cabo entre lo que se puede o no hacer en la liquidación provisional, la providencia de requerimiento, la posterior providencia abriendo la fase embargo y el acto específico de traba, todo ello en el marco del artículo 38.5 LOTCu para tratar de justificar, en última instancia, la desestimación del recurso.

57.- Ello se pone especialmente de manifiesto cuando, a modo de un pretendido obiter dicta, se vierte un argumento llamado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica para casos análogos que pudieran darse en lo sucesivo. Si la seguridad jurídica está comprometida en casos análogos si se da una respuesta como la que ahora se ha dado y necesita ser salvaguardada, obvio es que se acepta que también lo está en el presente y que, por tanto, debe otorgarse la protección que corresponde, que no es otra que acomodarse de forma coherente, sin paliativos y sin reparos, al criterio mantenido por los autos 20/21 y 22/21 y en el más reciente 4/22, en los que son parte las aquí recurrentes. Esto es, se debe dar cabal cumplimiento al artículo 24 de la Constitución y otorgar la tutela judicial efectiva a que todo ciudadano tiene derecho.

QUINTO.- Conclusión.

58.- Por todo lo expuesto, emito el presente voto particular en términos de que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas debe otorgar la tutela judicial efectiva que corresponde en aras a preservar en su plenitud el contenido del artículo 24 de la Constitución, corrigiendo la vulneración producida en vía administrativa que la Sala no puede ni debe desconocer, bajo riesgo de causar la indefensión apreciada, esta vez en sede judicial. En consecuencia, debe estimarse el recurso del art. 48.1 de la Ley 7/1988, nº 35/21, interpuesto por Doña M.J.R.B. y Doña M.L.R.B. contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, de Sector Público Local (Ayuntamiento de Marracos), Zaragoza, al haberse causado una doble indefensión material: la primera, por falta de respuesta motivada y expresa a la concreta petición formulada; y la segunda, por incoherencia de lo actuado al desconocer el criterio mantenido por esta Sala en asuntos previos seguidos con las mismas partes.

59.- La discrepancia no alcanza al recurso presentado por Don E.L.T. contra la misma acta de liquidación provisional y providencia de requerimiento de pago, que se resuelve de forma acumulada. En este caso, se comparten los fundamentos de

derecho que han llevado a la Sala de Justicia a desestimar el recurso interpuesto por el Sr. L.T.

60.- En el sentido expuesto y sin perjuicio del indudable respeto que me merece la opinión de la mayoría, formulo este voto particular en Madrid a fecha de la firma electrónica.

Auto nº 14/2022, de 19 de mayo. Recurso del Art. 48.1 nº 40/21, Actuaciones Previas nº 113/19, Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de Marracos), Zaragoza. Ponente: Excm. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

El presente recurso, en el cual se impugna la Providencia de embargo de bienes y derechos, dictada por la Delegada Instructora, se fundamenta en un único motivo, cual es la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado por cuanto la Delegada Instructora no procedió a concretar el monto líquido de la herencia, siquiera de forma previa y provisional, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que les corresponde por su condición de causahabientes del presunto responsable contable fallecido, ex artículo 38.5 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, habiendo pedido previamente y justificado documentalmente la aplicación de dicha limitación de la responsabilidad contable ante la propia Delegada Instructora.

La Sala considera que el Órgano instructor se limita a acordar un embargo meramente genérico de bienes y derechos, similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Esto es, mediante la resolución recurrida, la Delegada Instructora no ha acordado la práctica de ningún tipo de embargo específico y concreto sobre dinero en efectivo o cuentas abiertas en entidades de crédito; valores; otros créditos; efectos o derechos; saldos, salarios o pensiones; bienes inmuebles y derechos constituidos sobre esta clase de bienes, y ello evidencia la total inexistencia de indefensión material generada a las recurrentes en la fase de actuaciones previas.

No obstante, en el caso de que eventualmente la Delegada Instructora decidiera adoptar la medida cautelar consistente en la traba o embargo específico de determinados bienes o derechos ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, debería respetar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, que prevé que la transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes de un presunto responsable contable fallecido sólo se produce en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, siempre que previamente se haya producido la aceptación expresa o tácita de la misma.

VOTO PARTICULAR: La Consejera discrepante hace mención a los fundamentos jurídicos del voto particular que emitió en el auto nº 13/2022, dictado en el recurso nº 35/2021. Al desestimar este recurso la Sala convalidó la liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas en las actuaciones previas nº 113/19. El voto particular razonó que el acta de liquidación causó una doble indefensión material: la primera, por falta de respuesta motivada y expresa a la

concreta petición formulada de aplicación del art. 38.5 de la LOTCu; y la segunda, por incoherencia de lo actuado al desconocer el órgano instructor contable el criterio mantenido por esta Sala en asuntos previos seguidos con las mismas partes.

El presente voto particular considera que la providencia de 12 de noviembre de 2021, encuadrada también en las actuaciones previas nº 113/19, causó indefensión a las recurrentes, pues la delegada instructora decretó el embargo de sus bienes y derechos para cubrir el importe total del presunto alcance, sin limitarlo al importe líquido de la herencia que aquellas aceptaron. El criterio de la mayoría según el cual la resolución impugnada es un embargo genérico que no es causante de indefensión, puesto que será a la hora de practicar el embargo concreto de bienes y derechos determinados cuando se aplique la limitación del art. 38.5 de la LOTCu, carece por completo de apoyo legal. La pretendida distinción entre embargos genéricos y embargos concretos, que asume la Sala de Justicia, no se encuentra en el Reglamento General de Recaudación, e incluso el art. 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera nulo el embargo indeterminado, pues en puridad un embargo lo es siempre de un bien o derecho determinado. Realmente, el acta de liquidación es el título jurídico que, tras determinar el alcance y sus responsables, legitima la posterior actuación del delegado instructor. Del acta de liquidación dimana la fuerza ejecutiva que permite abrir un período de cumplimiento voluntario de lo establecido por ella y, tras fallar el cumplimiento voluntario, abrir la fase de ejecución por vía de apremio. Por ello, cualquier limitación conocida de la responsabilidad debe concretarse y cuantificarse en el acta, título jurídico que debe establecer los límites cuantitativos del importe reclamado. Si se extiende un acta de liquidación por un importe, se emite un requerimiento de pago por el mismo importe, se dicta posteriormente una providencia despachando el embargo, también por el mismo importe, y finalmente se embargan bienes concretos por un menor importe, aplicando a la hora de la traba el art. 38.5 LOTCu como sostiene el criterio de la mayoría, considera la Consejera discrepante que se desnaturaliza el título ejecutivo que legitima la actuación del delegado instructor, se produce una inseguridad jurídica manifiesta y se causa una evidente indefensión. A esto hay que añadir que, de aceptarse el criterio de la mayoría, como la limitación de responsabilidad ex artículo 38.5 de la LOTCu no operaría sino hasta el momento de practicar el embargo específico y concreto sobre determinados bienes y derechos (salarios, pensiones, cuentas bancarias, inmuebles etc), quien deposita o afianza voluntariamente va a recibir un peor trato que aquél que desatiende el cumplimiento voluntario. En el primer caso, tendrá que depositar o afianzar por el importe total del alcance estimado en el acta. En el segundo caso, quien desatienda el requerimiento y entre en fase de ejecución, se verá beneficiado con una limitación de su responsabilidad conforme al ya citado art. 38.5.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 14/2022

ASUNTO: Recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, n° 40/21, interpuesto contra la Providencia de embargo dictada en las Actuaciones Previas n° 113/19, de Sector Público Local (Ayto. de Marracos), Zaragoza.

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO.

SALA DE JUSTICIA:

EXCMA. SRA. DOÑA REBECA LALIGA MISÓ.- Presidenta

EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ.- Consejera

EXCMA. SRA. DOÑA ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme se expresa en el margen, 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 letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, actuando en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., contra la Providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas n° 113/19, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento de Marracos, Zaragoza.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. Consejera doña Elena Hernández 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° 113/19, con fecha 7 de octubre de 2021, se declaró, de manera previa y provisional, la existencia de un presunto alcance en los fondos públicos por importe de 130.261,54 euros, cantidad a la que habría que sumar 23.400,30 euros en concepto de intereses legales devengados hasta la fecha, suponiendo todo ello un total de 153.661,84 euros; y, asimismo, se declaró como presuntos responsables contables directos y solidarios a Doña M.L.R.B. y Doña

M.J.R.B., por la totalidad del presunto alcance; y a Don E.L.T., hasta el importe total de 141.661,48 euros.

Seguidamente, mediante Providencia dictada con esa misma fecha de 7 de octubre de 2021, la Delegada Instructora practicó requerimiento de pago, depósito o afianzamiento a los presuntos responsables contables directos y solidarios, bajo apercibimiento de embargo.

Posteriormente, no habiendo sido atendido el requerimiento anterior, mediante Providencia de 12 de noviembre de 2021, la Delegada Instructora decretó, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. en cantidad suficiente para cubrir el importe de total del presunto alcance cifrado en 153.661,84 euros; y de Don E.L.T., en cantidad suficiente para cubrir el importe de total del presunto alcance cifrado en 141.661,48 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de noviembre de 2021, se recibió escrito de la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B. 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 (en adelante, LFTCu), contra la precitada Providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 10 de diciembre de 2021, 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.

CUARTO.- Con fecha 10 de enero de 2022, se recibieron en la Sala los antecedentes solicitados 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 10 de enero de 2022, admitir los recursos interpuestos y dar traslado de los mismos, así como de los antecedentes remitidos por la Delegada Instructora, a todos los sujetos citados a la Liquidación Provisional a fin de que pudieran realizar las alegaciones que estimaran pertinentes por un plazo común de cinco días.

SEXTO.- La representante procesal del Ayuntamiento de Marracos y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso mediante escritos presentados con fechas 17 y 21 de enero de 2022, respectivamente.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 24 de enero de 2022, 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. Dicho traslado se hizo efectivo, una vez practicadas las correspondientes notificaciones, con fecha 1 de febrero de 2022.

OCTAVO.- La Sala de Justicia acordó, mediante Providencia de 17 de febrero de 2022, señalar para votación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2022, fecha en la que tuvo lugar el mencionado acto.

NOVENO.- Por Diligencia de Ordenación de 19 de abril de 2022, se puso de manifiesto que, habiéndose constituido la Sala de Justicia en fecha 28 de febrero de 2022 para votación y fallo, la Consejera Ponente, Excm. Sra. Doña María del Rosario-García Álvarez, presentó propuesta estimatoria del recurso núm. 40/21, que no fue aceptada por los demás miembros de la Sala de Justicia. En consecuencia, la Consejera Ponente declinó la redacción de la resolución del recurso, anunciando la emisión de voto particular; posteriormente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Presidenta de la Sala de Justicia encomendó la redacción de la resolución del presente recurso núm. 40/21 a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero, a quien se pasaron los autos mediante posterior Diligencia de fecha 27 de abril de 2022, tras haberse practicado las oportunas notificaciones.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde a esta Sala de Justicia por disposición de los artículos 48.1 y 54.2.d) de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEGUNDO.- Una vez analizado el contenido del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra la Providencia de embargo de fecha 12 de noviembre de 2021, que ha sido presentado por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., se comprueba que, tal y como se afirma literalmente en el propio escrito de interposición, el recurso se basa en *“idénticas razones y motivos por los que, a su vez, se recurrió el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de 7 de octubre de 2021”*.

En efecto, al igual que en el caso del Recurso núm. 35/21 que se sigue ante esta Sala de Justicia, el presente recurso núm. 40/21 interpuesto por las Sras. R.B. contra la Providencia de embargo de fecha 12 de noviembre de 2021 se fundamenta en un motivo único: la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado por cuanto la Delegada Instructora no procedió a concretar el monto líquido de la herencia, siquiera de forma previa y provisional, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que les corresponde por su condición de

causahabientes del presunto responsable contable fallecido, ex artículo 38.5 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu), habiendo pedido previamente y justificado documentalmente la aplicación de dicha limitación de la responsabilidad contable ante la propia Delegada Instructora, conforme a los pronunciamientos de la Sala de Justicia contenidos en el Auto nº 22/21, de 23 de junio. Precisan que la Delegada Instructora, sin realizar valoración alguna de la petición y documentación presentadas ni motivar su decisión, procedió a liquidar provisionalmente la presunta responsabilidad de las recurrentes en el importe de total del presunto alcance (153.661,84 euros), sin tener en cuenta la limitación prevista en el meritado artículo 38.5 de la LOTCu, y, posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2021, dictó Providencia de embargo de sus bienes y derechos en cuantía suficiente para cubrir dicho importe. Finalmente, añaden que los hechos alegados en su recurso han supuesto una infracción y vulneración de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, así como del artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto afirmando que los razonamientos en los que se apoya, más allá de una alegación formal de indefensión dirigida a intentar conectarlos con la norma legal que lo rige, constituyen cuestiones materiales atinentes a la cuantía de la responsabilidad exigible a las recurrentes.

En definitiva, considera el Ministerio Fiscal que las cuestiones que se suscitan en el presente recurso pertenecen al fondo del asunto y, por ello, resultan ajenas a los motivos tasados que, según la configuración legal del artículo 48.1 de la LFTCu, permiten impugnar ante la Sala de Justicia las resoluciones dictadas por los órganos de instrucción.

Finalmente, añade que esta misma cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento expreso por la Sala de Justicia de este Tribunal; concretamente, en los Autos nº 20/21 y nº 22/21, de 23 de junio de 2021, recaídos en las Actuaciones Previas 117/19, en el sentido de considerar que la competencia decisoria que el artículo 48.1 atribuye a la Sala de Justicia en la resolución del presente recurso sólo permite determinar si una medida cautelar adoptada ha menoscabado el derecho de defensa del recurrente.

CUARTO.- Por su parte, la representación procesal del Ayuntamiento de Marracos ha pedido la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., así como la confirmación de la Providencia de embargo, y ha alegado, igualmente, que el presente recurso no constituye el cauce procesal adecuado para plantear cuestiones de fondo cuya naturaleza es propia de la fase jurisdiccional. En este sentido, se remite tanto a las consideraciones realizadas por la propia Delegada Instructora en relación con la naturaleza y caracterización de

la fase de actuaciones previas, como a lo dispuesto en los citados Autos de la Sala de Justicia nº 20/21 y nº 22/21, dictados el día 23 de junio de 2021, y recaídos en las Actuaciones Previas núm. 117/19, por los que ya se ha desestimado idéntica impugnación planteada por la misma representación procesal.

QUINTO.- 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 señalaran*” 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.

SEXTO.- Una vez analizada la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, debe entrarse al análisis de los diferentes razonamientos por los que, a juicio de las recurrentes, se les habría generado una presunta indefensión en la fase de actuaciones previas; tanto al practicar la Liquidación Provisional y requerirles de pago o afianzamiento, como al decretar el embargo de sus bienes y derechos en cantidad suficiente para cubrir el importe de total del presunto alcance cifrado en 153.661,84 euros, lo que, presuntamente, habría conllevado una presunta vulneración de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, así como del artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Con carácter general, debe advertirse que, a la hora de apreciar la posible concurrencia del motivo tasado de la “*indefensión*” que prevé el artículo 48.1 de la LFTCu, esta Sala de Justicia viene afirmando reiteradamente lo siguiente (por todos, v. 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 tanto, para establecer si se ha causado, o no, indefensión material a las Sras. R.B., habrá que analizar si se han visto privadas de la posibilidad de ser oídas o se les ha imposibilitado la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Y en el supuesto aquí enjuiciado consta que la Delegada Instructora, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, practicó la citación en forma a todos los presuntos responsables contables 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, todos los presuntos

responsables disponían de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerasen pertinentes, e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación.

Concretamente, por lo que se refiere a Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., se constata que se las citó en forma al acto de la liquidación provisional. Y, si bien no comparecieron al mismo, sí presentaron sendos escritos de alegaciones y documentación con fecha de entrada en el registro del Tribunal de Cuentas de 1 de octubre de 2021.

Pues bien, en relación con el contenido de los escritos de alegaciones y documentación presentados, y la concreta petición consistente en que la Delegada Instructora procediera a concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicar a las Sras. R.B. la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu, las recurrentes alegan que, habiendo planteado expresamente la citada petición, conforme a lo establecido anteriormente por esta misma Sala de Justicia en el Auto 22/21, de 23 de junio, la Delegada Instructora, sin realizar valoración alguna de la petición y documentación presentadas ni motivar su decisión, procedió a liquidar provisionalmente la presunta responsabilidad de las recurrentes en el importe de total del presunto alcance (153.661,84 euros), sin tener en cuenta la limitación prevista en el meritado artículo 38.5 de la LOTCu, y, posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2021, dictó Providencia de embargo de sus bienes y derechos en cuantía suficiente para cubrir dicho importe.

Sin embargo, debe advertirse que la Delegada Instructora sí valoró expresamente la petición de las recurrentes en los siguientes términos literales (v. página 26 del Acta de Liquidación Provisional de referencia):

“[...] En cuanto a las alegaciones referidas a la naturaleza de la responsabilidad contable y a la transmisibilidad de dicha responsabilidad a los causahabientes, se pone de manifiesto que esta fase de Actuaciones Previas no tiene naturaleza jurisdiccional y tiene por objeto la práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, según lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en el marco de la investigación planteada por el Auto conclusivo de la Fase de Diligencias Preliminares. De acuerdo con ello, la naturaleza de las actuaciones previas y su finalidad van dirigidas precisamente a la concreción de los elementos objetivos, que no es posible realizar hasta el momento de la terminación del procedimiento con la citación a Liquidación Provisional y, en todo caso, se realiza de forma previa y provisional.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la caracterización de la presente fase de Actuaciones Previas en la que no se aplica el principio contradictorio ni hay verdadera actividad probatoria. De este modo, si las partes legitimadas para comparecer en el acta no están de acuerdo con las valoraciones tanto cuantitativas como cualitativas ni con las conclusiones a las que pueda llegar esta Delegada Instructora, tras la realización de las diligencias precisas para fundamentarlo, la posible oposición de las partes personadas a estas conclusiones deber ser ejercitada en el juicio contable que se pudiera incoar y corresponded al juez de lo contable dirimir la contienda, si las partes legitimadas, en su caso, las reiterasen en el procedimiento contable que pudiera incoarse [...]”.

Y, además, debe destacarse que, por un lado, la precitada valoración expresa de la Delegada Instructora, en relación con la petición de limitación de la responsabilidad contable de las recurrentes, se realizó de manera motivada. En este sentido, de acuerdo con reiterada doctrina que viene manteniendo 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)”**.

Y, por otro lado, que el concreto contenido de esa valoración expresa de la Delegada Instructora, en relación con la petición de limitación de la responsabilidad contable de las recurrentes, viene a reflejar lo que constituye la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia relativa a la naturaleza jurídica de la fase de actuaciones previas:

*“[...] 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, que en la fase de actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional queda excluida cualquier tipo de actividad probatoria 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, necesariamente, 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.

De acuerdo con esta naturaleza jurídica de las actuaciones previas expuesta *ut supra*, en esta fase del procedimiento el Delegado Instructor no puede entrar a valorar cuestiones que afectan al fondo del asunto. Y, precisamente por ello, esta Sala de Justicia viene rechazando reiteradamente 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).

Pues bien, aplicando toda la precitada doctrina jurisprudencial al supuesto ahora enjuiciado, resulta incontrovertible que sí afecta al fondo del asunto la petición que realizaron las recurrentes, consistente en que la Delegada Instructora debía concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos

de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu.

No debe olvidarse que los Delegados Instructores tienen unas competencias tasadas por la Ley que se recogen en el artículo 47 de la LFTCu. En este sentido, conforme a las letras c) y e) del apartado primero del precepto, corresponde al Delegado Instructor realizar la Liquidación Provisional del alcance extendiendo acta en la que deja constancia de las diligencias practicadas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo.

Por lo tanto, de acuerdo con la finalidad de tutelar íntegramente los fondos públicos que se persigue en toda la legislación vigente sobre la Jurisdicción Contable, el Delegado Instructor, a la vista de las diligencias practicadas, deberá determinar, de manera previa y provisional, los presuntos responsables contables y los daños determinantes de la responsabilidad contable, que deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos (artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu).

Y, como consecuencia de lo anterior, resulta incontrovertible que el Delegado Instructor deberá determinar, de manera previa y provisional, el monto total del menoscabo causado a los caudales de la Entidad Pública perjudicada de que se trate; si no lo hiciera así, contravendría la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos perseguida por el legislador y su actuación sería incompatible con el contenido de la pretensión en materia de responsabilidad contable que prevé el precitado artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu.

Por todo lo anterior, resulta que, indiscutiblemente, estaremos ante una cuestión de fondo cuando se plantee cualquier discrepancia con las conclusiones alcanzadas por el Delegado Instructor sobre la determinación, de manera previa y provisional, de los elementos subjetivos y objetivos (cuantificación) de la responsabilidad contable. Y, en este sentido, en relación con los elementos objetivos de la responsabilidad contable, resulta que entra de lleno en el fondo del asunto la petición que las Sras. R.B. realizaron a la Delegada Instructora en el supuesto de autos, consistente en la determinación del importe líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicarles la previsión del artículo 38.5 de la LOTCu; petición que, necesariamente, habría requerido del Delegado Instructor la valoración, de manera contradictoria, de las diferentes alegaciones que las partes realizasen sobre el particular, así como de los diferentes medios probatorios que pudieran aportar para fundamentar sus pretensiones; y, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de Justicia que se ha expuesto *ut supra*, este tipo de actividad plena de contradicción inter partes y de proposición y aportación de pruebas no puede desarrollarse en la fase de actuaciones previas, sino que sólo puede desplegarse en la subsiguiente fase

relativa al proceso jurisdiccional en primera instancia, que se seguirá ante el Consejero de Enjuiciamiento que resulte competente; proceso jurisdiccional en el que se podrán desarrollar, 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.

Y, por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse la primera pretensión que realizan las recurrentes relativa a que, según su criterio, se les habría generado indefensión desde un primer momento cuando, con fecha 7 de octubre de 2021, la Delegada Instructora practicó la Liquidación Provisional y dictó la subsiguiente Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento. En este sentido, ha quedado acreditado que, en ningún caso, se les ha generado una indefensión material. Las recurrentes no han probado que hayan sufrido algún tipo de *“perjuicio real y efectivo”* durante los trámites procedimentales consistentes en el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas nº 113/19, ya que la Delegada Instructora sí se pronunció expresamente sobre la petición que le realizaron las Sras. R.B., desestimándola de forma motivada y limitándose a ejercitar las funciones que le eran propias en los precitados trámites procedimentales de la fase de actuaciones previas, de acuerdo con las competencias que tienen legalmente atribuidas los Delegados Instructores en el artículo 47 de la LFTCu y con la naturaleza de esta fase del procedimiento, conforme a reiterada doctrina de esta Sala tantas veces ya mencionada anteriormente.

SÉPTIMO.- Como ya se advirtió inicialmente, al analizar el contenido del escrito de interposición del presente recurso del artículo 48.1 de la LFTCu núm. 40/21 contra la Providencia de embargo de fecha 12 de noviembre de 2021, que ha sido presentado por la representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., se constata que el mismo se basa en *“idénticas razones y motivos por los que, a su vez, se recurrió el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de 7 de octubre de 2021”*.

Habiéndose analizado en el anterior fundamento los razonamientos que conducen a la inexistencia de la indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría causado mediante la práctica de la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, ambas efectuadas con fecha 7 de octubre de 2021, debe analizarse, a continuación, la otra pretensión impugnatoria que se contiene en el escrito de recurso; esto es, la presunta indefensión que, a juicio de las recurrentes, se les habría causado, posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2021, cuando la Delegada Instructora dictó Providencia de embargo de sus bienes y derechos en cuantía suficiente para cubrir el importe de total del presunto alcance (153.661,84 euros).

El artículo 47.1 g) de la LFTCu atribuye competencia a los Delegados instructores para acordar, como medida cautelar, el *“embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación”*.

Pues bien, en relación con la precitada competencia de los Delegados Instructores en materia de adopción de medidas cautelares y la aplicación de lo dispuesto en el meritado artículo 38.5 de la LOTCu, son de una especial relevancia los anteriores pronunciamientos sobre el particular que esta Sala de Justicia plasmó en sus Autos nº 20 y nº 22, ambos de fecha 23 de junio de 2021.

El precitado Auto 20/2021 (FD 7º), de fecha 23 de junio de 2021, dictado por esta sala de Justicia, se pronuncia en los siguientes términos literales:

“[...] Respecto a la realización de actos de determinación del haber hereditario yacente, se trata de argumentos que afectan a la adopción de las medidas cautelares y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos en el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo [...]”

Y, en análogo sentido, el referido Auto 22/2021 (FD 7º), de fecha 23 de junio de 2021, se pronuncia de la siguiente manera:

“[...] Por otra parte, como antes se dijo, los actos de determinación del haber hereditario yacente forman parte de las decisiones relativas al contenido de las medidas cautelares a adoptar y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos en el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo [...]”

Por lo tanto, aplicando los precitados pronunciamientos de esta Sala de Justicia al supuesto objeto del presente recurso, debe concluirse que, en el caso de que la

Delegada Instructora, eventualmente, decidiera adoptar la medida cautelar consistente en la traba o embargo específico de determinados bienes o derechos de las Sras. R.B., ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, el contenido de las actuaciones para llevar a efecto esa concreta medida cautelar debería respetar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, que prevé que la transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes de un presunto responsable contable fallecido sólo se produce en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, siempre que previamente se haya producido la aceptación expresa o tácita de la misma.

Sin embargo, si se analiza el contenido de la Providencia de embargo de fecha 12 de noviembre de 2021, que constituye el objeto del presente recurso núm. 40/21, se comprueba que, mediante dicha resolución, la Delegada Instructora se limita a acordar un embargo meramente genérico de bienes y derechos, similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (en adelante, RGR). En efecto, en la precitada Providencia de fecha 12 de noviembre de 2021, la Delegada Instructora se limita a disponer, literalmente, lo siguiente: “[...] *En esta fecha, y al no haberse atendido los requerimientos en el plazo concedido al efecto, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ACUERDO EL EMBARGO DE BIENES Y DERECHOS de Doña M.L.R.B., con N.I.F. nº 17.864.404-M, de Doña M.J.R.B., con N.I.F. nº 17.215.136-G y de DON E.L.T., con N.I.F. nº 17.164.390-L, en cantidad suficiente para cubrir el mencionado importe [...]*”.

Luego, resulta ostensible y manifiesto que se trata de un acuerdo de embargo genérico de los bienes y derechos de los presuntos responsables contables, y en la cantidad suficiente para cubrir el importe total en que se ha cifrado, de manera previa y provisional, el presunto alcance (en el caso de las Sras. R.B., en la cantidad total de 153.661,84 euros; y en el caso del Sr. L.T. en la cantidad total de 141.661,48 euros). Pero nada tiene que ver el precitado acuerdo de embargo genérico, que se plasma en la Providencia impugnada de fecha 12 de noviembre de 2021, con lo que sería un acuerdo para que se practicaran las trabas específicas y concretas que se regulan en los artículos 78-83 del meritado RGR. Esto es, mediante la resolución recurrida la Delegada Instructora no ha acordado la práctica de ningún tipo de embargo específico y concreto sobre: dinero en efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito; valores; otros créditos; efectos o derechos; saldos, salarios o pensiones; bienes inmuebles y derechos constituidos sobre esta clase de bienes.

Y, como ya se ha razonado *ut supra*, de acuerdo con los pronunciamientos de esta Sala de Justicia contenidos en los meritados Autos nº 20 y nº 22, ambos de fecha 23 de junio de 2021, la Delegada Instructora estará obligada a observar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu en el caso de que, con posterioridad al dictado de la resolución recurrida, acuerde practicar los referidos embargos específicos y

concretos sobre determinados bienes y derechos (salarios, pensiones, cuentas bancarias, inmuebles, etc.) de las Sras. R.B. Sin embargo, debe insistirse, mediante la Providencia impugnada de fecha 12 de noviembre de 2021, la Delegada Instructora no acordó esa clase de embargos específicos y concretos sobre determinados bienes y derechos de las recurrentes, sino que se limitó a acordar un embargo meramente genérico de bienes y derechos, similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del RGR, y, en su virtud, aún no resultaba necesario observar la limitación establecida en el meritado artículo 38.5 de la LOTCu. Por todo lo anterior, al no haberse dispuesto en la Providencia impugnada de fecha 12 de noviembre de 2021 la práctica de ningún tipo de embargo específico sobre concretos bienes y derechos de las Sras. R.B., debe concluirse que ningún tipo de indefensión material se les ha podido generar a las mismas, de acuerdo con la consolidada y copiosa jurisprudencia de esta Sala de Justicia que ya se ha expuesto en el anterior fundamento.

Por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse igualmente la impugnación de la Providencia de embargo, de fecha 12 de noviembre de 2021, por cuanto ha quedado acreditado que, en ningún caso, se ha generado una indefensión material a las recurrentes, al no haberse acordado en la resolución impugnada ningún tipo de traba o embargo específico y concreto sobre determinados bienes y derechos (salarios, pensiones, cuentas bancarias, inmuebles, etc.) de su titularidad.

Finalmente, y con la finalidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica para casos análogos que pudieran darse en lo sucesivo, debe advertirse que podría ser conveniente que, por un lado, tanto en el Acta de Liquidación Provisional como en la Providencia de requerimiento de pago se hiciera constar, formalmente, no sólo el carácter de presuntos responsables contables por la condición de causahabientes de un presunto responsable contable fallecido, sino también que la cuantía de la responsabilidad contable de esos causahabientes quedaría limitada por lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu, para el caso de que se adoptaran medidas cautelares, ex artículos 47 y 67 de la LFTCu, o de lo que pudiera decidirse posteriormente en la fase jurisdiccional ante el Consejero de primera instancia. Y, por otro lado, para el caso de que el Delegado Instructor llegara a acordar la medida cautelar consistente en el embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables contables, ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, sería igualmente conveniente que en la primera Providencia de embargo genérico que se dictase, tras haber sido desatendido el requerimiento de pago o afianzamiento, se hiciera constar expresamente que las actuaciones que se lleven a cabo por el Delegado Instructor, en cumplimiento de la competencia atribuida en el artículo 47.1 g) de la LFTCu, se realizarán conformidad con lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu.

Sin perjuicio de estas últimas consideraciones realizadas como *obiter dicta*, debe reiterarse que procede la desestimación del presente recurso del artículo 48.1 de la

LFTCu interpuesto por la representación procesal de las Sras. R.B. contra la meritada Providencia de embargo, de fecha 12 de noviembre de 2021, de conformidad con los razonamientos jurídicos expuestos *ut supra* y con la reiterada jurisprudencia de esta Sala de Justicia, y demás consideraciones jurídicas, que se han desarrollado en el anterior fundamento y que acreditan la total inexistencia de indefensión material generada a las recurrentes en la fase de actuaciones previas.

En definitiva, y de acuerdo con todos los razonamientos expuestos, procede la desestimación del 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 letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, actuando en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., contra la Providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021. 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 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 letrado don Miguel Ángel Muñoz Yeregui, actuando en nombre y representación de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., contra la Providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas nº 113/19, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento de Marracos, Zaragoza. 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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR

Que formula la Consejera de Cuentas D^a María del Rosario García Álvarez al auto dictado por la Sala de Justicia en el recurso del art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, registrado con el n^o 40/21, interpuesto contra la providencia de embargo de fecha 12 de noviembre de 2021, dictada en las actuaciones previas n^o 113/19, de Sector Público Local (Ayto. de Marracos), Zaragoza.

Mi respetuosa discrepancia con la opinión de la mayoría que me ha llevado a declinar la redacción de la resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se expondrá a continuación de forma motivada para fundamentar la estimación del recurso por causa de indefensión. Igualmente, he de hacer constar que mi disenso con la opinión que ha prevalecido se ha manifestado desde un primer momento y que mi voto se emitió conforme a lo establecido en el artículo 260 de la LOPJ, en unidad de acto en la fecha señalada para la votación y fallo, conforme ordena el artículo 254 también de la LOPJ, pues una vez votado un asunto no caben retractaciones posteriores ni cambios de opinión sobre lo ya decidido, lo que implicaría una grave infracción del contenido del citado artículo 254, cuyo apartado 3 imperativamente establece que «empezada la votación, no podrá interrumpirse sino en causa de fuerza mayor». El bien jurídico que este precepto trata de proteger es la independencia judicial, consagrado en el artículo 117 en relación con el 136 de la Constitución, bien jurídico que se proyecta en la emisión del voto, pues la interrupción facilitaría que el juzgador pudiera ser influido en su convicción y cambiar de opinión. Atendiendo a dichas normas todas las cuales esta Consejera ha cumplido escrupulosamente, expresé mi criterio en claro disenso con el que ha sido el parecer de la mayoría sobre extremos de derecho, voté en contra y anuncié la emisión de voto particular, declinando la redacción de la ponencia encomendada. Este es no solo el derecho que respetuosamente ahora ejercito, es también la manifestación del deber de salvaguardar la independencia judicial que cumplo y al que por razón de mi cargo y función inexorablemente me debo, por imperativo de lo establecido en los antes citados artículos 117 y 136 de la Constitución.

Como ya he anticipado, y sin perjuicio del indudable respeto a la opinión que ha prevalecido por mayoría, paso a exponer las consideraciones jurídicas que fundamentarían la estimación del recurso para evitar una doble causación de indefensión, la incoherencia e inseguridad jurídica que se deriva del criterio finalmente adoptado y, a mi parecer, la consiguiente lesión en sede judicial del

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

PRIMERO.- 1.- Se aceptan los antecedentes fácticos del auto acordado por la mayoría de la Sala, si bien con una precisión: todas y cada una de las menciones que en ellos se contienen a las actuaciones previas 113/19 se estiman realizadas por la vía de la remisión a su íntegro contenido pudiendo, por tanto, ser tomadas en consideración con ocasión del análisis jurídico que se va a llevar a cabo.

SEGUNDO.- El objeto de los recursos interpuestos contra el acta de liquidación provisional, la providencia de requerimiento de pago y la providencia de embargo dictadas en las actuaciones previas 113/19.

2.- La representación procesal de Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), presentó con fecha 13 de octubre de 2021 un recurso contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas en las actuaciones previas nº 113/19. El acta de liquidación provisional se levanta el 7 de octubre de 2021 y de ella se desprenden las circunstancias que a continuación se exponen.

3.- Las actuaciones se inician por una denuncia presentada el 30 de abril de 2019 ante el Tribunal de Cuentas por el Sr. Alcalde de Marracos (Zaragoza), en la que señalaba múltiples irregularidades en el uso o destino de los fondos públicos y en la justificación de gastos, durante el período 2006 a 2016.

4.- El grueso del alcance está constituido por importes abonados sin que conste la contrapartida recibida, dado que en estos pagos realizados con fondos de la entidad local no existe factura ni soporte documental que los justifique (incidencia tipo nº 3). La suma de estas salidas de fondos no justificadas alcanza la cifra de 368.086,13 € (años 2006 a 2016). A ello habría que sumar un menoscabo de 2.190,84 € por compras (realizadas en 2015 y 2016) de aparatos electrónicos que no aparecen inventariados (incidencia tipo nº 7). El daño total al erario municipal alcanzaría así los 370.276,97 € de principal.

5.- Sin embargo, la delegada instructora circunscribió el pronunciamiento del perjuicio sufrido por los fondos municipales a los años 2014, 2015 y 2016, dado el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos denunciados, invocando a tal efecto la aplicación de la Disposición Adicional 3ª de la LFTCu. Aunque la delegada instructora advirtió que la declaración de prescripción de la responsabilidad contable correspondía al órgano jurisdiccional contable, manifestó que limitaba sus pronunciamientos de responsabilidad a las disposiciones de fondos y gastos realizados en los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

6.- De esta forma, declaró que el menoscabo a los fondos municipales ocasionado en los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ascendía a 130.261,54 € de importe principal (suma de las incidencias nº 3 y nº 7) a los cuales se añadirían 23.400,30 € de intereses, resultando un presunto alcance de 153.661,84 €.

7.- En otro orden de cosas, la delegada instructora consideró responsables a Don A.R.B., Secretario Interventor durante los tres ejercicios indicados, y a Don E.L.T., Alcalde de Marracos los años 2014, 2015 y hasta el día 12 de junio de 2016, si bien exoneró de responsabilidad a este último por aquellos pagos correspondientes al año 2016 pero ordenados después de su cese como Alcalde. En consecuencia, declaró responsable a Don A.R.B. del total del perjuicio sufrido por la entidad local (130.261,54 € de importe principal) y a Don E.L.T. como responsable solidario de los pagos no justificados realizados durante su mandato (119.762,54 € de principal). Esta limitación de responsabilidad es lógica y deriva directamente de la ley, pues las pretensiones de responsabilidad se deducen contra los que tengan a su cargo el manejo de fondos públicos (art. 49.1 LFTCu).

8.- Don A.R.B. falleció el día 12 de enero de 2017. En su testamento, que otorgó el 4 de mayo de 2016, había nombrado herederas universales a sus hermanas Doña M.L. y Doña M.J. Consta acreditado que ambas aceptaron la herencia el día 30 de junio de 2017. La denuncia ante el Tribunal de Cuentas de las presuntas irregularidades en la gestión del Ayuntamiento de Marracos se presenta el 30 de abril de 2019, esto es, casi dos años después de ser aceptada la herencia.

9.- Tramitadas las actuaciones previas nº 113/19 a consecuencia de dicha denuncia, la delegada instructora citó como presuntas responsables contables a Doña M.L. y Doña M.J.R.B., en su condición de herederas de quien fuera Secretario Interventor de la entidad local y autor de los hechos presuntamente irregulares, todo ello con amparo en el art. 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCu). Dispone este precepto 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.

10.- Con carácter previo a la práctica de la liquidación del alcance, la representación de las ahora recurrentes presentó alegaciones el 30 de septiembre de 2021 ante la delegada instructora, acompañadas de documentación justificativa. Manifestó que el haber hereditario líquido provisional, sin entrar a valorar otros posibles importes que pudieran gravar la herencia, ascendía a la suma máxima total de 59.351,26 €, lo que dejaba a cada heredera la suma de 29.675,63 €. Alegó que no se concretaba ni acreditaba por parte del Ayuntamiento de Marracos un importe económico por el que se pueda declarar la responsabilidad contable por alcance del causante Sr. R.B., y en caso contrario, si la delegada instructora procedía a una liquidación provisional,

solicitó que se aplicara la limitación por prescripción (de los hechos anteriores al 28 de noviembre de 2011), así como la responsabilidad limitada ex art. 38.5 LOTCu, siquiera de modo provisional, dada la condición de causahabientes de sus representadas.

11.- La delegada instructora con ocasión de esta petición expresa de aplicación del art. 38.5 de la LOTCu, se expresó en términos que considero tan claramente elusivos y obviamente genéricos que no constituyen en sí una respuesta en derecho motivada y fundada, como luego se razonará. Se transcriben sus palabras a continuación:

«[...] En cuanto a las alegaciones referidas a la naturaleza de la responsabilidad contable y a la transmisibilidad de dicha responsabilidad a los causahabientes, se pone de manifiesto que esta fase de Actuaciones Previas no tiene naturaleza jurisdiccional y tiene por objeto la práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, según lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en el marco de la investigación planteada por el Auto conclusivo de la Fase de Diligencias Preliminares. De acuerdo con ello, la naturaleza de las actuaciones previas y su finalidad van dirigidas precisamente a la concreción de los elementos objetivos, que no es posible realizar hasta el momento de la terminación del procedimiento con la citación a Liquidación Provisional y, en todo caso, se realiza de forma previa y provisional.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la caracterización de la presente fase de Actuaciones Previas en la que no se aplica el principio contradictorio ni hay verdadera actividad probatoria. De este modo, si las partes legitimadas para comparecer en el acta no están de acuerdo con las valoraciones tanto cuantitativas como cualitativas ni con las conclusiones a las que pueda llegar esta Delegada Instructora, tras la realización de las diligencias precisas para fundamentarlo, la posible oposición de las partes personadas a estas conclusiones deber ser ejercitada en el juicio contable que se pudiera incoar y corresponde al juez de lo contable dirimir la contienda, si las partes legitimadas, en su caso, las reiterasen en el procedimiento contable que pudiera incoarse [...]».

12.- En consecuencia, extendió el acta de liquidación provisional y, como vemos, sin razonamiento alguno más allá que el de indicar que ante la discrepancia con lo decidido podían acudir al juicio contable, no aplicó la limitación de responsabilidad contemplada por el art. 38.5 de la LOTCu, precepto que no obstante es la causa de la llamada de las herederas de Don A.R.B., declarándolas responsables solidariamente del perjuicio sufrido por la entidad local, cifrado en 130.261,54 € de principal más 23.400,30 € de intereses.

13.- De esta forma, como consecuencia de haber aceptado las Sras. R.B. la herencia, a criterio de la delegada instructora resulta lo siguiente:

- Importe del daño total al erario municipal: 370.276,97 €
- Reducción por apreciación de la prescripción que se admite como competencia del órgano jurisdiccional contable: 130.261,54 € de principal más 23.400,30 € de intereses. Total: 153.661,84 €.
- Inaplicación de la limitación a la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia por transmisión de la responsabilidad contable directa o subsidiaria a los causahabientes del responsable, sin expresar razón concreta para ello.

14.- Con la misma fecha del acta de liquidación, 7 de octubre de 2021, dictó providencia requiriendo a las presuntas responsables para que, en el plazo de quince días hábiles, procedieran a reintegrar, depositar o afianzar el importe de 153.661,84 € en cualquier forma legalmente admitida, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes si no atendían el requerimiento. Se recuerda, no obstante, que el daño total al erario municipal se estimaba en 370.276,97 €.

15.- Las Sras. R.B. formularon recurso contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, dictadas ambas en las actuaciones previas nº 113/19 con fecha 7 de octubre de 2021. Este recurso ha quedado registrado con el nº 35/2021 y ha sido resuelto por auto contra el que la Consejera de Cuentas suscribiente anunció también y ha emitido el correspondiente voto particular.

16.- El actual recurso, registrado con el nº 40/2021, se formula contra la providencia de 12 de noviembre de 2021. El motivo de ambos recursos y las denuncias que en él se contienen son las mismas, al igual que ocurre con las causas de oposición. La evidente necesidad y deber de coherencia obligan a reproducir los argumentos que con ocasión del recurso 35/2021 se vertieron al emitir entonces el voto particular, máxime cuando el criterio mayoritario de la Sala también reproduce su línea argumental en la resolución con la que ahora se discrepa. Todo ello sin perjuicio, claro está, de ampliar la argumentación jurídica en todos los extremos que, de una u otra manera, afecten al marco legal del título jurídico que legitima la adopción de la providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021 que constituye el objeto del actual recurso, tal y como también hace el auto dictado por la mayoría con las consideraciones que ha estimado pertinentes.

TERCERO.- Los anteriores pronunciamientos de la Sala de Justicia.

17.- Como se admite en el auto con el que discrepamos, existen dos resoluciones dictadas por esta misma Sala, concretamente los autos nº 20/21 y nº 22/21, ambos de 23 de junio de 2021, recaídos en las actuaciones previas nº 117/19 referidas al

Ayuntamiento de Piedratajada, en las que fueron parte las ahora recurrentes. Estos autos son anteriores al levantamiento del acta de liquidación ahora impugnada. Existe un tercer auto, adoptado por esta Sala el 1 de marzo de 2022, con igual doctrina que los dos anteriores, al que también nos referiremos (auto nº 4/2022).

18.- En el recurso que fue resuelto por el auto nº 22/21, las Sras. R.B. fundamentaron la impugnación de la providencia de embargo en dos motivos principales:

- 1) Infracción del art. 38.5 de la LOTCu al decretarse una traba de bienes y derechos superior a la jurídicamente exigible a las recurrentes que, por no ser las presuntas responsables contables del posible alcance declarado en la liquidación provisional, sino simples causahabientes del gestor de los fondos públicos supuestamente alcanzados, solo deben responder hasta un importe líquido que no exceda del haber del caudal hereditario recibido.
- 2) Infracción del art. 355.1 del Código del Derecho Civil Foral de Aragón pues se ha decretado un embargo de bienes que incluye algunos que pertenecen a las recurrentes pero que no proceden de la herencia recibida por las mismas. El embargo, consideraban, solo debe proyectarse sobre bienes que hubieran formado parte de la herencia recibida por las recurrentes, pero no sobre bienes pertenecientes a los patrimonios privativos ajenos a dicha herencia.

19.- El auto nº 22/21, dictado contra una providencia de apertura de la fase de embargo idéntica a la de 12 de noviembre de 2021, expresa y literalmente señala a partir del segundo párrafo del fundamento sexto que «el objeto del presente recurso es ...la cuantía que debe garantizar la medida cautelar recurrida y los bienes sobre los que se puede hacer efectiva. De ello se desprende que las cuestiones planteadas en el recurso quedan fuera de la competencia decisoria que el art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, atribuye a la Sala de Justicia para este especial medio de impugnación. Las decisiones sobre el contenido de las medidas cautelares que se pueden adoptar en los procedimientos de reintegro por alcance son competencia del órgano instructor, si el procedimiento se halla en fase de actuaciones previas, o de los órganos de la jurisdicción contable si las actuaciones ya están en instancia procesal (...). El levantamiento de un embargo preventivo o la modificación del mismo son cuestiones propias de la competencia de los delegados instructores o de los órganos de la Jurisdicción Contable, pero ajenas a la competencia de esta Sala de Justicia en el presente recurso en el que solo podría entrar a conocer si la medida cautelar adoptada ha menoscabado el derecho de defensa de las recurrentes, circunstancia que no se ha producido».

20.- Seguidamente, la Sala considera que al no constar la renuncia a la herencia las recurrentes son responsables contables por transmisión de la responsabilidad, si bien

con la limitación prevista en el art. 38.5 de la LOTCu. No obstante, estima que el embargo que afecta a los patrimonios personales es correcto al estar amparado en el art. 47.1.g) de la LFTCu porque, y esto es importante, la petición formulada resulta improcedente en fase de recurso «no pudiendo resolver esta Sala de Justicia por la vía del presente recurso una solicitud que debió haberse planteado en los trámites alegatorios de las actuaciones previas, ante el órgano competente para decidir sobre la misma en aquel momento procedimental, que era la delegada instructora. Es evidente que dicho órgano de instrucción no pudo generar indefensión a las recurrentes ya que éstas no le pidieron que practicara las diligencias a las que se refieren ahora en su recurso, de manera que no cabe apreciar una denegación injustificada de actuaciones».

21.- Para mayor claridad la Sala, en este auto nº 22/21, continúa señalando que «como antes se dijo, los actos de determinación del haber hereditario yacente forman parte de las decisiones relativas al contenido de las medidas cautelares a adoptar y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las actuaciones previas de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del art. 67 de la misma norma. Esta Sala de Justicia rebasaría su ámbito competencial si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deban tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo».

22.- En la misma fecha se dictó el auto nº 20/21, también en las actuaciones previas 117/19, esta vez contra el acta de liquidación y providencia de requerimiento de pago (como ocurre en el recurso 35/2021). En este auto se suscitan iguales cuestiones advirtiendo en su fundamento séptimo, página 8, primer párrafo que «los razonamientos jurídicos que ha realizado la parte recurrente, incluida la petición de que no se han realizado y se realicen las actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario, resultan improcedentes en este momento procesal, habida cuenta que cuando se dictaron las resoluciones impugnadas las recurrentes no plantearon dicha cuestión, no formularon petición de incorporación de documentos que fuera denegada, ni en las alegaciones previas al acto de liquidación provisional, ni en las que se realizaron en el mismo y tampoco el día en que se presentó el recurso se había verificado medida ejecutiva cautelar alguna ...».

23.- Continúa el auto nº 20/21 señalando, con claridad, que «respecto a la realización de actos de determinación del haber hereditario yacente, se trata de argumentos que afectan a la adopción de las medidas cautelares y, en esta materia, quien tiene competencia es el órgano de instrucción de las Actuaciones Previas, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, o el Consejero de Cuentas de primera instancia en aplicación del artículo 67 de esa misma Norma. Esta Sala de Justicia

rebasaría su ámbito competencias si, por la vía de un recurso de la naturaleza del presente, entrara a conocer y a decidir sobre cuestiones como la procedencia o no de practicar medidas cautelares o el contenido suficiente y adecuado que estas deben tener, como ha declarado la Sala de Justicia, por todos, en el auto nº 14/2018, de 30 de mayo».

24.- Por otro lado, en el auto nº 4/22, adoptado por la Sala de Justicia el 1 de marzo de 2022 y recaído también en las actuaciones previas nº 117/19 en las que son parte las recurrentes, esta misma Sala ha declarado en los párrafos tercero y cuarto de su fundamento quinto lo siguiente:

«En efecto, se ha de tener en cuenta que el embargo de bienes de los presuntos responsables, que el artículo 47 de la LFTCu contempla entre las actuaciones a realizar por los Delegados Instructores, en el supuesto de que aquéllos fueran causahabientes, se ha de realizar dentro de los parámetros que regulan la transmisión de la responsabilidad contable y en este sentido el artículo 38.5 de la LFTCu es de una claridad meridiana al disponer que «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 asciende el importe de la misma.

En este mismo sentido, se pronuncia el artículo 355.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable al asunto en cuestión conforme al artículo 14 del Código Civil, al tener las recurrentes la vecindad civil en la Comunidad Autónoma de Aragón, según el cual *...el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto aunque no se haga inventario».*

25.- Finalmente, hay que citar el auto dictado en el recurso 35/2021, que ha sido desestimado y en el que, como ya se ha indicado supra, esta Consejera ha emitido voto particular contrario a la desestimación, al considerar que en la actuación de la delegada instructora se había producido una doble causación de indefensión que, al ser convalidada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha determinado una denegación de tutela judicial efectiva y, por tanto, una lesión del artículo 24 de la Constitución. Como los argumentos son los mismos, sin perjuicio de lo que se advertirá, seguiré el mismo hilo argumental.

CUARTO.- Primera causa de indefensión por falta de respuesta a la pretensión de limitación de la responsabilidad por aplicación del art. 38.5 LOTCu: el acta de liquidación provisional de 7 de octubre de 2021.

26.- Según lo expuesto, la representación de las herederas de Don A.R.B., ahora recurrentes, solicitó de la delegada instructora que, en caso de declarar la existencia

de un presunto alcance en los fondos municipales, se limitara la declaración de responsabilidad de sus representadas al haber hereditario líquido provisional, que cuantificó, con aportación de documentación justificativa, en un máximo de 59.351,26 €, suma a dividir entre ambas herederas por partes iguales. Solicitaba, en definitiva, la aplicación de lo establecido en el art. 38.5 de una Ley Orgánica, la LOTCu.

27.- De la mera lectura de los párrafos del acta de liquidación provisional antes transcritos en el párrafo 11, se constata que la delegada instructora no se pronunció sobre la petición, pues se limitó no solo a señalar generalidades sobre la naturaleza de las actuaciones previas omitiendo la debida respuesta, sino también a ignorar los pronunciamientos de esta Sala contenidos en los autos 20/21 y 22/21.

28.- Ya hemos advertido que esta Sala de Justicia ha considerado que la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario es improcedente en fase de recurso y que debe ser planteada ante el órgano instructor que es el competente para decidir sobre la misma. Por la vía del art. 48.1 de la LFTCu no puede revisarse un pronunciamiento sobre una cuestión no planteada en la fase procedimental adecuada para ello, que son las actuaciones previas, ya que es el órgano instructor quien tiene competencia para llevar a cabo los actos de determinación del haber hereditario al formar parte del contenido de las medidas cautelares a adoptar. La Sala ha sido meridianamente clara al respecto al indicárselo así a las recurrentes en los autos 20/21 y 22/21 antes reseñados.

29.- Pues bien, Doña M.L. y Doña M.J.R.B. plantearon su pretensión de limitación de su eventual responsabilidad contable ante la delegada instructora, siguiendo lo indicado por esta Sala de Justicia, mediante un escrito de alegaciones acompañado de documentación justificativa. La respuesta consistió en reproducir generalidades sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones previas y declarar que la oposición de las partes a sus conclusiones y valoraciones cuantitativas o cualitativas, sin más precisiones, debía ser ejercitada en el juicio contable. No hay respuesta alguna que de razón a la inaplicación del art. 38.5 LOTCu, conforme se le había peticionado por las recurrentes y contra las que se seguían las actuaciones por mor, precisamente, de este precepto.

30.- A juicio de esta Consejera de Cuentas, este pronunciamiento del acta de liquidación, además de apartarse de forma manifiesta de la doctrina de la Sala, no puede considerarse motivado. El Tribunal Supremo se ha referido al requisito de la motivación en los siguientes términos (STS, Sala de lo Civil, Sección Primera nº 495/2009, de 8 de julio, FD 2º): «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.

31.- La respuesta examinada y que el criterio mayoritario convalida, no se adecúa a la petición articulada ante la delegada instructora por las partes desde el mismo momento en que no da una respuesta expresando las concretas razones en relación con la específica cuestión suscitada. Es una omisión implícita a una petición porque se limita a señalar de forma genérica que, si hay discrepancia con sus conclusiones, sin más razonamiento, la oposición debe ser ejercitada en el juicio contable. Resulta imposible para las recurrentes conocer la razón por la que se inaplica el art. 38.5 de la LOTCu, que precisamente es la causa de que se sigan las actuaciones contra ellas y pese a haber procedido las mismas como esta Sala les indicó de forma expresa hasta en dos ocasiones, es decir, planteando la cuestión en la fase de actuaciones previas.

32.- Debe recordarse que la exigencia de motivación en las resoluciones administrativas es ineludible porque no basta para satisfacer las exigencias constitucionales de proscripción de indefensión, de que es trasunto el contenido del artículo 48.1 LOTCu cuando permite el acceso al recurso por esa causa, limitarse a expresar consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de una u otra institución. Por el contrario, es necesario que el ciudadano conozca siquiera con un mínimo, pero suficiente detalle, los criterios y razones por los que su petición se rechaza o se admite. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 2012, rec. 4988/2010, al remitirse a la de 26 de junio de 2012, rec. 4998/2010, recogiendo otras anteriores «ciertamente, el de motivación de la resolución administrativa no es un rito carente de sentido, ni, sólo, un deber de cortesía para con los administrados, sino una exigencia que tiene como finalidad lograr el convencimiento del interesado respecto la corrección y justicia de la decisión, así como mostrar que la aplicación del Derecho al caso concreto se halla libre de toda arbitrariedad; es necesario, pero a la vez suficiente, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico».

33.- Por ello, no podemos dejar de traer a colación de forma expresa la STS de 14 de octubre de 2008, rec. 679/2006, que reproduce las fundamentaciones de la de 31 de octubre de 1995 cuando, a propósito de la motivación, señala que «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». A criterio de esta Consejera, los mínimos parámetros de motivación administrativa solo se han tratado de cumplir de modo aparente, es decir, con una apariencia de respuesta y que, como tal apariencia, no es real.

34.- En otro orden de consideraciones, el art. 47.1 de la LFTCu dispone que, ante una liquidación provisional que, de manera previa y presunta, detecte un posible menoscabo injustificado en los fondos públicos, deben adoptarse por el delegado instructor determinadas medidas cautelares en garantía de la integridad del patrimonio público. De manera preceptiva, el delegado instructor deberá requerir a los presuntos responsables para que reintegren, 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. Si los presuntos responsables no tuvieran afianzada, o afianzaren en forma legal sus posibles responsabilidades, el delegado instructor procederá, de forma igualmente preceptiva, al embargo de sus bienes en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

35.- Conforme a la ley vigente, estas medidas cautelares, orientadas a garantizar la eficacia de futuras resoluciones jurisdiccionales, se acuerdan sin un procedimiento contradictorio y por un órgano instructor de naturaleza administrativa y no judicial.

36.- Como ha señalado la Sala de Justicia en su auto nº 28/21, de 14 de octubre, las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance están reguladas por una normativa de prolongada vigencia que mejoraría con algunas modificaciones legislativas modernizadoras. Este pronunciamiento se realizó, precisamente, en torno al contenido de los apartados f) y g) del art. 47.1 de la LFTCu. No se puede pretender quitar validez a este argumento y a la llamada al legislador que en el mismo se expresa, máxime cuando emana de este misma Sala y en modo alguno es baladí.

37.- Muy al contrario, no solo responde a la técnica de un razonamiento apelativo hacia el legislador para llamar su atención a los efectos de que proceda a una mejora legal o revise el acomodo a la Constitución de determinadas normas o preceptos, sino que también con él se evidencia, a juicio de esta Consejera de Cuentas, que la Sala debe extremar las cautelas frente a actuaciones administrativas desplegadas en un procedimiento no contradictorio que puedan causar indefensión a los ciudadanos

y, en consonancia, debe llevar a cabo una interpretación especialmente garantista y acorde a los principios constitucionales. Ello redundará no solo en beneficio de los administrados, sino en el propio delegado instructor, otorgándole una mayor seguridad de corrección en su actuación y de los pasos a seguir. Es así, porque constituye obligación ineludible de los Tribunales de Justicia derivada del artículo 24 de la Constitución evitar toda suerte de indefensión corrigiendo las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas, y no convalidarlas, como a criterio de esta Consejera se verifica en última instancia en los fundamentos con los que se discrepa, máxime cuando se trata de decisiones con proyección en la esfera patrimonial de los afectados y cuando es obligación de los Tribunales fiscalizar que la actuación administrativa se somete al imperio de la ley y, en consecuencia, controlar la legalidad de su actuación, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, según prescriben los artículos 106 y 117 de la Constitución.

38.- Lo expuesto cobra una mayor importancia en el caso actual en el que las recurrentes eran, además, personas totalmente ajenas a la gestión económico-financiera del Ayuntamiento de Marracos, por lo cual no pudieron tener ninguna participación en las presuntas irregularidades descubiertas en dicha entidad local. Estamos ante un supuesto de transmisión de la responsabilidad contable de carácter eminentemente subjetivo, por el solo hecho de ser herederas del presunto responsable directo, traslación sucesoria de responsabilidad de una deuda oculta en la herencia aceptada que opera en virtud del art. 38.5 de la LOTCu. Este supuesto obliga, con más razón si cabe, a extremar todo tipo de cautelas velando especialmente para que sus derechos y la rigurosa aplicación del art. 38.5 de la LOTCu se verifique de forma cabal desde el mismo momento de la liquidación y del requerimiento de pago, de los que el embargo es consecuencia.

39.- Es obligado reiterar que la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu es necesaria para poder declarar la responsabilidad contable, si bien de forma previa y provisional, de las herederas de Don A.R.B. Este precepto, que es el amparo legal de su llamada y de que se sigan contra las herederas las actuaciones previas, contiene una regla de transmisión de la responsabilidad que no es absoluta, sino limitada a la cuantía a que ascienda el importe líquido de la herencia. Se trata de una previsión legal de aplicación directa e imperativa, sin la cual la delegada instructora no hubiera podido citar a las herederas como presuntas responsables a la práctica de la liquidación. La limitación, por ministerio de la ley, de la responsabilidad contable al importe de la herencia debe ser también considerada en la fase de las actuaciones previas en el momento en que se produzca y se tenga conocimiento de ella, como ha proclamado esta Sala de Justicia, sin que sea congruente trasladarla al proceso judicial, so pretexto de ser una cuestión de fondo.

40.- Nótese, al respecto, que el acta de liquidación provisional comienza reseñando la providencia de 31 de agosto de 2021 en virtud de la cual se cita a las Sras. R.B. «como herederas de Don A.R.B.» (página 1, segundo párrafo), es decir, en virtud del artículo 38.5 LOTCu; y que, a mayor abundamiento, en la página 3 del acta de liquidación, párrafo cuarto de su hecho séptimo, expresamente se recoge que «además, la delegada instructora ha practicado las diligencias pertinentes, tendentes a conocer la existencia de herederos tras el fallecimiento del denunciado y su identificación. El resultado de tales diligencias, incluida la obtención de la copia del testamento del denunciado, obra en la documentación del expediente». No solo eso, en la página 23 del acta de liquidación, al especificar a los presuntos responsables, se alude a «Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., hermanas del anterior Secretario Interventor del Ayuntamiento de Marracos, Don A.R.B., durante el ejercicio 2014, 2015 y hasta la fecha de la declaración de su fallecimiento el 12/01/2017. Según consta en el testamento que figura en la declaración de últimas voluntades, otorgado por el fallecido ante el Notario de Zaragoza, Don F.U.V., en fecha 4 de mayo de 2016 que ha quedado incorporado a la presente pieza de A.P., y según consta en la documentación aportada al expediente por el Ayuntamiento de Marracos el 07/10/2020 y el Registro General de Actos de Última Voluntad el 21/01/2021, Don A.R.B. dejó legado en favor de Don A.V.C. y nombró herederas universales a sus hermanas Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B.. (...) Hecha la anterior aclaración, se declara, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 38.5 de la Ley Reguladora del Tribunal de Cuentas (sic), presuntas responsables directas y solidarias a Doña M.L.R.B. y Doña M.J.R.B., como herederas de Don A.R.B., del alcance contable declarado correspondiente al Sr R.».

41.- Igualmente, hay que reparar en que la representación de las ahora recurrentes solicitó ante el órgano instructor desde el inicio que se limitara la responsabilidad de sus representadas en un doble sentido: en primer lugar, por la aplicación de la prescripción y, en segundo lugar, por la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu conforme al cual, precisamente, estaban siendo declaradas presuntas responsables directas y solidarias. Como se ha reseñado, la delegada instructora aplicó en el acta de liquidación provisional el instituto de la prescripción, pese a ser cuestión de fondo, propia de la jurisdicción y, pese a advertir expresamente que «no puede apreciarla en fase de instrucción de acuerdo con la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todos auto 16/2013, de 24 de julio, circunstancia que se ha puesto de manifiesto en la Consideración Jurídica Cuarta» del Acta de Liquidación. En esta consideración cuarta admite que la declaración de prescripción excede el ámbito de sus competencias conforme al artículo 47 pero declara que «no puede desconocerse una valoración objetiva del transcurso del tiempo» y limita su pronunciamiento relativo a los perjuicios causados a los ejercicios 2014, 2015 y 2016 aun cuando corresponda al órgano jurisdiccional, en su caso competente, «la declaración de la prescripción de la responsabilidad contable o la apreciación de la eficacia interruptora del procedimiento judicial llevado a cabo». Sin embargo, a

renglón seguido, inaplica las previsiones del art. 38.5 de la LOTCu y declara a las dos herederas responsables de la totalidad del menoscabo causado en los tres ejercicios, sin dar razón alguna que justificara esta decisión y sin atender al criterio de esta Sala de Justicia, más allá de las generalidades que posteriormente vierte en la página 26 del acta de liquidación.

42.- Por ello, no se alcanza a comprender que en el párrafo catorce del fundamento sexto, página 10 del auto, se afirme como «incontrovertible» el deber de determinar, «de manera previa y provisional, el monto total del menoscabo causado a los caudales de la Entidad Pública perjudicada de que se trate; si no lo hiciera así, contravendría la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos perseguida por el legislador y su actuación sería incompatible con el contenido de la pretensión en materia de responsabilidad contable que prevé el precitado artículo 59.1, párrafo segundo de la LFTCu». Para dar coherencia a este razonamiento, el cabal y riguroso deber calificado tan categóricamente como incontrovertible, debería haber llevado a no admitir la limitación del perjuicio por apreciación objetiva del tiempo transcurrido y postergar su debate y decisión a la fase judicial, a la que en puridad pertenece, dejando intacto el daño total estimado al erario municipal en el importe de 370.276,97 €, liquidando y requiriendo por este monto total del menoscabo para no contravenir la finalidad de tutela íntegra de los caudales públicos. Nada objeta la mayoría, sin embargo, a esta decisión de la delegada instructora propia de la fase judicial, como ella misma admite y advierte y que, además, limita el importe del menoscabo. A criterio de esta Consejera, resulta incoherente que se acepte la limitación del monto total por apreciación de la circunstancia objetiva del transcurso del tiempo, por mucho que sea favorable para las interesadas, si lo que se persigue y protege de forma incontrovertible es esa tutela íntegra de los fondos públicos si, acto seguido, se afirma que la petición de una limitación legal de la responsabilidad de carácter imperativo y directo por aplicación del artículo 38.5 LOTCu, que es la norma que permite que las actuaciones previas se dirijan contra ellas, se posterga a la fase jurisdiccional.

43.- Por todo lo anterior, es forzoso concluir que la actuación de la delegada instructora ha incurrido en arbitrariedad. Se ha rechazado una pretensión de las personas comparecidas, pretensión fundada en una previsión legal de obligada observancia, apartándose de la doctrina de la Sala sin ofrecer una respuesta jurídicamente motivada. Esta falta de motivación ha causado indefensión material a las partes, en opinión de esta Consejera.

44.- En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de Justicia, por medio de auto nº 5/2021, de 26 de febrero, en el que se aprecia la indefensión alegada por el recurrente y se estima el recurso formulado al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, en los siguientes términos: «(...) resulta que el órgano Instructor, a pesar de haber acogido las alegaciones del presunto responsable contable, hoy recurrente, y haber

éste aportado documentación que, en teoría, debería enervar las conclusiones recogidas en el Acta de Liquidación Provisional, no realizó una detallada relación de dicha documentación, sin que conste, siquiera, un resumen descriptivo de su contenido, ni una debida motivación de los criterios de valoración que se siguieron, a la luz de tales documentos, ni su grado de relevancia, careciendo el Acta de Liquidación, así, de elementos esenciales que llevaran a la ratificación, o no, por parte de la Sra. Delegada Instructora, de su declaración, previa y provisional, de responsabilidad contable por alcance de Don A.M.C. Al no haberse hecho así, esta Sala de Justicia considera que, efectivamente, se produjo indefensión material del citado Sr. M.C., produciéndole un perjuicio procesal real y efectivo, conforme a la doctrina Constitucional, más arriba expresada».

45.- A criterio de esta Consejera, y con el debido respeto al criterio mayoritario de la Sala, la falta de motivación de la delegada instructora no puede ser en modo alguno convalidada por un Tribunal de Justicia ni siquiera bajo el argumento de tutela íntegra de los caudales perseguida por el legislador, porque desde ese punto de vista no hay razón para aceptar la prescripción y no aplicar y ni siquiera contestar a la limitación de responsabilidad que se deriva del artículo 38.5 LOTCu tantas veces citado. La convalidación judicial de esta decisión administrativa deja incólume la vulneración llevada a cabo por la delegada instructora y, como consecuencia, se produce en sede judicial una lesión del artículo 24 de la Constitución al no otorgar la debida tutela judicial efectiva a la que todo ciudadano tiene derecho cuando se relaciona con la Administración de Justicia, en este caso la jurisdicción contable.

QUINTO.- Segunda causa de indefensión por incoherencia con los previos pronunciamientos de la Sala e inseguridad jurídica: el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de 7 de octubre de 2021.

46.- Según lo visto, en los autos nº 20/21 y nº 22/21 la Sala de Justicia ha considerado que la petición de que se realicen actuaciones en orden a determinar el monto del caudal hereditario es improcedente en fase de recurso porque debió ser planteada ante el órgano instructor que es el competente para decidir sobre la misma. En consecuencia, y como antes se ha indicado, por la vía del art. 48.1 de la LFTCu no puede eventualmente revisarse un pronunciamiento que nunca se verificó por falta de planteamiento de la cuestión en la fase procedimental adecuada para ello, que son las actuaciones previas, ya que es el órgano instructor quien tiene competencia para llevar a cabo los actos de determinación del haber hereditario al formar parte del contenido de las medidas cautelares a adoptar.

47.- Consecuentemente con lo declarado por la Sala, las recurrentes plantearon ante la delegada instructora en las actuaciones previas origen del presente recurso la solicitud de limitación de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 38.5 de la LOTCu, debiendo haber seguido la instructora lo

acordado por esta Sala en los precitados autos n° 20/21 y 22/21 y, llegado el caso, realizar los actos de determinación del haber hereditario, como actos de su competencia.

48.- En estos autos n° 20/21 y 22/21 se plantearon hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que además afectaban a las mismas partes y que, por consiguiente, obligaban a la delegada instructora, incluso aunque hubiera diferido en las respectivas actuaciones previas, a acomodarse al criterio de esta Sala y al contenido de las previsiones legales transcritas. Los principios de coherencia y seguridad jurídica obligan tanto al órgano instructor como a esta Sala a la que se impone también un deber de unidad de doctrina, por ser todo ello proyección de la prohibición de interdicción de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución que se conecta directamente con el artículo 24 de la Constitución y que, necesariamente, obliga a seguir el criterio mantenido en los autos n° 20/21 y n° 22/21, así como al más reciente auto n° 4/22, al no existir razones para apartarse de ellos, pues el indicado derecho fundamental significa que un mismo Juez o Tribunal en el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucionalmente encomendada no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos (SSTS Contencioso-administrativo, de 18 abril 1995, rec. 1785/1992, y de 26 de febrero de 2015, rec. 1437/2013, entre otras muchas).

49.- Al respecto, ha de recordarse que cuando es el mismo sujeto el afectado en resoluciones potencialmente opuestas, como ocurre en el presente supuesto, se sitúa en un primer plano el derecho de tutela judicial (STC 22/2006, de 30 de enero de 2006, FJ 2 y las que en ella se citan), en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que proscribe la arbitrariedad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 en relación con el 9.3 CE). Ello implica que no se puede proteger en sede judicial la indefensión generada en vía administrativa (actuaciones previas) al no haberse seguido el criterio de la Sala expuesto en los autos n° 20/21, n° 22/21 y n° 4/2022 en su fundamentación pues, si así se hiciera, se desatendería el mandato contenido en los artículos 106, 117 y 136 de la Constitución y, además, sería de aplicación lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 162/2001, de 5 de julio:

«El problema que en este caso se nos plantea no es tanto el de una resolución judicial que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por el mismo órgano judicial en supuestos anteriores sustancialmente iguales, sino el de una persona que obtiene resoluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale, respecto de idénticas pretensiones ejercitadas en defensa de sus intereses.

En consecuencia, el contenido del derecho a la tutela judicial aquí en cuestión se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones que

lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En el presente caso es claro que un mismo asunto litigioso, con independencia y más allá de la concreta fundamentación jurídica de las diversas Sentencias, ha recibido del mismo órgano judicial, en sede casacional, dos respuestas diferentes y aparentemente contradictorias, lo que supone un resultado arbitrario en la medida en que el recurrente ha obtenido distintas respuestas sin que medie un razonamiento que así lo justifique».

50.- Es más, a criterio de esta Consejera, el auto que recoge el criterio mayoritario ni siquiera razona debidamente y ofrece muestra de que, en ocasiones anteriores y con ocasión de la aplicación del art. 38.5 de la LOTCu, se haya procedido por la Sala a esta caracterización y diferenciación entre las distintas fases y lo que se debe o puede o no hacer en la liquidación provisional, la providencia de requerimiento de pago y la posterior adopción de la medida cautelar, esto es, la que se deriva de la providencia de embargo, consecuencia de desatender el requerimiento, como si todas ellas fueran independientes entre sí y no parte del mismo proceso destinado, en última instancia, a llevar a cabo y dar eficacia al título jurídico que representa el acta de liquidación, título en el que se fija provisionalmente el alcance del menoscabo, del que se deriva el requerimiento de su reintegro, depósito o afianzamiento y, a falta de cualquiera de ellos, se acuerda proceder en su caso al embargo. A lo que, desde luego, cabe añadir las incoherencias que antes se han advertido en las argumentaciones relativas a la finalidad de desplegar una «tutela íntegra». En mi opinión, a la vista de todo lo anterior, la respuesta que se da incurre en voluntarismo.

51.- La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debidamente se garantiza a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 de la Constitución, que permite la eliminación del diferente criterio seguido por el órgano instructor que conduce a un resultado no acorde con el mantenido previamente por la Sala, al no existir en esta fase previa otro remedio jurisdiccional, todo ello por evidentes razones de respeto a los principios de coherencia y seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) que el Tribunal de Cuentas no debe desconocer.

52.- En lógica consecuencia, esta Sala de Justicia debiera haber considerado que el acta de liquidación provisional de 7 de octubre de 2021 y la providencia de requerimiento de pago de la misma fecha han producido indefensión, esta vez en su vertiente de incoherencia y ausencia de seguridad jurídica con sus previos pronunciamientos y que procedería, por tanto, estimar el recurso formulado al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu. Al no hacerlo así en el recurso 35/2021 a criterio de esta Consejera, y con el debido respeto al parecer mayoritario, la Sala de Justicia no guarda la debida coherencia con sus anteriores decisiones lo que es determinante de inseguridad jurídica y, por lo tanto, de lesión del artículo 24 de la Constitución en su vertiente de denegación de la tutela judicial efectiva.

53.- Sin que pueda aceptarse la afirmación del auto aprobado por la mayoría de la Sala de que no se ha acreditado que las recurrentes hayan sufrido algún tipo de perjuicio real y efectivo durante los trámites procedimentales consistentes en el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago. Perjuicio que, a juicio de dicho auto, sólo se produciría cuando se procediera al embargo de bienes concretos de las presuntas responsables. Se afirma en efecto en el auto del que respetuosamente discrepamos lo siguiente:

«Por lo tanto, aplicando los meritados pronunciamientos de esta Sala de Justicia al supuesto las Sras. R.B. -y a otros supuestos análogos al que ahora se enjuicia-, debe concluirse que, para el caso de que la Delegada Instructora, eventualmente, decidiera adoptar la medida cautelar consistente el embargo de los bienes de las Sras. R.B., ex artículo 47.1 g) de la LFTCu, el contenido de las actuaciones materiales para llevar a efecto esta medida cautelar debería respetar lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu, que prevé que la transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes de un presunto responsable contable fallecido sólo se produce en la cuantía a que asciende el importe líquido de la herencia, siempre que previamente se haya producido la aceptación expresa o tácita de la misma. Y, además, esta circunstancia relativa a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.5 de la LOTCu debería recogerse formalmente en la correspondiente providencia de embargo y en las posteriores resoluciones que pudieran dictarse en ejecución de la misma».

54.- A mi juicio, la afirmación transcrita no es jurídicamente congruente, pues la delegada instructora no se limitó a declarar en el acta de liquidación el importe del daño a los fondos públicos, sino que además requirió a las recurrentes para que reintegraran, depositaran o afianzaran la suma de 153.661,84 €, bajo apercibimiento de embargo de sus bienes. De modo que, para evitar una futura traba de sus bienes, que se realizaría en garantía de 59.351,26 €, se las conmina a reintegrar o depositar hoy 153.661,84 €. No se advierte la lógica jurídica de declarar una responsabilidad contable por importe de 153.661,84 €, emitir un requerimiento de pago por el mismo importe y, en caso de no ser atendido dicho requerimiento, acordar el embargo de elementos de su patrimonio para responder únicamente de la suma de 59.351,26 €, a la que asciende el haber hereditario. No se puede asumir que el requerimiento de depósito escrupulosamente atendido por el ciudadano, o su afianzamiento, sea de mayor importe y por tanto más perjudicial que la traba de bienes que se verifica cuando se desatiende el requerimiento. Con ello solo se penaliza a quien atiende los requerimientos en plazo, premiando a quien los incumple obligando al despliegue de recursos públicos en búsqueda de bienes embargables para proceder a su traba.

55.- A lo que cabe añadir la contradicción y consiguiente incoherencia en la que se incurre entre lo manifestado en la página 9 y la 12 del auto, pues mientras en el penúltimo párrafo de aquélla se recalca el carácter tasado de las competencias de los

delegados instructores y se afirma rotundamente que «resulta incontrovertible que sí afecta al fondo del asunto la petición que realizaron las recurrentes, consistente en que la Delegada Instructora debía concretar el monto líquido de la herencia del presunto responsable contable fallecido, a efectos de aplicarles la limitación de la responsabilidad contable que prevé el artículo 38.5 de la LOTCu», en la página 12 se afirma que si «eventualmente decidiera adoptar la medida cautelar consistente la traba o embargo específico de un concreto bien o derecho» debe ajustarse al artículo 38.5 de la LOTCu. En definitiva, para el criterio mayoritario cuando de acta de liquidación y providencia de requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento se trata, es cuestión de fondo ajena al instructor, pero cuando se trata de la adopción de la traba o embargo que deriva de aquéllas por incumplir el requerimiento, deja de ser cuestión de fondo y es competencia del instructor. Tampoco se advierte la lógica jurídica en este planteamiento ni, por ende, la distinción artificiosa que, a nuestro juicio y con el debido respeto, se lleva a cabo entre lo que se puede o no hacer en la liquidación provisional, la providencia de requerimiento, la posterior providencia abriendo la fase de embargo y el acto específico de traba, todo ello en el marco del artículo 38.5 LOTCu para tratar de justificar, en última instancia, la desestimación del recurso.

56.- Ello se pone especialmente de manifiesto cuando, a modo de un pretendido obiter dicta, se vierte un argumento llamado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica para casos análogos que pudieran darse en lo sucesivo. Si la seguridad jurídica está comprometida en casos análogos si se da una respuesta como la que ahora se ha dado y necesita ser salvaguardada, obvio es que se acepta que también lo está en el presente y que, por tanto, debe otorgarse la protección que corresponde, que no es otra que acomodarse de forma coherente, sin paliativos y sin reparos, al criterio mantenido por los autos 20/21 y 22/21 y en el más reciente 4/22, en los que son parte las aquí recurrentes. Esto es, se debe dar cabal cumplimiento al artículo 24 de la Constitución y otorgar la tutela judicial efectiva a que todo ciudadano tiene derecho.

SEXTO.- Análisis de la providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021.

57.- Recordado todo lo anterior, que no es sino reproducción del contenido del voto particular emitido en el recurso 35/2021, procedo a emitir las razones por las que, en concreto, disiento del análisis jurídico de la providencia de 12 de noviembre de 2021 que verifica el criterio mayoritario y que constituye el objeto del recurso 40/21.

58.- Considera el auto dictado que se trata de «un embargo meramente genérico de bienes y derechos, similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (en adelante, RGR). En efecto, en la precitada Providencia de fecha 12 de noviembre de 2021, la Delegada Instructora se limita a disponer,

literalmente, lo siguiente: “[...] *En esta fecha, y al no haberse atendido los requerimientos en el plazo concedido al efecto, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ACUERDO EL EMBARGO DE BIENES Y DERECHOS de Doña M.L.R.B., con N.I.F. nº XX.XXX.XXX-Y, de Doña M.J.R.B., con N.I.F. nº XX.XXX.XXX-Y y de DON E.L.T., con N.I.F. nº XX.XXX.XXX-Y, en cantidad suficiente para cubrir el mencionado importe [...]”*».

59.- Para el criterio mayoritario «resulta ostensible y manifiesto que se trata de un acuerdo de embargo genérico de los bienes y derechos de los presuntos responsables contables (...) Pero nada tiene que ver el precitado acuerdo de embargo genérico, que se plasma en la Providencia impugnada de fecha 12 de noviembre de 2021, con lo que sería un acuerdo para que se practicaran las trabas específicas y concretas que se regulan en los artículos 78-83 del meritado RGR. Esto es, mediante la resolución recurrida la Delegada Instructora no ha acordado la práctica de ningún tipo de embargo específico y concreto sobre: dinero en efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito; valores; otros créditos; efectos o derechos; saldos, salarios o pensiones; bienes inmuebles y derechos constituidos sobre esta clase de bienes».

60.- Continúa argumentando el auto que, de acuerdo con el contenido de los autos 20/21 y 22/21, de 23 de junio, la delegada instructora estará obligada a observar lo establecido en el art. 38.5 de la LOTCu «en el caso de que, con posterioridad al dictado de la resolución recurrida, acuerde practicar los referidos embargos específicos y concretos sobre determinados bienes y derechos (salarios, pensiones, cuentas bancarias, inmuebles, etc.) de las Sras. R.B.». De nuevo, debemos poner de relieve la incoherencia que de esta categórica afirmación se deriva porque, en sentido contrario, si no ha habido necesidad de practicar los embargos porque tras el requerimiento se ha procedido al reintegro voluntario, al depósito o al afianzamiento, a las afectadas no se les habría aplicado la limitación del art. 38.5 LOTCu.

61.- Hay que advertir que la providencia de 12 de noviembre de 2021 que se denomina sin ningún apoyo legal como de «embargo genérico» y cuya naturaleza se predica como de carácter «ostensible y manifiesto», no es más que el cumplimiento del apercibimiento que se contiene en la providencia de 7 de octubre de 2021, esto es, el despacho de una ejecución o apremio para conseguir el cumplimiento forzoso como consecuencia de no haberse procedido de forma voluntaria a cumplir el requerimiento de reintegrar, depositar o afianzar el importe provisional del alcance en el plazo a tal efecto concedido.

62.- De hecho, así se hace constar expresamente en la providencia de 7 de octubre de 2021 pues el requerimiento de cumplimiento voluntario se acompaña de un apercibimiento de ejecución, un acto que ordena la apertura de la fase que, a través

de una serie de instrucciones, conduce al acto final del embargo que se plasma en la resolución en la que se reseña la descripción del bien objeto de traba. En suma, es un despacho de ejecución que, de cumplirse las pertinentes fases de instrucción, culminará en la traba de embargo de un bien o bienes concretos. En puridad, legalmente no existen embargos genéricos y embargos específicos o concretos. Tan es así, que el artículo 588 de la LEC consagra la nulidad del embargo indeterminado al establecer que «será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste». Estricta y técnicamente hablando no puede haber un embargo «genérico» porque tal caracterización choca con el concepto de «embargo», que siempre lo es de un bien concreto del deudor.

63.- Toda fase de embargo lo que necesita es una orden o despacho de ejecución frente a un deudor (aun presunto) por una cantidad concreta de dinero. Esta orden es la que se contiene en la providencia de 12 de noviembre de 2021. Trabar embargo no es otra cosa que localizar y seleccionar unos determinados bienes del deudor declarándose que ellos serán los que, en el momento oportuno, servirán para satisfacer el montante económico de la responsabilidad del deudor cifrada en un título jurídico, bien sea una resolución judicial u otro título jurídico que tenga fuerza ejecutiva. En las actuaciones previas el título con fuerza ejecutiva es el acta de liquidación. La providencia que acuerda despachar el embargo es un acto de instrucción que abre la fase de ejecución de lo acordado, ya que el delegado instructor necesita realizar operaciones materiales que modifiquen la situación a que las actuaciones se refieren porque la cantidad no se ha reintegrado, depositado o afianzado. Esta modificación se proyectará sobre unos bienes, siendo el embargo el instrumento que permite afectarlos al resultado pretendido para facilitar al Tribunal de Cuentas, si llegara el caso, la satisfacción de la pretensión de ejecución que en el futuro deba ser atendida.

64.- En opinión de quien suscribe el presente voto particular, el criterio mayoritario olvida que el título jurídico que legitima la actuación de la delegada instructora viene representado por el acta de liquidación. Es el acta el título por el que se constituye el derecho de crédito provisional a favor del Tribunal de Cuentas; el acta es el título jurídico en el que se reconoce y establece, siquiera de forma provisional y presunta, el alcance y los responsables. Y es el acta el título con fuerza ejecutiva que permite abrir un período de cumplimiento voluntario de lo que en ella se establece y, posteriormente, si falla el cumplimiento voluntario -art. 47.1.f) LFTCu-, la fase de ejecución por la vía de apremio -art. 47.1.g)-.

65.- En efecto, como se ha indicado el acta de liquidación es el título jurídico que habilita para llevar a cabo, si es necesario, operaciones materiales que provoquen una serie de cambios reales en las situaciones a que el proceso concreto se refiere para satisfacer una necesidad instrumental. Sin embargo, como también se ha puesto de manifiesto, el auto con el que discrepamos, en su fundamento jurídico séptimo,

reitera el concepto de embargo meramente genérico de bienes y derechos, aduciendo que es similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (en adelante, RGR), y muy diferente de *un acuerdo para practicar las trabas específicas y concretas que se regulan en los artículos 78-83 del meritado RGR*.

66.- Esta mención nada aporta en apoyo de su tesis, pues parte de una lectura ciertamente limitada de la norma a la que se remite el art. 47.3 de la LFTCu y olvida que todo embargo necesariamente deriva y trae causa de un título ejecutivo sin el cual no puede surgir. En correcta lectura lo que el art. 75 describe es la orden de despacho de ejecución, previamente ordenado y del que se apercibió debidamente (*sin haberse realizado el ingreso requerido, se procederá, en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de apremio, al embargo de los bienes y derechos que procedan, siempre que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda*). Es una orden de proceder al embargo pues *cada actuación de embargo se documentará en diligencia de embargo* porque el embargo no puede ser genérico, regulando los arts. 78 a 83 del RGR la forma de efectuar el embargo de dinero en efectivo (art. 78), de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito (art. 79), el embargo de valores (art. 80), el embargo de otros créditos, efectos y derechos realizables en el acto o a corto plazo (art. 81), el embargo de sueldos, salarios y pensiones (art. 82), y los embargos de bienes inmuebles y de derechos sobre estos (art. 83).

67.- Ahora bien, el RGR al que se remiten el art. 47.3 y el 47.1.g) LFTCu se asienta, a la hora de regular el procedimiento de apremio en el que se inserta el embargo de cualquier bien o derecho, en la previa existencia de una deuda tributaria fijada en una liquidación por un importe, concepto y período concreto (art. 70.2 RGR). Deuda que está constituida necesariamente por una cuota o cantidad a ingresar cierta y determinada (art. 58 de la Ley General Tributaria). La distinción que pretende encontrar el auto en el RGR entre un acuerdo de «embargo genérico» y las concretas diligencias de embargo que se puedan practicar después, resulta inane, pues en todos los casos la deuda a satisfacer es la misma. Se trata de aquella cantidad fijada en la liquidación cuyo ingreso voluntario ya fue solicitado de forma infructuosa, por lo cual se abre la fase de apremio. La existencia de una previa liquidación, es decir, de un título jurídico con fuerza ejecutiva es la premisa ineludible e indispensable de la que parte tanto el RGR como las actuaciones del art. 47 LFTCu, este último concretamente en su apartado e).

68.- En efecto, conforme a la lógica del RGR a la que responde también el art. 47 LFTCu, practicada la liquidación, se inicia el período voluntario (art. 68 RGR y art. 47.1.f) LFTCu), período que concluye el día de vencimiento del plazo dado al efecto

para reintegrar, depositar o afianzar. El obligado podrá satisfacer total o parcialmente el importe reclamado en período voluntario y, por la cantidad no pagada, se iniciará el período ejecutivo (art. 68.3 RGR y art. 47.1.g). Resulta así que el importe reclamado debe quedar fijado en el acta de liquidación que, como hemos dicho, constituye el título jurídico que, llegado el caso, permite *ejecutar*, esto es, embargar.

69.- No satisfecho el importe reclamado en período voluntario, señala el art. 69 del RGR que se abre el período ejecutivo siempre en relación con los importes no satisfechos en período voluntario; iniciado el período ejecutivo, la “recaudación” del importe no satisfecho reclamado se efectúa por vía de apremio, que se inicia, a su vez, mediante la notificación de la providencia de apremio del art. 70 del RGG (art. 69 RGS), providencia que, conforme al art. 47.3 LFTCu se sustituye por el requerimiento a que se refiere el apartado f) del art. 47.1 LFTCu. Incluso en período ejecutivo, el obligado puede satisfacer total o parcialmente la deuda reclamada y si el pago no comprende la totalidad de la deuda fijada en la liquidación, incluido el recargo que corresponda, continua el procedimiento por el resto impagado.

70.- La providencia de apremio del art. 70 RGR, no es más que la orden de ejecución contra el patrimonio del obligado al pago del importe fijado en la liquidación, de la que trae causa directa, si no prospera el cumplimiento voluntario. En ella se expresa la liquidación ya practicada y se requiere de forma expresa para se efectúe el pago en un determinado plazo y con una advertencia: si no se efectúa el ingreso del total pendiente, se procederá al embargo. El requerimiento del art. 47.1.f) LFTCu que sustituye a esta providencia de apremio, es un requerimiento al presunto responsable para que reintegre, deposite o afiance, 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.

71.- Incumplido el requerimiento, es el momento de llevar a cabo la advertencia, es decir, de abrir el procedimiento de embargo que se inicia con la fase prevista en el art. 75 del RGR, denominada en el auto de la mayoría como providencia de embargo genérica la cual, se ha de insistir, no es otra cosa que el cumplimiento del mandato contenido en el requerimiento del art. 47.1.f) y del que se apercibió, esto es, de llevar a cabo las actuaciones pertinentes que concluyan en el embargo de bienes y derechos específicos del obligado por constar su existencia real, al haberse producido el cumplimiento voluntario.

72.- La conclusión del fundamento jurídico séptimo analizada y reproducida, en mi criterio y con el debido respeto, desconoce que no hay embargos genéricos y embargos específicos, aunque se utilicen estas expresiones de carácter no estrictamente técnico. Lo que hay es un proceso de ejecución de un título jurídico

dotado de fuerza ejecutiva a través de un embargo, que sea cautelar deviene indiferente.

73.- Debe insistirse en que toda actividad de instrucción en un proceso de ejecución destinado a obtener bienes tiende, en primer lugar, a proporcionar tales bienes, ya que solo contando con ellos es posible que el proceso a que se refiere llegue a buen término. El embargo es, precisamente, el acto con el que se trata de satisfacer esa necesidad instrumental; es el acto que permite obtener bienes que más tarde, mediante la ejecución forzosa o no, permitan bien la entrega o la transformación que reclama el titular de la pretensión ejecutiva. Embargar no es otra cosa que afectar un determinado bien a un cierto proceso, con la finalidad de proporcionar los medios necesarios para llevar a buen término, en lo que ahora nos importa, el resultado de una eventual ejecución procesal porque, en nuestro caso, es cautelar. Cuando concurre esta naturaleza, es un medio precautorio o cautelar para asegurar las resultas de una ejecución judicial que aún no ha sobrevenido ni se sabe siquiera con certeza si sucederá. Se lleva a cabo a título preventivo pero su estructura y función es la misma que la del embargo ejecutivo, más allá de variantes secundarias.

74.- El embargo, por definición, es un acto de instrucción que se integra y se refiere a un proceso de ejecución de un título jurídico y que, en el presente supuesto, lo es del acta de liquidación porque deriva de ella y a sus contornos debe limitarse. Por ello el RGR reitera el concepto de que las actuaciones se siguen por el importe de la deuda o por la parte de esta no pagada, fijada la deuda siempre en la liquidación. La mínima seguridad jurídica exige la existencia de un título jurídico que establezca los límites cuantitativos del importe reclamado y por el que se puede despachar la vía de apremio que el embargo representa. En consecuencia, en mi criterio, no puede pretenderse dictar un acta de liquidación por un importe, emitir un requerimiento de pago por el mismo importe, proseguir con una providencia despachando el embargo también por el mismo importe y, finalmente, concluir embargando bienes concretos por un menor importe de monto desconocido porque, en el momento de afectar el bien X o Y, se aplica el art. 38.5 LOTCu en un límite tampoco conocido y porque, ahora ya sí, no afecta al fondo del asunto.

75.- Al hacerlo así, como sostiene el criterio de la mayoría, se produce un desajuste en la determinación del ámbito cuantitativo del embargo, se desnaturaliza el título ejecutivo y, además de producir una inseguridad jurídica manifiesta y una evidente indefensión, se penaliza al cumplidor y se premia al incumplidor.

76.- La determinación del ámbito cuantitativo del embargo requiere ahondar en su reflexión. En primer lugar, se trata de saber en qué proporción los bienes que constituyen su objeto deben quedar afectados al proceso de ejecución a que el embargo se refiere que es única y exclusivamente lo establecido en el acta de liquidación, título jurídico delimitador cuantitativamente y en el que se establece la

causa. En segundo lugar, el embargo solo viene referido a la parte de los bienes que resulte suficiente para garantizar la ejecución a que el embargo sirve: el acta de liquidación en relación con el eventual proceso judicial.

77.- Esta es la construcción conceptual pues así se deriva también de lo establecido en el art. 727 y ss de la LEC en relación con el embargo preventivo y de los arts. 584 y ss del mismo texto, relativos al embargo de bienes tras el requerimiento de pago contemplado en el art. 580 y ss LEC. Y también de la regulación del art. 76 RGR al señalar en su apartado 2 que «Cuando en la fase de traba o en la de ejecución se presuma que el resultado de la enajenación de los bienes embargados pueda ser insuficiente para cubrir la deuda, se procederá al embargo de otros bienes y derechos». La deuda, desde luego, es la fijada en el acta de liquidación. Y la fase de traba es solo un acto de instrucción más porque se exige el embargo de un bien o derecho cuya efectiva existencia conste.

78.- En tercer lugar, y como consecuencia, lo que se embargan son bienes concretos del deudor (determinación cualitativa del embargo resultado de las actuaciones de averiguación) en la cantidad necesaria (determinación cuantitativa fijada en el título) para conseguir lo que pueda necesitar la ejecución futura partiendo, lógicamente, de la cantidad que se ha fijado en el acta de liquidación de forma precisa pero provisional. El acta de liquidación es el título jurídico que se traduce posteriormente en la facultad que da la ley, a través del dictado de actos de instrucción, para obtener bienes suficientes que cubran el presunto alcance. En consecuencia, cualquier limitación conocida de la responsabilidad por imperativo legal, como es la del artículo 38.5 LOTCu, debe quedar concretada en el acta de liquidación máxime cuando la ley permite al que aparece como deudor por mor de ese mismo precepto, la conversión del embargo por medio de su sustitución por el pago, el depósito o el afianzamiento.

79.- Buena muestra de ello es que en la notificación de la providencia de 7 de octubre de 2021 expresamente se señala que «el ingreso de la cantidad requerida en la Providencia que notifico puede realizarse en concepto de depósito, quedando a resultas de la resolución que en su día recaiga en el correspondiente proceso jurisdiccional contable, o en concepto de reintegro tendente a posibilitar el sobreseimiento y archivo del procedimiento, por lo que el interesado deberá hacerse constar el concepto en que efectúa el ingreso, el cual deberá efectuarse en la cuenta de depósitos y de la siguiente forma (...)», con indicación de la pertinente cuenta bancaria.

80.- A entender de esta Consejera resulta claro que, de aceptarse el criterio de la mayoría, como no es de aplicación aún la limitación del artículo 38.5 de la LOTCu, sino hasta el momento de practicar el *embargo específico y concreto* sobre determinados bienes y derechos (salarios, pensiones, cuentas bancarias, inmuebles

etc), quien deposita o afianza, y también quien reintegra con el fin de posibilitar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, va a recibir un peor tratamiento por el órgano instructor contable que aquél que desatiende el cumplimiento voluntario. Quien cumple voluntariamente, paga para lograr el sobreseimiento y el archivo, no verá limitada su responsabilidad por la vía del art. 38.5 porque no se precisa actuación alguna de la delegada instructora para ingresar el importe indicado en la cuenta corriente referenciada. Quien desatiende el requerimiento y entra en fase de ejecución, se verá beneficiado y premiado con una limitación de su responsabilidad que, no debemos olvidar, fue planteada desde el inicio porque, precisamente, la responsabilidad limitada era y es la causa de que se sigan en su contra las actuaciones.

81.- Tampoco comparto la interpretación que se lleva a cabo del contenido de los autos 20/21 y 22/21, ambos de 23 de junio, y de las frases que en negrita se reseñan de los mismos en la página 12 del auto. No comparto dicha interpretación porque es una lectura aislada, voluntarista y descontextualizada que rompe la armonía de la resolución y, desde luego, el sentido de la norma en la que su dictado se ampara y la conceptualización del embargo y de la fase de ejecución. Y, desde luego, no la comparto porque produce, en mi opinión y con el debido respeto, una enorme inseguridad jurídica y es causa de indefensión.

82.- La expresión *el acto de determinación del haber hereditario yacente forma parte de la decisión relativa al contenido de la medida cautelar a adoptar*, lo que indica, a mi entender y teniendo en cuenta lo que expondremos a continuación sobre el adjetivo *yacente*, es que se trata de un acto de instrucción, concretamente, de determinación descriptiva del concreto bien del ejecutado adquirido en su condición de causahabiente del responsable por haber aceptado la herencia y, como tal, ser susceptible de embargo, por cuanto sus bienes privativos deben quedar indemnes. Ciertamente, es competencia del delegado instructor porque la herencia ha sido aceptada y ha heredado la responsabilidad (presunta). Pero este acto de instrucción es bien distinto del acto de declaración de limitación de la responsabilidad por imperativo legal al importe líquido de la herencia, que también corresponde al instructor porque está obligado a delimitar cuantitativamente y de forma provisional el monto de la responsabilidad que a las recurrentes alcanzaba en su condición de causahabientes por aceptación de la herencia. Esto era, precisamente lo que las recurrentes pretendían desde el inicio en las actuaciones previas 113/19 por aplicación del artículo 38.5 LOTCu sin obtener respuesta a su pretensión, quedando indefensas, pese a que esta Sala les indicó en los autos 20/21 y 22/21 de 23 de junio, que debían plantearlo en la fase de actuaciones previas, quedando nuevamente indefensas al acudir ante el órgano judicial que, a mi juicio, erróneamente concluye que la aplicación del límite de responsabilidad del art. 38.5 LOTCu, que es la norma en virtud de la cual se actúa contra ellas, no se fija en el título jurídico en el que se establece su responsabilidad y que permite embargarlas pero que, se aplicará,

cuando no atiendan el requerimiento de cumplimiento voluntario, es decir, solo si hay embargo.

83.- En definitiva, el importe líquido de la herencia es el límite de su responsabilidad, porque la herencia aceptada es la causa de su presencia, límite que debe quedar fijado en el acta de liquidación porque es el límite cuantitativo del requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento y, como consecuencia, es también el límite cuantitativo del eventual embargo. Es el límite que inexorablemente debe quedar fijado en el título ejecutivo. Solo con esta determinación inicial se evita la incoherencia de premiar al incumplidor y penalizar al cumplidor, se dota a las actuaciones de seguridad jurídica al hacerlas armónicamente coherentes y se cumple, a mi entender, el dictado del art. 38.5 LOTCu.

84.- Y, finalmente, tan solo destacar que aquí ya no hay herencia yacente, como tampoco la había en el momento de dictarse los autos 20/21 y 22/21, de 23 de junio, sino herencia aceptada por mucho que en ellos se utilice aquella expresión, pues la aceptación es la razón de la presencia de las recurrentes y de que se sigan las actuaciones contra ellas, lo que evidencia y refuerza aún más la interpretación que sostenemos. Es así, porque el haber hereditario es el conjunto de bienes que corresponden a cada heredero una vez realizada la partición de la herencia que, en este caso, ha sido aceptada. Si estuviera *yacente*, no habría sido aún aceptada y, por consiguiente, no hubiera sido posible seguir las actuaciones contra las recurrentes como herederas ni, por ende, dictar actos de determinación del haber hereditario ni adoptar medida cautelar alguna sobre bienes de ese haber. En consecuencia, lo único que procedería, de haberse efectuado la declaración de limitación de responsabilidad al importe líquido de la herencia en el momento correcto, que es el acta de liquidación (constitución de título jurídico con fuerza ejecutiva), sería llevar a cabo los actos de determinación del haber hereditario aceptado, esto es, del conjunto de los concretos bienes que corresponden a las herederas como consecuencia de la herencia tras la partición y la aceptación para dictar, en relación exclusivamente con ellos, el concreto mandamiento o diligencia de embargo para practicar la traba, y en su caso y de ser necesario por la naturaleza del bien, la anotación preventiva. por el importe total del límite de la responsabilidad de las recurrentes previamente determinada, a favor del Estado -Tribunal de Cuentas.

85.- Sin embargo, con el criterio de la mayoría, además de las disfunciones que a mi entender se producen y que he tratado de exponer, el Tribunal de Cuentas procederá a embargar por una responsabilidad transmitida hereditariamente de la que se desconoce el límite y, lo que es más grave, si es el caso, llevará a cabo un embargo sin la previa e inexcusable delimitación cuantitativa que se deriva de la aplicación del art. 38.5 LOTCu, porque no se ha fijado en el título jurídico del que dimana la

fuerza ejecutiva en virtud de la cual se embarga y que legitima para actuar: el acta de liquidación.

86.- En el sentido expuesto y sin perjuicio del indudable respeto que me merece la opinión de la mayoría, formulo este voto particular al considerar que en la actuación de la delegada instructora se ha producido una doble causación de indefensión tanto en el acta de liquidación provisional como en la providencia de requerimiento de pago, indefensión que se ha prolongado con el contenido de la providencia de embargo de 12 de noviembre de 2021. Esta indefensión, al ser convalidada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, a mi entender incurre en una denegación de tutela judicial efectiva y, por tanto, en una lesión del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución. En Madrid, a la fecha de la firma electrónica.

Auto n° 15/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación n° 47/21 interpuesto contra el Auto de 26 de abril de 2021, dictado en la Acción Pública n° B-16/20, Sector Público Local (Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima, Algesa), Cádiz. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala estima parcialmente el recurso del actor público frente al Auto de archivo de actuaciones dictado en la instancia.

- 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-, con remisión, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 46.2 de dicho Texto legal, dada la naturaleza análoga de los preceptos citados, en relación con el trámite preliminar que ambos regulan.
- También aplica el principio de “favor actoris” o principio “pro actione”, en relación con el ejercicio de la acción pública.

Se considera pertinente la apertura de actuaciones previas, en relación con los hechos denunciados que no suponen una inexistencia clara, patente y manifiesta de menoscabo patrimonial en los fondos públicos, sino que, atendiendo a las alegaciones, tanto del actor público, como de la empresa pública municipal recurrida, precisan de una labor de investigación que depure, en su caso, las responsabilidades a que hubiera lugar.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 15/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 47/21 interpuesto contra el Auto de 26 de abril de 2021, dictado en la Acción Pública n° B-16/20, Sector Público Local (Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima, ALGESA), Cádiz.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta

Excmo. Sra. María del Rosario García Álvarez- Consejera

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández- Consejero

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada como se expresa al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente

AUTO

En el recurso de apelación n° 47/21 interpuesto contra el auto de 26 de abril de 2021, dictado por la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos correspondientes a la acción pública n° B-16/20, SECTOR PUBLICO LOCAL (Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima, -ALGESA-) CÁDIZ. Ha sido apelante Don J.M.N.C., en su propio nombre y representación.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de abril de 2021, se dictó auto en la acción pública n° B-16/20, Sector Público Local, Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima (ALGESA) Cádiz, cuya parte dispositiva acuerda:

"...Decretar el archivo del procedimiento de Acción Pública nº B-16/20 de acuerdo con lo previsto en el artículo 56.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Sin costas...".

SEGUNDO.- Don J.M.N.C., en su propio nombre y representación, interpuso recurso de apelación contra el referido auto, mediante escrito recibido en fecha 20 de mayo de 2021.

La Consejera del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, que dictó el auto recurrido, puso de manifiesto mediante providencia de 9 de junio de 2021, que *"dada cuenta del procedimiento de referencia, habiéndose comprobado que en el mismo se ha producido un error al notificar el Auto de 26 de abril de 2021, por el que se acordó el archivo del procedimiento, al haberse remitido un testimonio que no corresponde con el texto de la citada resolución, sino con el de un borrador de trabajo, se declara la nulidad de la referida notificación, debiéndose notificar de nuevo en debida forma el Auto de 26 de abril de 2021 (...)"*

Don J.M.N.C. presentó, el 1 de julio de 2021, recurso de apelación contra la resolución notificada de nuevo con fecha de 10 de junio del mismo año, solicitando 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 9 de septiembre de 2021, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento de la acción pública acordó admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto y dar traslado del mismo a las demás partes intervinientes, para que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 30 de septiembre de 2021, se opuso al recurso interpuesto interesando la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Con fechas 23 y 24 de septiembre de 2021 se presentaron escritos de oposición al recurso de apelación por el Alcalde del Ayuntamiento de Algeciras, en representación del mismo, y por el Vicepresidente y Consejero Delegado de la Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima (ALGESA), respectivamente.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2021, el Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de estas actuaciones acordó admitir los escritos de oposición al recurso de apelación remitidos por el Ministerio Fiscal, el Ayuntamiento de Algeciras y ALGESA, y elevar los autos a esta Sala, emplazando 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

(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 la citada LJCA.

Por escritos de 29 de octubre, 19 y 23 de noviembre y 3 de diciembre de 2021, respectivamente, se personaron ante esta Sala de Justicia el Ministerio Fiscal, Don J.M.N.C., en su propio nombre y representación, la Letrada de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Algeciras, doña Carmen Fonseca Vallejo, en representación del mismo y la Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz, doña Patricia Rodríguez Guerrero, en nombre y representación de ALGESA.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 23 de diciembre de 2021 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 47/21, constatar la composición de la Sala, nombrar ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y declarar concluso el recurso.

OCTAVO.- Con fecha 3 de enero de 2022, se recibe en el Registro General de este Tribunal escrito de Don J.M.N.C., en su propio nombre y representación, interponiendo recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de fecha 23 de diciembre de 2021 de la Secretaria de la Sala de Justicia, por no encontrarse, a su juicio, concluso el recurso, toda vez que no había habido pronunciamiento en relación con el recibimiento a prueba solicitado en segunda instancia.

Mediante escritos de 12 de enero de 2022 del Letrado de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Algeciras y de la Letrada representante de ALGESA, se impugnó el citado recurso de reposición.

El Ministerio Fiscal, por escrito de 18 de enero de 2022, interesó la estimación del recurso, y que, tal y como dispone el artículo 85.8 de la LJCA, la Secretaria de la Sala diera cuenta a ésta, para que se pronunciara sobre el recibimiento a prueba en segunda instancia.

Por escrito recibido en fecha 7 de febrero de 2022, Don J.M.N.C. solicitó a la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas información relativa al estado de tramitación de este recurso, por haberse superado el plazo de tres días que la LJCA establece en su artículo 102 para resolver los recursos de reposición.

NOVENO.- La Letrada Secretaria de la Sala, por decreto de 8 de febrero de 2022, acordó estimar el recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2021, con la correspondiente revocación parcial de la misma (apartado 3º), en el sentido pretendido en aquel.

DÉCIMO.- La Sala de Justicia, por auto de 11 de marzo de 2022, denegó la solicitud de recibimiento a prueba formulada por Don J.M.N.C., en su propio nombre y derecho, en su escrito de interposición del recurso de apelación.

UNDÉCIMO.- Con fecha 18 de marzo de 2022, se recibió en el Registro General de este Tribunal escrito de Don J.M.N.C., en su propio nombre y representación, interponiendo recurso de reposición contra el auto de 11 de marzo de 2022.

DUODÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2022, la Secretaria de la Sala de Justicia acordó dar traslado del recurso de reposición a las demás partes para que se pronunciaran al respecto.

DECIMOTERCERO.- Mediante escritos, de 25 de marzo, del Letrado de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Algeciras, y 29 de marzo, de la Letrada representante de ALGESA y del Ministerio Fiscal, se impugnó el precitado recurso de reposición.

DECIMOCUARTO.- Don J.M.N.C., el 21 de abril de 2022, presentó escrito ante esta Sala por el que solicitó informe del estado de tramitación del recurso de reposición presentado el 18 de marzo de 2022 y del recurso de apelación formulado el 1 de julio de 2021.

DECIMOQUINTO.- Por auto de esta Sala de 20 de mayo de 2022 fue desestimado el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 11 de marzo de 2022, que quedó confirmado en su integridad.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 9 de junio de 2022, se recibió en el Registro General de este Tribunal escrito de Don J.M.N.C., solicitando que se declarase concluso, sin más trámites el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 26 de abril de 2021.

DECIMOSÉPTIMO.- Por Providencia de 13 de septiembre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 54.1.b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento, ambas del Tribunal de Cuentas, corresponde a la Sala de Justicia el conocimiento y decisión del presente recurso.

SEGUNDO.- Los hechos denunciados, objeto de las actuaciones en las que fue dictado el Auto recurrido, son los siguientes:

- En relación con las transferencias realizadas por el Ayuntamiento de Algeciras a ALGESA, presupuestadas en el capítulo 4 de gastos “Transferencias corrientes Limpieza”, la empresa dividió el importe en 12 mensualidades, que repercutió mensualmente al Ayuntamiento con el mismo coste, sin valorar los factores (trabajadores, costes de productos de limpieza...) que pudieran hacer fluctuar aquel.

El Ayuntamiento presupuestó tales transferencias en 2017, con previsión para los tres siguientes ejercicios con el incremento correspondiente al IPC que se fijara en cada anualidad. Pero en los ejercicios 2018, 2019 y 2020, el importe presupuestado excedió la cuantía de tal índice en un 1,5%, en un 5,1%, y en un 2,4%, respectivamente, sin que se justificaran dichos incrementos en un aumento de los costes reales de la empresa, ni se hubieran formulado reparos en el ejercicio de la función fiscalizadora. El importe total del incremento ascendió a 1.766.306,89 €.

- La encomienda de gestión para la reparación de vehículos municipales a ALGESA se formalizó en el ejercicio 2019. Con anterioridad, en 2017 y 2018, se presentaron facturas al Ayuntamiento por tal concepto hasta una cuantía de 120.000 €, en cada ejercicio. El coste de la encomienda se fijó en su formalización en esta suma, sin previos estudios económicos al respecto. Estas cuantías no fueron abonadas.

- ALGESA repercutió anualmente al Ayuntamiento de Algeciras el importe de las amortizaciones del inmovilizado adquirido a través de las transferencias recibidas de aquel, lo que constituye un doble gasto para el Ayuntamiento: el de adquisición y el de las sucesivas amortizaciones. Se trata de una práctica injustificable, pues era una empresa de capital público en su totalidad. El importe total de las amortizaciones repercutidas en los ejercicios 2017-2020 ascendió a 1.485.948,53 €.

- En 2018, el Ayuntamiento realizó a ALGESA pagos pendientes de aplicación, sin consignación presupuestaria, por importe de 1.115.000 €, sin encontrarse aprobado en el presupuesto y sin haberse seguido los procedimientos legalmente establecidos.

- Se procedió al pago de 32.000 € en concepto de liquidación de la sociedad EMUVIASA a Don J.A.C.P.V., gerente de aquella, sin acuerdo o título que lo fundamentara.

La Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento fundamentó el archivo de la acción pública en primera instancia, en las siguientes consideraciones:

1. Respecto a las transferencias aprobadas en el presupuesto del Ayuntamiento de Algeciras para atender la financiación de la mercantil municipal ALGESA, el

Ayuntamiento y la sociedad niegan la existencia de responsabilidad contable, y aportan un informe del Interventor Municipal que manifiesta que (...) *“el importe de la factura mensual se corresponde con la doceava parte de la cantidad presupuestada y aprobada en los Presupuestos anuales de la Corporación, tanto por el Pleno del Ayuntamiento, como por el Consejo de Administración de la citada empresa”*.

2. En relación con la encomienda de gestión del taller municipal a la empresa pública ALGESA, tanto ésta como el Ayuntamiento de Algeciras niegan la existencia de responsabilidad contable, con remisión al informe del Interventor, que razona que (...) *“no ha sido presentada por dicha empresa factura alguna por el concepto de reparación de vehículos propiedad de este Ayuntamiento, y por lo tanto no ha sido tramitada ni pagada factura alguna por este concepto”*(...).

3. En lo que se refiere a las amortizaciones incluidas en el presupuesto de ALGESA, la empresa pública y el Ayuntamiento niegan la existencia de responsabilidad contable con base en el informe del Interventor municipal, que dice que (. . .) *“en relación con las amortizaciones de inmovilizado, la empresa municipal solo amortiza los bienes que constan en su inmovilizado, de forma correcta contablemente de acuerdo, con el cuadro de amortizaciones anuales, tal como se recoge en el informe de auditoría anual. Que, si el Ayuntamiento no tuviera en cuenta esas amortizaciones, la empresa entraría en pérdidas por falta de financiación. Que la financiación de la empresa es correcta y así lo demuestra los informes de auditoría”*.

4. En cuanto a los pagos pendientes de aplicación realizados a ALGESA, el informe del Interventor municipal manifiesta que la aplicación de dichos pagos a la partida "40013 pagos pendientes de aplicación ALGESA" fue un error de aplicación contable, que fue advertido y subsanado en febrero de 2019 mediante la correcta aplicación contable y presupuestaria con cargo a factura del ejercicio 2018 quedando saldada a "cero" la citada cuenta 40013. El informe de la Intervención municipal niega que los pagos cuestionados se realizaran por falta de consignación presupuestaria, señalando que "cuando ALGESA presenta la factura de enero de 2018 por FACE (Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas), se tramita para su aprobación y pago estando la totalidad de la consignación presupuestaria sin disponer, y detrayendo mediante el documento ADO el importe de la factura de la total cantidad presupuesta para el ejercicio, y así en meses sucesivos".

5. Respecto a la liquidación de EMUVIASA, el Ayuntamiento de Algeciras ha solicitado el archivo de las actuaciones respecto a los pagos realizados con base en informe de la Intervención municipal, que concluye que "no existe irregularidad alguna en la inclusión de la citada deuda con el liquidador, pues el importe a percibir

por el Sr. C. fue aprobado tanto por la Junta General de Accionistas de la empresa, como por el Pleno de la Corporación”.

El auto recurrido concluye que “una vez examinadas las alegaciones y la documentación aportada a las presentes actuaciones, especialmente los informes de la Intervención municipal, del Ayuntamiento de Algeciras, así como la abundante documentación presentada con dichos informes, esta Consejera de Cuentas, en coincidencia con lo sostenido en estas actuaciones por el Ayuntamiento de Algeciras y la mercantil pública ALGESA, considera que los hechos objeto de estas diligencias preliminares han quedado suficientemente esclarecidos, no pudiéndose apreciar que de ellos derive responsabilidad contable por alcance...”

TERCERO.- El recurrente expone que el nuevo auto emitido por la Excm. Sra. Consejera del Tribunal de Cuentas es completamente distinto al anteriormente notificado, variando por completo tanto los antecedentes de hecho, como los fundamentos jurídicos utilizados, así como las conclusiones jurídicas por las que se archiva el procedimiento. Lo corregido no ha sido una simple equivocación elemental de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos, sino algo mucho más relevante, cual es la sustitución de un Auto por otro, aunque el inicialmente notificado se defina como borrador. Tal circunstancia ha supuesto, en su criterio, una vulneración de los artículos 214.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 267.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), relativos a la invariabilidad de las resoluciones una vez firmadas.

En su recurso, reitera las irregularidades inicialmente denunciadas, con aporte de documentación y las razones siguientes:

- El incremento injustificado de las transferencias efectuadas por el Ayuntamiento de Algeciras en los ejercicios 2018-2020 alcanzó un importe total de 1.766.306,89 €. Se efectuó sin el control interno exigido en el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Lo reconoció el propio Ayuntamiento en sus alegaciones, al indicar que se estaba preparando un procedimiento contractual para que una empresa externa efectuara dicho control.
- Las facturas aportadas por ALGESA por la reparación de vehículos municipales, corresponden a los ejercicios 2017 y 2018, anteriores a la formalización de la encomienda de gestión, si bien no han sido abonadas.
- En cuanto a la repercusión de las amortizaciones del inmovilizado al Ayuntamiento, el recurrente alega la contradicción entre los informes de la gerente en funciones de ALGESA, que niega tal repercusión, y el Interventor municipal, que la reconoce.

- Con respecto a los pagos pendientes de aplicación realizados a ALGESA durante el ejercicio 2018, alega que se realizaron transferencias por el Ayuntamiento de Algeciras a dicha mercantil, por un importe total de 19.505.308 €, mientras que la cantidad aprobada en el presupuesto era solo de 18.390.308 €. En consecuencia, 1.115.000 € tuvieron que ser transferidos mediante pagos no presupuestarios. Queda acreditado que dichos pagos no estaban previstos en el presupuesto y excedieron el límite presupuestario con cargo a una aplicación no presupuestaria, no porque se cometió un error al aplicarlos, como afirmó el Interventor. Como se puede comprobar en las cuentas presentadas por la mercantil ALGESA, esa cantidad no se reflejó como ingresos en el ejercicio 2018 ni en ejercicios posteriores.

- En relación con el pago de 32.000 € en concepto de liquidación de la sociedad EMUVIASA a Don J.A.C.P.V., Gerente de aquella, sin acuerdo o título que fundamentara el derecho a cobro por su parte, el recurrente añade que el pago ha podido ser duplicado. El Ayuntamiento de Algeciras tampoco ha aportado ningún documento que acredite que no ha percibido, además, dicha cantidad en nómina, a través del propio Ayuntamiento, como ha sido el caso de otros funcionarios municipales que han recibido de esta forma su participación en la liquidación de sociedades, como S.

En su alegación sexta, el recurrente manifiesta que la Sra. Consejera del Tribunal de Cuentas se limita a dar veracidad y citar partes de los informes del Interventor municipal, del Ayuntamiento de Algeciras y de la Gerente en funciones de ALGESA, sin hacer mención alguna a los datos presentados por él. Concluye que los hechos no han quedado, en ninguno de los casos, esclarecidos.

CUARTO.- El Alcalde de Algeciras, actuando en representación del Ayuntamiento, y el representante legal de ALGESA, en sus respectivos escritos de oposición al recurso de apelación, oponen argumentaciones idénticas, referidas a la rectificación de la notificación defectuosa del auto de archivo. Consideran que si no se hubiera producido se hubiese generado indefensión al actor público para la interposición del recurso de apelación. Consideran también que no son aplicadas las normas procesales de la LEC y LOPJ invocadas por el recurrente.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso, estima correcta la rectificación de la notificación inicial del auto recurrido, en virtud del artículo 267.4 de la LOPJ, y muestra su conformidad con el contenido de aquel, pues basa sus fundamentos en la documentación e informes del Interventor municipal.

QUINTO.- Es objeto del presente recurso la confirmación o revocación del archivo de la acción pública. La Sala no puede, por vía de recurso, resolver cuestiones que constituyen precisamente el objeto del procedimiento judicial contable que, en su caso pudiera incoarse.

El criterio sostenido por esta Sala de Justicia, respecto a la naturaleza del recurso de apelación (por todas, Sentencias en cuanto números 4/95 y 5/95, ambas de 9 de marzo, 7/97, de 9 de mayo y 11/98, de 3 de julio), es que, recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio distinto a los opuestos por las partes y el órgano juzgador de instancia. También resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo resuelto, o decidir lo mismo con fundamentación diferente, dentro de los límites que establecen el principio de congruencia y de las pretensiones de las partes.

SEXTO.- Para antes de analizar la cuestión específica que se plantea en el presente recurso, resulta pertinente traer a colación, por su necesaria presencia en todo ámbito jurisdiccional, el principio *pro actione*, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución Española.

La tutela judicial efectiva en sentido estricto se configura como el derecho fundamental que toda persona tiene a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, se plantea ante los órganos jurisdiccionales.

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* puede formularse como aquél que 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 normal hasta el fin y que 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.

El principio se ha de tener presente para la resolución de este recurso, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional (por todas, la STC 37/1995, de 7 de febrero), opera con intensidad en la fase inicial del proceso, porque la posibilidad de mantener las respectivas pretensiones de las partes con todas las garantías procesales, llegado el momento legalmente oportuno, “...es la sustancia medular de la tutela [judicial efectiva] y su contenido esencial...”.

SÉPTIMO.- El recurrente invoca en su recuso cinco irregularidades que, pudieran constituir supuestos de responsabilidad contable:

1. Un incremento injustificado de las transferencias efectuadas por el Ayuntamiento de Algeciras a la mercantil ALGESA en los ejercicios 2018-2020, que alcanzó un importe total de 1.766.306,89 € y se efectuó sin ningún control interno.
2. La presentación por ALGESA de facturas por la reparación de vehículos municipales en los ejercicios de 2017 y 2018, anteriores a la formalización de la encomienda de gestión. Tales facturas no fueron abonadas.
3. La realización de transferencias del Ayuntamiento de Algeciras a la mercantil ALGESA por un importe total de 19.505.308 €, pese a que el presupuesto sólo preveía 18.390.308 €. En consecuencia, 1.115.000 € fueron transferidos mediante pagos no presupuestarios, sin justificación y sin reflejo como ingresos en la contabilidad de la sociedad.
4. La repercusión de las amortizaciones del inmovilizado de la sociedad al Ayuntamiento supuso un doble abono por un mismo concepto, sin fundamentación legal, por un importe de 1.485.948,53 €.
5. El pago de 32.000 € en concepto de liquidación de la sociedad EMUVIASA a Don J.A.C.P.V., se produjo, sin acuerdo o título que fundamentara tal abono. Se señala también la posibilidad de duplicidad en el pago, mediante la nómina.

En la segunda irregularidad invocada, el propio recurrente manifiesta que no se efectuó pago alguno por parte del Ayuntamiento de Algeciras, por lo que no pudo producirse una salida injustificada de fondos públicos con menoscabo para los caudales municipales. En las cuatro restantes invocadas, cabe apreciar indicios racionales de que el Ayuntamiento haya podido incurrir en responsabilidades contables.

En el auto recurrido, el archivo de la acción pública se fundamenta en las alegaciones del Ayuntamiento de Algeciras y de la mercantil ALGESA, a su vez basadas en informes del Interventor municipal.

Sin embargo, para el archivo de diligencias preliminares, el criterio de la Sala es restrictivo: 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. (Por todos, Autos 8/2018 de 28 de febrero, 10/2015, de 13 de abril y 27/2012, de 17 de julio).

Esta falta de relevancia debe constar de “modo manifiesto e inequívoco”. Si no existe tal certeza, deben proseguirse las actuaciones. Se trataría de otro modo de un archivo prematuro e infundado, puesto que las presuntas irregularidades están cuantificadas y fundadas en hechos debidamente identificados. Cabe citar *a sensu contrario* el Auto 9/2014, de 1 de julio, de esta Sala, que establece que “(...) *no cabe apreciar, conforme al ordenamiento regulador de la materia, incongruencia o inadecuación alguna entre lo acordado en el Auto impugnado y los alegatos sostenidos por la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, apoyados en la documentación que obra en la pieza de Acción Pública nº A 1/13, y ello, habida cuenta que faltaba, cuando fue dictado el meritado Auto, y sigue faltando ahora, la necesaria concreción e individualización de los supuestos de responsabilidad contable por alcance con referencia a cuentas determinadas o actos concretos de intervención administrativa, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos (exigencia ésta que se desprende de los términos establecidos en la redacción del artículo 56.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, para la admisibilidad de la Acción Pública contable), con independencia de que no ha cuantificado, tampoco, la parte impugnante, el supuesto perjuicio o daño causados al Erario público que se derivaría de las irregularidades y manipulaciones denunciadas.*”

Por otra parte, de la revisión del auto recurrido se desprende, como alega el recurrente, que el archivo de las actuaciones se fundamentó exclusivamente en las alegaciones y la documentación justificativa de las partes denunciadas, sin valoración alguna de los elementos aportados por aquel, lo que resulta contrario al principio de contradicción que impera en el procedimiento de esta jurisdicción.

OCTAVO.- La presencia de indicios razonables sobre la posible existencia de alcances en cuentas públicas obliga a ponderar los intereses públicos en juego. Procede por ello el nombramiento de un delegado instructor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, realice las averiguaciones procedentes, y, en su caso, determine de modo previo y provisional, la existencia de un perjuicio económico en los fondos del Ayuntamiento de Algeciras, lo cuantifique e identifique los presuntos responsables.

Por todo lo expuesto, la Sala de Justicia concluye que debe estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don J.M.N.C. contra el auto de 26 de abril de 2021, dictado en primera instancia en la Acción Pública, nº B-16/20, SECTOR PUBLICO LOCAL (Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima -ALGESA-) Cádiz. En consecuencia, considera que procede el nombramiento de Delegado Instructor que realice las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu, respecto a los hechos que originaron la incoación de dicha Acción Pública con excepción de los relativos a las facturas de reparación de vehículos municipales presentadas por la mercantil ALGESA en virtud de la

encomienda de gestión, al no revestir de manera manifiesta los caracteres de alcance a los fondos públicos.

NOVENO.- En cuanto a las costas, no procede hacer imposición de las mismas, por aplicación del artículo 139.2 de la LJCA.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don J.M.N.C. contra el auto de 26 de abril de 2021, en la Acción Pública nº B-16/20, SECTOR PUBLICO LOCAL (Empresa Pública de Actividades de Limpieza y Gestión Sociedad Anónima -ALGESA-) Cádiz. En consecuencia, revoca el archivo de las actuaciones y las traslada a la Sección de Enjuiciamiento para que proponga el nombramiento de un Delegado Instructor que practique las diligencias previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas respecto a los hechos denunciados, con excepción de los relativos a las facturas de reparación de vehículos municipales presentadas por la mercantil ALGESA en virtud de la encomienda de gestión.

Segundo.- No realizar pronunciamiento en relación con las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que, contra la misma, no cabe recurso alguno en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.2. 2º y 3º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con lo previsto en el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 23 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así lo disponemos y firmamos.

“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 16/2022, de 21 de septiembre. Recurso de apelación Nº 8/22 interpuesto contra el Auto de 26 de abril de 2021 dictado en la Acción Pública nº B-34/2020, del ramo del sector público autonómico (Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana), C. Valenciana. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala desestima el recurso del actor público frente al Auto de archivo de actuaciones dictado en la instancia.

- Aplica al caso concreto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, y es que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" y «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 cuanto a la regulación del ejercicio de la acción pública en el ámbito contable, analiza los requisitos establecidos en el artículo 56 de la LFTCu. En especial, la obligación que pesa sobre el actor público de concreción de los hechos susceptibles de generar una responsabilidad contable por alcance, con perjuicio para los fondos públicos (Autos de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005, de 9 de febrero de 2007 y 1 de octubre de 2010).

A la luz de todo ello, la Sala estudia los dos casos denunciados por el actor público y concluye que no se reúnen los requisitos del artículo 56 de la LFTCu en relación con la Acción Pública ejercitada.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 16/2022

ASUNTO: Recurso de apelación Nº 8/22 interpuesto contra el Auto de 26 de abril de 2021 dictado en la Acción Pública nº B-34/2020, del ramo del sector público autonómico (Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana), C. Valenciana.

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, integrada por las Excmas. Sras. Consejeras y el Excmo. Sr. Consejero expresados al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales don Francisco Cerrillo Ruesta, en representación de R.S., S.A., contra el Auto de 26 de abril de 2021, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la Acción Pública nº B-34/2020, del ramo de sector público autonómico (Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana), C. Valenciana.

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.- Con fecha de 26 de abril de 2021 el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto, cuya parte dispositiva establece:

«Decretar el archivo del procedimiento de acción pública nº B-34/2020 de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Sin costas».

SEGUNDO.- Frente a tal resolución, la representación procesal de R.S., S.A., en fecha 2 de julio de 2021, interpuso recurso de apelación el cual fue admitido por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2021 en la que se acordó dar traslado del recurso a las partes.

TERCERO.- El representante procesal de la Generalitat Valenciana, por medio de escrito de fecha 29 de noviembre de 2021, se opuso al recurso interpuesto solicitando la confirmación del auto impugnado.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se opuso, asimismo, al recurso y solicitó la confirmación del auto recurrido mediante escrito de 9 de diciembre de 2021.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2022 se elevaron los autos a la Sala de Justicia emplazando a las partes a comparecer ante la misma.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal y la representación procesal de la Generalitat Valenciana comparecieron personándose mediante escritos de fecha 1 de febrero y 2 de marzo, ambos de 2022, respectivamente.

SÉPTIMO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 17 de febrero de 2022, la Sala de Justicia resolvió abrir el correspondiente rollo, constatar la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso y designar ponente de acuerdo con el turno establecido. Por medio de diligencia de ordenación de 3 de marzo se constató que habían comparecido todas las partes.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 12 de septiembre de 2022 se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 19 de septiembre de 2022, 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.- Resolución recurrida

1.- El presente recurso de apelación, formulado al amparo del artículo 56.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCU), se interpone por R.S., S.A. contra el auto de 26 de abril de 2021, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de

Cuentas por el que se acuerda archivar la Acción Pública nº B-34/2020 ejercitada por la citada mercantil. En concreto, el auto recurrido acuerda el archivo al considerar, una vez examinadas las alegaciones y documentación aportada, que los hechos objeto de las actuaciones habían quedado suficientemente esclarecidos no pudiendo apreciar que de ellos se derivase responsabilidad contable por alcance. En particular, el auto impugnado distingue las siguientes irregularidades denunciadas en el escrito de la acción pública:

a) Incumplimientos significativos de la normativa aplicable a la gestión de la contratación por parte de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana en el ejercicio 2018, que se concretaban en la existencia de un volumen importante de gastos de carácter sanitario contraídos sin la previa y preceptiva tramitación de expediente de contratación; el incumplimiento de los principios de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante se citará como LCSP); la insuficiente justificación de la necesidad en la tramitación de contratos menores; indicios de fraccionamiento de contratos; y la utilización indebida del sistema de caja fija para la realización de pagos.

b) «Casos específicos» de alcance: 1) abono de facturas por servicios de soporte y mantenimiento de sistemas informáticos sin expediente de contratación y por precio superior al abonado por la apelante cuando participaba en la gestión integral de la asistencia sanitaria del D.S.L.R.; 2) fraccionamiento en compras y suministros hospitalarios y pago de precios por encima de los del mercado para el abastecimiento del mencionado complejo hospitalario.

Pues bien, en relación con las supuestas irregularidades contractuales cometidas por la Conselleria de Sanidad en el ejercicio 2018, el auto impugnado declara en la misma línea que el Ministerio Fiscal que, si bien podían suponer responsabilidades en otros ámbitos, no eran susceptibles de generar responsabilidad contable por alcance.

En relación con los denominados «casos específicos» de alcance, el auto impugnado estima, de acuerdo con las alegaciones formuladas por la Generalitat Valenciana, que los servicios de soporte informático abonados por la Conselleria en el ejercicio 2018 a la mercantil E.S., S.L. no eran necesariamente coincidentes con los servicios informáticos prestados en ejercicios anteriores y que, para realizar la comparación de los precios, debía excluirse el IVA. En cuanto a las diferencias de precios en compras y suministros hospitalarios, el auto considera que la gestión de pedidos se realizaba automáticamente según la planificación de mínimos y máximos de los almacenes, a través de la aplicación informática Orión-logis, que los precios de los medicamentos eran los utilizados por el resto de los hospitales públicos de la Conselleria de Sanidad y que fueron configurados y grabados de acuerdo con el último importe pagado por los diferentes departamentos de salud.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso interpuesto por R.S., S.A.

2.- La recurrente fundamenta su recurso en los motivos siguientes:

A.- Insuficiencia de motivación, lo cual supone una infracción de los artículos 248 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 208 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y 56 de la LFTCU con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, causante de indefensión.

B.- Infracción del artículo 56.3 de la LFTCU, al entender que existen indicios sólidos de responsabilidad contable en las irregularidades denunciadas. En particular:

- En relación con lo que denomina **«caso específico nº 1»** -irregularidad relativa a la contratación por parte de la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana de servicios de soporte y mantenimiento de los sistemas informáticos en el D.S.L.R.-, se ha incumplido la legislación vigente en materia de contratación pública con vulneración del principio de concurrencia competitiva, lo cual ha dado lugar a un incremento de los precios por los servicios requeridos. Considera que no consta que se haya licitado un contrato para la prestación de servicios informáticos en el D.S.L.R. a partir del 1 de abril de 2018. La apelante había participado en la gestión integral para la asistencia sanitaria del D.S.L.R., en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, celebrado entre la unión temporal de empresas R.S. II U.T.E. -a la que pertenecía R.S., S.A.- y la Conselleria de Sanidad, para el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2003 hasta el 31 de marzo de 2018. A partir del 1 de abril de 2018, una vez finalizado el anterior contrato, la gestión del D.S.L.R. fue asumida por la propia Conselleria. Indica, además, que para el periodo comprendido entre agosto de 2017 y marzo de 2018, la entidad R.S. II U.T.E. pactó con la mercantil E.S., S.L. la prestación de servicios informáticos por importe de 58.084 euros al mes, mientras que en los meses de abril, mayo y junio siguientes, consta que la Conselleria de Sanidad abonó facturas a esta mercantil por prestación de servicios informáticos en el D.S.L.R. por importe de 107.411,7 euros al mes.

- En relación con el **«caso específico nº 2»** -irregularidad relativa a las compras y suministros hospitalarios por la Conselleria-, afirma que desde el 1 de abril de 2018 se aprecia que las compras de material sanitario y consumibles son objeto de fraccionamiento a fin de darles apariencia de pedidos inferiores a 15.000 euros (en el escrito de la acción pública citaba cuatro casos concretos) y que ello es contrario a la legislación de contratación pública. Afirma, además, que se ha producido un incremento de los precios de productos sanitarios (en el

escrito de acción pública citaba algunos ejemplos de proveedores) en hasta un 70% respecto de los precios de mercado a los que se venían adquiriendo los productos en el período en que la apelante era concesionaria de la gestión integral de asistencia sanitaria del D.S.L.R.

En su opinión, en estas irregularidades concurren los requisitos que el artículo 49.1 de la LFTCU exige para que pueda apreciarse un supuesto de alcance.

C.- Por otro lado, afirma que, tal y como puso de manifiesto la Sindicatura de Comptes de la Comunidad Valenciana en el «Informe de fiscalización de la Cuenta Anual de la Generalitat» del ejercicio 2018, se ha detectado la existencia de un gran volumen de gasto sanitario llevado a término sin la previa y preceptiva tramitación de expediente de contratación: en particular, un gran volumen de contratación menor sin tramitación del preceptivo expediente del artículo 118 de la LCSP mediante la realización de pagos directos por adquisiciones de farmacia y material sanitario. Ello implica que la contratación no está siendo sometida a los principios de necesidad e idoneidad y supone un daño para los presupuestos públicos.

D.- Por último, a la vista también del Informe de la Sindicatura de Comptes, denuncia la utilización de forma sistemática y ordinaria, por parte de la Conselleria de Sanidad, del sistema de anticipos de caja fija, práctica que debe evitarse para no eludir los controles de gasto, la fiscalización de la intervención y la segregación de funciones desde la aprobación del gasto hasta su pago. Aduce que este incumplimiento supone una salida injustificada de fondos lo cual determina un perjuicio para los presupuestos públicos.

3.- Con base en los motivos expuestos, la representación procesal de la mercantil R.S., S.A. solicita la revocación del archivo de las actuaciones y la adopción de las medidas necesarias para que se designe delegado instructor que investigue los hechos denunciados.

TERCERO.- Oposición del Ministerio Fiscal.

4.- El Ministerio Fiscal fundamenta su oposición al recurso en los motivos siguientes:

A.- En relación con la falta de fundamentación del auto apelado, indica que la resolución se encuentra suficientemente motivada pues utiliza como base las alegaciones realizadas por el propio Ministerio Fiscal y por la Generalitat Valenciana.

B.- En contra de lo sostenido por el apelante, no se aprecian indicios de responsabilidad contable por alcance de acuerdo con lo dispuesto en los artículos

15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCU) y 49 de la LFTCU, puesto que no ha quedado acreditada la existencia de daño o perjuicio alguno en los caudales públicos.

C.- Las irregularidades contenidas en la denuncia que han dado lugar a la presente acción pública relativas a incumplimientos en materia de contratación, si bien podrían suponer la existencia de responsabilidades en otros ámbitos, no son susceptible de generar responsabilidad contable por alcance.

5.- Por todo ello, el Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Oposición de la Generalitat Valenciana.

6.- La representación procesal de la Generalitat Valenciana fundamenta su oposición al recurso en las siguientes alegaciones:

A.- En primer lugar, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, existe una consolidada doctrina constitucional que determina que no se reconoce «un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión» (STC 13/2001). Considera, sobre esta base, que el auto impugnado justifica suficientemente los motivos de archivo.

B.- En relación con los casos específicos de pretendido alcance –«caso específico nº 1» y «caso específico nº 2»-, aduce que se reiteran los mismos argumentos ya utilizados en la denuncia inicial. Afirma que, en relación con el contrato de servicios informáticos, se comparan precios con cinco años de diferencia (puesto que el contrato suscrito entre R.S. II U.T.E. y la mercantil E.S., S.L., por el que se acordó un determinado precio de las prestaciones informáticas para el periodo comprendido entre agosto de 2017 y marzo de 2018, se celebró en el año 2013), sin tener en cuenta el IVA y sin poder garantizar que los servicios prestados sean los mismos. Respecto del fraccionamiento de contratos en materia de compra de suministros hospitalarios considera que el incumplimiento en la normativa de contratación denunciado no se ha producido, siendo muestra de ello el hecho de que, en algunos de los ejemplos citados como fraccionamiento, las cantidades no superan el límite de 15.000 euros previsto para el contrato menor en el artículo 229 de la LCSP.

C.- En referencia a las salvedades del Informe de Fiscalización de la Sindicatura, se trata de cuestión novedosa que no puede considerarse motivo de recurso y que,

además, se refiere a la Conselleria de Sanidad en general, no en particular al Hospital de L.R., no habiéndose identificado los hechos concretos en los que se considera que se han producido daños en los caudales públicos susceptibles de alcance.

Sobre la base de lo anterior solicita que se dicte resolución por la que se desestime el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Análisis de los motivos de recurso.

7.- Una vez expuestas las respectivas alegaciones de las partes procede analizar, en primer lugar, la referida 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 fundadores 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)».

8.- En el presente caso, el auto impugnado fundamenta la decisión de inadmisión en las razones aportadas por las partes para solicitar el archivo de las actuaciones, remitiéndose a ellas, pues considera que son precisamente esas alegaciones corroboradas documentalmente las que conducen a la conclusión de que no existen indicios de responsabilidad contable por alcance que justifiquen la admisión de la acción pública ejercitada. Así se comprueba con la sola lectura del razonamiento jurídico tercero cuando, de forma expresa, se alude como sustento de la decisión a los informes presentados por la Generalitat Valenciana y a la abundante documentación presentada con dichos informes. Se atribuye, así, como propias las referidas alegaciones lo que permite al recurrente conocer las razones de la decisión y tenerlas en cuenta en sus argumentaciones jurídicas para combatirlas, como de hecho efectúa, lo cual impide estimar que la resolución incurra en vicio de indefensión.

9.- En efecto, el deber de motivar las resoluciones judiciales se halla integrado dentro del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y, al mismo tiempo, conecta de una manera directa con el principio del Estado democrático de derecho -art. 1 de la misma- y con el principio legitimador de la función jurisdiccional en cuanto sometido al imperio de la Ley y por ello exigente de la expresión judicial de los motivos por los que estima que una pretensión tiene o no amparo en la misma -art. 120 de aquélla-. De esta forma, cuando se omite todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones esenciales no puede sostenerse que se ha dictado una resolución fundada en derecho -por todas SSTC 55/1987, de 13 de mayo, 211/1998, de 1 de junio, y las que en ellas se citan-, y, aun cuando la exigencia de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o expuestos de forma expresa o 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» -SSTC 184/1988, de 13 de octubre- pues «en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE se 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, extraña al capricho o puro voluntarismo» -STC 232/1992, de 14 de diciembre-.

10.- Se trata de exigencias que el Tribunal Constitucional ha venido constantemente reiterando -por todas SSTC 135/1995, de 11 de septiembre, 184/1998, de 28 de septiembre, 68/1999, de 26 de abril, 32/2002, de 11 de febrero o 65/2009, de 9 de marzo-, en doctrina que ha hecho suya también de forma reiterada el Tribunal Supremo al afirmar que el razonamiento fundado en derecho se ha convertido en requisito esencial de legitimación y validez de la sentencia ya que la obligación de dictar una resolución fundada en derecho no puede ser suplida con la mera omisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento.

11.- En suma, si esta Sala y el recurrente conocen las razones por las que se rechaza la petición, la parte dispositiva no puede considerarse un acto no razonado, fruto de una aparente decisión voluntarista y ajena a lo que debe ser una resolución judicial de conformidad con las pautas que rigen nuestro sistema legal de enjuiciar. Por ello, se ha de concluir que estamos ante una resolución motivada y ajustada, en consecuencia, a las exigencias constitucionales.

12.- Procede analizar, a continuación, de acuerdo con la regulación y doctrina que delimita la acción pública, las circunstancias que determinan la procedencia de su admisión y, en consecuencia de acordar que se eleven las actuaciones a la Comisión de Gobierno para que acuerde el nombramiento de delegado instructor que practique

las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCU o, por el contrario, las que determinan la inadmisión de la acción y archivo de las actuaciones.

13.- El 56 de la ya citada 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 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».

14.- Por ello, de acuerdo con el apartado tercero del artículo 56, la admisión de una acción pública se encuentra condicionada 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.

15.- Tal y como sostiene una doctrina uniforme de esta Sala, las irregularidades que son objeto de la denuncia deben presentar todos o, al menos, alguno de los caracteres que perfilan la figura jurídica del alcance de fondos o caudales públicos, lo que exige al ejercitante de la acción la concreción de los hechos que hubieran dado lugar a un perjuicio a los fondos públicos que debería ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance (Autos de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005, de 9 de febrero de 2007 y 1 de octubre de 2010).

16.- En el presente caso, analizaremos en primer lugar los denominados «**caso específico nº 1**» y «**caso específico nº 2**» en los que el apelante considera que se han producido supuestos de alcance. En lo referente al «**caso específico nº 1**», denuncia que la Conselleria ha vulnerado la normativa en materia de contratación pública, pues no consta que se haya licitado un contrato con la mercantil E.S., S.L. que articule la prestación de servicios de soporte informático en el Departamento de L.R. a partir del 1 de abril de 2018. En esta fecha finalizó el contrato de gestión de

servicios públicos -en la modalidad de concesión- para la asistencia sanitaria integral del complejo hospitalario a favor de R.S. II U.T.E. y dicha gestión fue revertida a la Conselleria de Sanidad Valenciana. Indica, además, que para el periodo comprendido entre agosto de 2017 y marzo de 2018, en el contrato suscrito por la concesionaria y la mercantil E.S., S.L. se pactó la prestación de servicios informáticos por importe de 58.084 euros al mes, mientras que en los meses de abril, mayo y junio de 2018 siguientes, consta que la Conselleria de Sanidad abonó facturas a esta misma mercantil por prestación de servicios informáticos en el D.S.L.R. por importe de 107.411,7 euros al mes y que esta diferencia de precio es constitutiva de un daño en los caudales públicos autonómicos.

17.- A juicio de esta Sala, si bien en este caso el apelante identifica los hechos que considera contrarios a derecho, de los mismos no cabe concluir que hayan producido un saldo deudor injustificado o ausencia de numerario constitutivo de un daño real, efectivo, evaluable económicamente e identificado en relación con concretos caudales o efectos públicos.

18.- Es importante recordar dos cuestiones jurídicas relevantes en este sentido (Auto nº 34/2021 de la Sala de Justicia):

a) Que al ser la responsabilidad contable una responsabilidad de naturaleza reparatoria no puede concurrir en actuaciones que no impliquen un menoscabo identificable y cuantificable en el patrimonio público (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 32/04, de 29 de diciembre). 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 (por todos, Auto de esta Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005).

b) La tramitación irregular de procedimientos administrativos o presupuestarios no supone, por sí sola, responsabilidad contable, solo la genera si además da lugar a daños y perjuicios patrimoniales concretos en el erario público (Por todas, Sentencias de esta Sala de Justicia 10/05, de 14 de julio, y Sentencia 11/2000, de 3 de julio).

19.- En este caso el apelante no acredita, ni tan siquiera denuncia, que la prestación acordada no se hubiera realizado, es decir, que no se hubieran prestado los servicios informáticos contratados por la Conselleria a partir del 1 de abril de 2018, lo cual implica que los fondos pagados por esta fueron abonados como consecuencia de contraprestaciones que efectivamente se realizaron y que, por ello, con independencia de las irregularidades contractuales que, en su caso, se hubieran producido, los mismos tuvieron por objeto retribuir prestaciones que la Administración recibió.

20.- A ello debemos añadir que el escrito de la acción pública no va acompañado de ningún informe o tasación que permita fundamentar la posibilidad de que entre las cantidades pagadas y las contraprestaciones recibidas no haya existido proporcionalidad en perjuicio del patrimonio público.

21.- Tampoco se acredita que las prestaciones pactadas por la apelante R.S., S.A. con la mercantil E.S., S.L. para los meses de agosto de 2017 a marzo de 2018 fuesen las mismas que las pactadas por la Conselleria para los meses de abril, mayo y junio de 2018, por lo que las referencias incorporadas al escrito de la acción sobre posibles sobreprecios o pagos excesivos han de ser estimadas como meras alegaciones de parte carentes de fundamentación suficiente para ser consideradas indiciarias de alcance.

22.- Además, tal y como indica el representante procesal de la Generalitat Valenciana y se puso de manifiesto en el auto impugnado, los precios a los que se refiere el apelante para los meses de abril, mayo y junio de 2018 incluyen el IVA, el cual habría de excluirse a efectos de realizar una comparación en la retribución de los mencionados servicios.

23.- Por todo ello, en idéntico sentido al declarado en el auto impugnado, no puede esta Sala considerar que de los hechos descritos se derive responsabilidad contable por alcance en el sentido exigido en el artículo 56 de la LFTCU.

24.- En lo relativo al «**caso específico nº 2**», el apelante denunció cuatro ejemplos de supuestos de fraccionamiento de contratos en compras y suministros hospitalarios y un aumento de los precios pagados por la Conselleria por el material sanitario, con respecto a los precios de mercado.

25.- De nuevo, no cabe concluir que los hechos denunciados hayan supuesto daño alguno a los caudales públicos de la Generalitat. Es doctrina consolidada en esta Sala, como ya adelantábamos, que las irregularidades que presuntamente hayan podido producirse en la tramitación de contratos públicos no son constitutivas, en sí mismas, de un menoscabo o descubierto determinante de responsabilidad contable (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas nº 13/2019, de 17 de julio; 6/2019, de 4 de junio; 12/2016, de 27 de septiembre; 8/2013, de 6 de marzo y 6/2013, de 6 de marzo).

26.- Por ello, el presunto fraccionamiento de contratos no puede considerarse, si quiera indiciariamente, constitutivo de un supuesto de alcance.

27.- Por otro lado, en relación con el aumento de precios en la compra de material sanitario en relación con el precio de mercado, si bien el escrito de la acción pública cita con carácter genérico ciertos proveedores, no refiere partidas concretas e individualizadas de compras y no especifica los concretos daños que se consideran

producidos a la Conselleria como consecuencia del aumento de los precios alegados, por lo que no cumple con las exigencias del artículo 56 de la LFTCU en cuanto a la individualización de los supuestos que se consideran susceptibles de generar responsabilidad contable por alcance. A lo anterior cabe añadir que la acción pública no va acompañada de documento alguno que permita acreditar la evolución de los precios de mercado de los medicamentos y productos sanitarios a partir del 1 de abril de 2018 por lo que no se puede afirmar, siquiera indiciariamente, que la Conselleria abonó un precio superior.

28.- Pero es que, además, aun en el caso de que se hubieran abonado precios superiores a los de mercado, ello no resultaría en sí mismo constitutivo de un daño patrimonial, en el sentido al que se refiere el reciente auto nº 6/2020 de la Sala de Justicia cuando afirma que «a efectos de determinar y cuantificar el daño, lo relevante no sería la diferencia entre el precio de adquisición y el precio del mercado salvo que existiera una norma legal que expresamente convirtiera el precio de mercado en la referencia para determinar la legalidad o ilegalidad del precio satisfecho», situación que no se produce en este caso.

29.- Por todo ello, no cabe concluir que, en este caso, los hechos denunciados presenten indicios de ser constitutivos de responsabilidad contable por alcance en los términos que el artículo 56 de la LFTCU.

30.- Las alegaciones genéricas referidas a las irregularidades en materia de contratación y de gestión presupuestaria puestas de manifiesto por la Sindicatura de Cuentas y alegadas también por el apelante, no suponen una individualización de los supuestos de pretendida responsabilidad contable en los términos que, para la admisión del escrito de acción pública, exige el artículo 56 de la LFTCU, pues no se refieren de manera específica a cuentas determinadas ni a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos.

31.- En conclusión, los hechos denunciados no permiten deducir, aun de forma indiciaria, que se ha producido un supuesto de alcance en los fondos públicos de la Generalitat. No concurren, por todo lo razonado, los requisitos necesarios para la admisión de la acción pública de acuerdo con el artículo 56.3 de la LFTCU, tal y como declaró el auto impugnado, cuyo criterio se comparte.

SEXTO.- Desestimación del recurso y costas.

32.- De acuerdo con lo expuesto y razonado debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de R.S., S.A. contra el Auto de 26 de abril de 2021, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, quedando así confirmada la resolución recurrida.

33.- En cuanto a las costas, de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 80.3 de la LFTCU, procede su imposición al recurrente pues este ha visto desestimado totalmente el recurso de apelación interpuesto.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador don Francisco Cerrillo Ruesta, en representación de R.S., S.A., contra el Auto de 26 de abril de 2021, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la Acción Pública nº B 34/2020, del ramo de sector público autonómico (Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana), Comunidad Valenciana, quedando confirmado el Auto recurrido. Con imposición de costas al apelante.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación conforme a lo previsto en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, en relación con lo dispuesto en los artículos 80, 81 y 84 de la LFTCu.

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 17/2022, de 22 de septiembre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 11/22, Actuaciones Previas nº 1081/21. Ramo: Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), Ávila. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

La parte recurrente ha articulado su impugnación en dos tipos de alegaciones.

- En el primer motivo de recurso solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada por no habérsele facilitado la documentación relativa al expediente tramitado por este Tribunal de Cuentas, a pesar de haberlo solicitado de manera expresa. La falta de notificación y de puesta a disposición del referido expediente le ha producido la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución Española.
- En el segundo motivo de recurso, la parte recurrente muestra su disconformidad con las conclusiones a las que llegó el órgano instructor.

La Sala considera que la Instructora ha actuado de manera correcta y, practicada la Liquidación, le notificó la copia del Acta y el resto de las providencias dictadas, lo que ha permitido al recurrente interponer el recurso que ahora se resuelve y hacer alegaciones en descargo de su responsabilidad respecto al fondo del debate planteado, por lo que no cabe apreciar indefensión. Todo ello unido a que nos encontramos en la fase previa y si la pretensión llega a ejercitarse en el proceso contable el ahora recurrente podrá desplegar todos sus derechos procesales, así como proponer y aportar las pruebas que considere oportunas en defensa de sus derechos e intereses.

Por otra parte, cualquier discrepancia con las conclusiones alcanzadas por la Instructora sobre la determinación, de manera previa y provisional, de los elementos subjetivos y objetivos de la responsabilidad, son cuestiones que afectan al fondo del asunto, que han de ser analizadas en el procedimiento de reintegro que en su caso se incoe.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 17/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 11/22, Actuaciones Previas n° 1081/21. Ramo: Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), ÁVILA.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.

Sala de Justicia:

Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó. **Presidenta.**

Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez. **Consejera.**

Excmo. Sr. Don Diego Iñiguez 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

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 Miguel Ángel Sánchez Caro, actuando en nombre y representación de Don A.G.N. contra la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 11 de febrero de 2022, subsanada por Providencia de fecha 14 de febrero de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas n° 1081/21 del ramo Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), ÁVILA.

Han sido partes recurridas Don A.H.L., representado y defendido por el Letrado Don Juan Herranz Aparicio, Doña A.S.D., el representante legal del Ayuntamiento de San Juan del Molinillo y el Ministerio Fiscal.

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.- La Sra. Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1081/21, del ramo y lugar anteriormente señalados, dictó la Providencia de fecha 11 de febrero de 2022 que, de modo literal, acordó lo siguiente:

*“...Habiéndose practicado en este día Liquidación Provisional en las Actuaciones Previas anotadas al margen, y resultando la existencia de un presunto alcance en los fondos del ayuntamiento de San Juan del Molinillo, por una cantidad total de **VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07), 24.733,40 de principal y 2.897,67 de intereses**, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de los cuales corresponde solidariamente a **Don A.H.L.**, con N.I.F. nº XXXXXXXX-Y el importe total de **VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07) (27.671,07)**, (24.733,40 de principal y 2.897,67 de intereses), a **Don A.G.N.**, con N.I.F. nº XXXXXXXX-Y, el importe total de **VENTICUATRO MIL CUARENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA y TRES CENTIMOS (24.047,33)**, (21.459,00 principal y 2.588,33 intereses) y a **Doña A.S.D.**, con N.I.F. nº XXXXXXXX-Y el importe total de **TRES MIL SEISCIENTOS VEINTITRES EUROS CON SETENTA Y CUATRO CENTIMOS (3.623,74)**, (3.314,40 principal y 309,34 intereses), para que reintegren, depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, y en el **plazo de quince días hábiles** contados desde la notificación de esta providencia, el importe provisional del alcance más sus intereses, bajo apercibimiento, en caso de no atender este requerimiento, de proceder al embargo de sus bienes...”*

Mediante Acuerdo de subsanación de la Sra. Delegada Instructora de fecha 14 de febrero de 2022 se rectificó la anterior resolución, en los siguientes términos:

“...Advertido error aritmético en la transcripción del importe correspondiente al principal del alcance contable recogido en la página 18 de la Liquidación Provisional celebrada el día 11 de febrero de 2022, dictada en el procedimiento arriba indicado, por lo que se procede a su corrección. Y así donde dice:

*“-El citado presunto alcance producido en los fondos públicos del ayuntamiento de San Juan del Molinillo asciende a **VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07 €), 24.771,40 € de principal y 2.897,67 € de intereses**, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de los cuales corresponde solidariamente a **Don A.H.L.**, con N.I.F. nº XXXXXXXX-Y el importe total de **VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA***

Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07 €), (24.733,40 de principal y 2.897,67 de intereses)".

Debe decir:

*“-El citado presunto alcance producido en los fondos públicos del ayuntamiento de San Juan del Molinillo asciende a **VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07 €), 24.773,40 € de principal y 2.897,67 € de intereses**, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra f), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de los cuales corresponde solidariamente a **Don A.H.L. con N.I.F. n° XXXXXXXX-Y el importe total de VENTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SIETE CENTIMOS (27.671,07 €) (27.671,07 €), (24.773,40 € de principal y 2.897,67 € de intereses).**”*

SEGUNDO.- Contra la citada Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, de fecha 11 de febrero de 2022, subsanada mediante Providencia de fecha 14 de febrero de 2022, el Letrado Don Miguel Ángel Sánchez Caro, actuando en nombre y representación de Don A.G.N., interpuso recurso del art. 48.1 de la LFTCu, por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas en fecha 2 de marzo 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 Providencia recurrida, por causa de indefensión o, subsidiariamente, que se declarara dicha nulidad por haber introducido apuntes contables relativos a fechas en las que el recurrente no era Secretario del Ayuntamiento.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 4 de marzo de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, con el nº 11/22, constatar la composición de la Sala, nombrar ponente, siguiendo el turno legalmente establecido, a la Consejera de Cuentas, Excmá. 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.- Con fecha 7 de marzo de 2022, se dictó Diligencia de Ordenación, en la que se informó de la recepción de los mencionados antecedentes y se acordó dar traslado de copias del recurso, concediéndose un plazo de cinco días a todos los citados a la Liquidación Provisional a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido y, tras argumentar acerca de los motivos expuestos por la parte recurrente, interesó la desestimación del recurso por no estar basado en

ninguno de los motivos que autorizan su interposición y, consecuentemente, la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- No han realizado alegaciones, en este trámite de recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, el resto de los intervinientes en la Liquidación Provisional, pese a haber sido notificados en legal forma.

SÉPTIMO.- Concluida la tramitación del presente recurso, mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaría de esta Sala de 22 de marzo de 2022, se acordó remitir las actuaciones a la Excm. 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 abril de 2022.

OCTAVO.- Mediante Providencia de fecha 9 de septiembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 19 de septiembre de 2022, 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 ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 11 de febrero de 2022 se levantó, por la Sra. Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 1081/21, Acta de Liquidación Provisional en la que se determinó que el recurrente Don A.G.N., junto a Don A.H.L. y a Doña A.S.D., resultaban, 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.

En idéntica fecha, se dictó Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento (posteriormente subsanada por Providencia de fecha 14 de febrero de 2022) por importe total de 27.671,07 euros, cantidad calculada de manera provisional y comprensiva tanto del principal del alcance, como de los intereses correspondientes. Todo ello, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase jurisdiccional, en el procedimiento de reintegro por alcance que se pudiera incoar al efecto.

TERCERO.- Contra la Providencia de requerimiento de pago del presunto alcance, con los intereses correspondientes, ha interpuesto la representación legal de Don A.G.N., recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

La parte recurrente ha articulado su impugnación en dos tipos de alegaciones que se resumen, a continuación.

- En el primer motivo de recurso solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada por no habérsele facilitado la documentación relativa al expediente tramitado por este Tribunal de Cuentas, a pesar de haberlo solicitado, de manera expresa, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2022, ocasionándose indefensión, prohibida constitucional y legalmente. Reconoce que su representado, Don A.G.N., no acudió a la realización del Acta de Liquidación Provisional y ante la notificación efectuada mediante Providencia de fecha 11 de febrero de 2022, presentó escrito ante el Tribunal solicitando se le diera traslado de la documentación del expediente correspondiente a fin de poder defenderse de las acusaciones formuladas contra él. En respuesta al citado escrito la Unidad de Actuaciones Previas, mediante correo electrónico le remitió el Acta de Liquidación Provisional y 5 ficheros adjuntos correspondientes a las resoluciones recaídas en virtud de la misma. Manifiesta que no se le dio traslado de la documentación relativa al expediente administrativo incoado, por lo que careció de la denuncia interpuesta por el Ayuntamiento, de los datos facilitados por el mismo en relación al presunto alcance, de los informes de la Secretaría Interventora a los que alude el Acta de Liquidación Provisional, etc.

La falta de notificación y puesta a disposición del referido expediente a su representado le ha producido indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues desconoce completamente en qué basa su denuncia el Ayuntamiento de San Juan del Molinillo, lo que le impide defenderse adecuadamente, y se le ha obligado a depositar o avalar la cantidad de 24.047,33 euros.

- En el segundo motivo de recurso, la parte recurrente muestra su disconformidad con las conclusiones a las que llegó el órgano instructor, pues destaca que Don A.G.N. tomó posesión en el Ayuntamiento de San Juan del Molinillo el día 4 de abril de 2016, jubilándose el día 10 de agosto de 2018, tal y como se acredita con el documento que acompaña a su recurso, suscrito por el Director de Administración Local de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León, de fecha 23 de enero de 2022. Considera, por tanto, que a tenor de los datos derivados de tal escrito se deberían excluir del supuesto alcance los apuntes contables relativos al 30 de marzo de 2016, por importe de 1.657,20 euros; al 1 de octubre de 2018, por importe de 1.657,20 euros; y al 26 de noviembre de 2018, por importe cifrado en la misma cantidad. Manifiesta que tales datos ponen

seriamente en cuestión la denuncia y los informes remitidos por el Ayuntamiento. Por lo que, sin perjuicio de la nulidad invocada en el anterior motivo de recurso, debe reformarse la providencia recurrida, atendiendo a los extremos alegados en el presente motivo, sin perjuicio de no reconocer, en ningún caso, el resto del alcance denunciado, que, obviamente, no se ha podido comprobar, al no facilitarse el expediente incoado en su día.

En definitiva, suplica que se estime el recurso, se declare la nulidad de la Providencia de 11 de febrero de 2022, al no haberse facilitado a su representado el expediente administrativo, lo que le ha producido indefensión y, subsidiariamente, se anule la providencia recurrida al haberse introducido apuntes contables relativos a determinadas fechas en las cuales su representado no era Secretario del Ayuntamiento de San Juan del Molinillo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en su razonado informe, impugna el recurso formulado por la representación legal del Sr. G.N. en virtud de los siguientes argumentos:

En cuanto al primer motivo de recurso, considera que el recurrente tuvo, en la configuración legal de la fase de actuaciones previas que resulta del artículo 47 de la LFTCu, plena oportunidad de tomar conocimiento de lo actuado previamente a la Liquidación Provisional, de aportar otros elementos de juicio y de alegar cuanto a su derecho considerase procedente. Tal posibilidad es la que determina que su derecho de defensa no se haya visto conculcado por la actividad de la Delegada Instructora, lo que fuerza a desestimar las alegaciones del recurrente. Su argumento resulta inoperante a los efectos de sostener que se ha producido indefensión. Alega que esta cuestión ha sido resuelta por la Sala de Justicia desde el Auto nº 67/1997, de 26 de noviembre, cuyo Fundamento Jurídico Tercero, establece que “...b) *El desaprovechamiento de tal oportunidad [vista del expediente] por no comparecencia o no formulación de alegaciones en el momento legalmente previsto, acarrea la preclusión del trámite por imperativo legal y sus posibles consecuencia negativas (en todo caso provisionales y como tales revisables en vía jurisdiccional contable) son imputables a la negligencia o inhibición del propio interesado... Faltan pues los presupuestos fáctico-jurídicos para que pueda hablarse de indefensión, ni siquiera formalmente y menos material, tal como se entiende por esta Sala...*”.

Por lo que respecta al segundo motivo de recurso, también considera que sus argumentos tampoco pueden ser acogidos, al tratarse de una cuestión que afecta al fondo del asunto y, por tanto, ajena a los motivos que, conforme al artículo 48.1 de la LFTCu, que autorizan la utilización de este medio de impugnación y que consisten en la existencia de indefensión o en la indebida denegación de actividades de investigación propuestas por el recurrente. Dicho criterio es unánime en las decisiones de la Sala de Justicia, invocando el criterio contenido en el Auto nº

32/2021, de 27 de octubre, con cita en él, asimismo, de los Autos 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre.

QUINTO.- 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 (a través de un recurso anómalo o “per saltum”) 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, puesto que 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 (LOTCu), y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento, tal y 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.

SEXTO.- Además, se debe precisar que 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, 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.

Precisamente, y en relación a la obligación legalmente exigible al órgano 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 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.

SÉPTIMO.- Teniendo presentes las anteriores premisas jurídicas, siguiendo las pautas doctrinales establecidas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala de Justicia, reflejadas en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución, se debe atender, en primer lugar, a las circunstancias relevantes que concurren en este caso concreto para atender la denuncia de indefensión realizada por la parte recurrente en el primer motivo de su recurso.

Constan acreditados en autos los siguientes extremos:

- El recurrente, mediante escrito de 25 de enero de 2022, fue citado al acto de Liquidación Provisional del expediente de Actuaciones Previas nº 1081/21 del ramo Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), ÁVILA, para el día 11 de febrero de 2022. Siendo notificado con fecha 28 de enero de 2022, según resulta de la copia del acuse de Correos que obra en la pieza de actuaciones previas.
- En la mencionada citación, se manifestó que debido a la actual situación sanitaria y a fin de evitar innecesarios desplazamientos a la sede del Tribunal de Cuentas se les enviaría, tanto al Sr. G.N., como a las demás personas y entidades interesadas en la Liquidación Provisional, en los casos que proceda, escaneado el expediente completo de las actuaciones a la citada fecha, a la

dirección de correo electrónico que facilitaran para que hasta el 7 de febrero, pudieran formular alegaciones y aportar documentos o cuantos elementos de juicio estimaren deban ser tenidos en cuenta por la Delegada Instructora. La presentación de alegaciones o la remisión de cualesquiera documentos, se habrá de realizar a través de la Sede electrónica del Tribunal de Cuentas. No consta que el recurrente haya facilitado ningún correo electrónico ni haya solicitado la remisión del expediente.

- El recurrente no compareció al acto de Liquidación Provisional, sin que en su escrito de recurso haya realizado manifestación alguna al respecto.
- Con fecha 22 de febrero de 2022, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito del Letrado de Don A.G.N. en el que ponía en conocimiento del Secretario de las actuaciones que había recibido el día 18 de febrero de 2022 diversos documentos que no se correspondían con las actuaciones que le afectaban y solicitó que se dejaran sin efecto las notificaciones practicadas y que se suspendiera la tramitación hasta que se le diera el traslado de la documentación correspondiente.
- Con fecha 23 de febrero de 2022, el secretario de actuaciones dio contestación al escrito remitido y envió electrónicamente al Letrado del Sr. G.N. escrito junto con los archivos de los siguientes documentos: la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento de la misma fecha; notificación de la Providencia conteniendo el Acuerdo de subsanación de fecha 14 de febrero de 2022; y la notificación de la Providencia de requerimiento de pago o afianzamiento, debidamente rectificada, en dicha fecha, otorgándose nuevo plazo el recurrente.

Para determinar si se ha causado indefensión al Sr. G.N., habrá que analizar si se le ha privado de la posibilidad de ser oído o se le ha imposibilitado la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos. En el presente caso, consta que la Delegada Instructora, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu, practicó la citación en forma a todos los presuntos responsables para el acto de la Liquidación Provisional, de tal manera que tanto antes de la comparecencia para la práctica de dicha Liquidación como durante el desarrollo de la misma, todos los presuntos responsables, incluido el recurrente, disponían de plena capacidad para realizar alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio que considerasen pertinentes en defensa de sus derechos e intereses legítimos e incluso proponer la práctica de otras diligencias de averiguación.

El Sr. G.N. no compareció a la Liquidación Provisional, no formuló alegaciones en defensa de sus derechos y es a través de la vía de este recurso especial cuando impugna ante la Sala la legalidad de la Providencia recurrida. No se ha producido indefensión material -en el sentido que manifiesta la doctrina constitucional

anteriormente expuesta ya que, en ningún caso, se le ha privado de la posibilidad de estar presente en el expediente previo, no consta que se le haya denegado la práctica de diligencia alguna, ni se le ha impedido que alegase lo que estimase oportuno en defensa de su derecho. Cuestión distinta es que el recurrente no haya querido comparecer ni realizar alegaciones en defensa de su derecho en el momento procedente y, posteriormente, cuando se le ha notificado el Acta de Liquidación en el que ha resultado presunto responsable de un perjuicio a los fondos públicos es cuando ha impugnado la Providencia de requerimiento de pago, alegando indefensión por vulneración de su derecho a la defensa por falta de notificación del expediente.

La Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas ha venido sosteniendo en doctrina consolidada, entre otros, Auto nº 67/1997, de 26 de noviembre –como alega el Ministerio Fiscal en su informe–, que los intervinientes en un procedimiento no pueden basar su pretensión de indefensión cuando no ha sido consecuencia de ninguna actuación imputable al órgano jurisdiccional, sino a su propia conducta procesal. En un supuesto idéntico estableció: *“Para rechazar dentro de este ámbito el único motivo que cabe dentro de los supuestos previstos por la Ley la alegada indefensión basta con reiterar lo dicho por la Sala al resolver recursos similares con anterioridad (Autos de 29 de marzo y 26 de julio de 1996, 3 de octubre de 1997, etc.). Esto es: a) La regulación que la Ley hace de este especial procedimiento sumario no impone que el Instructor, en ningún caso, tenga que dar traslado al imputado de las diligencias preventivas del alcance o de la documentación complementaria aportada. La vista del expediente viene referida a la audiencia con motivo de la liquidación provisional en cuyo momento puede y debe alegarse cuanto convenga a sus intereses o derecho, incluido un término para información o estudio del expediente o práctica de diligencias. b) El desaprovechamiento de tal oportunidad [vista del expediente] por no comparecencia o no formulación de alegaciones en el momento legalmente previsto, acarrea la preclusión del trámite por imperativo legal y sus posibles consecuencia negativas (en todo caso provisionales y como tales revisables en vía jurisdiccional contable) son imputables a la negligencia o inhibición del propio interesado... Faltan pues los presupuestos fáctico-jurídicos para que pueda hablarse de indefensión, ni siquiera formalmente y menos material, tal como se entiende por esta Sala...”.*

Además, dicha Sala acoge la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 118/1993, de 29 marzo (Recurso de Amparo nº 2181/1990), que en el - Fundamento de Derecho. 4- “establece ...**En cualquier caso, la indefensión no puede venir motivada por la propia postura, negligente o torpe de quien la alegue** [SSTC 68/1986; 54/1987; 102/1987 y 188/1987; 34/1988 y 205/1988; 166/1989 y 191/1989], **ni menos aún si por parte del afectado existe ánimo deliberado de colocarse al margen del proceso**, pues tuvo conocimiento de él y con una exigible diligencia pudo comparecer [SSTC 198/1987 y 34/1988], situación cuyos rasgos

esenciales guardan la suficiente semejanza con la que es objeto de nuestra atención en este momento. En definitiva, la tutela judicial se prestó con plena efectividad sin menoscabo alguno de quien ahora se alza en amparo, que por tanto ha de serle negado...”

Y la seguida en la Sentencia nº 153/1993, de 3 de mayo (Recurso de Amparo núm. 2591/1990), cuando añade en el Fundamento de Derecho. 3- : “... **la indefensión que proscribe el art. 24.1 de la Constitución es la que resulta imputable al Tribunal que debe prestar tutela a los derechos e intereses en litigio, pero no la que nace de la propia conducta de la persona afectada** [STC 109/1985, 64/1986, 102/1987, 205/1988 y 48/1990] ...”.

La Instructora ha actuado de manera correcta y, practicada la Liquidación, le notificó la copia del Acta y el resto de las providencias dictadas, lo que ha permitido al recurrente interponer el recurso que ahora se resuelve y hacer alegaciones en descargo de su responsabilidad respecto al fondo del debate planteado, por lo que no cabe aducir indefensión. Todo ello unido a que nos movemos en la fase previa, en la que sin prejuzgar nada, si la pretensión llega a ejercitarse en el proceso contable, el Sr. G.N. podrá desplegar todos sus derechos procesales, proponer y aportar las pruebas que considere oportunas en defensa de sus derechos e intereses.

Por todo ello, debe desestimarse el primer motivo del recurso, al no concurrir indefensión material, requisito para su estimación.

OCTAVO.- En el segundo motivo del recurso la parte recurrente muestra su disconformidad con las conclusiones a las que llegó el órgano instructor, pues destaca que Don A.G.N. tomó posesión en el Ayuntamiento de San Juan del Molinillo el día 4 de abril de 2016, jubilándose el día 10 de agosto de 2018, tal y como se acredita con el documento que acompaña a su recurso, suscrito por el Director de Administración Local de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León, de fecha 23 de enero de 2022.

En definitiva, denuncia que se ha considerado responsable al recurrente en relación con un periodo en el que no se encontraba prestando servicios en el Ayuntamiento, por lo que deberían excluirse del supuesto alcance determinadas cantidades.

El recurrente al no comparecer al Acta de Liquidación no realizó alegaciones en defensa de sus derechos, ni aportó documento alguno, que pudieran haber sido objeto de examen y valoración, en ese momento, por la Delegada Instructora, y que hubieran quedado reflejados en el Acta de Liquidación Provisional, y ahora por la vía del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu discrepa y pretende impugnar el contenido de las conclusiones de la citada Liquidación respecto a la existencia de responsabilidad contable.

Cabe señalar al respecto, que la Delegada Instructora en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47.1 c) en la práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables, conforme consta en la página 13 del Acta de Liquidación Provisional obrante en autos, ha solicitado al Ayuntamiento de San Juan del Molinillo que certificara las personas que intervinieron en los hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable en el periodo comprendido entre 2016 y 2018, y por lo que respecta a la presunta responsabilidad en que pudiera haber incurrido el Sr. G.N., conforme consta en la página 12, la última tasa liquidada fue la correspondiente al 25 de mayo de 2018.

Sin perjuicio de lo anterior, el argumento alegado por el recurrente en el segundo motivo del recurso no puede ser acogido, ya que cualquier discrepancia con las conclusiones alcanzadas por la Instructora sobre la determinación, de manera previa y provisional, de los elementos subjetivos y objetivos de la responsabilidad, son cuestiones que afectan al fondo del asunto, que han de ser analizadas en el procedimiento de reintegro que en su caso se desarrolle, y resultan ajenas a los motivos que, conforme al artículo 48.1 de la Ley 7/1988, autorizan la utilización de este medio de impugnación, y que consisten en la existencia de indefensión o en la indebida denegación de actividades de investigación propuestas por el recurrente.

La jurisprudencia de esta Sala de Justicia, como resulta del reciente Auto 32/2021, de 27 de octubre, ha reconocido de manera unánime, que las alegaciones que se refieren a cuestiones de fondo 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. Rechaza, la Sala, 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 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” (v. Autos11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre).

Por ello, tratándose la alegación del recurrente de una cuestión de fondo debe ser desestimado el segundo motivo del recurso.

NOVENO.- 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 art. 48.1 de la LFTCu, interpuesto por la representación Letrada de Don A.G.N. contra la Providencia de requerimiento de

pago, depósito o afianzamiento, de fecha 11 de febrero de 2022, subsanada por Providencia de fecha 14 de febrero de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas n° 1081/21 del ramo Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), ÁVILA.

DÉCIMO- 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 Miguel Ángel Sánchez Caro, actuando en nombre y representación de Don A.G.N. contra la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de fecha 11 de febrero de 2022, subsanada por Providencia de fecha 14 de febrero de 2022, dictadas por la Sra. Delegada Instructora en las Actuaciones Previas n° 1081/21 del ramo Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), ÁVILA. 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 18/2022, de 21 de septiembre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 13/22. Actuaciones Previas nº 1062/21. Ramo: Sector Público Autonómico (Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Educación Infantil y Primaria. Colegio Público “Pedro Duque”). Madrid. Ponente: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La Sala desestima el recurso interpuesto contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago dictadas en las Actuaciones Previas.

- 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 y destaca que, atendiendo a las circunstancias que concurren en este caso, no se ha producido indefensión y la actuación del órgano instructor fue correcta.
- La Sala razona la desestimación de la alegación de indefensión respecto a la declaración de responsabilidad subsidiaria apreciada. Entiende que el órgano de instrucción ha motivado de forma suficiente y adecuada las razones por las que ha considerado de forma provisional la existencia de la misma, a partir de datos y consideraciones objetivas y sin entrar a valorar los aspectos subjetivos de la actuación, que le están vedados. Con ello se ha ajustado a los requisitos de motivación de las resoluciones recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y que, para el caso concreto de las Liquidaciones Provisionales, ha plasmado esta Sala de Justicia en resoluciones como el Auto de 23 de julio de 2003, entre otros.

Aplica la doctrina de la Sala de Justicia (por todos, Auto nº 28/2021, de 14 de octubre) que ha venido reiterando, que 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 proceso los argumentos que estimen más adecuados para la defensa de sus derechos e intereses.

También analiza el hecho de que el declarado responsable contable directo consignara la cantidad objeto de presunto alcance y destaca que la asunción de la doctrina de la Sala que determina que, incluso si se hubiera hipotéticamente producido un reintegro definitivo de las cantidades la exención de responsabilidad contable no podría decretarse en sede de este recurso, puesto que el sobreseimiento está legalmente reservado a la primera instancia.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 18/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 13/22. Actuaciones Previas nº 1062/21. Ramo: Sector Público Autonómico (Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Educación Infantil y Primaria. Colegio Público “Pedro Duque”). Madrid.

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

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

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 la Procuradora de los Tribunales D^a. Gloria Berlinches González actuando en nombre y representación de Doña S.R.R.G., bajo la dirección letrada de D^a Silvia Martínez Domingo, contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas el día 21 de febrero de 2022 en las actuaciones previas nº 1062/2021, del ramo de sector público autonómico (Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Educación Infantil y Primaria. Colegio Público “Pedro Duque”), Madrid.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez.

II. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 21 de febrero de 2022, el delegado instructor de las actuaciones previas nº 1062/2021 practicó liquidación provisional en la que declaró, de forma previa y provisional:

- La existencia de un alcance en los fondos del Colegio Público Pedro Duque, de Madrid, por importe de 9.927,40 €, correspondiendo 9.328,80 € al principal y 598,60 € a los intereses.
- La responsabilidad contable directa de Don D.G.R., director del Colegio Público Pedro Duque.
- La responsabilidad contable subsidiaria de Doña S.R.R.G., secretaria del Colegio Público Pedro Duque.

SEGUNDO.- El día 22 de febrero de 2021 el delegado instructor dictó providencia requiriendo a Don D.G.R. y a Doña S.R.R.G. para que, en el plazo de veinte días hábiles, procedieran a reintegrar, depositar o afianzar, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe del alcance estimado en 9.927,40 €, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes de no atender a lo requerido.

TERCERO.- La representación de Doña S.R.R.G. presentó el día 15 de marzo de 2022 el recurso previsto por el art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu) contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, dictadas en las actuaciones previas nº 1062/2021 y reseñadas en los apartados anteriores.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 17 de marzo de 2022, se abrió el correspondiente Rollo de la Sala con el nº 13/22, se recabaron del delegado instructor los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso y, estando formada la Sala de Justicia por las Consejeras/o de Cuentas Excm.a Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó; Excm.a Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez; y Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, se nombró ponente siguiendo el turno establecido a la Excm.a Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez.

QUINTO.- Recibidos los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso, por diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2022 se acordó dar traslado de copia del recurso a todos los citados a la liquidación provisional, para que por plazo común de cinco días pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- El Fiscal presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2022 mediante el cual impugnó el recurso presentado por la representación de Doña S.R.R.G. Señaló que no concurría ninguno de los dos motivos tasados legalmente que pudieran conducir a estimar el recurso, por lo cual interesó su desestimación.

No presentaron alegaciones ni el representante legal de la Comunidad de Madrid, titular de los fondos presuntamente menoscabados, ni el representante de Don D.G.R., ambos debidamente notificados de la diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2022.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 7 de abril de 2022 se declaró concluso el procedimiento acordando dar traslado de los autos a la Consejera Ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución.

La remisión de los autos a la Consejera ponente se hizo efectiva el día 19 de abril de 2022, extendiéndose diligencia de constancia con la misma fecha.

OCTAVO.- Mediante providencia de 12 de septiembre de 2022 se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

(1) Para la adecuada comprensión del recurso interpuesto por la representación de Doña S.R.R.G., cuya resolución corresponde a esta Sala de Justicia con arreglo a los arts. 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, es imprescindible hacer referencia a las manifestaciones del delegado instructor de las actuaciones previas nº 1062/2021, consignadas en el acta de liquidación provisional levantada el 21 de febrero de 2022, así como a la documentación obrante en dichas actuaciones.

(2) Resulta de ellas que, con fecha 5 de julio de 2019, la actual recurrente realizó una denuncia ante la Dirección General de la Policía (Dependencia de Madrid-Ciudad Lineal; atestado nº 12586/19), manifestando que, al ir a grabar en el programa de gestión económica del Colegio Público Pedro Duque una factura, la cual le había entregado el director de dicho centro educativo para que procediera a su pago, advirtió que dicha factura era falsa, pues la empresa que figuraba en ella como proveedora negó haberla emitido y, además, el número de cuenta bancaria que figuraba en la factura para realizar el pago no era una cuenta de la empresa supuestamente emisora de la factura. Alertada por ello, procedió a revisar otras facturas recientemente pagadas y comprobó que en siete facturas que le había entregado el director del colegio, aparentemente de cinco proveedores distintos, figuraba el mismo número de cuenta bancaria en todas ellas.

(3) Con fecha de 27 de julio de 2019 la actual recurrente Doña S.R.R.G. amplió su declaración en sede policial, manifestando que el entonces director del Colegio Público Pedro Duque, Don D.G.R., había reconocido ante las autoridades educativas ser el titular de la cuenta bancaria donde se abonaban las facturas que él mismo entregaba a la Sra. R.G., secretaria del centro educativo, para que fueran tramitadas y pagadas. Admitió igualmente el Sr. G. que, además del importe de las citadas

facturas, se había apropiado de ciertas cantidades de dinero de la caja fuerte del colegio, sin reponer dicho efectivo ni justificar su uso en fines propios del centro.

(4) Figura como soporte de lo anterior un escrito de 9 de julio de 2019 en el que Don D.G.R. reconoce «tener problemas personales con adicción al juego y ello le ha ocasionado que necesite dinero, siendo así que ha creado por sus propios medios las facturas en cuestión, siendo por ello falsas, y de este modo le proporcionarían unos ingresos con los que afrontar deudas por el citado problema personal».

(5) Consta por otra parte que por estos hechos se siguen actuaciones penales en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid (Diligencias Previas 1912/2019) en las cuales figura como investigado Don D.G.R. por delito de malversación, sin que a fecha de hoy conste el resultado de las mismas en este Tribunal de Cuentas.

(6) La Intervención General de la Comunidad de Madrid emitió un informe el 10 de marzo de 2021 en el que identificó tanto el importe del alcance de fondos en el Colegio Público Pedro Duque como sus presuntos responsables. Remitido este informe al Tribunal de Cuentas, mediante escrito de la Interventora General de la Comunidad de Madrid, motivó las actuaciones previas nº 1062/21, en las cuales la Sra. R.G. fue debidamente citada con fecha 24 de enero de 2022.

(7) En ellas se levantó el acta de liquidación provisional de 21 de febrero de 2022, ahora impugnada, que estimó un alcance por importe de 9.927,40 € del que declaró responsable directo a Don D.G.R. y responsable subsidiaria a Doña S.R.R.G.

(8) Comparecieron a la práctica de la liquidación el Ministerio Fiscal y el Letrado D. Víctor Villar Martínez en representación de Don D.G.R. Interesa destacar que la representación del Sr. G. R. no se opuso a la liquidación, si bien alegó que los hechos expuestos en el acta no eran generadores de responsabilidad contable, puesto que su representado había procedido a la devolución de la cantidad sustraída. El Ministerio Fiscal, por su parte, se mostró conforme con la liquidación. No asistió al acto de práctica de la liquidación Doña S.R.R.G., que había sido citada al efecto.

SEGUNDO.- Motivos alegados para fundamentar el recurso.

(9) La representación de Doña S.R.R.G. impugnó el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago mediante un escrito presentado el día 15 de marzo de 2022, al que siguió otro escrito, presentado el 22 de marzo de 2022, de ampliación del recurso a una notificación recibida por ella el día 21 de marzo de 2022. La recurrente fundamentó su recurso en los siguientes motivos.

- Se ha causado indefensión al citarse a la ahora recurrente a la práctica de la liquidación provisional en forma tal que no pudo formular alegaciones.

- Se imputa a la recurrente una responsabilidad subsidiaria por el alcance en los fondos del centro educativo sin que se aprecien razones suficientes para ello.
- El delegado instructor no ha practicado las diligencias de prueba necesarias para fundamentar la opinión sobre la existencia de alcance que expresa en el acta de liquidación.

TERCERO.- Análisis de la eventual indefensión causada en la citación.

(10) La indefensión es uno de los dos motivos tasados que pueden justificar la estimación del recurso contemplado por el art. 48.1 de la LFTCu. El concepto de indefensión que contempla este artículo es el elaborado por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del art. 24.1 de la Constitución y que esta Sala de Justicia ha acogido sin ambages de forma reiterada, de lo que es muestra entre otros muchos el Auto 23/2021, de 23 de junio. Como señala el Tribunal Constitucional, se trata de «una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales» (STC 155/2019, de 28 de noviembre).

(11) Como tal noción material y al estar construida con ocasión del art. 24.1 de la CE, el concepto de indefensión necesariamente exige un perjuicio real y efectivo a los intereses del afectado por ella y es, a la vez, más amplio que el derecho de defensa entendido éste como el derecho a un principio de contradicción y de igualdad de partes, de alegación, acreditación y de réplica dialéctica contradictoria. El derecho 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. Así lo ha sostenido esta Sala de Justicia en su reciente auto nº 6/2022, de 8 de abril.

(12) En el caso que nos ocupa, la recurrente afirma que fue citada para declarar en calidad de testigo en las Diligencias Previas nº 1912/2019 que se tramitan en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid por delito de malversación. Manifiesta que no llegó a declarar por haberse declarado el director del centro culpable de los hechos y comprometerse a depositar el dinero. Esta citación se produce el 29 de octubre de 2019 y, desde entonces, consideró el asunto cerrado. Cuando recibió una citación del Tribunal de Cuentas el día 24 de diciembre de 2021 para realizar alegaciones y acceder al expediente, decidió no comparecer dado el resultado del procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid. Manifiesta igualmente Doña S.R.R.G. en su escrito de recurso que «en enero se recibe de nuevo una notificación voluntaria para la liquidación provisional en el Tribunal de Cuentas el 24 de enero de 2022, con la que tampoco venía ningún tipo de documentación que no es atendida, al dar por hecho Doña S.R. que era un asunto cerrado, nunca haber recibido ningún tipo de documentación ni ser consciente de acusación de responsabilidad referida a ella». Concluye razonando el escrito de recurso que «dichos hechos suponen una clara indefensión a mi representada, quien es una persona lega en Derecho, y estando en fiel creencia de que el procedimiento relativo a los hechos referidos estaba finalizado tras reconocerse por el Director la culpabilidad de los hechos indicados».

(13) El delegado instructor hizo constar en el acta de liquidación provisional que «por lo que respecta al ejercicio del derecho de defensa por parte de Doña S.R.R.G., conviene poner de relieve que le fue debidamente notificado el acceso al expediente y el derecho a formular alegaciones, según consta en este expediente, el 24 de diciembre de 2021, y a fecha de la firma de la presente liquidación provisional la presunta responsable no ha formulado alegación alguna manifestando lo que estime adecuado a su derecho».

(14) Considera esta Sala que no se ha producido ningún tipo de indefensión a la recurrente, puesto que se le notificó en debida forma, según ella misma reconoce, la posibilidad de acceder al expediente, su derecho a realizar alegaciones y, por supuesto, la posibilidad de comparecer y asistir al acto de liquidación provisional, por sí o por medio de representante debidamente acreditado para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La actuación del órgano instructor debe reputarse correcta y, si Doña S.R.R.G. hizo caso omiso de las dos notificaciones procedentes del Tribunal de Cuentas que recibió sucesivamente, por entender quizá que en nada podían afectarle, este error de apreciación que sufrió no puede convertirse en motivo para sostener que la actuación del órgano instructor le causó indefensión.

(15) Procede, en suma, desestimar el recurso presentado en lo tocante a la pretendida indefensión causada por el hecho de que no se le proporcionara información o documentación. Como señala el Ministerio Fiscal, la recurrente podía haber tomado

conocimiento de la causa ante las dos notificaciones recibidas y realizar alegaciones, cosa que no hizo, por lo que no puede ahora alegar indefensión.

CUARTO.- Imputación de responsabilidad contable subsidiaria a la recurrente.

(16) Considera la recurrente Doña S.R.R.G. que el órgano instructor le imputa una responsabilidad subsidiaria por el alcance en los fondos del centro educativo, sin que se consignen en el acta de liquidación provisional razones suficientes para dicha imputación, pues no se ha advertido un cumplimiento negligente de sus obligaciones. Debe analizarse esta alegación de la recurrente, habida cuenta que la exigencia de motivación en las resoluciones administrativas es ineludible porque no basta para satisfacer las exigencias constitucionales de proscripción de indefensión, de que es trasunto el contenido del artículo 48.1 LOTCu cuando permite el acceso al recurso por esa causa, limitarse a expresar consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de una u otra institución. Por el contrario, es necesario que el ciudadano conozca siquiera con un mínimo, pero suficiente detalle, los criterios y razones por los que su petición se rechaza o se admite. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 2012, rec. 4988/2010, al remitirse a la de 26 de junio de 2012, rec. 4998/2010, recogiendo otras anteriores «ciertamente, el de motivación de la resolución administrativa no es un rito carente de sentido, ni, sólo, un deber de cortesía para con los administrados, sino una exigencia que tiene como finalidad lograr el convencimiento del interesado respecto la corrección y justicia de la decisión, así como mostrar que la aplicación del Derecho al caso concreto se halla libre de toda arbitrariedad; es necesario, pero a la vez suficiente, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico».

(17) Debemos traer a colación de forma expresa la STS de 14 de octubre de 2008, rec. 679/2006, que reproduce las fundamentaciones de la de 31 de octubre de 1995 cuando, a propósito de la motivación, señala que «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».

(18) Sostiene la recurrente que no es razonable imputarle ningún tipo de responsabilidad contable, ni siquiera de naturaleza subsidiaria, puesto que fue ella quien denunció los hechos, como consta acreditado en las presentes actuaciones, cosa que evidencia la ausencia total de dolo o culpa. Pues bien, la Sala debe recordar a este respecto que, si bien el delegado instructor debe determinar y citar a las personas que considere presuntamente responsables del alcance, sea a título de responsabilidad directa o subsidiaria, el análisis y determinación de la existencia del elemento subjetivo definidor de la responsabilidad contable no se verifica en las actuaciones previas por el delegado instructor al tratarse de una tarea estrictamente judicial. Si el acta de liquidación se hubiera manifestado sobre la posible concurrencia de dolo o negligencia grave en la actuación de las personas presuntamente responsables, hubiera rebasado el objeto propio de una liquidación provisional, pues afectaría a aspectos subjetivos de la responsabilidad contable que no deben dirimirse en fase de actuaciones previas sino en las posteriores instancias jurisdiccionales. Así lo establece una doctrina muy consolidada de esta Sala de Justicia, pudiendo citarse desde el auto nº 9/1995, de 23 de febrero, hasta resoluciones más recientes como el auto 6/2022, de 8 de abril de 2022, coincidentes en la misma doctrina.

(19) Siendo ésta una doctrina consolidada de la Sala de Justicia, resulta palmario que el delegado instructor actuó correctamente al no valorar el aspecto subjetivo de la actuación de la ahora recurrente. De la lectura del acta de liquidación se desprende que Doña S.R.R.G. intervino en las actuaciones administrativas que llevaron al pago de las facturas cuestionadas, puesto que «era responsable de ordenar el régimen económico del centro, de conformidad con las instrucciones del director, realizar la contabilidad y rendir cuentas ante las autoridades competentes». El delegado instructor manifiesta que el hecho de que Doña S.R.R.G. fuera responsable del régimen económico-financiero del centro docente, implica que, prima facie, incurra en una posible responsabilidad contable por el daño causado a los fondos públicos, de naturaleza subsidiaria respecto de la responsabilidad directa de quien fuera director del centro educativo.

(20) En suma, el órgano de instrucción ha motivado de forma suficiente y adecuada las razones por las que ha considerado de forma provisional a la actual recurrente como responsable contable subsidiaria, a partir de datos y consideraciones objetivas y sin entrar a valorar los aspectos subjetivos de su actuación, que le están vedados. Con ello se ha ajustado a los requisitos de motivación de las resoluciones recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y que, para el caso concreto de las liquidaciones provisionales de los procedimientos de reintegro por alcance, ha plasmado esta Sala de Justicia en resoluciones como el Auto de 23 de julio de 2003, seguido de muchos otros. Al existir motivación jurídica suficiente, no cabe apreciar indefensión. Por otra parte, esta Sala de Justicia (por todos, auto nº 28/2021, de 14 de octubre) ha venido reiterando de manera uniforme

que 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 proceso los argumentos que estimen más adecuados para la defensa de sus derechos e intereses.

QUINTO.- Análisis de la eventual omisión injustificada de diligencias.

(21) En el escrito de recurso se alega genéricamente que el delegado instructor no ha practicado las diligencias de prueba necesarias para fundamentar la opinión sobre la existencia de alcance que expresa en el acta de liquidación. Singularmente se refiere al hecho de que las cantidades reclamadas han sido consignadas por el responsable contable directo en la cuenta de consignaciones que la propia parte refirió en el procedimiento (Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid), lo cual llevaría a emitir nueva liquidación provisional eximiendo de responsabilidad alguna a la recurrente. Procede analizar este extremo en concreto.

(22) En el curso de las actuaciones penales en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid (Diligencias Previas 1912/2019) Don D.G.R., que figura como investigado por delito de malversación, consignó el día 13 de septiembre de 2019 el importe de 8.610,84 € como pago y devolución de la cantidad reclamada por la Comunidad de Madrid. Al practicarse posteriormente en el Tribunal de Cuentas la liquidación provisional del alcance, estimada en 9.927,40 €, el Sr. G. solicitó del Juzgado nº 2 de Instrucción, el día 22 de febrero de 2022, que se transfirieran los 8.610,84 € que consignó en dicho juzgado a la cuenta de depósitos designada por el Tribunal de Cuentas.

(23) En el acta de liquidación provisional, practicada el día 21 de febrero de 2022, el delegado instructor manifestó que de la documentación presentada por el presunto responsable contable Don D.G.R. no podía concluirse que se hubiera ingresado en el patrimonio de la Comunidad de Madrid la cuantía correspondiente al daño resarcible objeto de las actuaciones previas. La actual recurrente no compareció en la práctica de la liquidación provisional, ni solicitó que se completaran diligencias de ninguna clase, por lo cual no puede ahora fundamentar su recurso en una omisión injustificada de diligencias por parte del órgano instructor.

(24) Por otra parte, y a efectos puramente dialécticos, debemos señalar que, aunque el responsable contable directo hubiera reintegrado el importe total del alcance (art. 79.1.c de la LFTCu) la exención de responsabilidad que solicita Doña S.R. en su escrito de recurso no puede decretarse ni por el delegado instructor de las actuaciones previas ni por esta Sala a través del presente recurso. Las posibilidades de sobreseimiento por haberse indemnizado los daños y perjuicios ocasionados a los caudales y efectos públicos están legalmente reservadas a los Consejeros y

Consejeras de Cuentas en la instancia jurisdiccional, de acuerdo con el art. 79 de la LFTCu (Auto 6/2021, de 21 de abril).

SEXTO.- Inadmisibilidad del recurso y costas.

(25) De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia debe 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 la representante procesal de Doña S.R.R.G., contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas el día 21 de febrero de 2022 en las actuaciones previas nº 1062/2021, del ramo de sector público autonómico (Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Educación Infantil y Primaria. Colegio Público “Pedro Duque”).

(26) En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

LA SALA ACUERDA:

1º.- 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 la representante procesal de Doña S.R.R.G., contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas el día 21 de febrero de 2022 en las actuaciones previas nº 1062/2021, del ramo de sector público autonómico (Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Educación Infantil y Primaria. Colegio Público “Pedro Duque”), confirmando la resolución recurrida.

2º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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 n° 19/2022, de 22 de septiembre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 14/22. Actuaciones Previas n° 1081/21. Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo) Ávila. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala desestima el recurso interpuesto contra la Providencia de embargo de bienes y derechos dictada en Actuaciones Previas.

Se hace 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 Sala, con especial incidencia en el concepto de indefensión material, según establece la jurisprudencia constitucional, aceptada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

- Razona la Sala que la decisión del órgano instructor no causa indefensión al recurrente. Se afirma que el concepto de indefensión que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu, según la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta el 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 (Sentencia 178/1998, de 14 de septiembre), y, asimismo, el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho.
- La Sala sostiene que la actuación del órgano instructor de las actuaciones previas ha sido correcta, en cuanto a la tramitación del embargo, por cuanto es genérico, mediante una interpretación conjunta del artículo 47.1, g) de la LFTCu con el artículo 75 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, con aplicación de la anteriormente citada jurisprudencia constitucional.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 19/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 14/22
Actuaciones Previas n° 1081/21
Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo)
Ávila

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excmo. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

En el recurso referenciado, la Sala de Justicia, integrada como se expresa al margen, 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 Letrado don Miguel Ángel Sánchez Caro, en nombre y representación de Don A.G.N., contra la providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 17 de marzo de 2022, dictada en las Actuaciones Previas n° 1081/21, Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), Ávila.

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.- Mediante providencia de fecha 11 de febrero de 2022, se requirió, a Don A.G.N., entre otros, como presunto responsable del alcance fijado en la Liquidación Provisional, para que reintegrase, depositase o afianzase la cantidad de VENTICUATRO MIL CUARENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA y TRES CÉNTIMOS (24.047,33 €), de los que corresponden 21.459,00 € al principal y 2.588,33 € a intereses, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1, letra

f), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), bajo apercibimiento de embargo.

SEGUNDO.- Por providencia de 17 de marzo de 2022, la Delegada Instructora acordó el embargo de bienes y derechos, de Don A.G.N., entre otros, en cantidad suficiente para cubrir el importe señalado en el apartado anterior de esta resolución, en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47, apartado 1. letra g), de la LFTCu, al no haberse atendido el requerimiento de pago en el plazo conferido al efecto.

TERCERO.- El 23 de marzo de 2022 se recibió en el Registro General de este Tribunal escrito del letrado don Miguel Ángel Sánchez Caro, en nombre y representación de Don A.G.N., por el que interponía el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu contra la providencia de embargo de bienes y derechos de 17 de marzo de 2022.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 25 de marzo de 2022 de la Secretaria de esta Sala de Justicia, se acordó abrir el correspondiente rollo, al que se asignó el nº 14/22, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández y remitir oficio, a la Delegada Instructora, 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 29 de marzo de 2022, acordó dar traslado de copia del recurso a todos los notificados en la providencia recurrida, a efectos de que, en su caso, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, en un plazo común de cinco días.

En el trámite conferido únicamente el Ministerio Fiscal formuló alegaciones, mediante escrito de 11 de abril de 2022, en el que puso de manifiesto que la Delegada Instructora había cumplido lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, por lo que se oponía al recurso interpuesto, así como a la solicitud del recurrente de suspender la providencia recurrida.

SEXTO.- Concluido el recurso, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 22 de abril de 2022 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de que preparase la resolución procedente. El 4 de mayo de 2022 se remitieron los mismos, conforme consta en la diligencia expedida en esa fecha.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 6 de septiembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso, rollo nº 14/2022, el día 19 de septiembre de 2022, 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 nº 14/22, 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 A.G.N. alega, que la Delegada Instructora no ha tenido en cuenta el ofrecimiento que realizó, por escrito de 15 de marzo de 2022 y para afianzar la responsabilidad que se le exigía, de la mitad indivisa de un bien inmueble. Adjuntó copia de la escritura de compraventa otorgada el 9 de mayo de 1994. El valor del inmueble supera notoriamente el importe que se le reclamaba. Por ello, considera que se han vulnerado los artículos 47.1. g) de la LFTCu y 66 del Real Decreto 939/2005, de 9 de julio, que aprobó el Reglamento General de Recaudación (RGR), que permite la constitución voluntaria de hipoteca u otra modalidad de garantía para asegurar la deuda en favor de la Hacienda Pública.

Solicita a la Sala la suspensión de la orden de embargo y la anulación de la providencia recurrida, con la consecuente retroacción del expediente, al objeto de llevar a cabo la constitución de la garantía ofrecida por su representado.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso interpuesto, señala que la providencia recurrida fue dictada en estricta aplicación de lo previsto en el artículo 47.1. g) de la LFTCu, pudiendo alegar y probar cuanto resultase oportuno a su derecho, sin que se haya producido indefensión.

Tras analizar en su escrito el ofrecimiento realizado el 15 de marzo de 2022, el Ministerio Público considera que no se ha acreditado la situación jurídica y valor actual del inmueble, por lo que el ofrecimiento hecho no garantiza el alcance provisionalmente declarado y procedía legalmente la providencia de embargo, ahora recurrida. Añade que la providencia no produce ningún perjuicio al recurrente, porque no sujeta ninguno de sus bienes a las resultas del procedimiento. Señala que no se ha producido vulneración del artículo 66 del Reglamento General de Recaudación, que permite la constitución de garantías, pero que no obliga a los delegados instructores a aceptar acríticamente las que se les ofrezcan.

Por último, el Fiscal solicita que se desestime la solicitud de suspensión de la providencia recurrida, puesto que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, no tiene con carácter general, efectos suspensivos, y no se aprecia en el presente caso que la efectividad de la providencia de embargo pueda causar perjuicio al recurrente. Razona que la materialización de una hipoteca, además de demorar la constitución

de las garantías cuya adopción ordena la ley, podría resultar más costosa para el propio recurrente que la materialización del embargo.

CUARTO.- Para resolver la pretensión 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 4/2019, de 20 de marzo, y 1/2019, de 12 de febrero) ha calificado como medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso para 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 de 17 de mayo y de 1 de julio de 2010 y 21 de junio de 2016). Conforme a su doctrina, “*se trata de un recurso 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 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 señalen o que se causare indefensión.

QUINTO.- El recurrente dirige su pretensión impugnatoria contra la providencia dictada por la Delegada Instructora el 17 de marzo de 2022, porque ésta no tuvo en cuenta el ofrecimiento que realizó de la mitad indivisa de un bien inmueble para afianzar la responsabilidad que se le exigía.

No basa, por tanto, la impugnación en ninguno de los motivos tasados del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu: que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalen o que se causaren indefensión.

El Tribunal Constitucional (STC 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*». 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 (SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, y 130/2002, de 3 de junio).

Esta Sala de Justicia también ha declarado que la indefensión es una noción material que para tener 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 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). Finalmente, 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).

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 (Sentencia 178/1998, de 14 de septiembre); y, asimismo, el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho.

En el caso de autos, la providencia de embargo de bienes y derechos ha sido dictada en cumplimiento del artículo 47, apartado 1, letra g), de la LFTCu, como parte de las actuaciones que corresponden al Delegado Instructor.

En efecto, al no haberse atendido el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, el Delegado Instructor, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, para garantizar el presunto alcance, debe proceder al embargo de bienes y derechos en la forma señalada en el RGR. Los artículos 75 y siguientes de éste regulan el procedimiento de embargo.

Como ha establecido esta Sala en un reciente Auto (8/2022, de 11 de mayo), el contenido de la providencia de embargo genérico de bienes y derechos tiene un contenido similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del RGR. Se distingue de las trabas específicas y concretas detalladas en los artículos 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del citado RGR (dinero en efectivo o de cuentas abiertas en entidades de crédito, valores, otros créditos, efectos o derechos, saldos, salarios o pensiones y bienes inmuebles y de derechos sobre éstos). Será, por tanto, en el momento en que la Delegada Instructora acuerde un embargo concreto, para garantizar el presunto alcance, cuando se deba pronunciar sobre el ofrecimiento del recurrente realizado el 15 de marzo de 2022, determinando si su valor actual es

suficiente garantía y motivando debidamente las razones que le lleven, en su caso, a rechazar tal ofrecimiento. Deberá hacerlo teniendo en cuenta que el artículo 66 del RGR permite que el deudor pueda constituir voluntariamente garantías, pero que no obliga a los delegados instructores a aceptar las que se les ofrezcan si no son suficientes para avalar el presunto daño causado a los fondos públicos.

SEXTO.- La representación del recurrente incurre en una contradicción al solicitar en su escrito de recurso, por un lado, que se anule la providencia recurrida y, por otro, que se acuerde la suspensión de la orden de embargo que contiene la misma.

En cuanto a la suspensión de la providencia, es doctrina unánime de esta Sala (por todos, Auto 1/2022, de 2 de marzo) que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión, que no se ha producido en el supuesto que nos ocupa.

Tampoco puede estimar esta Sala la solicitud de que se anule la providencia impugnada, porque la resolución dictada cumple lo dispuesto en el artículo 47, apartados 1.g) y 3, de la LFTCu y el embargo genérico de bienes y derechos no ha producido perjuicio alguno al recurrente.

SÉPTIMO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho de esta resolución, 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 letrado don Miguel Ángel Sánchez Caro, en nombre y representación de Don A.G.N., contra la providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 17 de marzo de 2022, dictada en las Actuaciones Previas nº 1081/21.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, no cabe 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 del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto por el Letrado don Miguel Ángel Sánchez Caro, en nombre y representación de Don A.G.N., contra la providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 17 de marzo de 2022,

dictada en las Actuaciones Previas nº 1081/21 Sector Público Local (Ayto. de San Juan del Molinillo), Ávila. 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 20/2022, de 22 de septiembre. Recurso de apelación nº 16/22, interpuesto contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2021, dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en la Pieza Separada de Tercería de Dominio planteada en la ejecución del procedimiento de Reintegro nº A-21/04, Sector Público Local (Ayuntamiento de Marbella), Málaga. Ponente: Excm. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero.

Resumen de doctrina:

Tras exponer la naturaleza jurídica del recurso de apelación, la Sala pone de manifiesto que el recurso del Ayuntamiento viene a reproducir esencialmente las mismas alegaciones que ya se contenían en su escrito de contestación a la demanda de tercería presentado en la primera instancia.

No obstante, por estrictas razones de tutela judicial efectiva, la Sala de Justicia entra a conocer de los motivos del recurso de apelación.

En cuanto a la pretendida falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas para conocer de la demanda de tercería de dominio, se comprueba que el recurrente vuelve a plantear los mismos motivos que fueron alegados en su recurso de reposición contra el decreto de admisión de la tercería y que ya fueron rechazados motivadamente y en ninguno de los artículos citados por el recurrente, sin embargo, se afirma que las tercerías de dominio sólo puedan ser enjuiciadas por la jurisdicción civil.

A estos efectos la Sala cita el artículo 17 de la LOTCu, que atribuye a los órganos de la jurisdicción contable el conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales y se extiende también a aquellas que pueden plantearse en ejecución de sentencia, como así se desprende de la regulación contenida en el artículo 85.1 de la LFTCu y en los artículos 61 y 599 de la LEC.

Asimismo, la Sala desestima las alegaciones referidas a la existencia de abuso de derecho o de fraude de Ley.

Finalmente, en relación con el principio de congruencia alegado, también es desestimado, toda vez que con independencia de los efectos de la fe pública registral, los embargos existen desde que son válidamente ordenados por la autoridad competente.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N.º 20/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n.º 16/22, interpuesto contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2021, dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en la Pieza Separada de Tercería de Dominio planteada en la ejecución del procedimiento de Reintegro n.º A-21/04, Sector Público Local (Ayuntamiento de Marbella), Málaga.

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.

SALA DE JUSTICIA:

Excma. Sra. Dña. Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

Excma. Sra. Dña. Elena Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a 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, el siguiente

AUTO

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2021, dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en la Pieza Separada de Tercería de Dominio planteada en la ejecución del procedimiento de Reintegro n.º A-21/04, Sector Público Local (Ayuntamiento de Marbella), Málaga.

Ha sido parte apelante el Ayuntamiento de Marbella, representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ortega Fuentes; y parte apelada la mercantil S.C.F.I., S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Dña. Elena Hernández Salguero, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Pieza Separada de Tercería de Dominio planteada en la ejecución del procedimiento de Reintegro n.º A-21/04, Sector Público Local (Ayuntamiento de Marbella), Málaga, que fue instada por la S.C.F.I., S.A., se dictó Auto de 11 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva establecía lo siguiente:

*“**PRIMERO.-** Estimar la demanda de tercería de dominio interpuesta por la representación procesal de la S.C.F.I., S.A. y declarar que la titularidad de las fincas de dicha sociedad, embargadas en el presente procedimiento, pertenece a la demandante.*

***SEGUNDO.-** Alzar el embargo acordado mediante Auto de 15 de febrero de 2013 dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso de apelación N.º 1/12, sobre las fincas propiedad de la S.C.F.I., S.A. y, una vez adquirida firmeza el presente Auto, expedir mandamiento a los Registros de la Propiedad ordenando la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo.*

***TERCERO.-** Sin costas”.*

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por el Ayuntamiento de Marbella, por medio de escrito que tuvo entrada el 4 de junio de 2021.

TERCERO.- Por medio de Diligencia de Ordenación de 29 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Marbella y se dio traslado del mismo a la S.C.F.I., S.A. a fin de que en el plazo de quince días pudiese oponerse al mismo.

CUARTO.- Por medio de escrito presentado el 21 de julio de 2021, la S.C.F.I., S.A. formuló escrito de oposición a la apelación.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 17 de septiembre de 2021, se admitió el escrito de oposición a la apelación, se dio traslado del mismo al Ayuntamiento de Marbella, se elevaron los autos a la Sala de Justicia y se emplazó a las partes para que comparecieran en el plazo de treinta días.

SEXTO.- El Ayuntamiento de Marbella se personó por medio de escrito presentado el 22 de septiembre de 2021

SÉPTIMO.- La mercantil S.C.F.I., S.A. se personó por medio de escrito presentado el 23 de septiembre de 2021.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaría de la Sala de Justicia, de fecha 19 de abril de 2022, se abrió el correspondiente rollo y se nombró ponente a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas doña Elena Hernández Salguero; asimismo, se declaró concluso el recurso y se pasaron los autos a la Consejera ponente fin de que preparase la pertinente resolución.

NOVENO.- Por providencia de fecha 6 de septiembre de 2022, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

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.- El Ayuntamiento de Marbella funda su recurso de apelación en los siguientes motivos:

1.- Falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas para conocer de la demanda de tercería de dominio, que correspondería a la jurisdicción civil; el apelante alega que el Tribunal de Cuentas no podría conocer de la tercería de dominio ni aún como cuestión prejudicial o incidental, citando en apoyo de sus razonamientos los siguientes artículos: 16 y 17 de la LOTCU; 49.2 de la LFTCU; 9.1 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); y 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Y en lo que a la jurisprudencia se refiere, cita el Auto de esta Sala de Justicia n.º 26/2005 (recurso del artículo 48.1 de la LFTCU, procedente de las Actuaciones Previas n.º 42/2004) y la Sentencia de esta Sala n.º 12/1998, dictada en el recurso de apelación 68/1997 (procedimiento de reintegro por alcance 75/1995; pieza Separada de Tercería de Dominio).

2.- Vulneración del artículo 399.1 de la LEC por cuanto la demanda no identificaba al demandado o demandados, así como del artículo 598.2 de la LEC al no haberse exigido al tercerista caución por los daños y perjuicios que la suspensión de la ejecución del bien objeto de la tercería podría ocasionar al acreedor ejecutante.

Junto a lo anterior, el apelante alega la falta de legitimación activa de la S.C.F.I., S.A. como demandante de la tercería, razonando que dicha sociedad mercantil no es un “tercero”, tal y como se exige por la normativa vigente (artículos 595 y siguientes de la LEC) y la jurisprudencia concordante, sino que su personalidad se

confundiría con la de los ejecutados (los hermanos G.M.), que heredaron las acciones de la S.C.F.I., S.A. en el momento del fallecimiento de Don J.G.M., motivo por el cual la Sala de Justicia ordenó el embargo de las mismas.

Por lo anterior, añade el Ayuntamiento apelante que, en definitiva, no es posible sostener que las fincas embargadas, objeto de la tercería de dominio, pertenecen a la S.C.F.I., S.A. en cuanto sociedad mercantil con personalidad jurídica propia, ya que en el supuesto enjuiciado se ha empleado un mecanismo para obtener un fin fraudulento consistente en eludir la responsabilidad contable directa de determinados socios.

3.- En el recurso de apelación del Ayuntamiento también se impugna la desestimación de la existencia de abuso de derecho por retraso desleal, pues entre la fecha del embargo de las fincas, el 15 de febrero de 2013, y el momento de la presentación de la tercería, habría pasado un tiempo excesivo durante el cual se habría generado una confianza legítima, que habría sido destruida por el ejercicio desleal de un derecho sin cumplir con las exigencias de la buena fe del artículo 7.1 del Código Civil.

4.- Asimismo, en el recurso de apelación del Ayuntamiento también se impugna la desestimación de la existencia de abuso de derecho y de fraude de ley en la presentación de la tercería de dominio, y de la inaplicación de la doctrina del “*levantamiento del velo societario*” a la a la S.C.F.I., S.A., sosteniendo una supuesta “*vinculación*” entre los herederos de Don J.G.M., ejecutados en el presente procedimiento de reintegro, y las mercantiles S.C.F.I., S.A. y P.G., S.A.

En efecto, el Ayuntamiento apelante alega que, en el momento del fallecimiento de Don J.G. (14 de mayo de 2004), el capital social de la S.C.F.I., S.A. tenía la siguiente composición: 9.000 acciones correspondían al fallecido; 500 acciones a su hijo, Don J.G.M.; y otras 500 acciones a Don L.J.G. Y, precisamente, ese es el momento temporal que habría de ser considerado a efectos de la presente ejecutoria por cuanto, a juicio del apelante, la ampliación de capital de la S.C.F.I., S.A., que suscribió la empresa P.G., S.A., con fecha posterior al fallecimiento de Don J.G.M., habría sido una “*fraudulenta maniobra de ampliación*” del capital de la entidad S.C.F.I., S.A. con la exclusiva finalidad de minimizar el porcentaje de capital que pertenecía a los herederos de Don J.G.; operación “*inane*”, a juicio del recurrente, porque dicho capital habría pasado a una sociedad igualmente “*vinculada*” a los herederos de Don J.G.G. (P.G., S.A.) y porque lo relevante en el presente caso sería la situación accionarial de la sociedad tercerista en el momento de la fecha del fallecimiento del Sr. G.G., y no la situación accionarial en un momento posterior.

5.- Por todo lo anterior, y ante la “*vinculación*” que, a juicio del apelante, existe entre la S.C.F.I., S.A. y los herederos de Don J.G.G., pide que se aplique a dicha

sociedad la doctrina del “*levantamiento del velo societario*” cuya finalidad es corregir abusos cuando la personalidad jurídica de la sociedad se utiliza como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico.

6.- A los anteriores razonamientos, el Ayuntamiento apelante añade que, como prueba de lo artificiosa y fraudulenta que fue la referida ampliación de capital suscrita por la empresa P.G., S.A., debe destacarse el hecho de que el libro registro de acciones nominativas de la mercantil S.C.F.I., S.A. fue legalizado el 24 de octubre de 2012, cuando esta sociedad había sido constituida el 23 de junio de 1986.

7.- Finalmente, el apelante reitera la petición subsidiaria que ya realizó en su contestación a la demanda de tercería, alegando que, de acuerdo con el principio de congruencia, en ningún caso se podría estimar íntegramente la demanda de tercería por cuanto no todas las fincas a las que se refiere la misma habrían sido objeto de una anotación preventiva de embargo en el registro de la propiedad correspondiente y, por lo tanto, sin esa publicidad registral, la tercería de dominio no podría afectar ni referirse a aquellas fincas cuyos embargos no se han anotado en el Registro.

TERCERO.- La mercantil S.C.F.I., S.A. funda su oposición en las siguientes alegaciones:

1.- El recurso de apelación ignora los hechos que el Auto recurrido considera probados.

2.- No existían vicios procesales en la demanda de tercería y, si los hubiera habido, habrían sido subsanados por el Tribunal.

Respecto de la falta de jurisdicción, señala la apelada que los supuestos que el apelante invoca como ejemplos de la falta de jurisdicción son muy distintos del que es objeto de la presente apelación. Así, en el caso de la Sentencia 12/1998, la Sala de Justicia se habría pronunciado sobre su falta de jurisdicción para conocer de la validez de un convenio regulador de una separación matrimonial, pero no respecto de la tercería de dominio, que fue estimada en apelación. Lo mismo ocurriría respecto del Auto 26/2005, que no tendría el sentido que le atribuye el apelante.

En consecuencia, aduce que el Tribunal de Cuentas siempre se habría declarado competente para conocer de las tercerías de dominio, apoyándose la apelada para ello en los artículos 67 y 85.1 de la LFTCU, que se remiten expresamente a la LEC cuyos artículos 599 (ejecución definitiva) y 738 (caso de embargo preventivo) establecerían la competencia del Tribunal de Cuentas para conocer de las tercerías de dominio. Esta era también la posición del Ministerio Fiscal en su informe de fecha 10 de febrero de 2021.

Respecto de la falta de indicación del demandado en el escrito de demanda y de la falta de exigencia de una caución para admitir la demanda de tercería, la apelada alega que el primer defecto fue subsanado por el Tribunal; y, respecto del segundo, indica que no hay perjuicios que se puedan provocar por la falta de caución.

3.- Por otro lado, en relación con las alegaciones relativas al abuso de derecho y al fraude de ley, y a la posible aplicación de la doctrina del “*levantamiento del velo societario*”, la apelada alega que no se puede mantener el embargo sobre las fincas de la mercantil S.C.F.I., S.A.; que la sociedad tiene personalidad jurídica única y distinta de sus accionistas; y que, además, no fue condenada en el procedimiento de reintegro por alcance de primera instancia.

4.- En concreto, respecto de la posible aplicación de la doctrina del “*levantamiento del velo societario*”, la apelada alega que sólo procedería en los casos en los que existieran pruebas suficientes de que la sociedad tiene un carácter puramente instrumental y de que se usa para eludir una responsabilidad patrimonial (citando en su apoyo jurisprudencia de la Sala de Justicia); situación ésta que no se ha producido en el supuesto aquí enjuiciado.

5.- Por otro lado, en cuanto a la alegación del supuesto beneficio de los herederos de Don J.G.G. para el caso de que se estimase la tercería, la sociedad apelada se opone afirmando que no sería relevante por cuanto el objeto de la tercería de dominio se circunscribe a la cuestión relativa a la propiedad de los bienes embargados, pero no debe entrar en otro tipo de cuestiones.

6.- En cuanto al hipotético retraso desleal en la presentación de la demanda, la apelada sostiene que el derecho de propiedad habilita a su titular para ejercerlo en el momento que entienda oportuno, y que el simple retraso en el ejercicio de la acción no habilita a terceros para presumir que el propietario ha renunciado a ejercitar su derecho.

7.- Finalmente, señala la apelada que la herencia de Don J.G.M. comprendía las acciones de la mercantil S.C.F.I., S.A., pero no su patrimonio; que éste correspondía a la sociedad; y, además, que todas las demás tercerías de dominio a las que hace referencia el Ayuntamiento apelante en su escrito de recurso han sido estimadas y devenidas firmes, ordenándose el levantamiento de los respectivos embargos.

CUARTO.- Una vez expuestas las alegaciones contenidas en los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo, y antes de proceder a su análisis, debe realizarse una referencia a la naturaleza jurídica del recurso de apelación.

Conforme a reiterada y consolidada doctrina de esta Sala de Justicia, pudiendo citarse, por todas, las sentencias n.º 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98, 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.

En un mismo sentido, la propia Sala de Justicia ha razonado en la Sentencia n.º 16/08, de 1 de diciembre (Fundamento de Derecho 3º), con cita de otra de 17 de junio de 2005, 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 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 aportadas 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.

En definitiva, el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada y, por lo tanto, es esencial hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus hechos y fundamentos de derecho, para que dicho recurso pueda prosperar. En este sentido, como reiteradamente viene señalando la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10117):

*“[...] TERCERO.- El recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que **el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia apelada, que es la que ha de servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.***

*La jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987\7928), 5 diciembre 1988 (RJ 1988\9764), 20 diciembre 1989 (RJ 1989\9221), 5 julio 1991 (RJ 1991\6700), 14 abril 1993 (RJ 1993\2816), 26 octubre 1998 (RJ 1998\8446), etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal «ad quem», la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión revocatoria, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, **sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia**, puesto que en el recurso de apelación, lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara sentencia en el sentido que se produjo.*

*CUARTO.- La reproducción por el apelante en su escrito de alegaciones de la reproducción literalmente idéntica de los fundamentos de derecho expresados, en la demanda ante el Tribunal «a quo», sin que se haga motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada, por lo que al ser recurridos en apelación los pronunciamientos del Tribunal de instancia, **la mera repetición de lo expresado en la demanda, ignora tales pronunciamientos, eludiendo todo análisis crítico en torno a los mismos, lo que conduce a la desestimación del recurso de apelación**, al no ser apreciada en la cuestionada sentencia, ninguna infracción legal manifiesta que pudiera y debiera ser corregida en su caso, sin menoscabo del carácter rogado del proceso contencioso-administrativo [...]”* (en un mismo sentido, v. Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 12 marzo de 2019- RJ 2019\1167- y 18 octubre 2012- RJ 2012\10470).

En consecuencia, y dado que el propósito de la apelación es revisar los hechos y los fundamentos de derecho de la resolución dictada en primera instancia, dentro del respeto a los principios de congruencia y con sujeción a las pretensiones de las partes, la repetición por el apelante de los motivos alegados ante el Juzgador *a quo* es una técnica reprobable, que ha sido criticada por la jurisprudencia constante de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas; en este sentido, la Sentencia n.º 2/21, de 21 de abril, se pronuncia en los siguientes términos literales:

*“[...] esta técnica defensiva (la reiteración de los argumentos) viene siendo generalmente reprobada por la doctrina jurisprudencial más consolidada, **que ampararía, sin más, el rechazo de plano del recurso de apelación**, al no haber introducido la parte recurrente hechos, elementos o argumentos jurídicos distintos a los articulados y debatidos en primera instancia, que, eventualmente, pudieran haber llevado a este órgano “ad quem” a una apreciación jurídica distinta a la formada por el órgano “a quo”. **Se trata, en definitiva, de modos de actuación que no son aceptables en derecho**, por cuanto 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. Y éste ha venido siendo el criterio doctrinal de esta Sala de Justicia, plasmado en numerosas resoluciones, pudiéndose citar, a título de ejemplo, las Sentencias n.º 11/2013, de 12 de abril, números 5 y 12, de fechas 16 de mayo y de 21 de junio de 2019 y la n.º 5/2020, de 6 de julio, entre otras muchas [...]”.*

Pues bien, el recurso de apelación del Ayuntamiento de Marbella viene a reproducir, esencialmente, las mismas alegaciones que ya se contenían su escrito de contestación a la demanda de tercería, presentado en la primera instancia. Por ello, conforme a la jurisprudencia citada *ut supra*, esta Sala podría desestimar el presente recurso de apelación en este mismo momento.

No obstante, a continuación, y por estrictas razones de tutela judicial efectiva, esta Sala de Justicia va a entrar a conocer de los motivos del recurso de apelación.

QUINTO.- Entrando ya en el análisis de los motivos del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella, debe comenzarse por el primero de ellos relativo a la pretendida falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas para conocer de la demanda de tercería de dominio.

Una vez analizado el escrito de apelación, se comprueba que el recurrente vuelve a plantear los mismos motivos que fueron alegados en su recurso de reposición contra el decreto de admisión de la tercería y que ya fueron rechazados motivadamente por el Decreto de 23 de febrero de 2021. Según el Ayuntamiento apelante, el Tribunal de

Cuentas no tendría jurisdicción para conocer de las tercerías de dominio, sino que sería la jurisdicción civil la única competente para ello. Cita en defensa de su argumento, como ya hizo en su escrito de contestación de la demanda, los artículos 16 y 17.2 de la LOTCU, el artículo 49.2 de la LFTCU, el artículo 9.1 y 9.2 de la LOPJ y el artículo 36.1 de la LEC.

En ninguno de los artículos citados por el recurrente se afirma que las tercerías de dominio sólo puedan ser enjuiciadas por la jurisdicción civil. Por el contrario, si se analiza la legislación contable, se constata que el artículo 17 de la LOTCU atribuye a los órganos de la jurisdicción contable el conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales, disponiendo lo siguiente:

“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.”

Es más, la jurisdicción del Tribunal de Cuentas no se limita, como parece alegar el recurrente, al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad, sino que se extiende también a aquellas que pueden plantearse en ejecución de sentencia, como así se desprende de la regulación contenida en el artículo 85.1 de la LFTCU y en los artículos 61 y 599 de la LEC.

Como ya resolvió la Juzgadora *a quo* mediante el meritado Decreto de 23 de febrero de 2021, por el que se desestimó el recurso de reposición contra el Decreto de admisión de la tercería de dominio, el artículo 85.1 de la LFTCU atribuye al órgano de la jurisdicción contable que dictó la sentencia en la instancia la competencia para la ejecución de la misma: *“Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente título se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil.”*

En relación con la Pieza de Tercería de Dominio que podría abrirse con motivo de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de la jurisdicción contable, el artículo 599 de la LEC dispone que *“La tercería de dominio, que habrá de interponerse ante el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, se resolverá por el tribunal que dictó la orden general y despacho de la misma y se sustanciará por los trámites previstos para el juicio verbal”*.

Además de la anterior regulación, el artículo 61 de la LEC, que resulta aplicable por mandato de la Disposición Final Segunda, apartado segundo, de la LOTCU, establece lo siguiente: *“Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus*

incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare”.

En este sentido, en relación con la competencia de los órganos de primera instancia de la jurisdicción contable para conocer de la ejecución de sus pronunciamientos, ya se ha pronunciado anteriormente esta Sala de Justicia, mediante el Auto n.º 31/2015, de 11 de noviembre, en los siguientes términos literales:

“[...] Esta Sala comparte el criterio del Ministerio Fiscal y considera, por tanto, que no se ha producido el abuso en el ejercicio de la jurisdicción a que se refiere el recurrente. No está en cuestión la jurisdicción de los órganos de primera instancia de la jurisdicción contable para conocer de la ejecución, definitiva o provisional, de sus pronunciamientos, jurisdicción que, por lo demás, encuentra apoyo legal expreso en el artículo 85 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Tampoco cabe cuestionar que la jurisdicción para conocer de la ejecución forzosa comprende el embargo de bienes sobre los que proyectar la actividad ejecutiva. Pues bien, el embargo de bienes tiene como presupuesto un juicio sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes objeto de la traba, juicio al que se refiere el artículo 593.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que resulta inescindible de la decisión misma de embargo, por lo que la jurisdicción para embargar bienes comprende necesariamente la jurisdicción para efectuar el indicado juicio de pertenencia [...]”.

Por otro lado, respecto de las resoluciones citadas por el apelante en apoyo de su alegación, no se aprecia identidad de razón con los hechos enjuiciados en el presente recurso de apelación y, por lo tanto, poco más se puede añadir a los razonamientos recogidos en el ya referido Decreto de 23 de febrero de 2021.

Así, en el Auto de la Sala de Justicia, de fecha 26 de mayo de 2005, no se declaraba, con carácter general, la falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas para conocer de las tercerías de dominio; concretamente, en esta resolución judicial se declaró que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, **cuando resuelve un recurso del artículo 48.1 de la LFTCU**, no debe abordar cuestiones referentes a la posible infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o a la presentación de un futura tercería de domino, ya que el objeto del referido recurso se limita a la posible indefensión causada a los interesados por el Delegado Instructor o a la denegación por éste de alguna diligencia solicitada.

En cuanto a lo resuelto en la Sentencia de la Sala de Justicia n.º 12/1998, se declaraba la falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas **para conocer de la concreta pretensión relativa a la declaración de nulidad de un convenio regulador de una separación matrimonial**, por fraude al derecho de los acreedores, que había sido previamente autorizado por un juez de lo civil a fin de

disolver y liquidar la sociedad de gananciales del demandado y su esposa, y en el que se adjudicaba a la esposa un bien que en el Registro de la Propiedad aparecía como ganancial. La Sala de Justicia declaró que no se podía entrar a conocer de dicha cuestión, ni siquiera a título prejudicial o incidental, ya que la resolución de las cuestiones prejudiciales o incidentales no puede producir efectos fuera del ámbito contable (artículo 17.3 de la LOTCU), y en el supuesto enjuiciado sí los produciría.

Por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación relativo a la pretendida falta de jurisdicción del Tribunal de Cuentas para conocer de la demanda de tercería de dominio.

SEXTO.- En segundo lugar, el apelante plantea la supuesta vulneración del artículo 399.1 de la LEC, alegando que debería haberse inadmitido la demanda por defecto en la identificación del demandado. El Ayuntamiento recurrente se ha limitado a repetir los mismos razonamientos utilizados en la instancia y, por lo tanto, poco se puede añadir a lo resuelto por el meritado Decreto de 23 de febrero de 2021, en el que ya se razonaba que el supuesto vicio había sido subsanado de oficio por el Decreto de admisión de la demanda de tercería, **que entendió que el destinatario de la demanda era el Ayuntamiento de Marbella**, ya que, al no haber sido el bien embargado- objeto de la tercería de dominio- designado por el ejecutado, no se daba el supuesto previsto por el artículo 600, párrafo primero, de la LEC, que establece lo siguiente: *“La demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado.”*

Por todo lo anterior, procede desestimar el presente motivo de apelación.

SÉPTIMO.- Por otro lado el apelante alega la vulneración del artículo 598.2 de la LEC, ya que en el Decreto de admisión de la demanda no se exigió la prestación de caución o garantía al tercerista. Sin embargo, el artículo 598.2 de la LEC **no exige la prestación de caución como un requisito de admisibilidad de la demanda**, sino que la regula como una posibilidad que ha de ser apreciada por el juez, al disponer literalmente lo siguiente lo siguiente: *“2. Admitida la demanda por el Letrado de la Administración de Justicia, el Tribunal, previa audiencia de las partes si lo considera necesario, podrá condicionar la suspensión de la ejecución respecto del bien a que se refiere la demanda de tercería a que el tercerista preste caución por los daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante. Esta caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529”.*

En conclusión, ni la prestación de garantía es un requisito de admisibilidad de la demanda exigido por la LEC ni tampoco el Ayuntamiento apelante habría concretado y cuantificado los perjuicios que justificarían la exigencia de la caución.

Por todo lo anterior, procede desestimar el presente motivo de apelación.

OCTAVO.- Son varios los apartados del recurso de apelación en los que se entremezclan los argumentos destinados a impugnar la valoración de la prueba realizada por la Consejera de instancia en el auto recurrido, en el que, tras apreciar únicamente la existencia de meros indicios de abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) o de fraude de Ley (artículo 6.4 el Código Civil), resolvió que no procedía la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, por la que se permite ignorar la personalidad jurídica de una sociedad, pero siempre que se acredite que la misma fue creada para ocultar una realidad en perjuicio de terceros.

Pues bien, el fundamento de derecho cuarto del Auto apelado, de fecha 11 de mayo de 2021, se contiene la siguiente declaración de hechos probados:

“1º. En virtud de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales otorgada por los cónyuges Doña M.A.M.C. y Don J.G.G., el 6 de octubre de 1999, las participaciones de la S.C.F.I., S.A. que integraban el patrimonio ganancial fueron adjudicadas a Don J.G.M.

2º. A la fecha del fallecimiento de Don J.G.M., el 14 de mayo de 2004, la participación de los socios de S.C.F.I., S.A. era:

9.000 participaciones pertenecientes a Don J.G.M.

500 participaciones pertenecientes a Don J.G.M.

500 participaciones pertenecientes a Don J.L.J.J.

3º Con fecha 25 de septiembre de 2007 se produjo una ampliación de capital de S.C.F.I., S.A. por la que la S.P.G., S.A. adquirió 75.897 acciones, quedando en consecuencia la participación de los accionistas en el capital de la empresa la siguiente forma:

- Herederos de Don J.G.M.: 9.000 acciones, el 10,47% del total.*
- Don J.G.M.: 500 acciones, el 0,58% del total.*
- Herederos de Don J.L.J.J.: 500 acciones, el 0,58% del total.*
- S.P.G., S.A.: 75.987 acciones, el 88,37% del total.*

4º. Mediante Auto de la Sala de Justicia de 17 de julio de 2012 se acordó el embargo de las 9.000 acciones de la S.C.F.I., S.A., integrantes del patrimonio hereditario de Don J.G.G.

5º. La S.C.F.I., S.A. es la titular registral de las fincas a las que se refiere la demanda de la presente tercería de dominio, que fueron embargadas en la pieza de

medidas cautelares del recurso de apelación n.º 1/12, mediante Auto de la Sala de Justicia de 15 de febrero de 2013.”

En el fundamento de derecho quinto, la Consejera de Instancia concluye que las 9.000 acciones eran propiedad de Don J.G.M., y pasaron a sus herederos a su muerte, pero las fincas embargadas eran, y seguían siendo, propiedad de la S.C.F.I., S.A., que tenía personalidad jurídica propia y distinta de la de sus accionistas; que la sociedad adquirió las fincas antes de que se decretase el embargo; y que no fue condenada en el procedimiento de reintegro por alcance, por lo que no estaba obligada a afrontar responsabilidad alguna con su bienes.

El Auto recurrido continúa señalando que existen los vínculos entre los herederos de Don J.G.M. con las sociedades S.C.F.I., S.A. y S.P.G., S.A., alegados por el Ayuntamiento, pero que, individualmente considerados, no constituyen infracción jurídica alguna, y, conjuntamente, sólo constituyen meros indicios sin fuerza suficiente como para ser prueba válida y eficaz del fraude de ley o del abuso de derecho alegados, citando a continuación la Sentencia de la Sala de Justicia, de fecha 31 de marzo de 2000, en la que se afirma que para poder levantar el velo societario es necesario que exista una evidencia del fraude y que el solo hecho de la vinculación entre empresas no puede servir para considerarlas una misma entidad.

Frente al Auto recurrido, el Ayuntamiento apelante alega que se habría acreditado con prueba plena, hasta donde alcanzaban su capacidad y disponibilidad probatorias (artículo 217 de la LCE) la “vinculación” entre los herederos de Don J.G.M., ejecutados en el presente procedimiento de reintegro, y las dos mercantiles referidas *ut supra*, S.C.F.I., S.A. y P.G., S.A.

Para apreciar dicha “vinculación” sería necesario, a juicio del apelante, atender únicamente al momento en el que los herederos de Don J.G.M. adquieren las 9.000 participaciones de S.C.F.I., S.A. como consecuencia de la muerte de éste, ignorando la posterior ampliación de capital, suscrita por P.G., S.A. Dicha “vinculación” entre las citadas sociedades y los herederos de Don J.G.M. sería la verdadera situación que intenta ocultarse mediante la ampliación de capital de la demandante de tercería (S.C.F.I., S.A.), que sería un negocio fraudulento suscrito íntegramente por otra sociedad igualmente “vinculada” a los ejecutados (P.G., S.A.), de tal manera que los herederos de Don J.G.M. serían los ejecutados y, al mismo tiempo, los terceristas.

Y todo lo anterior, con la exclusiva finalidad de conseguir el alzamiento de los embargos trabados en su día sobre las fincas de S.C.F.I., S.A., con el consiguiente perjuicio para los fondos públicos del Ayuntamiento demandado, y ahora apelante.

Más concretamente, el Ayuntamiento recurrente alega que la “vinculación” entre P.G., S.A. y los herederos de Don J.G.M. vendría dada por los siguientes hechos, que habrían sido acreditados por la documental aportada en la tercería de dominio:

1.- Don P.L.B. sería apoderado de las mercantiles S.C.F.I., S.A. y P.G., S.A.

2.- La administradora única de P.G., S.A. es Doña M.A.M.C., viuda de Don J.G.M., y, anteriormente, también ocuparon este cargo tanto la hija de Don J.G., Doña M.A.G.M., como él mismo.

3.- La ampliación de capital de S.C.F.I., S.A., suscrita por la mercantil P.G., S.A., fue un mecanismo defraudatorio para eludir la responsabilidad de los ejecutados. Además, según el Ayuntamiento apelante, la fecha del fallecimiento de Don J.G.M., en la que era propietario del 90 por ciento del capital de la S.C.F.I., S.A., es la que debería ser considerada como única fecha relevante a los efectos de la tercería y de la apelación.

A juicio del apelante, los hechos anteriormente relatados permitirían apreciar la existencia de abuso de derecho o de fraude de Ley y, en consecuencia, aplicar la doctrina del levantamiento del velo a la sociedad demandante de la tercería, declarando así la identidad entre la mercantil S.C.F.I., S.A. y los herederos de Don J.G.M., que son los ejecutados en el presente procedimiento de reintegro por alcance; y, por lo tanto, no se cumpliría el requisito legal de que el demandante de la tercería de dominio fuera un “tercero”, debiendo procederse a la desestimación de la demanda de tercería, y a la estimación del presente recurso de apelación.

Una vez examinadas las anteriores alegaciones del recurso de apelación realizadas contra el Auto estimatorio de la tercería de dominio, que constituyen una mera reiteración de las realizadas en la contestación a la demanda, se hace necesario recordar lo ya dicho a propósito de la naturaleza del recurso de apelación en el Fundamento de Derecho Cuarto.

A pesar de que esta Sala está facultada para revisar tanto los razonamientos jurídicos como la prueba de los hechos de la instancia, en relación con la prueba practicada, **la Sala de apelación ha de partir de la valoración hecha por el órgano jurisdiccional a quo, que deberá prevalecer frente a las meras alegaciones de parte, a no ser que dicha valoración sea ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica (sentencia n.º 16/2008, de 1 de diciembre);** defectos estos que, en ningún caso, son apreciados por esta Sala de Justicia en la valoración de la prueba que realizó la Consejera de Instancia al dictar el Auto apelado.

En efecto, aun cuando se haya podido demostrar que Don F.B. es representante de las mercantiles S.C.F.I., S.A. y de P.G., S.A., y que tanto la viuda como la hija de Don J.G.M., así como él mismo, ocuparon cargos como administradores o representantes de esta última sociedad, estos hechos no prueban, por sí mismos, la existencia de un abuso de derecho o de un fraude de Ley.

Y lo mismo ocurre con la alegación referente a la ampliación de capital de S.C.F.I., S.A., que el apelante califica como supuestamente “fraudulenta”. Esta afirmación carece de fundamento y el recurrente ni la desarrolla ni la justifica, limitándose a señalar que la operación beneficia a los herederos de Don J.G.M., aspecto que nada tiene que ver con la cuestión jurídica que se ventila en la tercería de dominio; lo mismo puede concluirse en relación con la alegación relativa a que el libro registro de acciones nominativas de S.C.F.I., S.A. fue legalizado en fecha muy posterior a la constitución de la Sociedad, con un supuesto propósito “defraudatorio”; todas estas alegaciones fueron desestimadas motivadamente por el Auto apelado, que acertadamente las calificó como meras alegaciones de parte no sostenidas con prueba alguna.

Todos los razonamientos anteriores serían suficientes para rechazar el presente motivo de apelación, pero, además de lo anterior, la prueba practicada pone de manifiesto que el capital social de P.G., S.A. no pertenece a los herederos de Don J.G.M., lo que hace aún más difícil aceptar la existencia de fraude de Ley.

En la tramitación de la pieza separada de tercería, el ahora apelante solicitó que se incorporara a la misma toda la documental que obrase en el Registro Mercantil en relación con la sociedad P.G., S.A. Pues bien, una vez examinada toda la documental incorporada, resultó acreditado que fueron administradores de la sociedad tanto la viuda de Don J.G. como la hija de éste, además del propio Don J.G. y de otras personas, como ya se ha advertido anteriormente. Pero lo que no se ha acreditado, en ningún caso, es que los herederos de Don J.G.M. sean los titulares siquiera de una parte relevante del capital social de la misma.

Por el contrario, lo que sí ha resultado acreditado es que en el momento de la constitución de la sociedad el capital social se distribuyó entre tres socias fundadoras: Doña M.E.G.B. (3.000 acciones, números 1 a 3.000), nombrada presidenta del Consejo de Administración; Doña M.R.M.N. (3.000 acciones, números 3.001 a 6.000 ambos inclusive), vocal del Consejo de Administración; y Doña M.M.C. (3.000 acciones, números 6.001 a 9.000), secretaria del Consejo de Administración (folio 90 de la pieza de tercería). Posteriormente, con ocasión del aumento del capital social y reforma de los estatutos, la sociedad emite 1.000 acciones más, que fueron suscritas por Doña M.E.G.B., presidenta del Consejo de Administración (folio 94 de la Pieza de tercería).

En consecuencia, como se recoge en el Auto recurrido, el demandado en la instancia no probó la existencia de abuso de derecho ni de fraude de ley, por lo que la Consejera de instancia, aplicando las consecuencias del principio civil de carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, sólo pudo apreciar que, no habiendo sido debidamente probada la existencia de abuso de derecho o de fraude de ley, no era

posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, pues como se afirma en la citada Sentencia de la Sala de Justicia, de fecha 31 de marzo de 2000:

“[...] Ahora bien, en todo caso, según la sentencia del Tribunal Supremo 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8903), debe hacerse un uso restrictivo del levantamiento del velo, en cuanto «solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios». Por tanto, para levantar el velo y concluir que la empresa [...] no tenía personalidad jurídica propia y patrimonio independiente de las empresas [...], es necesario que exista una evidencia de fraude. El sólo hecho de la vinculación entre las empresas [...] no puede servir, para considerarlas una misma entidad [...]”.

Por todo lo expuesto anteriormente, debe concluirse que la prueba practicada en la instancia fue correctamente apreciada por la Juzgadora *a quo* y el presente motivo de apelación ha de ser desestimado.

NOVENO.- Respecto del motivo del recurso de apelación relativo a la supuesta existencia de abuso de derecho por retraso desleal en la presentación de la demanda de tercería, el apelante alega que S.C.F.I., S.A. pudo presentar su demanda de tercería desde el mismo momento en que las fincas de su propiedad fueron embargadas, es decir, desde el día 15 de febrero de 2013; y, sin embargo, no lo hizo hasta el 15 de diciembre de 2020.

En el apartado 3º del Fundamento de Derecho Sexto, del Auto recurrido, se da motivada y acertada respuesta a este motivo del recurso de apelación, pronunciándose en los siguientes términos: *“[...] el mero hecho de haber formulado esta demanda varios años después de la fecha de nacimiento de la acción pero no habiéndose extinguido la misma no implica, por si sólo y sin la concurrencia de alguna circunstancia adicional dotada de significación jurídica suficiente, que pueda considerarse justificada la convicción de que el derecho del tercerista no existía o de que este había renunciado a ejercitarlo [...]”.*

Efectivamente, frente a las alegaciones realizadas en el recurso de apelación y la jurisprudencia que en el mismo se cita, que se refiere fundamentalmente al retraso desleal en el ejercicio de acciones de reclamación de cantidad, deben prevalecer los razonamientos contenidos en el Auto recurrido, que se compadecen con los pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en los que se concluye que el simple transcurso del tiempo para el ejercicio de una acción por parte de su titular no es suficiente para que se produzca un retraso desleal; que para ello sería necesario que el titular del derecho subjetivo cuyo ejercicio se ha retrasado haya realizado actos que hayan llevado al perjudicado a creer que el derecho ya no se ejercitaría:

“[...] En definitiva lo que hace la Audiencia Provincial es asumir que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que no había transcurrido el plazo de prescripción. Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán. Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 Código Civil) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica [...]” (Sentencias de la Sala de Justicia: n.º 352/2010, de 7 de junio; n.º 299/2012, de 15 de junio; n.º 163/2015, de 1 de abril; n.º 148/2017, de 2 de marzo. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: n.º 1316/2019-ECLI:ES:TS:2019:1316; n.º 243/2019- Recurso n.º 2242/2016).

Anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 532/2013, dictada en el recurso n.º 2008/2011 (ROJ: STS 4673/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4673), ya se pronunciaba en los siguientes términos literales:

“[...] La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe (artículo 7 Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible [...]”.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, y dado que el recurrente no ha alegado la existencia de ningún hecho o acto de la sociedad tercerista que haya podido generar esa confianza en que el derecho no se iba a ejercer, sino que sólo ha referido la tardanza en la presentación de la demanda de tercería, procede desestimar el presente motivo de apelación.

DÉCIMO.- Finalmente, el apelante reitera la petición subsidiaria que ya realizó en su contestación a la demanda de tercería, alegando que, de acuerdo con el principio de congruencia, en ningún caso se podría estimar íntegramente la demanda de

tercería por cuanto no todas las fincas a las que se refiere la misma habrían sido objeto de una anotación preventiva de embargo en el registro de la propiedad correspondiente y, por lo tanto, sin esa publicidad registral, la tercería de dominio no podría afectar ni referirse a aquellas fincas cuyos embargos no se han anotado en el Registro. Concretamente, precisa que no estarían anotados los embargos sobre las fincas registrales 3.205 y la 3.207 del Registro de la Propiedad número 23 de Madrid.

Este motivo ya fue alegado en la instancia y ha de ser desestimado ahora por los mismos razonamientos que se recogen en el Auto recurrido: la demanda de tercería se refiere a todas las fincas de la titularidad de S.C.F.I., S.A., por lo tanto el Auto que ordenaba el alzamiento de los embargos debía referirse a todos ellos, siendo a estos efectos indiferente si estaban anotados preventivamente, o no, en el Registro de la Propiedad correspondiente; y ello porque, con independencia de los efectos de la fe pública registral, los embargos existen desde que son válidamente ordenados por la autoridad competente. En este sentido, en cuanto a los embargos decretados por el Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 587 de la LEC dispone lo siguiente:

“1. El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por el Letrado de la Administración de Justicia o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. El Letrado de la Administración de Justicia adoptará inmediatamente dichas medidas de garantía y publicidad, expidiendo de oficio los despachos precisos, de los que, en su caso, se hará entrega al procurador del ejecutante que así lo hubiera solicitado.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas.”

A lo que hay que añadir que la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad atribuye eficacia erga omnes a dichos embargos (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), pero no les da validez (artículo 33 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, el Auto recurrido que ordenó el alzamiento de todos los embargos no incurrió en ningún tipo de incongruencia y, por todo lo expuesto anteriormente, debe desestimarse el presente motivo de apelación.

UNDÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, procede su imposición a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2021, dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en la Pieza Separada de Tercería de Dominio planteada en la ejecución del procedimiento de Reintegro n.º A-21/04, Sector Público Local (Ayuntamiento de Marbella), Málaga.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta segunda instancia al Ayuntamiento de Marbella.

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 21/2022, de 21 de septiembre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 17/22. Actuaciones Previas nº 72/21. Ramo: Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de las subvenciones concedidas por las Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2017/18. Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía- RETA). Andalucía. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La doctrina de la Sala de Justicia es unánime en cuanto a que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión, que en este supuesto no concurren.

En cuanto a la indefensión alegada, la Sala de Justicia considera que la actuación del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, al no proporcionar al recurrente la asistencia jurídica que demandó no le ha generado la indefensión que denuncia, dado el carácter no jurisdiccional de esta fase.

En relación con la indefensión material relativa a la negativa de la delegada instructora a aplazar la liquidación ya convocada, la Sala considera que no se trata de un motivo suficiente para fundamentar un supuesto de indefensión.

En cuanto a que la delegada instructora no ha valorado ni tenido en cuenta la documentación aportada, lo cual le ha causado indefensión, la Sala manifiesta que el órgano de instrucción ha motivado de forma suficiente y adecuada las razones por las que ha considerado de forma provisional al recurrente como responsable contable, a partir de datos y consideraciones objetivas y sin entrar a valorar los aspectos subjetivos de su actuación, que le están vedados.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 21/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 17/22. Actuaciones Previas nº 72/21. Ramo: Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de las subvenciones concedidas por las Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2017/18. Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía- RETA). Andalucía.

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 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

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 la Procuradora de los Tribunales D.^a Silvia Pérez García actuando en nombre y representación de Don M.T.R., bajo la dirección letrada de D. Santiago Bosco Romero Lara, contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas ambas el día 19 de abril de 2022 en las actuaciones previas nº 72/21, del ramo de Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de las subvenciones concedidas por las Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2017/18. Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía- RETA). Andalucía.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La delegada instructora de las actuaciones previas nº 72/2021 practicó, con fecha 19 de abril de 2022, liquidación provisional en la que acordó, de forma

previa y provisional, la existencia de un alcance en los fondos de la Junta de Andalucía por importe de 29.752,51 € (correspondiendo 26.523,30 € al principal y 3.229,21 € a los intereses legales devengados). Declaró responsable contable directo del alcance a Don M.T.R., Secretario General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.- El mismo día 19 de abril de 2022 la delegada instructora dictó providencia requiriendo a Don M.T.R. para que, en el plazo de diez días hábiles, procediera a reintegrar, depositar o afianzar, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe del alcance estimado en 29.752,51 €, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes de no atender a lo requerido.

TERCERO.- La representación de Don M.T.R. presentó el día 4 de mayo de 2022 el recurso previsto por el art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu) contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, dictadas en las actuaciones previas nº 72/21 y reseñadas en los apartados anteriores.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 6 de mayo de 2022 se abrió el correspondiente Rollo de la Sala nº 17/22. Se recabaron de la delegada instructora los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso y, estando formada la Sala de Justicia por las Consejeras de Cuentas Excm. Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó; Excm. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez; y Excm. Sra. D.^a Elena Hernández Salguero, se nombró ponente siguiendo el turno establecido a la Excm. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez.

QUINTO.- Recibidos los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso, se acordó por diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2022 dar traslado de copia del recurso a todos los citados a la liquidación provisional, para que por plazo común de cinco días pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- El Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que legalmente ostenta de dicha administración autonómica, compareció mediante un escrito presentado el día 24 de mayo de 2022, por el cual interesó la desestimación del recurso (que erróneamente califica como de reposición) y la confirmación en su integridad del acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago.

SÉPTIMO.- El Fiscal presentó un escrito de fecha 24 de mayo de 2022 mediante el cual interesó la desestimación del recurso presentado por la representación de Don M.T.R. y solicitó la confirmación del acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, ambas de 19 de abril de 2022.

OCTAVO.- Se dictó diligencia de ordenación de 14 de junio de 2022 declarando concluso el procedimiento y se acordó dar traslado de los autos a la Consejera ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución.

La remisión de los autos a la Consejera ponente se hizo efectiva el día 20 de junio de 2022, extendiéndose diligencia de constancia con la misma fecha.

NOVENO.- Mediante providencia de 12 de septiembre de 2022 se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

(1) Para la adecuada comprensión del recurso interpuesto por la representación de Don M.T.R. cuya resolución corresponde a esta Sala de Justicia con arreglo a los arts. 48.1 y 54.2.d) de la LFTCu, es imprescindible hacer referencia a las manifestaciones de la delegada instructora de las actuaciones previas nº 72/2021, consignadas en el acta de liquidación provisional levantada el 19 de abril de 2022, así como a la documentación obrante en dichas actuaciones.

(2) La Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, concedió una subvención nominativa a la asociación empresarial Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía (RETA) por un importe total de 1.874.277,39 euros. Estaba destinada a financiar gastos del proyecto *Espacio Virtual de Aprendizaje (EVA)*. La subvención se formaliza mediante un convenio de colaboración suscrito el 19 de julio de 2007 y se hace efectiva en cuatro pagos: los dos primeros en el año 2008, un tercer pago en el año 2009, y un cuarto pago en 2010. Este último pago, por importe de 624.759,13 €, se hizo efectivo el 14 de julio de 2010 y tendría que haberse justificado a más tardar el día 14 de enero de 2013 (30 meses desde que se realiza el libramiento).

(3) Sin embargo, la Cámara de Cuentas de Andalucía, en su Informe JA-10/2019, aprobado el día 29 de abril de 2020, concluyó que el pago realizado en el año 2010 estaría aún pendiente de justificación (Informe de Fiscalización de las subvenciones nominativas concedidas por determinadas Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía, ejercicios 2017-2018). Emitió una opinión desfavorable sobre el cumplimiento de la legalidad en estos términos: «En opinión de la Cámara de Cuentas de Andalucía, debido a la importancia de los incumplimientos descritos en los párrafos “Fundamento de la opinión de cumplimiento desfavorable”, el procedimiento de gestión y tramitación de las subvenciones nominativas concedidas,

pagadas y justificadas en los ejercicios 2017 y 2018, así como del de los libramientos de subvenciones nominativas pendientes de justificación a 31 de diciembre de 2018 no resultan conformes con la normativa aplicable.»

(4) A la vista del meritado informe, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas manifestó, mediante un escrito de 19 de noviembre de 2020, que algunos de los hechos consignados por la Cámara de Cuentas podrían ser constitutivos de responsabilidad contable. Esta denuncia del Fiscal motivó la tramitación de las actuaciones previas nº 72/2021.

(5) En ellas, la delegada instructora practicó las diligencias oportunas en averiguación de los hechos (art. 47.1 de la LFTCu) y, tras recabar la correspondiente información de la administración autonómica, concluyó que del importe del cuarto pago de la subvención otorgada a RETA quedaba sin justificar únicamente la suma de 26.523,30 € (Acta de liquidación provisional de 19 de abril de 2022).

(6) La delegada instructora coincidió así con lo que había acordado la propia administración autonómica que, mediante Resolución de 20 de enero de 2020 de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, declaró que la ayuda recibida por RETA no había sido justificada por cuantía de 26.523,30 €, por lo cual debería iniciarse un procedimiento de reintegro dirigido contra el beneficiario por dicho importe pero que, dado el tiempo transcurrido, procedía declarar la prescripción del derecho de la Administración pública a exigir tal reintegro.

(7) La citada resolución de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, además de declarar prescrito el derecho al reintegro, señaló que no consideraba que existieran hechos determinantes de responsabilidad contable. Ello no obstante, la delegada instructora del Tribunal de Cuentas citó a Don M.T.R. a la práctica de la liquidación provisional como presunto responsable de un perjuicio económico a los fondos públicos.

(8) La delegada instructora consideró acreditada la irregularidad recogida en el Informe de fiscalización JA-10/2019 y admitida por la Administración autonómica, consistente en que un importe de 26.523,30 € de la subvención otorgada no quedó justificado, no se procedió a exigir su reintegro y ello condujo a dejar prescribir el derecho. La Junta de Andalucía quedó así privada de la posibilidad de recuperar tal cuantía, originando un menoscabo en los fondos públicos constitutivo de alcance conforme al art. 72 de la LFTCu. Admitió la delegada instructora la existencia de un nexo causal entre la prescripción del derecho a reclamar a la entidad subvencionada y la inactividad de los responsables de la tramitación del procedimiento de reintegro en el plazo legalmente previsto. Consideró presunto responsable directo del alcance a la persona que tenía la responsabilidad de ejercitar la competencia para iniciar el procedimiento de reintegro el día 28 de marzo de 2018, fecha en que prescribió el

derecho a exigir dicho reintegro, esto es, cuatro años contados a partir del 28 de marzo de 2014 en que venció el plazo de presentación de la justificación del importe de la ayuda (art. 39 de la Ley General de Subvenciones).

(9) El Sr. T.R. en fecha de 28 de marzo de 2018 ejercía el cargo de Secretario General de Universidades, Investigación y Tecnología, al que correspondía la competencia administrativa para iniciar el procedimiento de reintegro (Decreto de la Junta de Andalucía 205/2015, de 14 de julio). En tal condición fue citado a la práctica de la liquidación provisional por providencia de 21 de marzo de 2022, debidamente notificada. Presentó un escrito de alegaciones ante la delegada instructora el día 13 de abril de 2022, acompañado de 12 documentos anexos.

(10) El acta de liquidación provisional, ahora impugnada, se levantó el 19 de abril de 2022 estimando de forma previa y provisional un alcance en los fondos de la Junta de Andalucía por importe de 29.752,51 €, comprensivo de principal e intereses, del que aparece como presunto responsable Don M.T.R. El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el contenido del acta de liquidación provisional. El Letrado de la Junta de Andalucía se reservó el derecho a formular alegaciones en cuanto al contenido del acta de liquidación. El Sr. T.R. no compareció en el acto de la práctica de la liquidación.

(11) Como más arriba se ha señalado, el mismo día 19 de abril de 2022 se dictó providencia, igualmente impugnada, requiriendo a Don M.T.R. para que, en el plazo de diez días hábiles, procediera a reintegrar, depositar o afianzar, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe del alcance estimado en el acta de liquidación provisional.

SEGUNDO.- Motivos alegados para fundamentar el recurso.

(12) La representación de Don M.T.R. impugna el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago por considerar que se le ha causado indefensión en tres aspectos:

- A pesar de haberlo solicitado, el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía no asumió su representación y defensa en el trámite de las actuaciones previas, ni tampoco contrató un letrado externo que se encargara de su defensa jurídica.
- Citado con fecha 28 de marzo de 2022 para la práctica de la liquidación provisional a celebrar el día 19 de abril de 2022, solicitó una ampliación del plazo para presentar alegaciones, sin que la delegada instructora accediera al aplazamiento de la liquidación.
- La delegada instructora no ha mencionado ni valorado en el acta de liquidación, ni siquiera mínimamente, el escrito de alegaciones que el Sr. T.R. presentó el día 13 de abril de 2022, ni los documentos que aportó anexos a dicho escrito.

(13) Por medio de otrosí, interesa la suspensión de «los efectos de las resoluciones recurridas» durante la sustanciación del presente recurso. Por razones de lógica sistemática, se analizará en primer lugar la última petición.

TERCERO.- Solicitud de suspensión de las resoluciones impugnadas.

(14) Como se ha indicado, el recurrente solicita mediante otrosí «que se suspendan todos los efectos de las resoluciones recurridas mientras se sustancie el presente recurso».

(15) La doctrina de esta Sala de Justicia es unánime en cuanto a que la interposición de un recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no tiene efectos suspensivos de la eficacia de la resolución impugnada, salvo que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con una posible situación de indefensión. Así se recoge en el reciente auto nº 28/2021, de 14 de octubre, con cita de muchos otros. Estas circunstancias que puedan dar lugar a los efectos suspensivos de un recurso del art. 48.1 de la LFTCu, por su carácter excepcional deben ser objeto de interpretación restrictiva (auto de 22 de julio de 2013). A ello hay que añadir que el recurrente no sólo debe alegar sino también probar el carácter supuestamente irreparable o de difícil reparación que supondría la ejecución del acto recurrido, como señala la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de suspensión de actos recurridos, plasmada entre otras en sentencias de su Sala 3ª de 12 de junio de 2001; 29 de abril de 2003 y 17 de junio de 2008. Nada de esto sucede en el caso actual, en el cual el recurrente solicita la suspensión de las resoluciones que impugna -el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago- pero no aduce ningún hecho o motivo que pueda justificar su petición. En estas condiciones, la petición examinada no puede prosperar.

CUARTO.- La indefensión prevista en el artículo 48.1 de la LFTCu.

(16) La indefensión es uno de los dos motivos tasados que pueden justificar la estimación del recurso contemplado por el art. 48.1 de la LFTCu. El concepto de indefensión que contempla este artículo es el elaborado por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del art. 24.1 de la Constitución (CE) y que esta Sala de Justicia ha acogido sin ambages de forma reiterada, de lo que es muestra entre otros muchos el auto 23/2021, de 23 de junio. Como señala el Tribunal Constitucional, se trata de «una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales» (STC 155/2019, de 28 de noviembre).

(17) Como tal noción material y al estar construida con ocasión del art. 24.1 de la CE, el concepto de indefensión necesariamente exige un perjuicio real y efectivo a los intereses del afectado por ella y es, a la vez, más amplio que el derecho de defensa entendido éste como el derecho a un principio de contradicción y de igualdad de partes, de alegación, acreditación y de réplica dialéctica contradictoria. El derecho 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 6/2022, de 8 de abril y nº 11/2022, de 13 de mayo. Desde las anteriores premisas, analizaremos a continuación los concretos motivos formulados.

QUINTO.- Ausencia de letrado defensor designado por la Junta de Andalucía.

(18) Manifiesta en su recurso Don M.T.R. que solicitó del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía ser representado y defendido por el letrado de la Junta de Andalucía en las actuaciones previas nº 72/21 y, en concreto, en la presentación de alegaciones ante la liquidación provisional a la que había sido convocado. Subsidiariamente, para el caso de imposibilidad material por la posición procesal de la Junta de Andalucía en este procedimiento, actual o sobrevenida, solicitó la contratación de los servicios profesionales que se encargaran de su representación y defensa. Invocó su derecho estatutario para recibir dicha asistencia jurídica por parte de la Junta de Andalucía. Al no recibir ninguna respuesta a su solicitud de asistencia letrada, tuvo que redactar por sí mismo las alegaciones que presentó el día 13 de abril de 2022, ocasionándole una manifiesta indefensión que vicia de nulidad el procedimiento.

(19) La doctrina de esta Sala de Justicia es unánime respecto al carácter no jurisdiccional de las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance. Dada la naturaleza administrativa y no estrictamente jurisdiccional de esta concreta fase preprocesal, no resulta preceptiva ni la representación por procurador ni a la asistencia de abogado, que sí resultarán necesarias en la posterior fase judicial

(art. 57 de la LFTCu). Rigen, en consecuencia, las reglas del procedimiento administrativo común en cuanto a la capacidad de obrar de las personas interesadas en el procedimiento, bien directamente o por medio de representante debidamente acreditado. Al no ser preceptiva la intervención de abogado, el hecho de que el ahora recurrente no contara con la asistencia de un letrado nombrado por la Junta de Andalucía no supone, como señala el Fiscal en su escrito de oposición al recurso, ninguna vulneración de la tutela judicial efectiva ante este Tribunal de Cuentas, y menos aún que se haya producido indefensión.

(20) En consecuencia, la Sala de Justicia considera que la actuación del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, al no proporcionar al Sr. T.R. la asistencia jurídica que demandó mediante su escrito de 1 de abril de 2022, no le ha generado al recurrente la indefensión que denuncia. Todo ello sin realizar ningún pronunciamiento sobre el eventual derecho estatutario que pueda tener el Sr. T.R. a recibir tal asistencia letrada de la administración autonómica, por ser una cuestión por completo ajena al recurso que aquí se ventila.

SEXTO.- Denegación de la ampliación de plazo.

(21) Manifiesta el recurrente que le ha causado indefensión material la negativa de la delegada instructora a aplazar la liquidación ya convocada, lo cual le hubiera permitido a él disponer de un mayor plazo para formular alegaciones y procurarse asistencia letrada. Para valorar esta alegación debemos considerar las siguientes fechas:

- Mediante providencia de 21 de marzo de 2022 se acuerda celebrar el acto de liquidación provisional el día 19 de abril de 2022. Se fija como término para formular alegaciones el de las 72 horas antes de la fecha de la liquidación, es decir, el día 12 de abril de 2022.
- El Sr. T.R. recibe la notificación de la providencia el día 28 de marzo de 2022, es decir, 15 días antes del plazo fijado para realizar alegaciones y 22 días antes de la fecha del acto de liquidación. El Sr. T.R. solicita la remisión del expediente que le es facilitado, mediante correo electrónico, el día 29 de marzo.
- Ante la solicitud del Sr. T.R. de ampliar el plazo para realizar alegaciones, aplazando la celebración del acto de liquidación, consta en las actuaciones que la delegada instructora le autorizó para formular alegaciones con posterioridad a la fecha inicialmente acordada (12 de abril de 2022) y, de hecho, el escrito de alegaciones de Don M.T.R. y su documentación anexa se reciben el día 13 de abril de 2022, quedando incorporados a las actuaciones (cfr. informe emitido por la delegada instructora el 11 de mayo de 2022 obrante en la pieza de recurso, sin foliar).

(22) Entrando a valorar la denegación, por la delegada instructora, de la prórroga pedida por el impugnante para formular alegaciones, aplazando para ello la práctica de la liquidación provisional, no considera esta Sala de Justicia que se trate de un motivo suficiente para fundamentar un supuesto de indefensión proscrita por el art. 48.1 de la LFTCu, por las razones que se expusieron en el reciente auto nº 28/2021, de 14 de octubre, y que pueden reiterarse aquí.

(23) El criterio de este órgano de la Jurisdicción Contable es que el art. 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, debe ser objeto de una interpretación garantista, acorde con el art. 24 de la Constitución Española y favorable a los derechos de defensa de los interesados. De ello se desprende que la delegada instructora de las actuaciones previas de un procedimiento de reintegro por alcance puede prorrogar plazos o suspender actuaciones siempre que lo haga dentro del ámbito de su competencia. Sin embargo, este planteamiento general debe compatibilizarse con las limitaciones de contenido y de tiempo de tramitación que la ley impone a la fase instructora de los procedimientos de reintegro por alcance (art. 47.4 de la LFTCu).

(24) Debemos traer a colación, sobre este punto, el auto de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas nº 18/2013, de 17 de septiembre, cuando señala que «no puede pasarse por alto que del carácter comprimido y limitado que confiere el art. 47 de la LFTCu a esta fase de actuaciones previas, y de la posibilidad de desplegar una actividad alegatoria y probatoria plena que la Ley reserva para la fase jurisdiccional posterior, cabe deducir que las posibilidades de suspensión o prórroga de la práctica de trámites en fase instructora deben ser consideradas como objeto de una interpretación restrictiva».

(25) En el presente caso, el recurrente ha sido correctamente citado en el primer trámite legalmente habilitado para su intervención en las actuaciones previas, que es la liquidación provisional. Ha podido tomar vista del expediente, formular alegaciones y proponer que se realizaran o completaran diligencias, de haberlo considerado conveniente a su derecho. En estas circunstancias, y teniendo además en cuenta la amplitud de las posibilidades alegatorias y probatorias de la posterior primera instancia, no cabe apreciar la indefensión alegada, sin perjuicio de la discrepancia del Sr. T.R. sobre el ritmo procedimental de la instrucción.

(26) En consecuencia, la Sala de Justicia considera que la actuación de la delegada instructora no ha generado al recurrente la indefensión que denuncia.

SÉPTIMO.- La alegada falta de respuesta del acta de liquidación provisional.

(27) Sostiene el recurrente que la delegada instructora no ha valorado ni tenido en cuenta en el acta de liquidación la documentación aportada junto con el escrito de alegaciones que presentó el día 13 de abril de 2022, lo cual le ha causado

indefensión. Manifiesta que el órgano instructor, si bien recibió las alegaciones del actual recurrente y la documentación acompañante que debería enervar las conclusiones del acta de liquidación, no realizó una relación detallada de dicha documentación, sin que conste ni un resumen de su contenido ni una debida motivación de los criterios de valoración que se siguieron, a la luz de tales documentos, ni su grado de relevancia, careciendo el acta de elementos esenciales que llevaran a la ratificación, o no, de la declaración de responsabilidad contable por alcance de Don M.T.R.

(28) El Fiscal, en su escrito de oposición al recurso, considera que la alegada incongruencia omisiva no es cierta, pues queda desmentida por las consideraciones que a tal documentación dedica la consideración tercera del acta de liquidación provisional de 19 de abril de 2022, donde -aun para desestimarlas- se da cumplida respuesta a las alegaciones del ahora recurrente. Por su parte, el Letrado de la Junta de Andalucía, también en su escrito de oposición al recurso, considera que el acta de liquidación se halla plenamente motivada, que se analizan detenidamente las alegaciones formuladas por el ahora recurrente desestimándolas de forma más que razonada, sin que por ende pueda apreciarse la más mínima indefensión.

(29) Debemos analizar con detenimiento esta alegación, pues la exigencia de motivación en las resoluciones administrativas es ineludible porque no basta para satisfacer las exigencias constitucionales de proscripción de indefensión, de que es trasunto el contenido del artículo 48.1 LOTCu cuando permite el acceso al recurso por esa causa, limitarse a expresar consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de una u otra institución. Por el contrario, es necesario que el ciudadano conozca siquiera con un mínimo, pero suficiente detalle, los criterios y razones por los que su petición se rechaza o se admite. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 2012, rec. 4988/2010, al remitirse a la de 26 de junio de 2012, rec. 4998/2010, recogiendo otras anteriores «ciertamente, el de motivación de la resolución administrativa no es un rito carente de sentido, ni, sólo, un deber de cortesía para con los administrados, sino una exigencia que tiene como finalidad lograr el convencimiento del interesado respecto la corrección y justicia de la decisión, así como mostrar que la aplicación del Derecho al caso concreto se halla libre de toda arbitrariedad; es necesario, pero a la vez suficiente, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico».

(30) En este sentido, hay que traer a colación de forma expresa la STS de 14 de octubre de 2008, rec. 679/2006, que reproduce las fundamentaciones de la de 31 de octubre de 1995 cuando, a propósito de la motivación, señala que «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».

(31) Para poder determinar si el acta de liquidación provisional valoró o no de forma correcta las alegaciones del ahora recurrente y la documentación justificativa que aportó, la Sala ha examinado ambas y, lógicamente, el propio acta de liquidación. De todo ello y en síntesis, resulta que el Sr. T.R. no discutió ni la realidad de haber prescrito el derecho de la Administración para exigir el reintegro de la subvención, ni negó su competencia para haber incoado el procedimiento administrativo de reintegro, pues desempeñó el cargo de Secretario General de Universidades, Investigación y Tecnología desde julio de 2015 hasta febrero 2019, y la prescripción del derecho acaeció el día 28 de marzo de 2018. Lo que adujo es que no se le puede imputar responsabilidad contable alguna por el daño o menoscabo, pues no concurre en su caso el imprescindible requisito de haber actuado con dolo o con culpa grave.

(32) A juicio de la Sala, el acta de liquidación resume cabalmente las alegaciones del ahora recurrente, en los siguientes términos:

«Lo que sí cuestiona Don M.T.R. es su responsabilidad en base a que no puede apreciarse culpa grave en su contribución a los hechos a que se refieren estas actuaciones previas. Para ello, argumenta las circunstancias concurrentes en la tramitación de los expedientes pendientes de justificación, competencia de la Secretaria General de Universidades, Investigación y Tecnología de la que fue titular durante el período referido en el ordinal anterior, que llevaron a adoptar, con una dificultad máxima, según narra, medidas extraordinarias de todo tipo que, a pesar de que no fueron suficientes y de encontrarse con obstáculos casi insalvables, de falta de medios personales y materiales, llevaron, según se dice por el alegante, a unos resultados óptimos en cuanto al descenso de volumen de expedientes acumulados, de manera que la cuantía que aquí se cuestiona resulta mínima respecto al montante pendiente de justificación que hubo que abordar sin medios y que llegó a recuperarse, y que el expediente a que se refiere no puede considerarse -según se argumenta por el Sr. T.R.- como aislado o utilizando un término al que él acude, incluso pudo quedar trasapelado. Además de la imposibilidad alegada de tener conocimiento de que ese expediente, concretamente ese expediente, pudiera precisar una intervención por su parte para exigir el reintegro de la cuantía pendiente de justificar.»

(33) A renglón seguido, el acta de liquidación expone que las cuestiones alegadas por el Sr. T.R., la valoración de las circunstancias concurrentes en el escenario concreto de los hechos y, sobre todo, la inexistencia de culpa grave por su parte, a la que se hace referencia en el escrito de alegaciones presentado, no pueden ser valoradas por el delegado instructor, cuya competencia ex art. 47 de la LFTCu, en la interpretación dada a este precepto por la Sala de Justicia del TCu, no alcanza el elemento subjetivo concurrente en los hechos que instruye. En suma, el acta de liquidación no desatiende ni ignora las alegaciones del ahora recurrente. Bien al contrario, las analiza y expone, pero manifiesta que, ateniéndose a la doctrina consolidada de esta Sala, carece de competencia para pronunciarse sobre ellas.

(34) En efecto, la Sala debe recordar a este respecto que, si bien el delegado instructor debe determinar y citar a las personas que considere presuntamente responsables del alcance, sea a título de responsabilidad directa o subsidiaria, el análisis y determinación de la existencia del elemento subjetivo definidor de la responsabilidad contable no se verifica en las actuaciones previas por el delegado instructor al tratarse de una tarea estrictamente judicial. Si el acta de liquidación se hubiera manifestado sobre la posible concurrencia de dolo o negligencia grave en la actuación de la persona presuntamente responsable, hubiera rebasado el objeto propio de una liquidación provisional, pues afectaría a aspectos subjetivos de la responsabilidad contable que no deben dirimirse en la fase de actuaciones previas sino en las posteriores instancias jurisdiccionales.

(35) Así lo ha establecido una doctrina consolidada de la Sala de Justicia, pudiendo citarse desde el auto n° 9/1995, de 23 de febrero, hasta el auto n° 6/2022, de 8 de abril, por lo que resulta palmario que la delegada instructora actuó correctamente al no valorar el aspecto subjetivo de la actuación del ahora recurrente. En suma, el órgano de instrucción ha motivado de forma suficiente y adecuada las razones por las que ha considerado de forma provisional al Sr. T.R. como responsable contable, a partir de datos y consideraciones objetivas y sin entrar a valorar los aspectos subjetivos de su actuación, que le están vedados. Con ello se ha ajustado a los requisitos de motivación de las resoluciones recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y que, para el caso concreto de las liquidaciones provisionales de los procedimientos de reintegro por alcance, ha plasmado esta Sala de Justicia en resoluciones como el auto de 23 de julio de 2003, seguido de muchos otros.

(36) Si la motivación es jurídicamente adecuada y suficiente, no cabe apreciar indefensión, por lo cual la Sala concluye que la actuación de la delegada instructora no ha generado al recurrente la indefensión que denuncia.

OCTAVO.- Inadmisibilidad del recurso y costas.

(37) De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia debe 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 la Procuradora de los Tribunales D^a. Silvia Pérez García actuando en nombre y representación de Don M.T.R., bajo la dirección letrada de D. Santiago Bosco Romero Lara, contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas ambas el día 19 de abril de 2022 en las actuaciones previas nº 72/21, del ramo de Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de las subvenciones concedidas por las Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2017/18. Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía- RETA) Andalucía.

(38) En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

LA SALA ACUERDA:

1º.- 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 la representante procesal de Don M.T.R. contra el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago dictadas ambas el día 19 de abril de 2022 en las actuaciones previas nº 72/21, del ramo de Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de las subvenciones concedidas por las Consejerías y Agencias de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2017/18. Red de Espacios Tecnológicos de Andalucía- RETA), confirmando las resoluciones recurridas.

2º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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 22/2022, de 21 de septiembre. Recurso de apelación Nº 20/22 interpuesto contra el Auto de 27 de enero de 2022 dictado en la Acción Pública nº B-39/2021, del ramo del sector público autonómico (Generalidad Valenciana), C. Valenciana. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Tal y como sostiene una doctrina uniforme de esta Sala, las irregularidades que son objeto de la denuncia deben presentar todos o, al menos, alguno de los caracteres que perfilan la figura jurídica del alcance de fondos o caudales públicos, lo que exige al ejercitante de la acción la concreción de los hechos que hubieran dado lugar a un perjuicio a los fondos públicos que debería ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance (Autos de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005, de 9 de febrero de 2007 y 1 de octubre de 2010).

En relación con la pretensión relativa al daño en los caudales públicos autonómicos, la Sala no aprecia que existan indicios de haberse producido el perjuicio pretendido en el erario público. No corresponde a esta instancia judicial emitir un pronunciamiento en relación con la eficiencia o ineficiencia de la gestión realizada, sino únicamente apreciar si se ha producido, o no, un menoscabo individualizado en los caudales públicos gestionados.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 22/2022

ASUNTO: Recurso de apelación N° 20/22 interpuesto contra el Auto de 27 de enero de 2022 dictado en la Acción Pública n° B-39/2021, del ramo del sector público autonómico (Generalidad Valenciana), C. Valenciana.

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, integrada por las Excmas. Sras. Consejeras y el Excmo. Sr. Consejero expresados al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales don Jesús Fernández de las Heras, en representación del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, contra el auto de 27 de enero de 2022, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la Acción Pública n° B-39/2021, del ramo de sector público autonómico (Generalidad Valenciana), C. Valenciana.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto 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.- Con fecha 27 de enero de 2022 el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento dictó auto en cuya parte dispositiva se determina lo siguiente:

«Decretar el archivo de la presente acción pública al no existir supuesto alguno de responsabilidad contable»

SEGUNDO.- El 1 de marzo de 2022 el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, el cual fue admitido por diligencia de ordenación de 4 de marzo de 2022, en la que se acordó dar traslado del recurso a las partes.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, por medio de escrito de fecha 17 de marzo de 2022, se opuso al recurso interpuesto solicitando la confirmación del auto impugnado.

CUARTO.- El representante procesal de la Generalitat Valenciana se opuso, asimismo, al recurso y solicitó la confirmación del auto recurrido mediante escrito de 28 de marzo de 2022.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 30 de marzo de 2022 el Departamento acordó elevar los autos a la Sala de Justicia emplazando a las partes a comparecer ante la misma.

SEXTO.- Tanto el representante procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana como el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la Generalitat Valenciana, comparecieron personándose mediante escritos de fecha 16 de mayo, 5 de abril y 9 de mayo de 2022, respectivamente.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 23 de junio de 2022, se abrió el Rollo de Sala nº 20/22, se constató la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso y se designó ponente de acuerdo con el turno establecido.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 12 de septiembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 19 de septiembre de 2022, 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.- Objeto del recurso.

(1).- El presente recurso de apelación, formulado al amparo del artículo 56.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCU), se interpone por el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana contra el auto de 27 de enero de 2022, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas por el que se acordó archivar la Acción Pública nº B-39/2021 que había sido ejercitada por aquél.

(2).- El Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana había denunciado, en el escrito de presentación de la acción pública, que la decisión adoptada por la Generalitat Valenciana de asumir la gestión directa de la asistencia sanitaria integral del D.S.L.R. -una vez adoptada la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicio público a la concesionaria R.S. II U.T.E.- no había sido debidamente motivada en cuanto a las repercusiones que podía producir desde el punto de vista económico de acuerdo con los principios de eficiencia y economía y que, por ello, resultaba ilícita. Tal y como consta en el expediente, la mercantil R.S. II U.T.E. había sido concesionaria de un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana, en modalidad de concesión, por el cual había asumido la gestión sanitaria integral del D.S.L.R. desde el 1 de abril de 2003, durante un periodo de 15 años, prorrogable por 5 años más. Una vez concluido el plazo de ejecución del contrato, la Generalitat Valenciana adoptó la decisión de no prorrogarlo y asumió la gestión directa del servicio de asistencia sanitaria del Departamento a partir del 1 de abril de 2018.

(3).- El actor publicó sostenía en su escrito que la ilicitud de la decisión de asumir la gestión directa de la asistencia sanitaria integral del complejo hospitalario -por no estar debidamente motivada desde el punto de vista de los principios de eficiencia y economía-, había generado un daño constitutivo de responsabilidad contable por alcance. Afirmó, en particular, que el daño se concretaba en la existencia de sobrecostes en las partidas de gastos de personal y de material sanitario y farmacéutico en el año 2019 -en que el servicio ya era gestionado por la Generalitat Valenciana-, respecto del año 2017 -en que la gestión aún correspondía a la concesionaria-. Cifró estos sobrecostes en un mínimo de 76.225.621,50 euros que resultaban de la diferencia entre las partidas de gastos de personal y de material farmacéutico y sanitario en 2019 respecto de 2017.

(4).- Indicaba también que, si bien la Sentencia 952/2021 de 1 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo -por la que se resolvía el recurso de casación interpuesto por la concesionaria R.S. II

U.T.E.-, manifestó que la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos era acorde a derecho, sin embargo, no realizó pronunciamiento alguno en relación con la licitud de asumir la gestión directa del servicio por parte de la Generalitat y, por tanto, nada impedía que en la jurisdicción contable pudiera declararse la ilicitud de esta actuación con carácter prejudicial a los efectos del artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCU).

(5).- El auto ahora recurrido consideró, sin embargo, que de acuerdo con las alegaciones y documentación aportada, los hechos objeto de la denuncia por parte del actor público no suponían concreción alguna de daño para los caudales públicos y no revestían los caracteres de alcance contable. En particular, sobre la base de lo alegado por el Ministerio Fiscal, se estima en el auto que la decisión de no prorrogar el contrato de gestión del servicio público de asistencia integral del D.S.L.R. a la concesionaria R.S. II U.T.E., no constituía en sí mismo un perjuicio para los caudales públicos y que los demás hechos denunciados no eran sino meras sospechas sin concreción de daño alguno y sin que estuvieran individualizadas con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales públicos.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de apelación interpuesto por el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana.

(6).- El recurrente fundamenta su recurso en los motivos siguientes:

1.- En primer lugar, manifiesta que, a la vista de que el auto impugnado se remite a las alegaciones del Ministerio Fiscal y de la Generalitat Valenciana para fundamentar la decisión de archivo, él mismo se referirá a dichas alegaciones para fundamentar el recurso de apelación.

2.- Indica que, del análisis de los escritos de alegaciones de la Generalitat Valenciana y del Ministerio Fiscal, se deduce que el auto objeto del recurso de apelación fundamenta la decisión de archivo en la falta de indicios de prueba de la existencia de daño y en la inexistencia de ilicitud en la actuación de la administración.

3.- En relación con el daño, el apelante afirma que, si bien el Ministerio Fiscal sostiene en su escrito que los hechos denunciados son meras sospechas sin concreción y sin estar individualizadas con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia y manejo de caudales públicos, sin embargo, dicha declaración resulta contradictoria con la petición posterior, que también realiza el Ministerio Público, de que se incoe el correspondiente expediente de fiscalización sobre los hechos denunciados, pues ello implica que considera que los hechos deben ser investigados. Afirma también que la denuncia sí se refiere a

cuentas determinadas que son las partidas de gastos de personal y de material farmacéutico y sanitario del ejercicio 2019.

4.- Indica, por último, que la producción de un daño en los caudales públicos autonómicos se hace patente en las propias alegaciones que realizó la Generalitat Valenciana frente al escrito de ejercicio de la acción pública al afirmar que el gasto total de la gestión sanitaria en 2019 superaba en 18 millones de euros (redondeando la cifra) al gasto de 2017, pero que esta diferencia se hallaba compensada con la liquidación del ejercicio 2017 -provisionalmente cifrada en alrededor de 31 millones de euros- que la concesionaria debía pagar a la administración. El apelante sostiene que dicha apreciación pone de manifiesto que se ha producido un daño en el erario público, puesto que un solo pago de 31 millones de euros no puede compensar la gestión de un servicio que es más cara, solo el primer año, en 18 millones de euros.

5.- En cuanto a la ilicitud en la actuación de la administración, considera que el acto administrativo de no prorrogar el contrato de gestión del servicio público así como la decisión de asumir la Generalitat la gestión integral del D.S.L.R., no se encuentran debidamente motivados desde la perspectiva de la asignación del gasto público de acuerdo con los principios de eficiencia y economía. En su opinión, la decisión de no prorrogar el contrato, si bien es eficaz frente al concesionario, no obstante, no es válida desde el punto de vista de la asignación equitativa de los recursos públicos de acuerdo con los principios de eficiencia y economía, pues debido a su falta de motivación resulta dañosa para los fondos autonómicos.

6.- En relación con la Sentencia 952/2021, de 1 de julio de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sostiene que la misma se pronuncia exclusivamente en lo referente a la cuestión delimitada en el auto de admisión del recurso de casación, que afirma que es aclarar si la decisión de no prorrogar el contrato es conforme a derecho por haber cumplido con los requisitos del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF), pero que no se pronuncia respecto del cumplimiento de otras obligaciones legales a la que debe estar sujeta esta decisión. Considera que lo que debe cuestionarse respecto de la decisión de no prorrogar el contrato y de revertir el servicio a la Generalitat Valenciana no es si se respetaron los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sino si se dio cumplimiento a los principios de asignación equitativa de los recursos públicos de acuerdo con los principios de eficiencia y economía del artículo 31 de la Constitución Española. Sostiene, en conclusión, que el acto de decidir no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos a la concesionaria R.S. II U.T.E. ha sido declarado conforme a derecho por el Tribunal Supremo únicamente en el aspecto relativo al cumplimiento del artículo 7.3 de la LOEPSF, mientras que lo que se denuncia en el presente procedimiento es la incorrección del acto como consecuencia de la falta de

motivación del mismo, no desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria, sino desde la perspectiva de la asignación del gasto público de acuerdo con los principios de eficiencia y economía.

7.- Alega, por último, que la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana en un informe aprobado en 2017 que no se refiere al D.S.L.R. sino a otro análogo, el D.S.M. (Auditoría operativa de la concesión de la asistencia sanitaria integral en el D.S.M., ejercicios 2009 a 2015, aprobado el 5 de abril de 2017) llegó a la conclusión de que la asunción con medios públicos de la asistencia sanitaria integral de la población protegida del D.S.M., implicaría un mayor desembolso anual por gasto corriente sanitario en torno a 42,5 millones de euros.

(7).- Con base en los motivos expuestos, la representación procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana suplica la revocación del auto recurrido devolviéndose las actuaciones al Departamento Segundo para que solicite a la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas el nombramiento de delegado instructor.

TERCERO.- Oposición del Ministerio Fiscal.

(8).- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación afirmando que en él no aportan nuevas alegaciones por lo que se remite, para fundamentar su oposición, a lo alegado frente al escrito en el que se ejercitaba la acción pública. De esta forma, el hecho de no prorrogar el contrato o de no prorrogarlo, como posibilidad con la que contaba la Generalitat Valenciana no constituye un perjuicio a los fondos públicos y que los demás hechos denunciados no suponen sino meras sospechas, sin ninguna concreción y sin estar individualizada con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales públicos. Considera, así, que no existen indicios de responsabilidad contable por alcance e interesa el archivo de las presentes actuaciones.

CUARTO.- Oposición de la Generalitat Valenciana.

(9).- La representación procesal de la Generalitat Valenciana fundamenta su oposición al recurso en las siguientes alegaciones:

1.- El actor reproduce en su recurso los motivos que ya empleó en el escrito por el que ejercitó la acción pública, es decir, la falta de motivación de la decisión de la Generalitat Valenciana de asumir la gestión directa del D.S.L.R., lo cual constituye un acto ilícito.

2.- La determinación de la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa corresponde determinarla al orden jurisdiccional contencioso-administrativo pero no al Tribunal de Cuentas indicando que tanto la sentencia 753/2019, de 15 de octubre,

de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, como la sentencia 952/2021, de 1 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, han concluido que la actuación de la Generalitat fue ajustada a derecho en cuanto a la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos a la concesionaria R.S. II U.T.E. y de asumir la gestión directa del complejo hospitalario.

3.- En relación con la alegación relativa al incumplimiento de los principios de eficiencia y economía, sostiene que con independencia de que las leyes puedan contener declaraciones generales sobre la eficiencia del gasto público, en el presente caso el requisito concreto que la ley exigía en relación con el mismo era el previsto en el artículo 7.3 de la LOEPSF, cuyo cumplimiento por parte de la Generalitat ha sido avalado por el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada.

4.- La posible falta de motivación de un acto no daría lugar a un alcance contable de acuerdo con el artículo 72 de la LFTCU a lo que añade que el recurrente no aporta datos, ni siquiera de forma indiciaria, que permitan apreciar que se ha producido un alcance contable.

(10).- Por todo ello, interesa que se dicte resolución por la cual se desestime el recurso de apelación formulado.

CUARTO.- Análisis de los motivos de recurso.

(11).- Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede recordar de acuerdo con la regulación y doctrina que delimitan la acción pública, las circunstancias que determinan la procedencia de su admisión y, en consecuencia, de acordar que se eleven las actuaciones a la Comisión de Gobierno para que acuerde el nombramiento de un delegado instructor que practique las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCU o, por el contrario, las que determinan la inadmisión de la acción y archivo de las actuaciones.

(12).- El 56 de la ya citada 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 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».

(13).- Por ello, de acuerdo con el apartado tercero del artículo 56, la admisión de una acción pública se encuentra condicionada 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.

(14).- Tal y como sostiene una doctrina uniforme de esta Sala, las irregularidades que son objeto de la denuncia deben presentar todos o, al menos, alguno de los caracteres que perfilan la figura jurídica del alcance de fondos o caudales públicos, lo que exige al ejercitante de la acción la concreción de los hechos que hubieran dado lugar a un perjuicio a los fondos públicos que debería ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance (Autos de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005, de 9 de febrero de 2007 y 1 de octubre de 2010).

(15).- En el presente caso, el representante procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana considera que se ha producido una actuación ilícita por parte de la Generalitat y que la misma ha generado un perjuicio económico en los caudales públicos constitutivo de responsabilidad contable por alcance.

(16).- Analizaremos, de manera diferenciada, la pretensión de ilicitud de la actuación de la Generalitat y la producción de un daño en sus caudales públicos derivado de la misma. En relación con el acto ilícito, el apelante aduce en su recurso un argumento distinto al empleado en el escrito por el que se ejercitaba la acción pública que resultó archivada.

(17).- En el escrito por el que ejercitaba la acción pública sostenía que cabía diferenciar claramente dos actos administrativos, por un lado la decisión adoptada por la Generalitat Valenciana de no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos para la asistencia sanitaria integral del D.S.L.R., la cual estimaba lícita pues había sido considerada conforme a derecho por la sentencia del Tribunal Supremo 952/2021, de 1 de julio de 2021, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en la que se declaraba que esta decisión cumplía con los requisitos del artículo 7.3 de la LOEPSF, produciendo efectos de cosa juzgada frente a la jurisdicción contable. Y, por otro lado, el acto de decisión de la Generalitat Valenciana de asumir la gestión directa del servicio, una vez concluido el contrato

de concesión, el cual no había sido debidamente motivado y se consideraba ilícito. El actor público consideraba que el Tribunal Supremo no se había pronunciado en relación con la decisión de asumir la gestión directa del servicio por la Generalitat por lo que la sentencia citada no producía efectos de cosa juzgada que impidieran que el Tribunal de Cuentas lo considerase ilícito con carácter prejudicial. En efecto, el ahora apelante, sostenía en su escrito inicial que la decisión de asumir la gestión directa adoptada por la Generalitat resultó ilícita pues se adoptó sin valorar las repercusiones y efectos que producía desde el punto de vista económico vulnerando el artículo 7.3 de la LOEPSF y el principio de eficiencia económica del artículo 31 de la Constitución Española.

(18).- Por el contrario, en el escrito del recurso de apelación, matiza el argumento esgrimido en el escrito de ejercicio de la acción pública. Afirma que la decisión de no prorrogar el contrato, si bien es válida desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera pues el Tribunal Supremo ha declarado que el acto administrativo cumplió con las exigencias del artículo 7.3 de la LOEPSF, sin embargo no es lícita desde el punto de vista de las exigencias de motivación en la perspectiva del cumplimiento de los requisitos de asignación equitativa de los recursos públicos por criterios de eficiencia y economía. Sostiene, en sede de apelación, que el Tribunal Supremo ha considerado que la decisión de no prorrogar el contrato es conforme a derecho únicamente en lo relativo al cumplimiento de los requisitos del artículo 7.3 de la mencionada disposición, es decir, que es conforme a derecho y se encuentra motivada únicamente desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria y solo produce efectos de cosa juzgada en lo relativo a este aspecto, pero afirma que no se ha pronunciado en relación con la motivación del acto desde la perspectiva de la asignación del gasto público de acuerdo con los principios de eficiencia y economía y por ello puede ser declarado ilícito por este Tribunal con carácter prejudicial. Por ello indica que, tanto el acto de no prorrogar el contrato de gestión del servicio público como el acto de asumir la gestión directa de la atención sanitaria del D.S.L.R. por parte de la Generalitat Valenciana carecen de motivación desde el punto de vista de dicha asignación equitativa del gasto público y resultan ilícitos por haber vulnerado los principios de eficiencia y economía previstos en el artículo 31 de nuestra Constitución.

(19).- Por otro lado, en relación con el perjuicio a los fondos públicos, el recurrente sostiene tanto en el escrito de acción pública como en el escrito de interposición del recurso de apelación, que la asunción de la gestión directa de la asistencia sanitaria por parte de la Generalitat de forma no motivada y contraria a los principios de eficiencia y economía ha producido un daño en los caudales públicos autonómicos, el cual se concreta en que en el ejercicio 2019 se produjeron sobrecostes en las partidas de gastos de personal y de material sanitario y farmacéutico. En particular, mientras que en el ejercicio 2017 -en que la concesionaria R.S. II U.T.E. tenía asumida la gestión del D.S.L.R.-, los gastos de personal ascendieron a

113.265.693,89 euros, sin embargo, en 2019 -en que la gestión del Departamento pasó a ser asumida de forma directa por la Generalitat- los gastos ascendieron a 172.465.576,67 euros, existiendo un incremento del mencionado gasto de 59.199.882,78 euros.

(20).- Afirma también, en cuanto a los gastos de material sanitario y farmacéutico, que en 2017 ascendieron a 43.185.225,80 euros mientras que en 2019 fueron cifrados en 60.210.964,52 euros, habiéndose producido un incremento de 17.025.738,72 euros. Sostiene por ello que el coste del servicio gestionado en 2019 por la Generalitat Valenciana fue al menos 76.225.621,50 euros más caro que en 2017 cuando era gestionado por la concesionaria R.S. II U.T.E., indicando que esta cantidad constituye un saldo deudor injustificado, es decir, un perjuicio real y efectivo en el erario público que debe ser resarcido por los gestores responsables de la decisión.

(21).- El apelante igualmente sostiene que esta decisión irregular de la Generalitat de asumir la gestión directa de forma no motivada no solo generó sobrecostes sino que, además, como consecuencia de la menor eficiencia de la forma de gestión adoptada, se produjo un deterioro en la calidad de la prestación del servicio con el consiguiente perjuicio a los pacientes del Departamento de Salud que habían sufrido un aumento de las listas de espera y un empeoramiento de los indicadores de demora quirúrgica.

(22).- Pues bien, una vez expuestos los términos del debate, comenzaremos pronunciándonos en relación con la pretensión relativa al daño en los caudales públicos autonómicos. A results del análisis de las alegaciones planteadas, esta Sala no aprecia que existan indicios de haberse producido el perjuicio pretendido en el erario público. La mera afirmación de que se ha producido un incremento en diferentes partidas de gastos de un ejercicio respecto a otro posterior no permite concluir que se haya generado menoscabo alguno de caudales constitutivo de alcance contable en los términos a los que se refiere el artículo 72 de la LFTCU.

(23).- Si bien se aprecia, el apelante no denuncia que la prestación no se hubiera realizado, es decir, no cuestiona que no se hubiera entregado el material farmacéutico o sanitario o que el personal no hubiese desempeñado el trabajo por el que se le contrató, lo que implica que no se ha puesto en duda que los fondos pagados por la Generalitat fueron abonados como consecuencia de contraprestaciones efectivamente realizadas y que, por ello, tuvieron por objeto retribuir prestaciones que la Administración realmente recibió.

(24).- En el caso del material farmacéutico y sanitario, tampoco se acredita, ni tan siquiera se denuncia, que las prestaciones abonadas en 2017 fueran idénticas en cantidad y calidad respecto a las abonadas en 2019, por lo que no puede afirmarse que en el 2019 se abonó un precio distinto y más elevado por un mismo objeto. En

materia de gastos de personal, incluso el propio apelante afirmó en su día en el escrito por el que ejercitaba la acción pública, que se produjo un aumento de la plantilla en 2019 respecto de 2017 de 806 profesionales, por lo que no es controvertido que se incrementó el gasto pero también se incrementó, en cantidad, la prestación.

(25).- No se aportan datos suficientes que permitan apreciar que el simple incremento de las partidas de un gasto en la gestión por la Administración respecto de la gestión llevada a cabo, dos años antes, por el concesionario, suponga un perjuicio en los caudales públicos gestionados.

(26).- Más allá de la afirmación de que el gasto asumido en 2019 es superior al asumido en 2017 en las partidas de personal y material sanitario y farmacéutico, no se aporta informe, análisis o documento alguno que permitan acreditar, siquiera indiciariamente, que el precio que abonó la Generalitat en 2019 no fue adecuado a la naturaleza y calidad de la prestación recibida, por lo que la pretensión de que se han producido sobrecostes o pagos excesivos no puede ser considerada sino como una mera alegación de parte carente de fundamentación suficiente para ser considerada indiciaria de alcance.

(27).- Es importante recordar dos cuestiones jurídicas relevantes en este sentido (Auto nº 34/2021 de la Sala de Justicia):

a) Que al ser la responsabilidad contable una responsabilidad de naturaleza reparatoria no puede concurrir en actuaciones que no impliquen un menoscabo identificable y cuantificable en el patrimonio público (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 32/04, de 29 de diciembre). 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 (por todos, Auto de esta Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005).

b) La tramitación irregular de procedimientos administrativos o presupuestarios no supone, por sí sola, responsabilidad contable, solo la genera si además da lugar a daños y perjuicios patrimoniales concretos en el erario público (por todas, Sentencias de esta Sala de Justicia 10/05, de 14 de julio, y Sentencia 11/2000, de 3 de julio).

(28).- El apelante alega, además, que la ineficiencia en la gestión del servicio público se ha traducido en un empeoramiento en la calidad de la asistencia sanitaria pues ha aumentado la demora para la realización de intervenciones quirúrgicas y el número de pacientes en situación de espera ante una operación, así como la demora para la de realización de pruebas radiológicas. Estos datos, sin embargo, a juicio de

esta Sala, tampoco permiten concretar en qué medida los caudales públicos se han visto menoscabados.

(29).- No corresponde a esta instancia judicial realizar un pronunciamiento en relación con la eficiencia o ineficiencia de la gestión realizada, sino que únicamente debe apreciar si se ha producido, o no, un menoscabo individualizado en los caudales públicos gestionados. A estos efectos, esta misma Sala de Justicia ya afirmaba en su auto de 4 de febrero de 2004 «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».

(30).- En relación con la petición realizada por el Ministerio Fiscal de que se incoase el correspondiente expediente de fiscalización sobre los hechos denunciados, esta Sala no considera, como así lo afirma el apelante, que se trate de una petición incompatible con la de solicitar el archivo de la acción pública puesto que, con independencia de cualesquiera irregularidades que se pudieran detectar en el seno de la tramitación de un posible informe de fiscalización, únicamente la existencia de indicios de que se ha producido un menoscabo en los fondos públicos derivado de un ilícito contable puede justificar que se proceda a nombrar un delegado instructor que practique las diligencias específicas del artículo 47 de la LFTCU, perjuicio que fue descartado por el Ministerio Público en su escrito.

(31).- Por último, en cuanto a las conclusiones obtenidas por la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana en relación con D.S.M., tampoco la Sala considera que en modo alguno puedan ser relevantes a efectos de determinar la concurrencia indiciaria de un posible perjuicio constitutivo de alcance en caudales públicos como consecuencia de la gestión del D.S.L.R.

(32).- Por todo ello, al no apreciarse que existan indicios de haberse irrogado un menoscabo en los fondos públicos gestionados, las pretendidas irregularidades que pudieran haberse producido en la toma de decisión de no prorrogar el contrato de

gestión de servicios públicos de asistencia sanitaria integral en el D.S.L.R. y la asunción de la gestión directa por parte de la Generalitat, no determinan la existencia de responsabilidad contable por alcance en el sentido al que se refieren los artículos 49 y 72 de la LFTCU. Sin perjuicio de ello, este órgano jurisdiccional se referirá a la pretensión de ilicitud de la actuación de la Generalitat Valenciana a la que se refiere el apelante.

(33).- Ya se han expuesto las fundamentaciones sostenidas por el representante procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana tanto en el escrito de ejercicio de la acción pública como en el recurso de apelación en lo relativo a la mencionada de ilicitud y en lo referente a la interpretación de la sentencia 952/2021 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo. No se comparte, sin embargo, el criterio sostenido por aquél en ninguno de los dos escritos.

(34).- Analizaremos, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo 952/2021, de 1 de julio, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por la concesionaria R.S. II U.T.E. contra la sentencia de 15 de octubre de 2019 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Tal y como expresamente cita la sentencia del Tribunal Supremo, el objeto del recurso de casación, por el cual se considera que existe interés casacional, «es aclarar si, el acto administrativo por el que se acuerda no prorrogar el contrato, cuando comporta que la Administración asume la gestión directa, está supeditado a la valoración de sus repercusiones y efectos económicos, en virtud del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria».

(35).- A juicio de esta Sala, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en cuanto al cumplimiento o no de los requisitos de valoración de las repercusiones y efectos económicos se refiere, por tanto, no solo a la decisión de no prorrogar el contrato de concesión sino también a la asunción de la gestión directa del servicio por parte de la Administración. El Tribunal Supremo concluyó, en su sentencia, que la Generalitat Valenciana cumplió con la exigencia de valoración de las repercusiones económicas en la decisión de no prorrogar el contrato y en la asunción de la gestión directa del servicio de asistencia sanitaria integral del D.S.L.R. Consideró que el cumplimiento de dicha exigencia se concretó en que la Generalitat había contado con los siguientes informes:

- «Informe de la Dirección General de Asistencia Sanitaria de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, de 2 de marzo de 2017, sobre un estudio relativo a la calidad y eficiencia de la prestación sanitaria del D.S.L.R. a partir de la opinión de pacientes recogida en encuestas de satisfacción que muestra, en sus

conclusiones, que existen 7 departamentos de gestión directa que obtienen mejores índices de satisfacción.

- El informe de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, de fecha 2 de marzo de 2017 (...).
- El informe de la Subdirección General de Recursos Humanos, de 8 de marzo de 2017, que examina el distinto régimen jurídico de la prestación de servicios por los profesionales sanitarios en el régimen concesional y en el de gestión directa.
- El informe de la Subdirección General de Recursos Económicos, de 19 de septiembre de 2016 (documento nº 2), en el que hace referencia a las limitaciones y problemas que plantea el modelo de gestión del servicio sanitario mediante concesión, desarrollado en cinco departamentos de salud de la Comunidad Valenciana, entre los que se encuentra el de La Ribera (...).
- El informe del Servicio de Gestión Presupuestaria, de 6 de marzo de 2017 (...).

(36).- Si bien la Sala Tercera del Tribunal Supremo afirmó, en la mencionada sentencia, que no constituía objeto del recurso realizar pronunciamiento alguno, en términos generales, sobre la superioridad o ventajas de prestar el servicio público sanitario por gestión directa o indirecta, ni tampoco sobre las concretas medidas relativas a la reversión de los bienes ni las relativas a la continuidad -y su fórmula jurídica- del personal que contrató la concesionaria, sin embargo esta declaración en ningún caso puede interpretarse, a juicio de esta Sala, en el sentido de considerar que la resolución no contiene un pronunciamiento relativo no solo a la decisión de no prorrogar el contrato sino también a la asunción de la gestión directa del servicio por parte de la Generalitat, como literalmente expresa el texto de la sentencia. En conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo afirmó que la decisión de no prorrogar el contrato de gestión del servicio público, en cuanto comportaba que la Administración asumiera la gestión directa del servicio, había cumplido con los requisitos de valoración del artículo 7.3 de la LOEPSF.

(37).- Tampoco se comparte la manifestación realizada por el apelante en el escrito del recurso de apelación relativa a que la sentencia del Tribunal Supremo solo se pronunció en relación con el cumplimiento del requisito de motivación de la actuación de la Generalitat desde el punto de vista de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y que no lo hizo en relación con el cumplimiento del requisito de motivación en lo referente a la asignación equitativa de los recursos públicos y a los principios de eficiencia y economía. A juicio de esta Sala, la sentencia del Tribunal Supremo determinó que la Generalitat Valenciana cumplió con el requisito de motivación precisamente desde este punto de vista pues refiere expresamente que el artículo 7.3 de la LOEPSF -el cual afirma que fue respetado por

aquella- impone una exigencia de valoración del acto administrativo en relación con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

(38).- Por todo ello, estimamos que la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos a la concesionaria R.S. II U.T.E. y la asunción, por parte de la Generalitat, de la gestión directa del servicio, fueron consideradas por el Tribunal Supremo correctamente valoradas y ponderadas a efectos económicos de cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos y, por ello, la sentencia 952/2021 produce eficacia de cosa juzgada en este aspecto impidiendo que se pueda declarar, siquiera con carácter prejudicial, que se ha producido ilicitud alguna al respecto en los términos pretendidos por el apelante.

(39).- En conclusión, a juicio de esta Sala, por un lado no se han aportado indicios suficientes que permitan apreciar la concurrencia de un menoscabo de fondos públicos y, por otro, no procede realizar un pronunciamiento en relación con la conformidad o no a derecho -desde el punto de vista de las repercusiones económicas conforme al principio de eficiencia en la gestión del gasto público-, de la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicio público para la asistencia sanitaria integral del D.S.L.R., ni de la asunción, por parte de Generalitat Valenciana, de la gestión directa del servicio.

(40).- Por todo lo razonado, no concurren en el escrito de ejercicio de la acción pública los requisitos necesarios para su admisión de acuerdo con el artículo 56.3 de la LFTCU, por lo que esta Sala considera, como ya lo hiciera el auto impugnado, que resulta procedente su inadmisión y el archivo de las actuaciones.

SEXTO.- Desestimación del recurso y costas.

(41).- De acuerdo con lo expuesto debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana contra el auto de 27 de enero de 2022, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, quedando confirmada la resolución recurrida.

(42).- En cuanto a las costas, de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 80.3 de la LFTCU, procede su imposición al recurrente pues este ha visto desestimado totalmente el recurso de apelación interpuesto.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación formulado por el procurador don Jesús Fernández de las Heras, en representación del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, contra el auto de 27 de enero de 2022, dictado por el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la Acción Pública nº B 39/2021, del ramo de sector público autonómico (Generalidad Valenciana), C. Valenciana, quedando confirmado el Auto recurrido. Con imposición de costas al apelante.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación, conforme a lo previsto en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, en relación con lo dispuesto en los artículos 80, 81 y 84 de la LFTCu.

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 23/2022, de 21 de septiembre. Recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo nº 22/22. Diligencia Preliminar nº A96/2021. Sector Público Autónomo (Informe de Fiscalización Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A.) Andalucía. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

El archivo de las actuaciones en la fase de Diligencias Preliminares, cuando no se ha procedido a una investigación de los hechos, únicamente procede cuando de manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance.

Por ello, con carácter general, no cabe el archivo ex artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario o a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago que pudieran haber carecido de respaldo normativo. En cambio, procedería el archivo cuando los hechos no revistieran los caracteres de alcance de manera manifiesta y no reunieran los elementos mínimos que hagan posible una valoración inicial que permita apreciar la existencia de un presunto alcance de fondos o caudales públicos.

En este supuesto, concurre la apariencia de que el Convenio Colectivo del ente y sus sociedades filiales estaba plenamente vigente y era obligado cumplimiento en todo su contenido por lo que, de conformidad con lo previsto en su articulado, se debía aplicar con carácter prioritario y preferente respecto a cualquier otra disposición o norma legal.

No cabe concluir, por tanto, que los abonos correspondientes al complemento de antigüedad efectuados fueran injustificados, sino que se encontraban respaldados por una consistente apariencia de ser ajustados a Derecho.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 23/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n° 22/22
Diligencia Preliminar n° A96/2021
SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO (Informe de Fiscalización
Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la
Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y
Televisión, S.A.)
ANDALUCÍA

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, integrada como se expresa arriba, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

A U T O

Visto el recurso interpuesto, al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la Letrada de la Junta de Andalucía contra el auto de fecha 25 de febrero de 2022 dictado por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, en las Diligencias Preliminares n° A96/2021, Sector Público Autonomico (Informe de Fiscalización Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A.) Andalucía.

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.- El 25 de febrero de 2022, la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, dictó Auto en las Diligencias Preliminares nº A96/2021, cuya parte dispositiva acordó:

“[...] ÚNICO.- Declarar el archivo de las presentes diligencias preliminares, a la vista de lo solicitado por el Ministerio Fiscal y por el representante legal de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía.”

SEGUNDO.- Frente a tal resolución, la Letrada de la Junta de Andalucía, en fecha 8 de marzo de 2022, interpuso recurso al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

TERCERO.- Habiéndose recibido oficio del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, por el que se remitió testimonio del recurso interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, la Secretaría de esta Sala de Justicia dictó diligencia de ordenación el día 4 de julio de 2022, por la que acordó abrir el rollo de Sala con el número 22/22, nombrar ponente al Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández y dar traslado del recurso al Ministerio Fiscal y al representante legal de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía para que, en el plazo de cinco días, pudieran impugnar el mismo, si lo estimaran conveniente.

CUARTO.- Con fecha de 11 de julio de 2022, el Letrado D. Carlos Millón Raynaud, en nombre y representación de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), presentó escrito de impugnación del recurso solicitando su desestimación. Mediante escrito de 14 de julio del año en curso, el Ministerio Fiscal formuló su oposición al mismo.

QUINTO.- Concluido el recurso, por diligencia de ordenación de la Secretaría de esta Sala de 19 de julio de 2022 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, procediéndose el 27 de julio de 2022 a la remisión de los mismos, conforme consta en la diligencia expedida en esa fecha.

SEXTO.- Por Providencia de 13 de septiembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso, rollo nº 22/2022, el día 19 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 46.2 de la LFTCu, corresponde a la Sala de Justicia de este Tribunal el conocimiento y decisión del presente recurso.

SEGUNDO.- La Letrada de la Junta de Andalucía, en representación de ésta, fundamenta el recurso en la improcedencia del archivo de las actuaciones decretado en el auto recurrido, dada la posible existencia de responsabilidad contable derivada de un exceso en el abono del complemento de antigüedad (trienios) a empleados de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y su filial Canal Sur Radio y Televisión S.A.(CSRTV) por los siguientes motivos:

1. El artículo 19 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, establece que en el caso de entidades instrumentales como son RTVA y CSRTV, el importe del complemento de antigüedad no puede superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (grupos I y II 47,59 €; grupo III 32,96 € y grupos IV y V 28,24 € todos ellos por mes).
2. La Disposición Transitoria Quinta del vigente X Convenio Colectivo Interprovincial para la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión S.A., en aplicación del citado precepto estableció un complemento de antigüedad lineal, fijo y único de 45 € trienio por mes para todos los grupos profesionales de la Agencia, por lo que el personal integrante de los grupos III, IV y V, reciben un importe superior al que les correspondería de haberse aplicado estrictamente el artículo 19 de la Ley 3/2012.

El recurso se basa en los siguientes elementos:

- Informe de Fiscalización Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A., aprobado por la Cámara de Cuentas de Andalucía el 5 de noviembre de 2020, que concluye en su punto 78 con la siguiente afirmación: “En conclusión, la modificación realizada sobre el Convenio Colectivo estableciendo un complemento por antigüedad lineal no cumple con lo establecido en el art.19.1 de la Ley 3/2012. No se ha podido estimar el importe de ahorro que la aplicación del citado artículo supondría sobre el complemento de antigüedad devengado y pagado durante el ejercicio 2018 en

RTVA y CSRTV, ya que no se ha dispuesto de la equiparación de los grupos profesionales, dato necesario para realizar el cálculo.”

- Informe de la Dirección General de Planificación y Organización de los Servicios Públicos de la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, de 10 de septiembre de 2014, sobre propuesta del X Convenio Colectivo de la entidad, que en el apartado de consideraciones, sobre el complemento de antigüedad, señala: “El ahorro podría ser superior si se aplicase la Lev 3/2012 en sus justos términos, que cuantifica, en el artículo 19, el importe de este concepto en función del grupo profesional de cada trabajador por comparación con lo dispuesto en el VI Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía. Según pone de manifiesto en su memoria la entidad, los grupos profesionales de la estructura profesional de la Agencia y sus sociedades filiales no son comparables a lo dispuesto en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, situación que ha resuelto la entidad aplicando un importe lineal para todos los trabajadores de 45 euros por cada trienio, cantidad equiparable al grupo profesional I del convenio de la Junta”.

Por último, alude al auto 19/2019, de 17 de diciembre de esta Sala de Justicia, respecto a la interpretación que debe darse en el artículo 46.2 de la LFTCu.

TERCERO.- El Letrado representante de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía en el escrito de impugnación al recurso y el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, oponen que no se ha vulnerado normativa presupuestaria o contable alguna, ni se ha producido menoscabo a los fondos públicos, ya que los pagos del complemento de antigüedad se han efectuado, como recoge en el auto recurrido, de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo vigente, el X Convenio Colectivo Interprovincial para la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión S.A., aprobado conforme a las premisas legales y sin haber sido objeto de impugnación alguna.

CUARTO.- El criterio sobre el recurso contemplado en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra la resolución de archivo de las actuaciones, constantemente declarado por esta Sala, entre otros muchos, en su Auto N° 6/2020, de 26 de febrero -Fundamento jurídico Tercero-, considera la finalidad de este incidente rechazar “a limine” aquellas denuncias que versen sobre hechos que, manifiestamente, no revistan los caracteres de alcance.

El archivo de las actuaciones en la fase de Diligencias Preliminares, cuando no se ha procedido a una investigación de los hechos, únicamente procede cuando de una manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance.

Por ello, con carácter general no cabe el archivo ex artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario o a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago que pudieran haber carecido de respaldo normativo. En cambio, procedería el archivo cuando los hechos no revistieran los caracteres de alcance de manera manifiesta y no reunieran los elementos mínimos que hagan posible una valoración inicial que permita apreciar la existencia de un presunto alcance de fondos o caudales públicos.

En consecuencia, sólo en aquellos supuestos en que los hechos no puedan ser incardinados, de manera manifiesta e inequívoca, en la figura jurídica del alcance procederá el archivo conforme a lo previsto en el artículo 46, apartado 2, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El artículo 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas define el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, tengan o no la condición de cuentadantes. A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, el consentimiento para que ésta se verifique o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

El artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento establece que esta Jurisdicción conoce 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 resulten aplicable a las entidades del sector público.

De los anteriores preceptos se derivan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para fundar la acción de responsabilidad contable por alcance: daño concreto, cierto y económicamente evaluable; el elemento subjetivo (personas que reúnen la cualidad de cuentadantes); el objetivo (conducta antijurídica activa u omisiva productora del daño a los fondos públicos con dolo o negligencia grave); el elemento normativo (infracción de las normas presupuestarias y contables); y la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el menoscabo al erario público.

Sólo cuando en los hechos examinados en las diligencias preliminares resulta manifiesta la inexistencia de indicios razonables de ilegalidad en la gestión de fondos públicos y consecuente menoscabo en los mismos, cabe el archivo previsto en el artículo 46.2 de Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que constituye el cauce de conclusión de un procedimiento de responsabilidad contable más inmediato de los previstos en la Ley, sin necesidad de una previa investigación y de proceso jurisdiccional. El archivo de las actuaciones en esta fase debe interpretarse de forma restrictiva.

QUINTO.- Las presentes actuaciones traen su causa del escrito presentado por el Ministerio Fiscal en el que, a la vista del “Informe de Fiscalización operativa y de cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A.”, elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, ponía de manifiesto la existencia de presuntas irregularidades en materia de retribuciones al personal de la entidad: en concreto el abono, en concepto de complemento de antigüedad, de una cantidad superior a la que hubiera correspondido conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. La cuantía superior se amparaba en el X Convenio Colectivo Interprovincial para la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión S.A. (RTVA), cuyo artículo 19 determinaba que el complemento de antigüedad en este tipo de entidades instrumentales no debía superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

En las alegaciones y la documentación complementaria presentadas por la representación letrada de la Agencia queda debidamente acreditada la tramitación del citado convenio con los requisitos legalmente exigibles, que culminan con su registro y publicación oficial. También que concurrían las circunstancias justificativas (la imposibilidad de homologación de los grupos profesionales de la Agencia con los previstos en el referido VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía) que llevaron a establecer en la Disposición Transitoria Quinta del X Convenio Colectivo Interprovincial vigente un importe lineal para todo su personal, de 45 € trienio/mes, con independencia del grupo profesional al que pertenecieran.

A la vista de aquellas, el Ministerio Fiscal modificó su criterio inicial y solicitó el archivo de las actuaciones, decisión que fue adoptada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento mediante el auto recurrido.

El recurrente, la Junta de Andalucía, estima que existen indicios indubitados de menoscabo en los caudales públicos, que han sido ignorados en primera instancia, por lo que solicita que quede sin efecto el auto recurrido y que se proceda a la designación de delegado instructor para llevar a cabo la investigación de los hechos.

Sin embargo, el análisis y valoración de la presunta incompatibilidad entre la regulación invocada y el convenio colectivo aplicado excede de la competencia de este orden jurisdiccional contable. La parte podrá formular, si lo estiman oportuno, su recurso ante el orden jurisdiccional competente en la materia. Lo cierto es que dicha incompatibilidad no fue puesta de manifiesto por la recurrente, Junta de Andalucía, en la tramitación y posterior aprobación del Convenio, en su carácter de autoridad laboral con competencia para ello, como queda expuesto a continuación.

En segundo lugar, puesto que el abono del importe de complemento de antigüedad en el conjunto del personal de la Agencia RTVA, sin diferenciación por grupos profesionales, se ha efectuado en aplicación del vigente X Convenio Colectivo Interprovincial para dicha Agencia, conforme a su Disposición Transitoria Quinta, ha de tenerse en cuenta que:

1. Los convenios colectivos gozan de fuerza vinculante, como dispone el artículo 37 de la Constitución Española y confirma una constante jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio, 225//2001, de 26 de noviembre y 8/2015, de 22 de marzo). Los convenios colectivos se integran en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y crean derechos y obligaciones de carácter imperativo no sólo para los sujetos negociadores, sino para cuantos se encuentran dentro de su ámbito de aplicación.
2. Para adquirir esa fuerza normativa deben aprobarse los trámites procedimentales conforme a la normativa vigente, en especial 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.

A tales efectos, consta en la documentación obrante en estos autos que los trámites preceptivos seguidos han sido los siguientes:

- La propuesta del X Convenio Colectivo reseñado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23.2 de la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014, fue remitida por la Subdirección General de RTVA a la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía para la emisión del informe preceptivo que, en caso de ser favorable, permitiera la firma por las partes negociadoras.

Con dicha propuesta se acompañaba el preceptivo informe económico o de cuantificación de las medidas contenidas en el proyecto del Convenio

Colectivo, en el que expresamente se establece respecto a la antigüedad que los grupos profesionales contenidos en el convenio del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, al que hace referencia el artículo 19 de la Ley 3/2012, no se corresponden con la estructura profesional establecida en el convenio colectivo de aplicación en RTVA.

Ante esa falta de correspondencia con los grupos profesionales del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración, se había alcanzado un acuerdo, recogido en la Disposición Transitoria Quinta, fijando un importe lineal para todos los trabajadores de 45 euros/trienio, sistema de linealidad fijado ya en convenios anteriores.

- Remitido el proyecto de convenio con el referido informe económico, la Dirección General de Planificación y Organización de los Servicios Públicos de la Junta de Andalucía lo informó favorablemente con fecha 10 de septiembre de 2014.

- Tras ese primer control de cumplimiento de la normativa de aplicación, con la consecuente presunción de legalidad, el convenio fue aprobado por el Consejo de Administración de RTVA, en virtud de las competencias atribuidas legalmente.

- Con posterioridad a la firma del convenio, la Agencia Pública Empresarial RTVA lo remitió a la autoridad laboral, la Dirección General de Relaciones Laborales de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, en cumplimiento del artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual: "(...) Sí la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (...)".

- Finalmente, el X Convenio Colectivo de la RTVA y sus Sociedades Filiales, fue publicado mediante Resolución de la Dirección General de Relaciones laborales de 2 de diciembre de 2014, el 10 de diciembre de 2014 en el BOJA, que ordenaba su inscripción, depósito y publicación.

3. En consecuencia, concurría la apariencia de que el X Convenio Colectivo de la RTVA y sus Sociedades Filiales era plenamente vigente y de obligado cumplimiento en todo su contenido por lo que de conformidad con lo previsto en su artículo 6 se debía aplicar con carácter prioritario y preferente respecto a cualquier otra disposición o norma legal.

No cabe concluir, por tanto, que los abonos correspondientes al complemento de antigüedad efectuados por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión

de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión S.A. no fueran injustificados, sino que se encontraban respaldados por una consistente apariencia de ser ajustados a Derecho, por lo que no pueden ser incardinados, de manera manifiesta e inequívoca, en la figura jurídica del alcance.

SEXTO.- Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, procede desestimar el recurso del art. 46.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto de 25 de febrero de 2022 dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en las Diligencias Preliminares n° A96/2021, Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A.) Andalucía, que queda confirmado en todos sus extremos.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, procede hacer su imposición al recurrente, por aplicación del artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haberse desestimado su pretensión.

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 del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto de 25 de febrero de 2022 dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento en las Diligencias Preliminares n° A96/2021, Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización Operativa y de Cumplimiento de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y su filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A.) Andalucía, que acordó el archivo de dichas Diligencias Preliminares.

SEGUNDO. Imponer las costas causadas en este recurso a la parte recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma, no cabe interponer recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de lo que procediere en punto al recurso de casación en el procedimiento jurisdiccional correspondiente.

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 24/2022, de 18 de octubre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 15/22, Actuaciones Previas nº 131/20. Ramo: Sector Público Autonómico (Inf anual Com. Aut. Reg de Murcia, Ejer.2017. Consorcio Ext. de Incendios y Salvamento Reg. Murcia), Región de Murcia. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Expuestas las posturas procesales de los intervinientes, así como la naturaleza del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, la Sala se refiere a la primera alegación vertida, a propósito de la falta de práctica de las diligencias solicitadas para la determinación de otros interesados y posibles responsables contables distintos de los señalados por la Delegada Instructora en la Liquidación Provisional.

Examinadas las actuaciones practicadas, la Sala considera que no ha existido denegación de prueba alguna 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. La decisión contenida en el Acta de Liquidación Provisional de no acceder a realizar más diligencias de investigación respecto a otras personas se encuentra debidamente motivada.

En lo que respecta al motivo segundo del recurso interpuesto -falta de respuesta por parte del órgano instructor a dos alegaciones realizadas en el correspondiente trámite de la Liquidación Provisional-, la Sala concluye que se trata de cuestiones que entran de lleno en el fondo del asunto así como de cuestiones procesales, a dilucidar ambas, en la correspondiente instancia jurisdiccional.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 24/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 15/22, Actuaciones Previas n° 131/20. Ramo: Sector Público Autonómico (Inf anual Com. Aut. Reg de Murcia, Ejer.2017. Consorcio Ext. de Incendios y Salvamento Reg. Murcia), REGIÓN DE MURCIA.

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. Don Diego Iñiguez 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

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 de los Tribunales Don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., contra el Acta de Liquidación Provisional, de fecha 17 de marzo de 2022, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas al margen referenciadas, con la adhesión del Letrado Don Alberto Martínez Soriano, en nombre y representación de Don E.C.P. y Don J.M.S.; de la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel M^a. de la Misericordia García, en nombre y representación de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A.; del Procurador de los Tribunales Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don F.G.N.; y con la adhesión parcial de la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Doña A.G.C.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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.- La Delegada Instructora de las Actuaciones Previas nº 131/20, del ramo y lugar anteriormente señalados, dictó Acta de Liquidación Provisional de fecha 17 de marzo de 2022, cuyas conclusiones establecieron de modo literal lo siguiente:

“...Del examen de toda la documentación incorporada a estas Actuaciones Previas resulta en conclusión que, los hechos mencionados anteriormente, reúnen 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 declarar, con carácter previo y provisional, una responsabilidad contable por alcance, por importe de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON TRECE CENTIMOS (2.479.643,13 €), de los que corresponderían 2.176.025,45 € al principal y 303.617,68 € a intereses de demora, en los importes detallados en el cuadro que a continuación se recoge, dando aquí por reproducido lo determinado en los puntos I) y II), de la consideración SEGUNDA que antecede a estas conclusiones, en el que se detallan las cuantías en las que tal responsabilidad es solidaria y respecto a quien...[...]...Todo lo anterior sin perjuicio de lo que en la fase jurisdiccional posterior pueda declarar la Excma. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno ha correspondido el conocimiento de los hechos objeto de estas Actuaciones Previas...”

SEGUNDO.- Contra la citada Acta de Liquidación de fecha 17 de marzo de 2022, el Procurador de los Tribunales Don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., interpuso recurso del art. 48.1 de la LFTCu, por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas en fecha 24 de marzo de 2022. Solicitó que se dictara auto resolviendo las alegaciones que consideraba no resueltas en el Acta recurrida, y se acordara el archivo de las actuaciones previas por inexistencia, de modo manifiesto e inequívoco, de alcance contable. Con carácter subsidiario, solicitó que, con retroacción de las actuaciones, se acordara ordenar a la Delegada instructora que se practicaran las diligencias para la determinación de los otros sujetos responsables, y su participación en los hechos, que resultaban de la documental referida en el ordinal primero de su escrito de recurso.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 28 de marzo de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, con el nº 15/22, constatar la composición de la Sala, nombrar Ponente, siguiendo el turno 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 31 de marzo de 2022, se dictó Diligencia de Ordenación en la que se informó de la recepción de dichos antecedentes, y se acordó dar traslado de copias del recurso, concediéndose un plazo de cinco días a todos los citados a la Liquidación Provisional a fin de que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- El día 6 de abril de 2022, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito presentado por el Letrado Don Alberto Martínez Soriano, en nombre y representación de Don E.C.P. y Don J.M.S., por el que se adhirió al recurso presentado.

SEXTO.- Mediante escrito de 7 de abril de 2022, el Ministerio Fiscal formuló escrito de oposición al recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto.

SÉPTIMO.- El día 7 de abril de 2022, se recibió escrito de la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel M^a. de la Misericordia García, en nombre y representación de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A. adhiriéndose al recurso y solicitando dejar sin efecto el Acta de Liquidación Provisional recurrida, con declaración de inexistencia de perjuicio ni alcance contable alguno.

OCTAVO.- Con fecha 11 de abril de 2022 se recibió en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Doña A.G.C., mediante el que se adhirió parcialmente al recurso.

NOVENO.- El Procurador de los Tribunales Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don F.G.N., presentó escrito el día 12 de abril de 2022, en el Registro General de este Tribunal, por el que se adhirió también al recurso del 48.1 de la LFTCu interpuesto.

DÉCIMO.- No han realizado alegaciones, en este trámite de recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, el resto de los intervinientes en la Liquidación Provisional, pese a haber sido notificados en legal forma.

UNDÉCIMO.- Conclusa la tramitación del presente recurso, mediante Diligencia de Ordenación de 5 de mayo de 2022, se acordó que pasaran las actuaciones a la Excm. 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 19 de mayo de 2022.

DUODÉCIMO.- Mediante Providencia de fecha 10 de octubre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 17 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

DECIMOTERCERO.- 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 ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el día 17 de marzo de 2022 se levantó Acta de Liquidación Provisional en la que se estableció que los recurrentes Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., junto a Don E.C.P., Don J.M.S., Don J.H.G., Don J.J.M.G., Don S.M.A., Don F.G.N. y Doña A.G.C. (que se han adherido, total o parcialmente, al recurso), así como otros interesados que no se han personado en esta pieza de recurso resultaban, 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, relativos a la retribución irregular de gratificaciones por horas extraordinarias al personal dependiente del Consorcio de Extinción de Incendios y Salvamento de la Región de Murcia (en adelante, CEIS o el Consorcio) dictándose, en esa misma fecha, Providencia de requerimiento de pago o, en su caso, de depósito o afianzamiento por importe total de 2.479.643,13 euros, calculado de manera provisional, y comprensivo, tanto del principal del alcance, como los intereses correspondientes. Todo ello, sin perjuicio de lo que, en su caso, se decidiera en la fase jurisdiccional en el procedimiento de reintegro por alcance que se pudiera incoar al efecto.

TERCERO.- Contra la citada Acta de Liquidación Provisional, ha interpuesto la representación legal de los mencionados Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

La parte recurrente ha articulado su impugnación en dos tipos de alegaciones que se resumen, a continuación.

- En el primer motivo de recurso justifica que no se han practicado las diligencias solicitadas para la determinación de otros interesados en las actuaciones previas, que pudieran considerarse presuntos responsables contables. Fundamenta dicha

petición en el artículo 42.1 de la LFTCu y considera que, como responsables contables directos, se encontrarían los técnicos y responsables de establecer los cuadrantes que adjudicaron horas a la plantilla, que era insuficiente, a sabiendas de que excedían de la jornada ordinaria y que no podían ser compensadas por descanso.

Con apoyo en la doctrina sentada por esta Sala de Justicia en su Auto de 5 de mayo de 2004 y en el contenido de algunos documentos que obran en el expediente de Actuaciones Previas (Informe de la Secretaría del Consorcio de 14 de junio de 2021, certificación obrante al folio 129 de las actuaciones; Acuerdo de la Presidencia del Consorcio de 29 de noviembre de 2017 unido a los folios 259 a 261; y Acuerdos de 29 de diciembre de 2017 incluidos en los folios 262 a 266) concluye que, a su juicio, existen otros sujetos responsables y que la instructora debería haber practicado diligencias para la identificación y determinación de su participación en los hechos. La petición fue rechazada por la Delegada Instructora que fundamentó su decisión en que la presunta responsabilidad contable que apreciaba derivaba de haber participado con el voto favorable en los acuerdos de la Junta de Gobierno de 31 de julio y 28 de diciembre de 2017, así como de la participación de la Interventora en el ejercicio de sus funciones.

- En el segundo motivo, denuncia la falta de examen y respuesta a las alegaciones segunda y tercera del escrito de alegaciones presentado. Manifiesta que en la alegación segunda del escrito plantea que la Instructora no ha tenido en cuenta que el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 31 de julio de 2017 se había acogido a la excepción de la Disposición Adicional 13ª, apartado 2, de la Ley 1/2017, de 9 de enero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para ese año; y el Acta de Liquidación no hace referencia a la citada norma y en esa excepción la parte recurrente fundamenta la inexistencia de infracción de la norma presupuestaria citada, invocando las consideraciones contenidas en el Auto de la Sala de Justicia nº 8/2015, de 26 de marzo, que alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 reflejada a su vez, en la Sentencia de 11 de marzo de 2014, dictada por el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal.

En cuanto a la alegación tercera de su escrito, que manifiesta que no ha obtenido respuesta, plantea que para poder determinar si se ha producido un alcance - conforme al artículo 72 de la LFTCu y la interpretación por la doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia - es necesario analizar si los salarios satisfechos, en concepto de horas extraordinarias, han dado lugar, o no, a una salida de fondos sin justificar, produciendo un daño real y efectivo en el patrimonio público. De la documentación obrante en el expediente de

Actuaciones Previas se deduce, a su juicio, la inexistencia manifiesta e inequívoca de alcance contable.

Por ello solicita:

1º.- Con carácter principal, que la Sala de Justicia resuelva las alegaciones no resueltas en el Acta de Liquidación, y acuerde el archivo de las Actuaciones Previas nº 131/20 por inexistencia, de modo manifiesto e inequívoco, de alcance contable.

2º.- Con carácter subsidiario, que se retrotraigan las actuaciones, acordando ordenar a la Delegada Instructora la práctica de las diligencias de determinación de otros sujetos responsables y su participación en los hechos, que resultan de la documental referida en el motivo primero de su recurso.

CUARTO.- Se han adherido al recurso las siguientes partes:

- La representación legal de Don E.C.P. y Don J.M.S., que muestra su conformidad con todas y cada una de las alegaciones expuestas en el mismo.
- La representación legal de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A., que considera que ha existido incongruencia omisiva en el Acta de Liquidación Provisional que le causa indefensión y solicita que se anule la Liquidación Provisional practicada, declarando la inexistencia de alcance contable alguno.

Considera que, atendiendo a la naturaleza, contenido y límites legales del recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, se ha producido una indefensión real y efectiva de sus representados, al no haber dado el instructor respuesta expresa a las alegaciones previamente realizadas por esa parte, así como a las realizadas en la comparecencia en la Liquidación Provisional.

Aprecia que las consideraciones jurídicas que refleja el Acta de Liquidación Provisional sobrepasan las competencias de la fase de instrucción e incluso las de la Jurisdicción Contable. Al respecto, invoca la Sentencia nº 14/2016, de 17 de octubre, dictada por el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, cuya fundamentación transcribe parcialmente y en la que se hace referencia a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2011 y de 18 de enero de 2012. Mantiene que la existencia de un acuerdo expreso del máximo órgano del Consorcio, que se presume legal y válido, y que no ha sido impugnado ante el Orden Contencioso-Administrativo, que aprueba las horas extraordinarias, impide apreciar la existencia de alcance y la declaración de responsabilidad contable.

- La representación legal de Doña A.G.C. se adhiere parcialmente al recurso presentado. Coincide en que los técnicos y responsables de establecer los cuadrantes y adjudicar horas a los miembros de la plantilla deberían haber sido incluidos y requeridos en las presentes diligencias, y que fue la propia Secretaria-Interventora quien indicó y recomendó el levantamiento del reparo propuesto inicialmente por ella y la modificación del presupuesto para autorizar el pago de las horas extraordinarias realizadas, que era perfectamente adecuado al ordenamiento y estaba debidamente justificado, por lo que el pago por horas extraordinarias no supuso infracción alguna del ordenamiento jurídico.

En cuanto al motivo del recurso relativo al pago por horas extraordinarias alega que no constituye un pago injustificado y cita la Sentencia nº 5/2020, de 29 de abril, dictada por el Departamento Segundo, parte de cuya fundamentación -relativa a pagos por horas extraordinarias- transcribe.

- La representación legal de Don F.G.N. comparte los argumentos del recurso formulado al amparo del 48.1 de la LFTCu y se adhiere al mismo.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en su razonado informe, impugna el recurso interpuesto al amparo de lo previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu y considera que debe ser desestimado.

Tras hacer relato de antecedentes, se opone al primer motivo del recurso y considera, con base en el Auto de la Sala de Justicia de 5 de mayo de 2004, y en el nº 30/2021, de 27 de noviembre, que transcribe, que la Delegada Instructora ejerció sus funciones, conforme al artículo 47 de la LFTCu y determinó las personas que, a la vista de la actuaciones practicadas, resultaban presuntas responsables contables, por lo que no resulta irrazonable su actuación, ni ha causado indefensión.

Sostiene, además, que la propia Sala de Justicia, en el citado Auto 30/2021, también determina que las Actuaciones Previas no condicionan a los legitimados activos, partes procesales futuras, para ejercitar las pretensiones de responsabilidad contable por alcance que, en su caso, se ejerciten, ni al órgano Contable competente, decidir sobre las mismas.

Manifiesta que en el segundo motivo del recurso se plantean dos alegaciones que se refieren al fondo del asunto, relativas a la infracción de la normativa presupuestaria y a la existencia de perjuicios a los fondos públicos. Señala que el ámbito del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu está limitado a los motivos tasados de la denegación de actuaciones y de existencia de indefensión, por lo que no resulta procedente que en este trámite procesal pueda la Sala dar respuesta a lo alegado, pues vulneraría la competencia que corresponde al órgano de enjuiciamiento de primera instancia,

como determina la Sala de Justicia, en criterio unánime, por todos en el Auto n° 32/2021, de 27 de octubre.

Manifiesta que el único motivo del recurso es determinar si la falta de respuesta a las alegaciones planteadas por los recurrentes causa indefensión; y considera que el recurso no concreta en qué modo la situación que denuncia ha supuesto un menoscabo material, no meramente formal, de sus posibilidades de alegar y probar cuanto a su derecho convenga, lo que obliga a desestimar la impugnación del Acta de Liquidación Provisional.

Respecto a la cuestión relativa a la respuesta de los Delegados Instructores a las alegaciones formuladas, afirma que dicha cuestión ha sido abordada en numerosas ocasiones por la Sala de Justicia, cuya doctrina se encuentra recogida en el Auto 2/2022, de 2 de marzo. Alega que, en la Consideración Primera del Acta, en concreto en las páginas 4 a 12, se reflejan las razones jurídicas por las que la Delegada Instructora consideró que los hechos investigados resultaban constitutivos de alcance por lo que dichas conclusiones que sirven de soporte al criterio plasmado en la Liquidación Provisional están motivadas, y no concurre la situación de indefensión aludida en el recurso.

SEXTO.- Expuestas las posturas de las partes intervinientes en el presente recurso, cabe comenzar diciendo que, de acuerdo con la doctrina reiterada por la Sala de Justicia (por todos, Auto 14/2019, de 17 de diciembre; Auto n° 4/2020, de 18 de febrero; 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 (a través de un recurso anómalo o “per saltum”) 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, también es procedente entender que, como ya se señaló anteriormente, por vía de este recurso no haya de 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, puesto que 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 (LOTCu) y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento, tal y como ha quedado establecido como doctrina uniforme de la Sala de Justicia, entre otros muchos, en el Auto nº 3/2016, de 8 de marzo.

SÉPTIMO.- Además, se debe precisar que la indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido, 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 la 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), 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).

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, 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, 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.

OCTAVO.- Las partes recurrentes -principal y adheridas- denuncian, en primer término, falta de práctica de las diligencias solicitadas para la determinación de otros interesados y posibles responsables contables distintos de los señalados por la instructora de las presentes actuaciones.

Como han señalado los recurrentes, la Delegada Instructora, con base documentación obrante en el expediente, valorados los hechos que, provisionalmente, pudieran revestir los caracteres de alcance de fondos públicos, rechazó tal petición, señalando el criterio que había adoptado en orden a la fijación de los presuntos responsables contables.

Así, en la Consideración Tercera, apartado 11 del Acta de Liquidación Provisional (página 29 de la misma), literalmente se dice:

“...11. Por último, hay que señalar que, por parte del representante legal D. Jose Antonio Izquierdo Martinez se ha solicitado la práctica de ciertas diligencias, en concreto, la citación al resto de personas intervinientes en la irregularidad denunciada y a las que menciona con carácter general en la alegación primera de sus escritos. Frente a ello, hay que señalar que la práctica de dicha diligencia no se considera necesaria por la Delegada Instructora, habida cuenta de que, como se ha expuesto más arriba, en su opinión, la presunta responsabilidad contable aquí

declarada, aun con carácter previo y provisional, deriva de haber participado con el voto favorable en los acuerdos de la Junta de Gobierno de 31 de julio y 28 de diciembre de 2017, así como de la participación de la Interventora en el ejercicio de sus funciones, estando tales personas perfectamente identificadas en el expediente, a partir de los certificados emitidos a requerimiento de esta instrucción por parte del CEIS...”.

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. 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 incurso en responsabilidad contable por alcance, según la minuciosa argumentación reflejada en la Consideración Segunda del Acta de Liquidación Provisional (páginas 12 a 19). Y todo ello, según el criterio adoptado en cuanto a la acotación de la irregularidad contable presuntamente cometida, en los términos que la misma Delegada Instructora manifestó ampliamente en su Consideración Primera,

según se recoge en las páginas 8 a 11 de la repetida Acta de Liquidación, hoy recurrida.

Así pues, la decisión contenida en el Acta de Liquidación Provisional de no acceder a realizar más diligencias de investigación respecto a otras personas que no intervinieron en los Acuerdos de gratificación de horas extraordinarias del personal del CEIS se encuentra debidamente motivada, con independencia de que el sentido de la misma no sea el pretendido por las partes recurrentes y sin perjuicio 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.

A este respecto, y como ha manifestado el Ministerio Fiscal, esta Sala en doctrina consolidada, entre otras resoluciones, en el citado Auto nº 30/2021, de 27 de noviembre, establece lo siguiente:

“...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 su 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...”. Y también 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...”.

Por todo ello, se debe desestimar este motivo de recurso sin que quepa, por tanto, la retroacción de las actuaciones pretendida por las partes recurrentes.

NOVENO.- En lo que respecta al motivo segundo del recurso interpuesto por la representación legal de Doña A.G.S. y otros (al que se han adherido otros intervinientes en la liquidación), ya se ha señalado que se aduce una falta de respuesta por parte del órgano instructor a dos alegaciones realizadas en el correspondiente trámite de la Liquidación Provisional por los recurrentes:

- La primera de dichas alegaciones consiste en considerar que la Delegada Instructora no ha tenido en cuenta que el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 31 de julio de 2017 se había acogido a la excepción de la Disposición Adicional 13ª, apartado 2, de la Ley 1/2017, de 9 de enero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para ese año.
- La segunda de las alegaciones plantea que para poder determinar si se ha producido un alcance, conforme al artículo 72 de la LFTCu y su interpretación por la doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia, es necesario analizar si los salarios satisfechos en concepto de horas extraordinarias han dado lugar o no a una salida de fondos sin justificar, que han producido un daño real y efectivo en el patrimonio público.
- En este sentido, la parte recurrente adherida, representación legal de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A., tras apreciar que ha existido incongruencia omisiva en el Acta de Liquidación Provisional, cita una sentencia del Departamento Primero y alega jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para fundamentar la falta de jurisdicción y competencia de este Tribunal de Cuentas para conocer de los hechos investigados por la instrucción

Respecto a estas alegaciones, cabe señalar, en primer lugar y en términos generales, que la doctrina reiterada que viene manteniendo la Sala de Justicia (vid. 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, determina que: *“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)”*.

De la documentación obrante en autos, cabe señalar que en el caso que nos ocupa no se ha producido vulneración del derecho material a la defensa de los recurrentes, y ello por las siguientes razones:

Por un lado, constan en el Acta de Liquidación Provisional los razonamientos jurídicos en los que el Delegado Instructor fundamenta su decisión. Aparte del tratamiento jurídico extenso que realiza la Instructora respecto a la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2017, que establecía la prohibición de la retribución económica de las horas extraordinarias, debiendo compensarse con períodos de descanso y su relación con el caso concreto (páginas 6 a 12 del Acta de Liquidación Provisional), en las páginas 19 a 24 en la Consideración con ordinal

“Tercero”, se establecen las respuestas expresas a las alegaciones realizadas en los siguientes términos:

“... Con carácter previo a la celebración de este acto, con motivo del trámite de audiencia del expediente, se han presentado las alegaciones (y documentación anexa) incorporadas al Anexo I del expediente y que aquí se dan por reproducidas. Sin embargo, una vez analizadas por la Delegada Instructora actuante se ha de concluir que en nada afectan a las declaraciones efectuadas hasta el momento; y ello, por los argumentos esgrimidos en los apartados anteriores y los que, sucintamente, se sintetizan a continuación... Al respecto de las alegaciones formuladas se ha de señalar que las mismas quedan ya desvirtuadas por el razonamiento expuesto en las CONSIDERACIONES PRIMERA y SEGUNDA anteriores, a pesar de lo que, para una mayor claridad expositiva, se completa con las siguientes consideraciones: [...] 3. Centrándonos en **las alegaciones referidas al fondo del asunto** (destacado de esta Sala), se ha de partir de que el Informe de Fiscalización anual de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ejercicio 2017, y el escrito de Ministerio Fiscal de 16 de diciembre de 2019, antecedentes de estas actuaciones previas, no cuestionan la efectiva realización de las horas extraordinarias, sino que la irregularidad denunciada apunta únicamente a su forma de compensación, en el sentido de que deberían haber tenido su contrapartida en periodos de descanso y no, como se hizo, con la autorización de su retribución económica y que finalmente se verificó. Y es precisamente, la efectiva realización no cuestionada de las horas extraordinarias, la que lleva a los alegantes a invocar, de forma casi unánime, la doctrina del Tribunal de Cuentas, sobre la inexistencia de un daño si el gasto que supuso el abono de salarios, complementos o pluses, viene a compensar una prestación laboral o la recepción de unos servicios, efectivamente realizados. Sin embargo, a criterio de la Delegada Instructora actuante no se está ante una irregularidad meramente formal, sino que se está ante sendos acuerdos de la Junta de Gobierno del CEIS adoptados contra legem, por ser contrarios a la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 2017... Pero es que, además, en el caso que nos ocupa no se puede ignorar la Sentencia de 5 de abril de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo num. 7 de Murcia, dictada en Autos del Procedimiento Ordinario Autos de Procedimiento Abreviado 65/2019, obrante en el expediente. Dicho pronunciamiento no puede obviarse, lo que se expresa así, ya que ninguna mención se hace de la misma en las alegaciones presentadas...”.

Y en las páginas 22 y 23 del Acta de Liquidación se explicita:

“[...] 4. Al hilo del análisis del contenido del acuerdo, se ha de hacer referencia, en este punto, al hecho de que, por parte de algunos alegantes, se haya puesto de manifiesto la inaplicabilidad de la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 1/2017, de 9 de enero de Presupuestos Generales del Estado, en el sentido en que la

limitación contenida en la misma no tendría efectos ante el CEIS, por tratarse de una entidad que tal solo quedaría sometido a sus estatutos y presupuesto. Sin embargo, sin perjuicio de que tal argumento pueda reproducirse en el procedimiento jurisdiccional posterior, en esta fase preparatoria, la Delegada Instructora no puede cuestionar la aplicación de la repetida Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 1/2017, de 9 de enero (y de la prohibición específicamente prevista para otras entidades, entre las que se encuentran los consorcios, contenida en la Disposición Adicional Decimosexta, transcrita en la CONSIDERACION PRIMERA de esta acta); y ello, por cuanto al propio CEIS mantiene (y no se cuestiona su aplicación)... Quiero ello decir, que esta instrucción no puede cuestionar la aplicación de la Disposición Adicional Decimotercera, en relación con la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley de Presupuestos 1/2017 de 9 de enero, cuando todas las actuaciones del CEIS, incluso su defensa en procedimientos judiciales, han partido del hecho pacífico de quedar incluida en el ámbito de la prohibición a que se refiere la repetida norma...”.

La Delegada Instructora dio respuesta amplia a las alegaciones de los intervinientes en las actuaciones si bien las partes recurrentes no coinciden con los planteamientos jurídicos manifestados por la misma.

Es preciso señalar que la jurisprudencia de esta Sala 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 existencia de responsabilidad contable. Esta 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*” (vid. Autos 11/2020, de 6 de julio, 4/2020, de 18 de febrero y 14/2019, de 17 de diciembre).

En el supuesto aquí enjuiciado, el presente motivo de impugnación planteado por los recurrentes -principal y adheridos- se centra exclusivamente en discrepancias con las conclusiones de la Liquidación Provisional en cuanto a la justificación o no de determinados gastos de personal derivados de una presunta liquidación “*contra legem*” de horas extraordinarias al personal del CEIS, de acuerdo con la interpretación de normas presupuestarias y en cuanto a la procedencia o improcedencia del pago por dichos conceptos mediante el libramiento de fondos públicos, según se acordó mediante Acuerdos del Consejo de Gobierno del Consorcio de 31 de julio de 2017 (completado por el de 28 de diciembre de 2017) e incluso alguno de dichos recurrentes plantean la concurrencia de excepciones

procesales (falta de jurisdicción y competencia), cuyo conocimiento está vedado a esta Sala de Justicia en este momento procesal.

Se trata, por tanto, de cuestiones que entran de lleno en el fondo del asunto, así como de cuestiones procesales, a dilucidar, ambas, en la correspondiente instancia jurisdiccional.

Por todo lo anterior, se desestima, también, el segundo motivo de impugnación planteado por los recurrentes.

Lo que conlleva, además, rechazar la pretensión de archivo de las actuaciones, toda vez que, asimismo, constituye doctrina reiterada de la Sala de Justicia, entre otros, en Autos nº 17/2018, de 30 de mayo, y nº 6/2021, de 21 de abril, que en la fase de Actuaciones Previas no cabe el archivo que pretende la representación de los recurrentes, al poder ser acordado sólo por el Consejero de Cuentas al que por turno correspondiera el procedimiento jurisdiccional en primera instancia pero no puede articularse, ni a través de un Delegado Instructor en las Actuaciones Previas del artículo 47 de la citada Ley Procesal Contable, ni por esta Sala de Justicia cuando está conociendo de impugnaciones por posible indefensión contra diligencias practicadas en fase instructora.

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 del recurso del art. 48.1 de la LFTCu, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., contra el Acta de Liquidación Provisional, de fecha 17 de marzo de 2022, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 131/20 del ramo Sector Público Autonómico (Inf anual Com. Aut. Reg. de Murcia, Ejer.2017. Consorcio Ext. de Incendios y Salvamento Reg. Murcia), REGIÓN DE MURCIA, al que se han adherido el Letrado Don Alberto Martínez Soriano, en nombre y representación de Don E.C.P. y Don J.M.S.; la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel M^a. de la Misericordia García, en nombre y representación de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A.; el Procurador de los Tribunales Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don F.G.N.; y la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Doña A.G.C., que se ha adherido parcialmente a dicho recurso.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente establecido la 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 Procurador de los Tribunales Don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de Doña A.G.S., Don D.H.R., Doña E.H.O., Don J.M.G.S., Don J.M.B.L., Don M.D.G., Don N.R.G. y Don R.M.E., contra el Acta de Liquidación Provisional, de fecha 17 de marzo de 2022, dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas al margen referenciadas, con la adhesión del Letrado Don Alberto Martínez Soriano, en nombre y representación de Don E.C.P. y Don J.M.S.; de la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel M^a. de la Misericordia García, en nombre y representación de Don J.H.G., Don J.J.M.G. y Don S.M.A.; del Procurador de los Tribunales Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don F.G.N.; y con la adhesión parcial de la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Doña A.G.C.

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 solo 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 25/2022, de 18 de octubre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 18/22. Actuaciones Previas nº 1081/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de San Juan del Molinillo) Ávila. Ponente: Excma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las alegaciones de las partes, la Sala inadmite los recursos de reposición interpuestos al amparo del artículo 79.1 de la LJCA contra la Providencia de embargo de bien inmueble, cuyos titulares dominicales son los dos recurrentes - cónyuges- con carácter ganancial.

Aplica el criterio de que los recursos de reposición interpuestos no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico contra la resolución dictada por la Delegada Instructora, ya que contra la misma sólo cabe el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu. Y razona que el erróneo planteamiento procesal de la parte impide al Tribunal entrar a conocer de las cuestiones suscitadas en los recursos.

Asimismo, y en relación con el principio de justicia rogada, con reorientación del recurso interpuesto erróneamente al que resulta procedente, establece su imposibilidad en este caso, fundándose en doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (Sentencias 78/1991, de 15 de abril y 22/1985) y acoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aplica la anterior, en su Sentencia de 31 de octubre de 2014 (rec. 910/2013).

Invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2002, de 8 de abril, con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal, para declarar la inadmisibilidad de los recursos erróneos ante la indicación expresa del recurso procedente.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 25/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, nº 18/22. Actuaciones Previas nº 1081/21. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento de San Juan del Molinillo) Ávila.

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

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

Visto el recurso interpuesto por el Letrado D. Juan Herranz Aparicio en nombre y representación de Don A.H.L., contra la providencia de embargo dictada el 10 de mayo de 2022 en las actuaciones previas nº 1081/2021, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de San Juan del Molinillo) Ávila, así como el escrito recibido el día 27 de mayo de 2022, presentado por el precitado Letrado en nombre y representación de Doña B.L.H., cónyuge del recurrente.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Consejera de Cuentas D.^a María del Rosario García Álvarez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2022 la delegada instructora de las actuaciones previas nº 1081/2021 practicó liquidación provisional en la que acordó, de forma previa y provisional, la existencia de un alcance en los fondos del Ayuntamiento de San Juan del Molinillo (Ávila) por importe de 27.671,07 €, suma correspondiente al principal e intereses legales devengados. Igualmente, declaró responsable contable directo del alcance, junto a otras personas, a Don A.H.L., quien desempeñó el cargo de alcalde-presidente durante los años 2016, 2017 y 2018.

SEGUNDO.- El mismo día 11 de febrero de 2022 la delegada instructora dictó providencia requiriendo a Don A.H.L. para que, en el plazo de quince días hábiles, procediera a reintegrar, depositar o afianzar, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe del alcance estimado en 27.671,07 €, bajo apercibimiento de proceder al embargo de sus bienes de no atender a lo requerido.

TERCERO.- Con fecha 10 de mayo de 2022 la delegada instructora dictó providencia acordando el embargo de un bien inmueble, titularidad de Don A.H.L. y de su cónyuge con carácter ganancial, y expidió mandamiento para la anotación preventiva del embargo de dicha finca urbana a favor del Estado-Tribunal de Cuentas.

CUARTO.- La representación de Don A.H.L. presentó el día 19 de mayo de 2022 un recurso denominado de reposición del art. 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contra la precitada providencia de embargo de 10 de mayo de 2022.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 23 de mayo de 2022 se abrió el correspondiente rollo de la sala, al que se asignó el nº 18/22. Se recabaron de la delegada instructora los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso y, estando formada la Sala de Justicia por las Consejeras de Cuentas Excma. Sra. D.^a Rebeca Laliga Misó; Excma. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez; y Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández, se nombró ponente siguiendo el turno establecido a la Excma. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez.

SEXTO.- El día 27 de mayo de 2022 se recibió un escrito, presentado por el Letrado D. Juan Herranz Aparicio actuando en nombre y representación de Doña B.L.H., por el cual interponía recurso de reposición contra la providencia de embargo de 10 de mayo de 2022, igualmente al amparo del art. 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

SÉPTIMO.- Recibidos los antecedentes necesarios para la tramitación, se acordó por diligencia de ordenación de 21 de junio de 2022 dar traslado de copia del recurso, así como del escrito presentado por la representación de Doña B.L.H., al Ministerio Fiscal y al representante legal del Ayuntamiento de San Juan del Molinillo, para que por plazo común de cinco días pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

OCTAVO.- El Fiscal presentó un escrito con fecha 29 de junio de 2022 interesando de la Sala de Justicia la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

NOVENO.- El representante legal del Ayuntamiento de San Juan del Molinillo no presentó alegaciones en el plazo que le fue conferido.

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 4 de julio de 2022 se declaró concluso el procedimiento acordando dar traslado de los autos a la Consejera ponente para que elaborara la correspondiente propuesta de resolución. La remisión de los autos se hizo efectiva el día 12 de julio de 2022, extendiéndose diligencia de constancia con la misma fecha.

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 11 de octubre de 2022 se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (1) Los hechos denunciados que dieron lugar a la tramitación de las actuaciones previas nº 1081/2021 se refieren al Ayuntamiento de San Juan del Molinillo, en la provincia de Ávila. El alcalde-presidente presentó una denuncia ante el Tribunal de Cuentas, recibida el 21 de mayo de 2021, frente a los anteriores responsables municipales. Las presuntas irregularidades consisten en una pérdida de ingresos para la entidad local al no haberse liquidado y cobrado de forma correcta la tasa de cementerio, sepulturas y nichos. Establecida esta tasa en 2.257,20 € por sepultura, durante los ejercicios 2016, 2017 y 2018 no se liquidó y exigió este importe en las sucesivas inhumaciones realizadas en el cementerio municipal, sino un importe sensiblemente inferior.

(2) La delegada instructora levantó acta de liquidación el 11 de febrero de 2022. Estimó una pérdida de ingresos para la entidad durante los años 2016, 2017 y 2018 cifrada en 24.733,40 €, cantidad a la que añadió los intereses legales devengados, resultando un perjuicio total de 27.671,07 € para la entidad local. Consideró responsables del alcance a quien fuera alcalde-presidente durante aquellos años, Don A.H.L., así como a otras dos personas que ocuparon sucesivamente el puesto de secretario-interventor.

(3) Se dictó el 10 de mayo de 2022 la providencia de embargo ahora impugnada, cuyo tenor literal se reproduce:

«Este Tribunal de Cuentas tiene conocimiento de un bien inmueble titularidad de Don A.H.L., 100% del pleno dominio con carácter ganancial con Doña B.L.H. con D.N.I. número 70.796.214-Y, el cual es susceptible de anotación preventiva de embargo. Por ello, al tener conocimiento de este bien inmueble y ante el desconocimiento de la valoración que pudieran alcanzar en el mercado inmobiliario, con el objeto de afianzar el importe determinado en la Providencia de requerimiento de pago de 11 de febrero de 2022, procede expedir mandamiento de

embargo, a fin de que se practique la anotación preventiva del mismo a favor del Estado -Tribunal de Cuentas, por el citado importe de 27.671,07 euros.

En consecuencia, según la información obtenida por la Nota Simple del Registro de la Propiedad de Ávila, y de conformidad con lo que antecede y con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ACUERDO la anotación preventiva del embargo del bien inmueble que se indica a continuación:

Finca de Ávila Nº: XXXXX, Código Registral Único: XXXXXXXXXXXXX, URBANA: FINCA NÚMERO XXXXXX. VIVIENDA letra B, en planta primera, tercera en orden de construcción, integrante de un edificio compuesto de dos bloques, denominados uno y dos, en Ávila, en la CALLE XXXXXXXXXXX, número YYYYYYYY y CALLE XXXXXXXX, número YYYYYYYY, inscrita en el Registro de la Propiedad de Ávila, Tomo XXXXX, Libro XXXX, Folio XXX, Alta X.

Notifíquese a DON A.H.L. con D.N.I. número XXXXXXXXX-y y Doña B.L.H. con D.N.I. número XXXXXXXXX-Y y líbrese el oportuno mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad Ávila núm. 1».

SEGUNDO.- (4) El recurso presentado por la representación de Don A.H.L. se denomina expresamente de reposición y se formula al amparo del art. 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). En él solicita que se dicte resolución por la que dejando sin efecto la providencia de 10 de mayo de 2022, se levante el embargo sobre el 100% del bien, acordándose únicamente el embargo sobre el 50% del bien ganancial.

(5) Fundamenta su petición en los siguientes extremos:

1. La responsabilidad contable no puede incardinarse en ninguno de los supuestos legalmente previstos en los cuales la sociedad de gananciales debe responder frente a alguna obligación exigible. Se trata de una deuda privativa de quien resulte declarado como responsable contable.

2. No puede incardinarse en las categorías previstas por el artículo 1365 del Código Civil, al no derivarse el presunto alcance de la gestión o disposición de los bienes gananciales, ni del ejercicio de la potestad doméstica, ni del ejercicio de profesión, arte u oficio, ni tampoco de la administración ordinaria de los bienes propios.

3. Tampoco puede considerarse una obligación extracontractual de las previstas por el artículo 1366 del Código Civil surgida de la actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los

bienes, dado que el presunto alcance no se originó en una actuación en beneficio de la sociedad conyugal.

4. Finalmente, no resulta aplicable el artículo 1367 del Código Civil conforme al cual los bienes gananciales responden en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

TERCERO.- (6) Igualmente, el Letrado D. Juan Herranz Aparicio actuando en nombre y representación de Doña B.L.H., cónyuge de Don A.H.L., presentó un escrito el día 27 de mayo de 2022 por el cual interpuso recurso de reposición del art. 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contra la diligencia de embargo de 10 de mayo de 2022. En él se solicitaba el levantamiento del embargo acordado sobre el 100% de la finca y que la traba se acordara únicamente sobre el 50% del bien ganancial. Los fundamentos jurídicos de este recurso son literalmente iguales que los expuestos en el recurso presentado por el mismo letrado en representación de Don A.H.L.

CUARTO.- (7) El Fiscal, evacuando el traslado que le fue conferido, interesó de la Sala de Justicia mediante su escrito de 29 de junio de 2022 la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la resolución recurrida. Fundamentó su posición en los siguientes argumentos:

1. Dada la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales en nuestro derecho, el declarado responsable contable no ostenta el 50% de la propiedad del bien embargado y, por el contrario, es la sociedad legal de gananciales de la que forma parte la que resulta ser la propietaria de su propiedad plena, por lo que no existe la cuota cuyo embargo propugna el recurso.

2. El artículo 1373 del Código Civil prevé la posibilidad de embargar bienes comunes cuando el cónyuge deudor carezca de bienes privativos suficientes para responder de sus deudas propias, en relación con el artículo 76.3 del Reglamento General de Recaudación, que contempla el embargo de los bienes gananciales.

QUINTO.- (8) Una vez expuesto el planteamiento de los respectivos escritos, lo primero que se ha de poner de relieve por ser imprescindible y afectar al orden público procesal, indisponible para las partes, es que 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 de la Ley 7/1988, de 6 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), solo es posible formular el recurso previsto en el artículo 48 del mismo texto legal, ante esta Sala de Justicia, dentro del plazo de cinco días y por los motivos tasados que contempla el precepto de cobertura: a) no acceder a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren; o b) causación de indefensión.

(9) Sin perjuicio de lo que más adelante se indicará en relación con el escrito presentado por la representación de Doña B.L.H. y su eventual legitimación, lo cierto es que ni en aquél ni en el presentado por su cónyuge Don A.H.L., se acude a la cobertura procesal del artículo 48 de la LFTCu. Es más, tampoco en cuanto al fondo se invocan ni desarrollan los motivos propios del artículo 48 que permiten fundar este remedio especial y sumario y, como consecuencia, extraordinario.

(10) En efecto, conforme a una reiterada doctrina de esta Sala, el recurso del art. 48.1 de la LFTCu se erige, en el orden procesal contable, 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 lo que la ley pretende es ofrecer un mecanismo de revisión a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate cuando en su tramitación se ha producido indefensión o se les ha denegado injustificadamente alguna diligencia que hubieran pedido.

(11) También debemos recordar que hay determinados tipos de materias respecto de las cuales no es aplicable el principio de justicia rogada y que constituyen excepciones al mismo, pues el Juez o el Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Se trata, naturalmente, de materias de derecho necesario que afectan de forma relevante al orden público del proceso, lo que obliga al Juez o Tribunal que conoce del asunto a velar específicamente por su observancia y cumplimiento. Las más clara de estas materias es la propia competencia jurisdiccional en cualquiera de sus vertientes. Pero también en otros temas existen excepciones al principio de justicia rogada o dispositivo, debiendo los Tribunales proceder a su examen de oficio. Tal es el caso del régimen de recursos, cuestión de orden público procedimental y procesal, expresión del principio de seguridad jurídica y que, por consecuencia, no puede quedar a la libre disponibilidad de las partes debiendo ser examinada de oficio, en cuanto forma parte del deber de los juzgadores el de velar porque el procedimiento se desarrolle en la forma legalmente prevista como institución atinente al orden público procesal y al derecho a la tutela judicial efectiva, que afecta a la válida constitución del proceso. Por lo demás, tratándose de una cuestión de orden público procesal sobre aplicación de normas procesales, la Sala no está condicionada en modo alguno por la tramitación que hasta este momento se ha verificado.

(12) Desde las anteriores premisas, el recurso de reposición al amparo de la LJCA formulado por Don A.H.L. contra la providencia de 11 de febrero de 2022 dictada por la delegada instructora, no tiene cabida en nuestro ordenamiento, ya que contra ella solo era admisible el recurso previsto en el art. 48 de la LFTCu.

(13) Por otra parte, no cabe atribuir a la delegada instructora error alguno en la indicación del recurso procedente contra su providencia pues, a tal efecto, expresamente se advirtió y se informó en la diligencia de notificación emitida por el Secretario de las Actuaciones que el recurso procedente contra la providencia que se notificaba era el del artículo 48, apartado 1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, expresando igualmente el plazo y el órgano ante el que debía dirigirse si convenía al derecho del afectado.

(14) En otro orden de consideraciones, no se trata aquí de un simple defecto formal o de una deficiencia técnica que pudiera tildarse de irrelevante, porque lo decisivo sea el contenido de tal forma que pueda ser subsanado tal y como establece el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Si atendemos al contenido, observamos que está redactado por Letrado, por lo tanto con asistencia técnica, y que no hay alusión a ninguna de las causas previstas en el precepto procesal de cobertura (producción de indefensión o denegación injustificada de alguna diligencia pedida). Lo que se plantea, exclusivamente, es que el bien cuyo embargo preventivo se acuerda es de carácter ganancial y la deuda de origen privativo, por lo que debe acordarse el embargo sobre el 50% del bien, citando a tal efecto los artículos 1365 a 1367 del Código Civil. No se trata, por tanto, de un supuesto en que la denominación sea incorrecta o errónea, pero el contenido y las alegaciones se ajusten a las previsiones legales.

(15) En forma alguna se alega, siquiera de forma marginal, alguna de las causas previstas en el artículo 48.1 de la LFTCu. Ciertamente, se conoce la pretensión de la parte, pero la misma ni por el fondo ni por la forma se acomoda mínimamente a los requisitos necesarios derivados del precepto procesal de cobertura que, no olvidemos, es el artículo 48.1 de la LFTCu. Su carácter extraordinario obliga a la formulación de los motivos tasados previstos en la ley de forma razonada pues, correlativamente, son las únicas causas que puede examinar este órgano judicial.

(16) El erróneo planteamiento procesal de la parte impide a este Tribunal entrar a conocer de las cuestiones suscitadas dado que, se reitera, el recurso formulado es de reposición, al amparo de una norma no aplicable (artículo 79 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), y sin ajustarse en su fondo y pretensión a los motivos tasados de la norma que, por el contrario, sí resulta aplicable. Tal error, solo atribuible a la parte, no se subsana por el hecho de citar el art. 80.1 de la LFTCu en el encabezamiento de su escrito pues, obviamente, su lectura es equivocada ya que la delegada instructora no es un órgano de la jurisdicción contable y, con toda claridad el artículo 80, que se incardina en el Capítulo XI, se encuentra situado en el Título V, de la jurisdicción contable y sus procedimientos, mientras que el artículo 48 se sitúa en el capítulo XI, de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable, dentro del Título IV, relativo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y sus procedimientos.

(17) Son unas mínimas formalidades las exigidas y un razonamiento también mínimo el requerido, pero en todo caso vinculado a las causas que permiten el acceso al recurso legalmente previsto. Siendo el régimen de recursos de naturaleza indisponible por afectar al orden público procesal como garantía de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva con proscripción de toda indefensión, no es posible que esta Sala termine construyendo en su integridad el recurso de parte, reconduciendo no solo la clase (ordinario de reposición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a un extraordinario del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), sino también su contenido, dando respuesta a los únicos motivos susceptibles de planteamiento pero que, sin embargo, no se suscitan por la parte legitimada.

(18) Al respecto, no puede olvidarse que este Tribunal está igualmente vinculado a los principios de audiencia bilateral y congruencia, así como al de justicia rogada de tal forma que solo se puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el momento inicial, en este caso el recurso, que se erige como el elemento configurador de las fronteras del debate. Por ello, si no se ha suscitado ni siquiera de forma tangencial ninguna de las causas en las que el único recurso legalmente posible puede fundarse (artículo 48.1 LFTCu), este Tribunal no puede suplir las carencias ni construir el recurso a la parte, pues se quebrantarían los principios indicados causando indefensión.

(19) Junto a lo anterior, hay que traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1991, de 15 de abril, rec. 712/1988, que se pronunció expresamente en un supuesto en el que, en la información de recursos de la resolución administrativa impugnada, se hacía constar correctamente el recurso procedente contra ella, el plazo y el órgano competente para su resolución. La doctrina emanada de esta sentencia del Tribunal Constitucional es la siguiente: «El repetido artículo 8.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa hace posible la reorientación del recurso interpuesto ante el órgano incompetente hacia el que ostente la competencia y en tal sentido expresa un principio de favorecimiento de la acción y de conservación de los actos procesales, que resulta inherente, desde luego, al derecho enunciado en el artículo 24.1 de la Constitución, derecho cuya satisfacción normal y más plena se alcanza, cuando las pretensiones de los justiciables son examinadas y resueltas, razonada y razonablemente, por la jurisdicción (...) no cabe, por consiguiente, privar del beneficio que abre el artículo 8.3 de la Ley de la Jurisdicción al recurrente que, de buena fe, acude a interponer su recurso ante órgano distinto de aquel que se le designó como competente en la resolución frente a la que se alza, por más que dicha designación se demuestre después como acertada (...)».

(20) No obstante y a criterio del propio Tribunal Constitucional, con cita de su previa sentencia 22/1985, «tan cierto como que los Tribunales han de propiciar y

admitir el expediente del art. 8.3 es que sobre los recurrentes pesa la carga de la diligencia procesal consistente en atender, para seguirla o para discutirla razonadamente, la instrucción de recursos que ha de hacer la Administración (art. 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo), instrucción que no se da solo en favor del interés individual de quien pueda recurrir, sino que está al servicio, también, del interés institucional en la correcta iniciación y tramitación de los procesos. Este último interés, y la confianza que en terceras personas la propia instrucción haya creado, pueden quedar injustamente lesionados si los recurrentes hacen caso omiso sin razón discernible o un uso fraudulento de la indicación que sobre el órgano judicial competente haya hecho la Administración, y a los Tribunales corresponderá, en tal supuesto, extraer las consecuencias debidas de tal posible comportamiento no diligente o de otro modo irregular, examinadas todas las circunstancias que concurran en el caso».

(21) La referida sentencia y la doctrina que establece ha sido aplicada directamente por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de octubre de 2014, rec. 910/2013. En ella, tras recordar los párrafos antes transcritos, concluye fijando la doctrina correcta de las dos en ese momento en contradicción, señalando que es la de la sentencia recurrida, y no la de contraste, estableciéndose en la primera lo siguiente: «1º) el derecho a que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la cuestión de fondo se condiciona, lógicamente, a que se presente un recurso en sede judicial en tiempo y forma. 2º) Si en vía administrativa se informó a la parte de los recursos admisibles, plazo y órgano ante el que se han de presentar, y la parte no sigue tales indicaciones y actúa de otra forma, solamente puede recaer sobre él la responsabilidad por un resultado adverso, una vez descartado que nos encontremos ante un supuesto de error fáctico en el cómputo de un plazo; de ahí que no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la parte, aún informada correctamente por la Administración del recurso jurisdiccional admisible, no presenta tal recurso sino otros --económico-administrativo y judicial, improcedentes por razón de la cuantía de la reclamación-- que determinan su inadmisión. 3º) En este caso, el requisito de presentar en tiempo y forma los recursos, requisitos básicos del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, no se cumple, por lo que no se vulnera el artículo 7.3 de la LJCA ni hay obstáculo para apreciar la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del artículo 69, apartado e), en relación con el artículo 46.1, ambos de la Ley Jurisdiccional».

(22) La jurisprudencia expuesta es de aplicación en este momento puesto que, conforme a ella, el derecho de Don A.H.L. a que esta Sala de Justicia se pronuncie necesariamente se condiciona a la presentación en tiempo y forma del recurso legalmente previsto, máxime cuando en el momento de notificación de la providencia se le informó debidamente del recurso admisible, plazo y órgano ante el que se debía presentar. El interesado, por razones que se desconocen y solo a él atribuibles, decidió no seguir tales indicaciones, actuando de otra forma. Por ello, si

ha sido debida y correctamente informado del recuso jurisdiccional admisible, y decide presentar otro improcedente por su naturaleza y regulación, debe sufrir las consecuencias adversas que se derivan de desatender la carga procesal que sobre el mismo pesaba de seguir o discutir la instrucción de recursos que se le había señalado.

(23) En el caso presente el recurrente ha hecho caso omiso, sin razón aparente, de la indicación del recurso procedente que se le hizo con ocasión de la notificación de la providencia que trata de impugnar. Ante este comportamiento, como señala nuestro Tribunal Supremo, el requisito de presentar en tiempo y forma los recursos, requisito básico del derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la CE no se cumple, por lo que no hay obstáculo para apreciar causa de inadmisibilidad.

(24) En este sentido afirma el TC en su sentencia 71 /2002, de 8 abril, rec. 2675/1997, en relación con otro recurso extraordinario, esta vez el de suplicación, que «la interpretación de los presupuestos procesales no puede entenderse de manera tan amplia que conduzca al desconocimiento e ineficacia total de tales presupuestos establecidos en las leyes para la admisión de los recursos, dejando así a la disponibilidad de las partes el modo de su cumplimiento. Hemos dicho que estos presupuestos procesales no responden al capricho del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de formalidades objetivas en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que en él intervienen. En consecuencia, y de modo congruente con la doctrina anteriormente expuesta, hemos afirmado en repetidas ocasiones que la interpretación rigurosa de los requisitos de acceso al recurso, máxime cuando se trate de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (STC 230/2001, de 26 de noviembre), no es contraria a la Constitución, a menos que incurra en irracionalidad, arbitrariedad o error patente. Por ello, corresponde a las partes cumplir en cada caso las exigencias del recurso que interponen (SSTC 16/1992, de 10 de febrero, y 40/2002, de 14 de febrero)».

SEXTO.- (25) Todo lo anterior es aplicable al pretendido recurso de reposición con arreglo al art. 79.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa formulado por la representación de Doña B.L.H. mediante escrito de 27 de mayo de 2022. Ahora de nuevo es preciso recordar que la providencia de la delegada instructora que acuerda la anotación preventiva de embargo, dictada el 10 de mayo de 2022, se notifica a la Sra. L.H. el siguiente 19 de mayo. Al igual que en el caso del Sr. H.L. en la providencia no se incluyó la referencia a los recursos procedentes contra la resolución, pero sí en la diligencia de notificación a la Sra. L.H., cursada el mismo día 10 de mayo por el Secretario de las Actuaciones, donde se indica que contra la providencia cabía interponer ante esta Sala de Justicia el recurso previsto por el art. 48.1 de la LFTCu, en el plazo de cinco días contados desde la notificación.

(26) Concorre, además, otra circunstancia determinante de la inadmisión del recurso, puesto que la Sra. L.H. no fue parte ni intervino en modo alguno en las actuaciones previas nº 1081/21. La delegada instructora no la citó a la práctica de la liquidación provisional como presunta responsable contable (LFTCu, art. 47.1.e) ni la requirió para que depositara o afianzara el importe provisional del alcance (LFTCu, art. 47.1.f). La providencia del órgano instructor contable acordando el embargo se notificó a la recurrente en cumplimiento de la normativa aplicable que a continuación se expondrá, pero ello no convierte a la Sra. L.H. en parte del procedimiento, ni le otorga la facultad de interponer recurso contra aquella providencia, pese al ofrecimiento del recurso que se contiene en la diligencia de notificación.

(27) Dado que las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables no tienen naturaleza jurisdiccional sino administrativa, el embargo de los bienes de los presuntos responsables se rige por una disposición administrativa como es el Reglamento General de Recaudación (aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio), reglamento ejecutivo dictado en desarrollo de la Ley General Tributaria y de la Ley General Presupuestaria. Por otra parte, puesto que el embargo preventivo de un inmueble requiere para desplegar eficacia su anotación en el Registro de la Propiedad, resulta imprescindible que la diligencia de embargo a practicar por el órgano instructor contable se ajuste a las previsiones de la legislación hipotecaria. Así, conforme al art. 144 del Reglamento Hipotecario (aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947) se exige que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, para anotar en el Registro de la Propiedad bienes gananciales conste que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que, estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo.

(28) Sentado lo anterior en orden a la normativa aplicable, tanto la Ley General Tributaria en su art. 170.1 como el Reglamento General de Recaudación (RGR) en su art. 76.3 exigen que, una vez realizado el embargo de los bienes o derechos, la diligencia de embargo se notifique al cónyuge del obligado al pago cuando los bienes embargados sean gananciales o se trate de la vivienda habitual. Así lo practicó la delegada instructora de las actuaciones previas nº 1081/21, que despachó mandamiento de embargo de la finca de Ávila nº XXXXX conecedora de su carácter de bien ganancial, y por ello ordenó que se notificara esta providencia de embargo a ambos cónyuges. Sin embargo, como hemos señalado, la Sra. L.H. no ha sido parte en las actuaciones previas nº 1081/21 ni fue citada a la práctica de la liquidación provisional a título de presunta responsable contable. La notificación del embargo se ordena por la delegada instructora por mandato del art. 76.3 del RGR (LFTCu, art. 47.3). En definitiva y por todo ello, tanto por haberse interpuesto un recurso improcedente, como por ausencia de legitimación, se ha de concluir con su inadmisión.

SÉPTIMO.- (29) De acuerdo con lo expuesto y razonado, esta Sala de Justicia debe inadmitir los recursos interpuestos por el Letrado D. Juan Herranz Aparicio en nombre y representación de Don A.H.L. y de Doña B.L.H., contra la providencia de embargo dictada el 10 de mayo de 2022 en las actuaciones previas nº 1081/2021, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de San Juan del Molinillo) Ávila.

(30) En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado 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 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Inadmitir el recurso de reposición interpuesto al amparo del artículo 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por el Letrado D. Juan Herranz Aparicio en nombre y representación de Doña B.L.H.

SEGUNDO.- Inadmitir el recurso de reposición interpuesto al amparo del artículo 79.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por el Letrado D. Juan Herranz Aparicio en nombre y representación de Don A.H.L.

TERCERO.- Declarar la firmeza de la providencia de embargo dictada el 10 de mayo de 2022 en las actuaciones previas nº 1081/2021, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de San Juan del Molinillo) Ávila.

CUARTO.- Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, conforme a lo previsto 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 solo 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 n° 26/2022, de 18 de octubre. Recurso de apelación n° 23/22 interpuesto contra el Auto de 25 de abril de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-1014/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Benitachell), Alicante. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

La Sala, tras exponer pormenorizadamente los motivos de impugnación y las alegaciones de las partes, desestima el recurso apelación interpuesto por el Ayuntamiento contra el Auto de no incoación del procedimiento y archivo de actuaciones dictado en la instancia.

Aplica la doctrina de la Sala de Justicia que establece que no resulta jurídicamente correcto reproducir el contenido de las alegaciones que el recurrente ya formuló en la primera instancia (Sentencias 8/2021, de 27 de octubre, 6/2022, de 11 de mayo, y 13/2022, de 22 de septiembre).

También razona que la decisión del órgano de instancia fue acertada, tras el análisis de los artículos 73 y 68.1, ambos, de la LFTCu, y hace énfasis en la línea doctrinal que afirma 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 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 (por todos, Autos 5/2019, de 16 de mayo, y 1/2020, de 18 de febrero).

Asimismo, acoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, Sentencias 3/2001, de 15 de enero, y 60/2002, de 11 de marzo) respecto a que *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 consiguiente, al no existir saldo deudor injustificado alguno en los términos que exige el artículo 72 de la LFTCu, resulta procedente la desestimación del recurso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 26/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 23/22 interpuesto contra el Auto de 25 de abril de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-1014/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Benitachell), ALICANTE

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta

Excma. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández - Consejero

Excmo. Sra. Doña Elena Hernáez Salguero - Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada como se expresa en el encabezamiento, ha resuelto previa deliberación dictar el siguiente

A U T O

En el recurso de apelación n° 23/22 frente al Auto de 25 de abril de 2022, dictado en primera instancia por la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-1014/2022, SECTOR PUBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Benitachell), ALICANTE. Ha sido apelante el Ayuntamiento de Benitachell, representado y defendido por el Letrado don José Juan Server Gallego.

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 n° A-1014/2022 se dictó Auto, de fecha 25 de abril de 2021, que acordó lo siguiente:

ÚNICO.- *Declarar que no procede la incoación de juicio en el presente procedimiento de reintegro por alcance.*

SEGUNDO.- El Letrado don José Juan Server Gallego, en nombre y representación del ayuntamiento de Benitachell, interpuso recurso de apelación contra el referido Auto, mediante escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 17 de mayo de 2022.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 10 de junio de 2022, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento acordó tener por interpuesto el recurso y dar traslado del mismo a las demás partes, para que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición; de conformidad con los artículos 80.3 y 85.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 28 de junio de 2022, se opuso al recurso interpuesto e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2022, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de este procedimiento acordó: **1)** Tener por unidos a los autos el escrito de oposición al recurso 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 dispuesto en el artículo 85.5 de la 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 la citada LJCA.

Por sendos escritos de 12 de julio de 2022 se personaron ante esta Sala de Justicia el Ministerio Fiscal y el Letrado don José Juan Server Gallego, en nombre y representación del Ayuntamiento de Benitachell.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 1 de septiembre de 2022 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 23/22, 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 providencia de 7 de octubre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 17 de octubre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

OCTAVO.- 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.- La representación procesal del Ayuntamiento de Benitachell sustenta su recurso en las siguientes alegaciones:

1ª).- No es admisible el argumento de que el pago del sepelio del vecino de Benitachell del que se hizo cargo el Ayuntamiento, está justificado por la mera existencia de la licencia de inhumación: Tampoco hubo un mandato judicial para que el Ayuntamiento la abonara.

2ª).- Corresponde al Ayuntamiento determinar si se cumple o no el supuesto de hecho del artículo 10.3 del Decreto 39/2005, que reproduce el auto apelado: si realmente concurría la situación de indigencia o desamparo que justificase el pago de los gastos del sepelio con cargo a su presupuesto.

3ª).- El Ayuntamiento abonó la factura de un tanatorio ubicado en otro municipio, circunstancia que no contempla el referido Decreto.

4ª).- El expediente instruido por el negociado de Servicios Sociales fue una mera cobertura formal para dar apariencia de legalidad a la decisión previa de pagar todos los gastos funerarios con cargo a los fondos públicos.

5ª).- El informe de la trabajadora social elude la identificación del fallecido, aunque era público y notorio en la localidad que se trataba de la pareja de la madre de un concejal del equipo de gobierno.

6ª).- Hubo concierto de voluntades de los implicados para simular una situación de indigencia y desamparo del fallecido que justificase el pago de su sepelio por el Ayuntamiento.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación formulado por la representación procesal del Ayuntamiento de Benitachell, mostrando su conformidad con la resolución recurrida. Considera que ha quedado acreditado que el fallecido carecía de medios económicos suficientes para costear el sepelio, ya que constan en las actuaciones: 1) Informe de comunicación (Intervención) de los Servicios Sociales del Ayuntamiento, en el que se pone de manifiesto que el

tanatorio realizó los contactos con el Consulado y la familia de aquel en Alemania, porque en la casa donde residía no se iban a hacer cargo de ellos; y 2) que fue consultada la directora de C.M., que informó que el finado tenía una cuenta, pero no fondos para el pago de la factura.

CUARTO.- El recurrente ha reproducido el contenido de las alegaciones que ya realizó en la primera instancia, en el trámite conferido por la diligencia de ordenación de 24 de marzo de 2022. La segunda instancia, como ha mantenido esta Sala de Justicia (por todas, Sentencias 8/2021, de 27 de octubre, 6/2022, de 11 de mayo, y 13/2022, de 22 de septiembre) exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar (con base en un juicio crítico racional) la argumentación jurídica que sirve de soporte a la resolución jurisdiccional impugnada, circunstancia que no se ha producido en la presente apelación.

El Auto apelado se fundamenta, para declarar que no procede la incoación de juicio en el presente procedimiento de reintegro por alcance, en que no concurren los requisitos previstos en el artículo 73, apartado primero, en relación con el artículo 68, apartado primero, ambos de la LFTCu, porque el pago del sepelio estaba justificado por la licencia de inhumación que puso fin a las Diligencias Previas 1371/2016, tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Denia.

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 a quien 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, 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 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, Sentencias 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.

La cuestión que ha de dilucidarse en el presente recurso es si el pago realizado por el Ayuntamiento de Benitachell por el sepelio de un vecino es susceptible de generar responsabilidad contable.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1, en relación con los artículos 2.b) y 15, de la LOTCu, para que pueda existir responsabilidad contable es necesario;

- a) Que se produzca un daño o perjuicio a los fondos públicos.
- b) Que ese daño sea originado por quien maneja dichos fondos, es decir, por cualquiera de aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.
- c) Que el perjuicio sea causado como consecuencia de la vulneración de leyes presupuestarias contables.
- d) Que el daño sea motivado por una actuación dolosa o con culpa o negligencia grave por parte de quien maneja fondos públicos.

El artículo 177 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece las infracciones que pueden generar responsabilidad contable, entre las que se encuentra la contemplada en el apartado 1.a) “Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de fondos públicos”. Es en este procedimiento de reintegro donde se ha de ventilar si se ha producido o no el alcance que alega el recurrente por el pago del sepelio de un vecino por del Ayuntamiento de Benitachell.

El artículo 72 de la LFTCu configura el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tengan o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

Este es el marco normativo para examinar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Benitachell.

QUINTO.- El apelante alega que el pago del sepelio del vecino que realizó el Ayuntamiento de Benitachell no está justificado, porque no hubo un mandato judicial que ordenara que aquel se hiciera cargo de la inhumación; y que es el propio Ayuntamiento quien debe determinar si realmente se daba la situación de indigencia o desamparo que justificase el pago de dicho gasto con cargo a sus recursos.

Consta en las actuaciones lo siguiente:

- Providencia del Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 3 de Denia, dictada en las Diligencias Previas nº 001371/2016 el 22 de septiembre de 2016, por la que se interesó: **1-** Librar Carta orden dirigida al Registro Civil de la localidad de Benitachell; **2-** Librar oficio al Encargado del Depósito Judicial para el traslado del cadáver desde el depósito judicial hasta el tanatorio Marina Alta de Denia a fin de proceder a su inhumación; **3-** Librar licencia de inhumación dirigida al Director del cementerio municipal de Benitachell y **4-** Librar oficios al Delegado Territorial de Sanidad de Alicante y a los Servicios Sociales de Benitachell para que, conforme a lo que dispone el artículo 10.3 del Decreto 195/2009, de 30 de octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se aprobó la modificación del reglamento por el que se regulan la Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 39/2005, de 25 de febrero, procedieran a facilitar un sepelio adecuado al fallecido Don P.K. (folios 14 y siguientes de la pieza de Actuaciones Previas).
- Oficio del Letrado de la Administración de Justicia, de fecha 22 de septiembre de 2022, por el que, en cumplimiento de la providencia reseñada en el párrafo anterior, se dirige a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Benitachell para que, conforme dispone el artículo 10.3 del Decreto 195/2009, procedan a facilitar un sepelio adecuado al fallecido Don P.K. Conforme establece el artículo 452.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, en el ejercicio de sus funciones, cumplir y velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los jueces o tribunales en el ámbito de sus competencias.
- Informe de la trabajadora social de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Benitachell, de 26 de septiembre de 2019, en el que se hacen constar las actuaciones realizadas por dichos servicios: entre otras, la llamada a la Directora de la sucursal de Cajamar, que informó de que el fallecido no contaba con fondos en su cuenta para asumir el coste del entierro (folio 19 reverso de las Diligencias Preliminares).
- La factura emitida por el tanatorio crematorio Marina Alta, por importe de 791,21 € (folios 21 y siguientes de las Diligencias Preliminares).

De lo expuesto se deduce que el Ayuntamiento de Benitachell tenía el deber de facilitar un sepelio adecuado a Don P.K., por exigencia del artículo 10.3 del reglamento por el que se regula la Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto del Consell 39/2005, de 25 de febrero, y modificado por Decreto 195/2009, de 30 de octubre, conforme al cual: “Los municipios deberán facilitar un sepelio adecuado, incluyendo la conducción, féretro

y sepultura de los cadáveres, restos humanos y restos cadavéricos que hayan aparecido dentro de su término municipal y no puedan ser identificados o no dispongan de medios económicos”.

Por ello, esta Sala concurre con la resolución dictada por la Consejera de instancia, que consideró justificado el pago del sepelio de Don P.K. por el Ayuntamiento de Benitachell y, en consecuencia, con la decisión de acordar la no incoación de este procedimiento, al no existir saldo deudor injustificado alguno en los términos que exige el artículo 72 de la LFTCu.

SEXTO.- Las consideraciones que realiza el apelante en su escrito de recurso, respecto del expediente instruido por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Benitachell, sobre la eventual concurrencia de un concierto de voluntades para simular la situación de indigencia del fallecido o sobre la relación que tuviera éste con un concejal exceden del ámbito de la Jurisdicción contable, conforme lo establecido en los artículos 16 de la LOTCu y 49 de la LFTCu.

SÉPTIMO.- Con arreglo a lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Letrado don José Juan Server Gallego, en nombre y representación del Ayuntamiento de Benitachell, contra el Auto de 25 de abril de 2022 dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A1014/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Benitachell), Alicante.

OCTAVO.- 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, no procede la imposición de las costas, aun cuando ha sido desestimado íntegramente el recurso interpuesto, al haber intervenido únicamente en este procedimiento el apelante y el Ministerio Fiscal.

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 el Letrado don José Juan Server Gallego, en nombre y representación del Ayuntamiento de Benitachell, contra el Auto de 25 de abril de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A1014/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Benitachell), Alicante, que se confirma en todos sus términos.

SEGUNDA.- No procede la imposición expresa de las 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 81.2.3º 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 27/2022, de 24 de noviembre. Recurso de apelación nº 19/22. Procedimiento de Reintegro nº 192/13. CC.AA. (Consejería de Solidaridad y Ciudadanía), Valencia. Ponente: Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

Resumen de doctrina:

Tras analizar la naturaleza del recurso de apelación y señalar que la técnica de reproducir en segunda instancia para sustentar las pretensiones el discurso defensivo de la primera es unánimemente reprobada y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la apelante, la Sala entra a conocer del fondo del asunto.

En cuanto a la pretendida infracción del artículo 661 de la LEC, analizadas las diferentes resoluciones y escritos, la Sala manifiesta que la recurrente debía haber alegado en el momento procesal oportuno las circunstancias que afectaban a su marido para fundamentar la inembargabilidad de la plaza de garaje y no lo hizo. Lo que no puede pretender es que el órgano de instancia entre a valorar a posteriori, cuando ha sido adjudicado el bien, una alegación que no ha sido formulada en el momento procesal oportuno.

Respecto a los bienes inembargables, indica la Sala que el artículo 606 de la LEC refiere la inembargabilidad a elementos de primera necesidad y por ello considera que una plaza de garaje no es imprescindible para el desarrollo de la vida y subsistencia de una persona.

En cuanto a la pretendida infracción del artículo 641.5 de la LEC, al acordar –ante la falta de posturas– prorrogar el encargo hecho al ICPM para la realización, como entidad especializada, de las subastas de la vivienda y de la plaza de garaje, la Sala manifiesta que la recurrente consintió la prórroga del encargo al no recurrir la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021, que devino firme, y en ninguno de los escritos presentados alegó haber sufrido indefensión.

En relación con la nulidad de actuaciones invocada, ninguno de los motivos alegados por la recurrente pueden ser admitidos como causa de indefensión susceptible de generar nulidad de actuaciones, toda vez que cualquier falta de pronunciamiento expreso por parte del órgano judicial se ha debido a la actuación errónea o a la omisión de la propia parte recurrente.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 27/2022

Asunto: Recurso de apelación nº 19/22 formulado por el Letrado Don Javier Ledesma Bartret, en nombre y representación de Doña M.A.S.B., contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2022, que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 22 de diciembre de 2021 dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-192/13 (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Solidaridad y Ciudadanía), VALENCIA.

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 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

Visto el recurso de apelación interpuesto por el Letrado D. Javier Ledesma Bartret, en nombre y representación de Doña M.A.S.B., contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2022, dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-192/13 (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Solidaridad y Ciudadanía), Valencia.

Han sido partes apeladas el Ministerio Fiscal y la Generalitat Valenciana, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Rosa Sorribes Calle y defendida por el Letrado D. José Plá Gimeno.

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 21 de febrero de 2022 establece, en su parte dispositiva, lo siguiente:

“...ÚNICA.- Acuerdo desestimar el recurso de revisión interpuesto por la representación procesal de Doña M.A.S.B. contra el Decreto de 22 de diciembre de 2021, que se confirma en todos sus términos...”.

SEGUNDO.- Contra el citado Auto interpuso recurso de apelación el Letrado D. Javier Ledesma Bartret, en nombre y representación de Doña M.A.S.B., mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas el día 11 de marzo de 2022 en el que solicitó la anulación del Auto impugnado, del Decreto de 28/10/2021 que aprobó el remate de la plaza de garaje, propiedad de su representada, y de la Diligencia de Ordenación (aunque erróneamente el recurso se refiere a “Decreto”) de 15/06/2021, que acordó la prórroga del encargo al Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (en adelante, ICPM) para la realización de la subasta de la plaza de garaje, resoluciones todas ellas, recaídas en la Pieza Separada de Ejecución del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-192/13.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 17 de marzo de 2022, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto, se abrió la correspondiente pieza de tramitación y se dio traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes intervinientes, para que, en el plazo común de 15 días, pudieran, en su caso, formular su oposición.

CUARTO.- Con fecha 5 de abril de 2022, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de oposición de la representación procesal de la Generalitat Valenciana, en el que solicitó la desestimación del recurso.

El 11 de abril de 2022 se recibió escrito del Ministerio Fiscal, mediante el que manifestó su oposición al recurso de apelación formulado, interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 29 de abril de 2022, se acordó unir a los autos y admitir dichos escritos, con traslado de copia de los mismos a los demás intervinientes, elevar los autos a la Sala de Justicia, emplazando a las partes para comparecer ante la misma, con las advertencias legales en el caso de incomparecencia, 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).

SEXTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de la Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2022, se acordó: 1º) abrir el rollo de Sala con el número 19/22; 2º) constatar la composición de la Sala y nombrar Ponente, siguiendo

el turno establecido, a la Consejera de Cuentas, Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.

SÉPTIMO.- Comparecencias las partes ante la Sala de Justicia, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 5 de julio de 2022, se declaró concluso el recurso y 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 se efectuó mediante diligencia de fecha 12 de julio de 2022, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

NOVENO.- Por Providencia de 15 de noviembre de 2022, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 21 de noviembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El Órgano de la Jurisdicción Contable competente para conocer y resolver respecto del 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 y 54.1, b) y 56.4, ambos de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEGUNDO.- Antes de resumir y analizar las alegaciones de las partes y de proceder a enjuiciar el debate jurídico planteado en esta apelación, es preciso destacar, a efectos de su mejor comprensión y claridad, las diferentes resoluciones dictadas y recursos presentados que obran en los actuaciones del procedimiento de ejecución del que el presente recurso trae causa. Tales actuaciones son las siguientes:

- 1) Con fecha 25/09/2020 se dictó Diligencia de Ordenación por la que se dio traslado a las partes del escrito del ICPM y del informe anexo de valoración de los bienes, propiedad de la Sra. S.B. Tomo XI - Folios 2159 y 2160 de la pieza de ejecución.
- 2) Mediante Decreto de 19/10/2020 se acordó el encargo al ICPM de la subasta de las dos fincas propiedad a título privativo de Sra. S.B. (finca nº XXXXX - vivienda- y la nº XXXXX -garaje-). Tomo XI - Folios 2242 a 2247 de la pieza de ejecución.
- 3) Con fecha 26/10/2020 el Letrado de la Sra. S.B. presentó recurso de reposición contra el citado Decreto. En dicho escrito denuncia infracción del artículo 661 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), por hallarse la vivienda objeto de la traba ocupada por su marido enfermo, que

debía tener la consideración de ocupante de hecho. Tomo XI -Folios 2274 a 2277 de la pieza de ejecución.

- 4) Mediante Decreto de fecha 23/11/2020 se desestimó el recurso de reposición presentado. Tomo XII -Folios 2418 a 2421 de la pieza de ejecución.
- 5) Con fecha 31/12/2020 el Letrado de la Sra. S.B. presentó escrito de alegaciones sobre rectificación del anuncio de subasta. Tomo XII -Folios 2716 a 2719 de la pieza de ejecución.
- 6) Mediante Diligencia de Ordenación de 15/06/2021 se acordó la prórroga del encargo de la subasta al ICPM de las dos fincas propiedad de la recurrente, por un período de 6 meses. Tomo XIV -Folio 3144 de la pieza de ejecución.
- 7) Por Decreto de 28/10/2021 se aprobó el remate del 100% de la Finca nº XXXXX (Plaza de Aparcamiento nº X en Calle A. nº 3, Valencia), cuya titularidad correspondía al 100% de pleno dominio, con carácter privativo, a la Sra. S.B. a favor de un adjudicatario, por la suma total de DOCE MIL CIENTO TRES EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (12,103,99 €). Tomo XVI -Folios 3450 a 3455 de la pieza de ejecución.
- 8) Mediante escrito de 8/11/2021 el Letrado de la Sra. S.B. presentó recurso de reposición contra el citado Decreto. En dicho escrito denuncia infracción del artículo 661 de la LEC, por constituir la plaza de garaje adjudicada en la subasta pública, parte de la vivienda, ocupada por su marido enfermo, que debía tener la consideración de ocupante de hecho, y aporta documentos que acreditan tal incapacidad. Alega que se han infringido el artículo 606 de la LEC, por ser el bien adjudicado inembargable, y el artículo 641.5 del citado precepto legal, por no justificarse los motivos de la prórroga del encargo al ICPM para la subasta. Tomo XVI -Folios 3495 a 3497 de la pieza de ejecución.
- 9) Por Decreto de 22/12/2021 se desestimó el recurso de reposición de la Sra. S.B. presentado por la recurrente contra el Decreto de 28/10/2021. Tomo XVII -Folios 3576 a 3579 de la pieza de ejecución.
- 10) Mediante escrito de 28/12/21 el Letrado de la Sra. S.B. presentó recurso de revisión contra el citado Decreto. En dicho escrito reitera las alegaciones de hecho y fundamentos jurídicos del recurso de reposición. Tomo XVII-Folios 3607 a 3609 de la pieza de ejecución.
- 11) Por Auto de 21/02/2022 se desestimó el recurso de revisión planteado. Tomo XVII -Folios 3669 a 3672 de la pieza de ejecución.

- 12) Mediante Decreto de 24/02/2022 se acordó revocar el encargo de subasta al ICPM de la finca nº XXXXX, consistente en vivienda en la Calle A. nº X Planta: X, Puerta X, cuya titularidad correspondía al 100% de pleno dominio, con carácter privativo, a la Sra. S.B. Tomo XVII -Folios 3713 a 3716 de la pieza de ejecución.

TERCERO.- La representación de Doña M.A.S.B. funda su recurso de apelación en los siguientes argumentos:

1. **Motivo Primero.-** Vulneración del artículo 661 de la LEC. Falta de motivación e incongruencia en el Auto recurrido.

Alega que, en el escrito de 31 de diciembre de 2020, pidió expresamente que en la publicidad de la subasta se hiciera constar la situación posesoria del inmueble, que estaba ocupado por su legítima propietaria y su marido como ocupante de hecho, y de especial vulnerabilidad, y que el Tribunal no resolvió nada respecto a la plaza de garaje, lo que le ha generado indefensión, al no poder interponer recurso alguno contra dicha resolución.

Sostiene que el Auto que desestima el recurso de revisión vulnera el artículo 661 de la LEC y resulta incongruente y contrario a derecho. Alega que la subasta omitió que la plaza de garaje se encontraba ocupada, cuando el citado precepto no distingue entre tipos de inmuebles, por lo que carece de fundamento la diferenciación que pretende hacer la resolución recurrida entre vivienda y plaza de garaje. Considera que el informe de valoración no se publicó en el portal de subastas, por lo que los postores nunca conocieron que la plaza de garaje se encontraba ocupada, y que tal infracción pudo haber resultado determinante en la subasta, ya que la vivienda que se publicó no recibió pujas, mientras que, en la plaza de garaje, que no se hizo, las recibió y resultó adjudicada. Reitera que si no se han ejercitado con anterioridad las acciones oportunas es porque la solicitud de 31 de diciembre de 2020 no tuvo resolución ni respuesta expresa por parte del Tribunal de Cuentas.

- 2- **Motivo Segundo.-** Rechaza que la inembargabilidad formulada es extemporánea. Y que se vulnera el artículo 606 de la LEC, al ejecutarse un bien inembargable.

Manifiesta que las circunstancias que concurren en el presente caso respecto al estado de su marido, esto es la declaración de incapacidad de 11 de septiembre de 2020, la tenencia de la tarjeta de movilidad reducida de 20 de octubre de 2020, y el volante para una operación quirúrgica, que se llevó a cabo el 3 de noviembre de 2021, determinan la inembargabilidad del bien y se pusieron de manifiesto en el recurso de reposición.

Respecto a la extemporaneidad, alega que habiéndose dictado el Decreto de adjudicación del bien el 28 de octubre de 2021 no tuvo su mandante tiempo material para formular la solicitud de inembargabilidad en los seis días hábiles que transcurrieron entre el volante de la operación quirúrgica que tuvo lugar el 19 de octubre de 2020 y el citado Decreto.

Discrepa del Auto recurrido cuando manifiesta que la falta de disposición del garaje no resulta imprescindible para la subsistencia de su marido, sino que constituye una mera incomodidad o dificultad. Alega en este punto, que la finca donde está la vivienda carece de adaptación a personas de movilidad reducida, por lo que la entrada y salida debe hacerse siempre a través del garaje, y si se carece del derecho de uso es imposible su salida y entrada, siendo necesaria su utilización para desarrollar su actividad de cuidadora no profesional de la que ha sido nombrada.

3- Motivo Tercero.– Infracción del artículo 641.5 de la LEC.

Manifiesta que la prórroga del encargo de realización por subasta al ICPM no ha cumplido los requisitos de justificación que el citado artículo establece, por lo que su concesión se ha realizado prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, le causa indefensión y constituye un acto nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3 de la LOPJ, en relación con el artículo 240 del mismo texto legal debiendo acordarse la nulidad de pleno derecho del Decreto que acordó la prórroga para la realización de la subasta, así como la adjudicación del bien.

CUARTO. La representación procesal de la Generalitat Valenciana fundamenta su oposición al recurso de apelación e interesa su desestimación en virtud de las siguientes alegaciones:

- 1) El artículo 661 de la LEC no resulta de aplicación, toda vez que dicho precepto se refiere a la comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho, en general, a personas distintas del ejecutado. El marido de la ejecutada no puede considerarse ocupante de hecho si no se niega la convivencia (arts. 68 y 69 del C.C.). Y la comunicación a que se refiere el citado precepto tiene por objeto salvaguardar los derechos e intereses de aquellos que pujan en la subasta, no del propietario.
- 2) Respecto a la extemporaneidad de la alegación sobre la posible inembargabilidad entiende que una plaza de garaje no entra en las previsiones del art. 606 de la LEC, ya que no es imprescindible para el desarrollo de su vida (es notorio que existen personas en su misma situación sin plaza de garaje en el edificio de su vivienda e incluso sin vehículo) y existen alternativas, ya que los

Ayuntamientos establecen plazas de aparcamiento reservadas para personas con movilidad reducida.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal también se opone al recurso de apelación formulado, interesando su desestimación con apoyo en los razonamientos que se resumen a continuación:

1. En relación con el artículo 661 de la LEC:

- a) El recurso de apelación no explica que se haya producido indefensión a la recurrente, ya que no refiere que se haya producido una denegación o merma de su posibilidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniera.
- b) La apelante sólo interesó en el escrito de 31 de diciembre de 2020 que se rectificase el anuncio de subasta en relación con la vivienda, sin referirse a la plaza de garaje, y si entendió desestimada su solicitud debió recurrir en su momento y no esperar a la aprobación del remate, por lo que la cuestión quedó resuelta antes de la realización de la subasta.
- c) Discrepa del alegato de la recurrente relativa a que el escrito de 31 de diciembre de 2020 se refería tanto a la vivienda como a la plaza de garaje, y ello por las siguientes razones:
 - Si el cuerpo del escrito se refería al inmueble consistente en la vivienda y en el suplico al “inmueble” la interpretación lógica es que se está haciendo mención solo a uno de los inmuebles subastados, pero no a los dos. En el presente caso, se trata de dos fincas, dos inmuebles distintos y pretender en Derecho que la mención de uno implica a ambos no tiene sentido. Además, la propia apelante al recurrir en reposición el Decreto que designó al Colegio de Procuradores como entidad especializada para la realización de los dos inmuebles y fijó las condiciones para ello, lo hizo mencionando exclusivamente la vivienda y no la plaza de garaje.
 - Si como sostiene la apelante se refería a ambos inmuebles y solo se dio publicidad a la situación posesoria de la vivienda, resultaba inevitable entender que se estaba denegando la publicidad de la plaza de garaje, por lo que debía haber ejercitado las acciones correspondientes a su derecho y de ningún modo podía el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre lo que no se le había planteado
- d) En los recursos presentados la Sra. S.B. parte de un presupuesto inadmisibile, que su marido es un ocupante de hecho a efectos del artículo 661 LEC. Además de lo argumentado en el Auto apelado, de las obligaciones de las

cónyuges reguladas en el Código Civil, resulta el derecho del marido de la recurrente a utilizar la vivienda y la plaza de garaje, lo que obliga a desestimar el argumento de impugnación.

2. En relación con el artículo 606 de la LEC:

- a) Discrepa de la pretensión de la recurrente de que la petición de declarar inembargable la plaza de garaje no sea extemporánea y de que el bien es inembargable.

Sostiene el Ministerio Fiscal en su informe que la pretensión es extemporánea, dado que las circunstancias mencionadas por la Sra. S.B. para defender que la plaza de garaje es un bien inembargable son anteriores a la subasta, excepto la relativa a la citación de 19 de octubre de 2021 para la realización de una operación quirúrgica, por lo que su petición, con base en el artículo 609 LEC, debió ser formulada con carácter previo y no como reacción a la resolución que aprobó la subasta realizada con éxito.

- b) Respecto al presunto carácter inembargable del bien sostiene el Ministerio Fiscal que el contenido del artículo 606.1 LEC no resulta conforme con la pretensión que se quiere basar en él, porque su texto se refiere a elementos de primera necesidad, como el mobiliario, menaje doméstico, ropas, alimentos y combustible, que son bienes destinados a la satisfacción de necesidades permanentes, lo que impide extender el ámbito de lo necesario para la subsistencia razonablemente digna, a propiedades como una plaza de garaje, cuya disponibilidad puede resultar conveniente, antes que necesaria.

3. En relación con el artículo 641.5 de la LEC:

- a) Discrepa del argumento de la apelante de que la concesión de la prórroga de la subasta se ha realizado prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, le causa indefensión y constituye un acto nulo de pleno derecho, por las siguientes razones:

- La recurrente consintió la prórroga del encargo realizado al Colegio de Procuradores de Madrid, al no recurrir la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021.
- Cuando la apelante recurrió en reposición el Decreto de 28 de octubre de 2021 afirmó que esa Diligencia de Ordenación vulneraba el artículo 641.5 LEC, y debía declararse nulo, sin alegar en ningún momento indefensión.

- Al recurrir en revisión el Decreto desestimatorio de su previa reposición no alegó haber sufrido indefensión. Es ahora, por la vía de apelación, cuando por primera vez afirma que la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021 le ha producido alguna indefensión, invoca el artículo 238.3 LOPJ e interesa que, conforme al artículo 240.2 del citado texto legal, esta Sala de Justicia declare la nulidad de la resolución, sin tener en cuenta lo previsto en el primer apartado del citado artículo y sin mencionar la firmeza de la Diligencia de Ordenación.
- b) Considera el Ministerio Fiscal que dicha pretensión vulnera el artículo 456.1 LEC, respecto del cual, y siguiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, Sentencia 718/2014, de 18 de diciembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil, se ha rechazado la introducción de cuestiones nuevas en apelación, lo que hace imposible acceder a la pretensión de la apelante de que la Sala de Justicia anule la Diligencia de Ordenación que prorrogó el encargo de realización de la subasta.
- c) Sostiene el Ministerio Público que no resulta procedente que se declare de oficio la nulidad de la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021 porque resulta conforme con el artículo 641.5 LEC. La falta de presentación de ofertas a las subastas convocadas explica por sí misma el motivo por el cual el encargo no pudo realizarse y no resultaba imputable a la entidad a la que le fue encomendada esa gestión. El mero hecho de solicitar una prórroga implica la existencia de posibilidades de llevar a buen puerto el encargo mediante la concesión de la misma. Por ello, la Diligencia de Ordenación mencionada no incurre en falta de motivación sino que cuenta con el fundamento suficiente a tenor de la noma que la regía.
- d) No cabe admitir la equiparación que realiza la apelante entre la vulneración legal que denuncia y la existencia de indefensión, ya que en todo momento ha dispuesto de todos los medios previstos por la ley para hacer valer sus derechos, incluido el derecho a recurrir en el seno del procedimiento, lo que obliga igualmente a desestimar el recurso.

SEXTO. 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 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 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.

Esta Sala de Justicia mantiene que la técnica consistente en reproducir el discurso defensivo de la primera instancia para sustentar las pretensiones en segunda instancia es unánimemente reprobada y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la apelante (Sentencias 7/2021, de 23 de julio; 14/2018, de 10 de octubre; 16/2017, de 28 de abril; 15/2016, de 12 de diciembre, entre otras).

Efectivamente, esta técnica defensiva viene siendo generalmente reprobada por la doctrina jurisprudencial más consolidada, al no haber introducido la parte recurrente hechos, elementos o argumentos jurídicos distintos a los articulados y debatidos en primera instancia, que, eventualmente, pudieran haber llevado a este órgano “ad quem” a una apreciación jurídica distinta a la formada por el órgano “a quo”.

Se trata, en definitiva, de modos de actuación que no son aceptables en derecho, por cuanto 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.

Estos pronunciamientos son plenamente aplicables en el presente caso. Las alegaciones realizadas por la recurrente para recurrir en revisión el Decreto de 22 de diciembre de 2021, que desestimó el recurso de reposición contra el Decreto de 28 de octubre de 2021, en el que se aprobó el remate de la plaza de garaje, son los mismos motivos que ya fueron expuestos por la recurrente en primera instancia y fueron analizados por el Consejero de instancia para desestimar el recurso.

SÉPTIMO.— La parte recurrente alega en el primer motivo de recurso la infracción del artículo 661 de la LEC. Denuncia que se ha vulnerado el citado precepto pues afirma que en su escrito de 31 de diciembre de 2020 solicitó que en la publicidad de la subasta se hiciera constar expresamente la situación posesoria “del inmueble”, en el sentido de estar ocupado por su legítima propietaria y por su marido como ocupante de hecho y que el órgano de instancia no resolvió nada al respecto en relación con la plaza de garaje, lo que le generó indefensión. Sostiene que esa falta de publicidad fue determinante en la subasta, ya que la vivienda sobre la que se hizo constar tal circunstancia no recibió pujas mientras que el garaje resultó adjudicado.

El Auto recurrido señala que el artículo 661 de la LEC lo que persigue es garantizar los derechos de arrendatarios y ocupantes de hecho, siendo los postores en la subasta

los que, en su caso, se verían afectados en su adquisición por la existencia de estos derechos. Este criterio se refuerza si lo ponemos en relación con lo dispuesto en el artículo 675 de la citada ley que regula el régimen de posesión judicial en favor del adquirente del inmueble ejecutado y del posible lanzamiento de sus ocupantes.

La finalidad que persigue el artículo 661 de la LEC, con la comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho, mediante la publicidad de la situación posesoria, consiste en conciliar, por un lado, el interés de los ocupantes de los inmuebles en conocer la ejecución con el fin de poder hacer valer en ella sus derechos y, por otro, el de los eventuales licitadores, interesados en conocer si tales ocupantes existen o no y, en caso afirmativo, sí en atención al título que poseen (o por no poseer título alguno) pudieran ser desalojados.

A este respecto, analizadas las diferentes actuaciones relacionadas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, y como ha quedado acreditado en el Auto recurrido, en el escrito de 31 de diciembre de 2020, la Sra. S.B. sólo pidió la rectificación del anuncio de subasta en relación con la vivienda registrada como finca XXXXX, y no realizó manifestación alguna respecto a la plaza de garaje. No puede pretender que por la vía del recurso se extienda su solicitud a la plaza de garaje, cuando previamente nada dijo respecto a la misma deviniendo firme la resolución, máxime cuando el embargo se había realizado sobre dos bienes inmuebles diferentes, y así constaba en el Registro de la Propiedad y en el encargo de la subasta al ICPM. Además, la expresión de la situación posesoria de la finca debe ponerse en el contexto de la naturaleza del bien subastado que en este caso es una plaza de garaje y esta situación constaba en el Informe de Valoración de las fincas.

La recurrente debió haber ejercitado en su momento las acciones correspondientes y no esperar a que fuera aprobado el remate del bien para pretender la nulidad de la subasta ya que si, como sostiene la recurrente en su escrito, la situación posesoria se refería a la vivienda y a la plaza de garaje y solo se dio publicidad a la situación posesoria de la vivienda, era evidente que se estaba denegando la publicidad de la plaza de garaje, por lo en ese momento debía haber ejercitado las acciones correspondientes en defensa de su derecho.

Asimismo, considera la recurrente que su marido es un ocupante de hecho a efectos del citado artículo 661 de la LEC, y dicho argumento tampoco puede ser admitido; en primer lugar, los artículos 68 y 69 de Código Civil establecen el derecho y el deber de común convivencia de los cónyuges e incluso su presunción y de ello resulta su derecho a utilizar la vivienda y la plaza de garaje y por ello conocida la situación posesoria del bien. Además, la ley no cobija cualquier situación posesoria sino el derecho de los ocupantes a ser oídos en el proceso de ejecución y a poder defender la legitimidad de su situación. El marido de la recurrente conociendo como

conocía el desarrollo del procedimiento de ejecución sobre la plaza de garaje y, en concreto, las convocatorias de subastas sobre el inmueble, en ningún momento del proceso ha invocado tal carácter, ni ha intervenido para legitimar su situación, derecho que a él le corresponde y no a la Sra. S.B. como propietaria ejecutada.

Tampoco ha existido causa de indefensión, ya que en todo momento la ejecutada ha tenido posibilidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniera y prueba de ello es que ha recurrido las diferentes resoluciones que se han ido dictando en la pieza de ejecución; y, tampoco su marido ha alegado nada en ningún momento del procedimiento de ejecución respecto a la situación posesoria que se reclama en el recurso.

Por todo ello, se desestima el primer motivo de recurso.

OCTAVO.- Asimismo, alega la recurrente infracción del artículo 606 de la LEC. Plantea en su escrito de recurso que las circunstancias que determinaban la inembargabilidad de la plaza de garaje fueron posteriores al embargo, por lo que discrepa de la declaración de extemporaneidad de la resolución recurrida. Sostiene, asimismo, que la plaza de garaje es un bien inembargable por las circunstancias que concurren en el presente caso que determinan que la dependencia de su marido hace necesaria la disposición del citado bien para sus desplazamientos.

El Auto recurrido afirma que la petición de declaración de inembargabilidad del bien subastado resulta extemporánea pues la recurrente en lugar de plantear las circunstancias que concurrían en el momento en se produjeron, esperó a que fuese aprobado el remate de la plaza de garaje por Decreto de 2 de octubre de 2021 y a que el inmueble fuera adquirido por un tercero en subasta, para por la vía de recurso de reposición solicitar la declaración de inembargabilidad. Dicha pretensión resultaría suficiente para desestimar el presente motivo de recurso, pero también se argumentó que no concurrían las condiciones previstas en el artículo 606 de la LEC para considerar el bien inembargable, habida cuenta que una plaza de garaje no tiene por objeto la satisfacción de necesidades permanentes.

Analizadas las diferentes resoluciones y escritos, no puede aceptar esta Sala los alegatos de la parte recurrente respecto a la infracción del artículo 606 de la citada LEC. En primer lugar, porque como sostiene la resolución de instancia, la recurrente debía haber alegado en el momento procesal oportuno las circunstancias que afectaban a su marido para fundamentar la inembargabilidad de la plaza de garaje, esto es la declaración de incapacidad de 11/09/2020, y la concesión de la tarjeta de movilidad reducida de 20/10/2020, que eran anteriores a la subasta, y no lo hizo. Lo que no puede pretender es que el órgano de instancia entre a valorar a posteriori, cuando ha sido adjudicado el bien, una alegación que no ha sido formulada en el momento procesal oportuno. La circunstancia relativa a la cita para la intervención

quirúrgica del marido, de fecha 19/10/ 2021, que se llevó a cabo el 3 de noviembre siguiente, no puede ser aceptada como excusa para una actuación de impugnación extemporánea, pues la apelante no actúa en el procedimiento personalmente, sino que ha otorgado la representación y defensa a un Letrado en ejercicio y no consta en autos causa o impedimento alguno para que dicho profesional no hubiera podido llevar a cabo las actuaciones procesales que afectaban a su representada en tiempo y forma. Por tanto, su petición con base en el artículo 609 de la LEC debió ser formulada con carácter previo y no con posterioridad a la resolución que aprobó la subasta de la plaza de garaje con éxito.

En segundo lugar, y respecto a los bienes inembargables, el artículo 606 de la LEC señala en su apartado 1º, que son inembargables el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

El citado precepto refiere la inembargabilidad respecto a elementos de primera necesidad o, como reconoce el Auto impugnado, imprescindibles para atender la subsistencia de una persona. Una plaza de garaje no tiene por objeto la satisfacción de necesidades permanentes, sin perjuicio de que su disponibilidad pueda resultar conveniente, como reconoce el juzgador de instancia en su resolución cuando manifiesta que facilita y hace más cómoda la movilidad en caso de discapacidad, pero ni el acceso a la vivienda puede ser exclusivo para quienes sean propietarios de una plaza de garaje, ni el uso de ésta es indispensable para realizar desplazamientos.

Por dichas razones, esta Sala de Justicia, atendiendo a la naturaleza y finalidad del bien subastado, coincide con el criterio mantenido por el órgano de instancia y considera que una plaza de garaje no es imprescindible para el desarrollo de la vida y subsistencia de una persona, razones todas ellas que llevan a desestimar el presente motivo de recurso.

NOVENO.— Finalmente, alega la recurrente la infracción del artículo 641.5 de la LEC. Plantea que cuando por Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021 se acordó prorrogar el encargo hecho al ICPM para la realización, como entidad especializada, de las subastas de las fincas 40.663 y 40.656, vivienda y plaza de garaje de su propiedad, no se hizo referencia a los requisitos que exige el artículo 641.5 de la LEC, lo que le ha causado indefensión y constituye un acto nulo de pleno derecho.

El artículo 641.5 de la LEC establece que si transcurridos seis meses desde el encargo de la subasta, no se hubiera realizado, el Secretario judicial dictará un decreto revocándolo, salvo que se justifique por la persona o entidad a la que se le

hubiera encargado que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca, que no podrá exceder de los siguientes seis meses. Transcurrido este último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, el Secretario judicial revocará definitivamente éste.

El Auto recurrido, sostiene que la recurrente pretende nuevamente por la vía del recurso revisar las actuaciones que fueron resueltas en el Decreto de 28 de octubre de 2021 y enjuiciar la prórroga del encargo hecha al ICPM y que fue acordada en Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021, para que, como entidad especializada, realizara las subastas de las dos fincas, la vivienda y la plaza de garaje. Se trata de una cuestión extemporánea que pudo plantearse en su momento y no se hizo, deviniendo firme. Y, además, afirma que en la adopción del acuerdo de prórroga del encargo concurrían los requisitos previstos en las condiciones particulares de la subasta fijadas en el Decreto firme de 19 de octubre de 2020 y en el apartado 5 del artículo 641 de la LEC para que el encargo de la subasta pudiera realizarse en un nuevo plazo, ya que se puso de manifiesto en la solicitud del ICPM que la falta de ofertas fue la causa por la que el encargo no pudo realizarse en el plazo determinado.

Analizadas las diferentes resoluciones y escritos relacionados en el fundamento de derecho segundo no puede aceptar esta Sala los alegatos de la parte recurrente respecto a la infracción del artículo 641.5 de la LEC. En primer lugar, porque la recurrente consintió la prórroga del encargo realizado al ICPM, al no recurrir la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2021, deviniendo firme, y en ninguno de los escritos presentados alegó haber sufrido indefensión, siendo por primera vez por la vía del recurso de apelación planteado contra la denegación de la revisión cuando realiza tal pretensión, por lo que esta Sala coincide con el criterio mantenido por el Consejero de Instancia que es una cuestión extemporánea que solo pudo plantearse en su momento y no se hizo, deviniendo firme. Y, respecto al cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 641.5 de la LEC, también coincide esta Sala con el criterio mantenido en primera instancia pues, como sostiene el Ministerio Fiscal, la falta de presentación de ofertas a la subasta convocada explica, por sí misma, el motivo por el cual el encargo no se pudo realizar, motivo que no resultaba imputable a la entidad a la que le fue encomendada la gestión, y el mero hecho de solicitar una prórroga y de admitirse implicaba la existencia de posibilidades de llevar a buen fin el encargo, por lo que la Diligencia de Ordenación no incurre en falta de motivación sino que cuenta con el fundamento suficiente de la norma aplicable.

En relación con la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional tiene reconocido, en doctrina consolidada, por todas (STC 70/91, de 8 de abril, STC 144/91, de 1 de julio y STS de 22 de mayo de 1996), que la

motivación de las resoluciones judiciales no requiere la consideración minuciosa de todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes ni exige una respuesta pormenorizada a todas sus alegaciones, bastando que el órgano decisor exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión. El artículo 208.1 de la LEC establece, asimismo, que las diligencias de ordenación y las providencias se limitarán a expresar lo que por ellas se mande e incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la Ley o quien haya de dictarlas lo estime conveniente.

En el presente caso, y como ha quedado expuesto, en la resolución que acordó la prórroga de la subasta, ya se estableció la causa o el motivo no imputable a la entidad por el que no se había podido llevar a cargo el encargo, que era la falta de posturas que hizo declarar desierta la subasta, concurriendo los requisitos previstos en las condiciones particulares de la subasta fijadas en el Decreto firme de 19 de octubre de 2020 y en el apartado 5 del artículo 641 de la LEC para que el encargo de la subasta pudiera realizarse en un nuevo plazo (folio 3144 de la pieza de ejecución).

No cabe admitir, por tanto, como pretende la recurrente, que la vulneración del precepto que denuncia le ha causado indefensión pues en todo momento ha dispuesto de todos los medios previstos en la ley para hacer valer sus derechos, incluido el derecho a recurrir, del que ha hecho uso de manera reiterada, por lo que solo procede desestimar este motivo de impugnación, confirmando la resolución recurrida.

DÉCIMO.- Ninguno de los motivos alegados por la recurrente pueden ser admitidos como causa de indefensión susceptible de generar la nulidad de actuaciones en el presente procedimiento de ejecución.

El artículo 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, señala que los actos procesales serán nulos cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

El artículo 241 del mismo texto legal dispone que no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones aunque, excepcionalmente, las partes legítimas o quienes hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario u extraordinario.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que el concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal (por todas Sentencia 233/2005, de 26 de septiembre- Fundamento jurídico 10- y Sentencia 130/2002, de 3 de junio- Fundamento jurídico 4-). En el curso del proceso

seguido ante este Tribunal no se ha producido esta situación de indefensión, ya que la recurrente ha estado siempre presente, ha aportado al procedimiento su versión de los hechos, ha instado la unión de las pruebas que ha tenido por conveniente, ha hecho uso reiterado de su derecho a alegar e impugnar, mediante los correspondientes recursos, las irregularidades que, a su juicio, concurrían en su caso y ha obtenido siempre la respuesta del órgano jurisdiccional al que la Ley atribuye la competencia para llevar a buen fin el mandato contenido en la ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española (CE); por lo que en ningún momento se le ha privado del derecho de defensa ni se le ha causado un perjuicio real y efectivo a sus intereses (STC 48/1986, de 23 de abril - Fundamento jurídico determinante de la indefensión que reclama).

Como ha quedado expuesto en fundamentos jurídicos precedentes, cualquier falta de pronunciamiento expreso por parte del órgano judicial se ha debido a la actuación errónea o a la omisión de la propia parte recurrente, bien por la alegación extemporánea de sus pretensiones, o bien por su inactividad procesal para accionar las mismas en la forma y plazo oportunos, dejando precluir aquéllas, lo que conllevó la firmeza de los actos procesales.

En definitiva, la parte apelante no ha sufrido indefensión material determinante de la vulneración del artículo 24.1 de la CE, porque las resoluciones dictadas en la pieza de ejecución no han resultado inmunes al control jurisdiccional, lo que, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 58/2016, de 17 de marzo (Fundamento jurídico 7) y, asimismo, en su reciente Sentencia nº 149/2021, de 13 de septiembre (Fundamento jurídico 4) -que resuelve un caso muy similar al presente-, debe conducir a rechazar, tanto la pretensión formulada por la representación de la Sra. S.B., respecto a la producción de indefensión, como el consiguiente pronunciamiento de nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas, en el procedimiento de ejecución que nos ocupa.

UNDECIMO.- Por todas estas razones, esta Sala de Justicia desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña M.A.S.B., contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2022.

Conforme al artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, el régimen sobre imposición de costas en este recurso de apelación debe ajustarse a las prescripciones de la LJCA, cuyo artículo 139.2 establece que las costas en esta instancia se impongan a los recurrentes, en caso de desestimación total de sus recursos, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, circunstancias que no se aprecian en el presente caso, por lo que las costas de este recurso deben ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de particular y general aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA DE JUSTICIA ACUERDA:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Letrado Don Javier Ledesma Bartret, en nombre y representación de Doña M.A.S.B., contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2022, que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de 22 de diciembre de 2021, que, a su vez, desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 28 de octubre de 2021, y que fue dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº C-192/13 (P.S.Ej.) del ramo CC.AA. (Consejería de Solidaridad y Ciudadanía), VALENCIA, que queda confirmado en su integridad.

SEGUNDO.- Imponer las costas en esta segunda instancia a la parte 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 n° 28/2022, de 24 de noviembre. Recurso n° 27/22, del art. 46.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Diligencias Preliminares n° 49/22, de Sector Público Local (Ayuntamiento de Porto), Zamora. Ponente: Excmá. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

Resumen de doctrina:

La Sala comienza realizando un examen pormenorizado de la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 46.2 de la LFTCu, conforme a doctrina reiterada de la Sala de Justicia, entre otros muchos, en el Auto n° 6/2020, de 26 de febrero.

A continuación, y a tenor de lo establecido en el artículo 46.2 de dicha Ley en relación con la legitimación para interponer el recurso del mencionado artículo, se desprende que las partes legitimadas a estos efectos son el Ministerio Fiscal, el Letrado de la Entidad Pública presuntamente perjudicada y, en su caso, si estuviere *“comparecido en forma”*, quien hubiere deducido la pretensión de responsabilidad contable.

Dicha *“comparecencia en forma”* -artículo 57, apartados 1º-3º, de la LFTCu- no ha sido cumplimentada por la recurrente y carece, por tanto, de legitimación para interponer este recurso, que por ello se inadmite.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 28/2022

ASUNTO: Recurso del art. 46.2 de la Ley 7/88, n.º 27/22, interpuesto contra la parte dispositiva segunda del Auto de fecha 26 de julio de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en la que se acordó el archivo respecto del resto de las irregularidades denunciadas ante el Ministerio Fiscal por una Concejal del Ayuntamiento de Porto, en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Porto), Zamora.

PONENTE: Excma. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.

SALA DE JUSTICIA:

Excma. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Exma. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera

Excma. Sra. Doña Elena Hernández Salguero.- Consejera

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada conforme se expresa en el margen, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente

A U T O

VISTO el recurso interpuesto, al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la Concejal del Ayuntamiento de Porto (Zamora), Doña M.G.C.C., contra la parte dispositiva segunda del Auto de fecha 26 de julio de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en la que se acordó el archivo respecto del resto de las irregularidades denunciadas ante el Ministerio Fiscal por la propia Sra. C.C., en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Porto), Zamora.

Ha sido Ponente la Excma. Sra. Consejera doña Elena Hernández Salguero, quién, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2022, el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, dictó Auto en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, cuya parte dispositiva fue del siguiente tenor literal:

***“PRIMERA.-** Trasladar las presentes actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento, con el fin de que por esta se proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de 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, para investigar las irregularidades relativas al arrendamiento del local municipal por el Ayuntamiento de Porto, en cuanto a los ingresos y pagos producidos, que pudieran implicar una responsabilidad contable por alcance del artículo 72 de dicho texto legal.*

***SEGUNDA.-** Archivar las actuaciones, de conformidad con el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con respecto al resto de irregularidades denunciadas ante el Ministerio Fiscal por una concejal del Ayuntamiento de Porto, al no haberse apreciado supuesto de responsabilidad contable por alcance”.*

SEGUNDO.- Con fecha 10 de agosto de 2022, Doña M.G.C.C., Concejala del Ayuntamiento de Porto (Zamora), **a quien se había notificado la anterior resolución judicial a los meros efectos de su conocimiento**, presentó escrito dirigido a la Sala del Tribunal de Cuentas con expresa invocación de lo establecido en el artículo 46.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), en el que pedía que se revocase la parte dispositiva segunda del citado Auto de fecha 26 de julio de 2022 y se designara Delegado Instructor a fin de investigar todos los hechos denunciados por ella a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

TERCERO.- Con fecha 12 de septiembre de 2022, se recibieron del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento los autos correspondientes a las referidas Diligencias Preliminares n.º C49/2022, a efectos de resolver el recurso del artículo 46.2 de la LFTCu interpuesto por Doña M.G.C.C.; posteriormente, por Diligencia de Ordenación de la Secretaría de esta Sala Justicia, de fecha 15 de septiembre de 2022, se acordó abrir el correspondiente rollo de la Sala con el n.º 27/22; nombrar Ponente a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Doña Elena doña Elena Hernández Salguero; y dar traslado del recurso al Ministerio Fiscal y al representante legal del Ayuntamiento de Porto a fin de que en el plazo de cinco días pudieran impugnarlo si lo estimaban conveniente.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 29 de septiembre de 2022, el Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación del recurso, interesando su desestimación y la confirmación del Auto de fecha 26 de julio de 2022.

Por su parte, el Ayuntamiento de Porto dejó transcurrir el plazo conferido por la meritada Diligencia de Ordenación de fecha 15 de septiembre de 2022 sin realizar alegaciones.

QUINTO.- Concluida la tramitación del presente recurso, por Diligencia de Ordenación de la Secretaría de esta Sala Justicia, de fecha 6 de octubre de 2022, se acordó que pasaran las actuaciones a la Excm. Sra. Ponente a fin de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto el día 19 de octubre de 2020, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SEXTO.- Mediante Providencia de fecha 14 de noviembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 21 de noviembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales aplicables.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición del artículo 46.2 de la LFTCu.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de agosto de 2022, Doña M.G.C.C., presentó escrito dirigido a la Sala del Tribunal de Cuentas al amparo de lo establecido en el artículo 46.2 de la LFTCu, pidiendo que se revocase la parte dispositiva segunda del Auto de fecha 26 de julio de 2022 y que se nombrase Delegado Instructor a fin de investigar todos los hechos denunciados por ella a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

En síntesis, la Sra. C.C. fundamenta su recurso en tres motivos: errónea calificación de los hechos contenidos en su denuncia; falta de valoración conjunta de las pruebas indiciarias de la existencia de responsabilidad contable en la adquisición de los inmuebles situados en “*Paraje Viveo*”; y falta de valoración de indicios probatorios en su conjunto de responsabilidad contable por alcance en la adquisición del bien situado en “*calle P. nº XX*”.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 29 de septiembre de 2022, el Ministerio Fiscal ha presentado escrito de impugnación del recurso, interesando su desestimación y la confirmación del Auto de fecha 26 de julio de 2022.

El Ministerio Público alega que las presuntas irregularidades a que se refiere la Sra. C.C., cuyo archivo fue acordado en la parte dispositiva segunda del Auto recurrido, no suponen la concreción de hechos constitutivos de alcance en los términos exigidos por la legislación contable; que la posible responsabilidad contable por ellos no se halla individualizada con referencia a cuentas determinadas o concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales públicos. Por lo tanto, a su juicio, se trataría de meras sospechas de ilegalidad fundamentadas en la existencia de incumplimientos normativos y presupuestarios, pero carentes del adecuado respaldo documental suficiente que pudiera acreditar la existencia de un perjuicio a los fondos públicos. Finalmente, el Ministerio Fiscal precisa que, como se hace constar en el Auto impugnado, la documentación aportada por la propia denunciante, así como sus manifestaciones, vienen a constatar la efectiva realización de tales adquisiciones inmobiliarias y la existencia de las correspondientes contraprestaciones derivadas de los contratos, sin que existan datos que permitan colegir que se ha causado un perjuicio como consecuencia de las mismas, ni la cuantía del mismo; y sin que en el escrito de recurso se concreten otros datos que puedan fundamentar una nueva resolución distinta de la recurrida.

CUARTO.- En cuanto al Ayuntamiento de Porto, ha dejado transcurrir el plazo conferido por la meritada Diligencia de Ordenación de fecha 15 de septiembre de 2022 sin realizar alegaciones de ninguna clase, en relación con el recurso del artículo 46.2 de la LFTCu presentado por Doña M.G.C.C.

QUINTO.- En primer lugar, debe partirse de la naturaleza jurídica del recurso del artículo 46.2 de la LFTCu, conforme a reiterada doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, pudiendo citarse, por todos, el Auto n.º 6/2020, de 26 de febrero, en el que se afirmaba lo siguiente:

*“[...] Como esta Sala ha declarado, entre otros muchos, en su Auto n.º 8/2016, de 14 de marzo -Fundamento jurídico Cuarto-, **dicho recurso es considerado como un incidente de archivo, cuya finalidad es rechazar “a limine” aquellas denuncias que versen sobre hechos que, manifiestamente, no revistan los caracteres de alcance.***

El archivo de las actuaciones en la fase de Diligencias Preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente, procede cuando de una manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance, sin que se pueda realizar ningún otro tipo de valoración, en cuanto no cabe en dicha fase, previa a la de enjuiciamiento contable, e incluso a la instrucción, entrar a conocer sobre el fondo del asunto, pues ello supondría prejuzgar el fallo que, posteriormente, pudiera dictarse, una vez tramitado, con todas las garantías, el oportuno juicio contable.

Por lo tanto, en general, no cabe el archivo “ex” artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario, y a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago, que pudieran haber carecido del suficiente respaldo normativo. En cambio, procedería el archivo cuando los hechos no revistieran los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, y no reunieran unas características mínimas, que hagan posible una valoración inicial que permita apreciar que puede existir un presunto alcance de fondos o caudales públicos [...]”.

SEXTO.- En cuanto a la **legitimación para interponer el recurso del artículo 46.2 de la LFTCu**, se deduce de la regulación contenida en el propio precepto, que se pronuncia en los siguientes términos literales:

*“2. Recibidos los antecedentes en la Sección de Enjuiciamiento y turnado el asunto entre los Consejeros adscritos a la misma, 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, podrá el Consejero de Cuentas a que hubiere correspondido, **previa audiencia del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y, en su caso, si estuviere comparecido en forma, de quien hubiere deducido la pretensión de responsabilidad contable**, por término común de cinco días, decretar el archivo de las actuaciones, dándose contra esta resolución recurso ante la Sala del Tribunal que resultare competente dentro del plazo de cinco días, sin que quepa ulterior recurso y sin perjuicio de lo que procediere en punto al recurso de casación en el procedimiento jurisdiccional correspondiente”.*

Luego, conforme a la regulación contenida en el propio precepto, se desprende que las partes legitimadas para la interposición de esta clase de recurso previsto en la LFTCu son **el Ministerio Fiscal, el Letrado de la Entidad Pública presuntamente perjudicada y, en su caso, si estuviere “comparecido en forma”, quien hubiere deducido la pretensión de responsabilidad contable.**

En cuanto a la precitada **“comparecencia en forma”** para ejercitar una pretensión de responsabilidad contable, **el artículo 57, apartados 1º-3º, de la LFTCu** no deja lugar a la duda, disponiendo lo siguiente:

“1. Las partes deberán conferir su representación a un Procurador o valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, notarial o «apud acta».

2. Cuando actúen representadas por un Procurador, deberán ser asistidas por Abogado, sin lo cual no se dará curso a ningún escrito, salvo lo previsto en el artículo 10, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios y el personal al servicio de las entidades del sector público legitimados para actuar ante el Tribunal de Cuentas, e igualmente, para defender derechos o intereses propios, las personas que tengan título de Licenciado en Derecho, aunque no ejerzan la profesión de Procurador o Abogado”.

SÉPTIMO.- A la vista de la documentación obrante en las actuaciones, **se constata que Doña M.G.C.C. no ha sido parte en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022**, que se tramitaron ante el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento por cuanto, **en ningún momento, compareció en dicho procedimiento en la forma prevista en el meritado artículo 57, apartados 1º-3º, de la LFTCu.**

En efecto, la recurrente no manifestó ante el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento su voluntad de constituirse en parte de las referidas Diligencias Preliminares n.º C49/2022, en cuyo caso, debía haber comparecido en dicho procedimiento representada mediante Procurador o Abogado con poder al efecto, notarial o *apud acta* (artículo 57.1 de la LFTCu); o bien, haber justificado que se encontraba en alguno de los supuestos del artículo 57.3 de la LFTCu para poder comparecer por sí misma como parte.

Y, precisamente por ello, es por lo que en todos los actos de comunicación que la Letrada Secretaria del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento practicó en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, en relación con Doña M.G.C.C., hizo constar expresamente la siguiente advertencia: **“Se remite, a los solos efectos de su conocimiento, copia firmada digitalmente de... en la Diligencia Preliminar al margen referenciada”**. Esto es, a la Sra. C.C. no se le remitía una cédula de notificación con la resolución y la documentación correspondiente a cada trámite, como así se realizaba con las partes del procedimiento (el Ayuntamiento de Porto y el Ministerio Fiscal), **sino exclusivamente una copia firmada digitalmente de la resolución dictada en el trámite de que se tratase, y a los solos efectos de su conocimiento (v. folios 24, 85, 116 de las Diligencias Preliminares n.º C49/2022).**

Por todo lo razonado anteriormente, al carecer Doña M.G.C.C. de legitimación para interponer el recurso del artículo 46.2 de la LFTCu por no haber sido parte en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, debe procederse a la inadmisión de su escrito de recurso presentado con fecha 10 de agosto de 2022, por el que impugnaba la parte dispositiva segunda del Auto de fecha 26 de julio de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

OCTAVO.- Dada la naturaleza y entidad de las cuestiones suscitadas en este recurso, no procede hacer expresa imposición de 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.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Inadmitir el recurso interpuesto al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la Concejala del Ayuntamiento de Porto (Zamora), Doña M.G.C.C., contra la parte dispositiva segunda del Auto de fecha 26 de julio de 2022, dictado por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en la que se acordó el archivo respecto del resto de las irregularidades denunciadas ante el Ministerio Fiscal por la propia Sra. C.C., en las Diligencias Preliminares n.º C49/2022, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Porto), Zamora.

Sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe interponer 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 29/2022, de 13 de diciembre. Recurso de apelación nº 31/22 interpuesto contra el Auto de 24 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-1028/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guriezo), Cantabria. Ponente: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.

Resumen de doctrina:

Tras exponer las posturas procesales de las partes, la Sala manifiesta que la decisión del órgano de instancia fue correcta, tras el análisis de los artículos 73 y 68.1, ambos de la LFTCu, en relación con las características que concurren en el caso enjuiciado -la aplicación de la línea doctrinal que afirma que, aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la Constitución, comporta el obligado respeto al principio *pro actione*, éste comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concorra alguna causa legal y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (por todos, Autos 5/2019, de 16 de mayo; 1/2020, de 18 de febrero; y 26/2022, de 18 de octubre)-.

También acoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, Sentencias 3/2001, de 15 de enero, y 60/2002, de 11 de marzo) respecto a que *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 consiguiente, concluye la Sala, que la resolución dictada por la Consejera de instancia, que consideró no constatado que se produjera un daño o perjuicio a los fondos del Ayuntamiento, elemento esencial objetivo 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, así como la decisión de acordar la no incoación del procedimiento, fue conforme a Derecho, por lo que resulta procedente la desestimación del recurso.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO N° 29/2022

ASUNTO: Recurso de apelación n° 31/22 interpuesto contra el Auto de 24 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance n° A-1028/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guriezo), CANTABRIA

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó- Presidenta

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández-Consejero

Excmo. 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

En el recurso de apelación n° 31/22 frente al Auto de 24 de junio de 2022, dictado en primera instancia por la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance n° A-1028/2022, SECTOR PUBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Guriezo), CANTABRIA. Ha sido apelante el Ayuntamiento de Guriezo, representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Casanueva Muñoz.

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 n° A-1028/2022 se dictó Auto, de fecha 24 de junio de 2022, que acordó lo siguiente:

ÚNICO.- *Declarar no haber lugar a la incoación del proceso judicial contable en el procedimiento de reintegro por alcance n° A1028/2022, por resultar de modo manifiesto e inequívoco la inexistencia de supuesto alguno de responsabilidad contable, procediendo, una vez firme la presente resolución, al archivo de todo lo actuado.*

SEGUNDO.- La Alcaldesa del Ayuntamiento de Guriezo interpuso recurso de apelación contra el referido Auto, mediante escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 5 de julio de 2022.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2022, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario del procedimiento acordó tener por interpuesto el recurso y dar traslado del mismo a las demás partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formular su oposición; de conformidad con los artículos 80.3 y 85.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 24 de agosto de 2022, se opuso al recurso interpuesto e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 9 de septiembre de 2022, el Director Técnico del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento y secretario de este procedimiento acordó: **1)** Tener por unidos a los autos el escrito de oposición al recurso 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 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 la citada LJCA.

Por sendos escritos de 14 y 19 de septiembre de 2022 se personaron ante esta Sala de Justicia el Ministerio Fiscal y el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación del Ayuntamiento de Guriezo.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de la Secretaria de la misma de 19 de octubre de 2022 se acordó: **1)** Abrir el correspondiente rollo, asignándole el n° 31/22; **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)** Conceder un plazo de diez días al Ayuntamiento de Guriezo, a fin de que cumplimentara los requisitos de postulación que exige el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal

de Cuentas (LOTCu), 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.

SÉPTIMO.- Subsanados los defectos de postulación del Ayuntamiento de Guriezo y concluso el recurso, por diligencia de ordenación de la Secretaria de esta Sala de 2 de noviembre de 2022 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente, procediéndose el 10 de noviembre de 2022 a la remisión de los mismos, conforme consta en la diligencia expedida en esa fecha.

OCTAVO.- Por providencia de 1 de diciembre de 2022, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 12 de diciembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO.- 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 LOTCu y 52.1 b) y 54.1 b) de la LFTCu.

SEGUNDO.- La representación del Ayuntamiento de Guriezo solicita en su escrito de recurso que se proceda a continuar con la tramitación del procedimiento de exigencia de responsabilidad contable. Sustenta la apelación interpuesta en las siguientes consideraciones:

1ª) La sociedad M.S., S.L. depositó en el Ayuntamiento de Guriezo cuatro avales, por importes de 5.064 €, 6.276 €, 5.230 € y 4.220 €, para responder de los posibles desperfectos que se ocasionaran en los viales municipales como consecuencia de la extracción de madera por la carretera conocida como de las Nieves, de la ermita de las Nieves o de la Virgen de las Nieves.

2ª) Con objeto de tramitar la devolución de dichos avales, el Ayuntamiento de Guriezo tuvo conocimiento de que la sociedad M.S., S.L. había abonado, por indicación del Alcalde anterior a la sociedad F.R., S.L. la cantidad de 50.000 €, mediante transferencia bancaria conforme a la factura 1909/173, para el pago de los trabajos de reparación de la carretera de la ermita de las Nieves, cuyo coste había sido presupuestado por aquella en la cantidad de 168.810,31 €. También las sociedades A.F., S.L., C.F., S.A. y O.F., S.L., efectuaron pagos a F.R., S.L., por importe, respectivamente, de 930 €, 11.916,25 y 4.109,99 €.

3ª) El Tribunal de Cuentas no ha requerido a la sociedad F.R., S.L. la factura 1909/173 por los trabajos de reparación de la carretera de acceso a las Nieves, por lo que, alega, se desconoce: a) su contabilidad, su importe y su concepto, e incluso su existencia; b) el sujeto pasivo de la misma y la relación de trabajos de la obra ejecutada; y c) cómo y por quién se abonó la factura, dado que el presupuesto de la sociedad fechado el 12 de abril de 2019 para el tratamiento superficial del vial de acceso a la ermita de las Nieves ascendía a 164.810,31 euros.

4ª) El Ayuntamiento de Guriezo procedió a la devolución de los cuatro avales depositados por la mercantil S., S.L., ante la certificación expedida por la técnica municipal Doña H.T., en la que se hacía constar el estado aceptable de las vías utilizadas para el transporte de la madera extraída.

5ª) La Secretaria-interventora municipal ha certificado que en el Ayuntamiento de Guriezo no consta expediente alguno relativo a la carretera de las Nieves, ni del Barrio de Lugarejos. En sus términos, “no existe contrato de adjudicación, presupuesto, partida presupuestaria, ni abono de facturas..., hecho ratificado por el técnico municipal de urbanismo”.

6ª) La reparación de la carretera de las Nieves fue ejecutada y abonada por el Gobierno de Cantabria (con una aportación del Ayuntamiento de Guriezo de 6.999,93 €, en concepto de emulsión bituminosa), mediante la contratación externa de la sociedad T.A.M.I., S.A. (T.), en virtud del acuerdo marco suscrito para la conservación y mantenimiento de carreteras y caminos de la red municipal y de las juntas vecinales de Cantabria. El Ayuntamiento ha solicitado que dicha sociedad aporte la factura girada por el Gobierno de Cantabria, para confrontarla con la de la sociedad F.R., S.L.

7ª) La fase instructora concluyó, en su criterio, sin aclarar el motivo por el que se realizaron unos pagos a la sociedad F.R., S.L. por cuatro empresas madereras, sin que constaran expediente ni facturación. Ello llevó a la devolución de los avales, sin constancia del cumplimiento de sus obligaciones por las sociedades beneficiarias de los aprovechamientos madereros, que ha originado un perjuicio a los fondos municipales.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación formulado por la representación del Ayuntamiento de Guriezo y ha interesado la confirmación de la resolución recurrida, porque:

a) Constan la resolución de la Dirección General de Biodiversidad, Medio Ambiente y Cambio Climático del Gobierno de Cantabria que acredita la reparación de las pistas por las sociedades madereras y la certificación del técnico municipal que considera aceptable el estado de las pistas utilizadas para la extracción de la madera. Como consecuencia, se procedió a la devolución de los avales. Y

b) Las transferencias recibidas por la sociedad F.R., S.L., fueron efectuadas por las madereras citadas, por lo que se trata de fondos privados, cuya aplicación no genera responsabilidad contable.

CUARTO.- El Auto apelado acuerda la improcedencia de incoar juicio en el procedimiento de reintegro por alcance por la ejecución de la obra de reparación de la carretera de la Virgen de las Nieves en que:

- a) Ha quedado acreditado que la sociedad M.S., S.L. resultó adjudicataria en el año 2017 de los aprovechamientos forestales.
- b) Consta que, tras la finalización de los aprovechamientos forestales, el 31 de julio de 2019, se inició un expediente sancionador contra la citada empresa, por no haber eliminado los restos de corta y no haber reparado los daños ocasionados en las carreteras de acceso a la ermita de Las Nieves y que, en diciembre de 2019, el alcalde de Guriezo comunicó al Servicio de Montes del Parque Tecnológico y Científico de Cantabria que la citada sociedad se había responsabilizado de los daños causados en la pista de las nieves.
- c) Consta, igualmente, el certificado del Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo, poniendo de manifiesto que el Gobierno de Cantabria realizó las obras de mejora del firme y pavimento de rodadura de las zonas afectadas, mediante riegos con emulsión en el camino municipal que da acceso al santuario de la Virgen de las Nieves en Guriezo, con medios propios y la contratación externa con la sociedad T. Las obras comenzaron el 5 de mayo de 2020 y finalizaron el 5 de agosto de 2020. El Ayuntamiento de Guriezo aportó 6.999,93 € en concepto de emulsión bituminosa.
- d) También está incorporada a las actuaciones la resolución de la Dirección General de Biodiversidad, Medio Ambiente y Cambio Climático, que acredita que se realizó la reparación de las pistas por las citadas madereras.

QUINTO.- El artículo 72 de la LFTCu configura el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tengan o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

La resolución del recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Guriezo obliga, por ello, a dilucidar si se ha producido una salida injustificada de fondos susceptible de ser calificada como alcance en esos términos.

La documentación obrante en las actuaciones permite constatar que:

- a) En el año 2017, la sociedad M.S., S.L. resultó adjudicataria de dos aprovechamientos forestales: el N° XX (m.C., XX del CUP); y el N° XX (m. R., XX del CUP). En dichos aprovechamientos intervinieron, transportando madera, además de la adjudicataria, las sociedades O.F., S.L., A.F., S.L. y C.F., S.A. Todas ellas utilizaron la pista de Las Nieves para la extracción de la madera. Para responder de los posibles daños que se ocasionaran en los viales municipales y carreteras de acceso a los montes de utilidad pública números 48 y 50, la empresa adjudicataria de los aprovechamientos forestales depositó en el Ayuntamiento cuatro avales, por importes de 5.064 €, 6.276 €, 5.230 € y 4.220 €.
- b) El 25 de octubre de 2019, el técnico municipal solicitó a las sociedades citadas, que habían utilizado la pista de las Nieves para ejecutar diversos aprovechamientos, determinadas cantidades, en función del prorrateo de la madera obtenida, para reparar los daños producidos en el proceso de extracción. Las cantidades solicitadas fueron las siguientes: 50.000 € (a M.S., S.L.), 4.110 € (a O.F., S.L.), 930 € (a A.F., S.L.) y 11.996 € (a C.F., S.A.). En los correos enviados a cada una se les indicó el número de cuenta bancaria de la sociedad F.R., S.L., encargada de realizar la reparación conjunta de los desperfectos ocasionados. El presupuesto presentado por ésta para la preparación de superficie, limpieza de bordes y colector y escollera, ascendió a un presupuesto de ejecución material de 136.206,87 € y un presupuesto de contrata de 164.810,31 €.
- c) El 21 de octubre de 2020, en el Acta de Reconocimiento Final de los lotes correspondientes a los dos aprovechamientos ordinarios adjudicados a la sociedad M.S., S.L., después de realizarse la inspección de las vías de saca principales y secundarias empleadas para la extracción de la madera, la técnico municipal dio conformidad al estado general de las vías utilizadas y del monte y señaló que podía precederse a la devolución de las fianzas constituidas para la reparación de los caminos. Por Decreto de la Alcaldía de 27 de octubre de 2020, se procedió a la devolución de dichas fianzas.
- d) El Gobierno de Cantabria ejecutó las obras de mejora del firme y pavimento de rodadura de zonas afectadas mediante riegos con emulsión en el camino municipal de acceso al santuario de la Virgen de las Nieves en Guriezo (utilizó 22.540,000 m2 de doble riego asfáltico y 135,230 toneladas de emulsión). Lo hizo con medios propios y con la contratación externa de la empresa T. Las obras comenzaron el 5 de mayo de 2020 y finalizaron el 5 de agosto de 2020.

De lo expuesto se concluye que el Gobierno de Cantabria ejecutó obras de mejora del firme y pavimento del camino municipal de acceso al santuario de la Virgen de las Nieves en Guriezo y la sociedad F.R., S.L., la reparación de los desperfectos

ocasionados en las pistas de las nieves por la extracción de la madera derivada de los aprovechamientos forestales, con el fin de reponer las vías de saca y el monte a su estado tras los aprovechamientos forestales.

SEXTO.- El recurrente alega en su recurso de apelación que el Tribunal de Cuentas no ha requerido a la sociedad F.R., S.L. la factura 1909/173, por los trabajos de reparación realizados; y que la fase instructora se cerró sin aclarar los extremos a los que se refería dicha factura.

En relación con esta alegación, resulta preciso diferenciar la función fiscalizadora que ejerce el Tribunal de Cuentas, en la que utilizan técnicas de auditoría y verifica albaranes y hojas de entrega de prestación de servicios, solicita facturas y extractos de cuentas bancarias y realiza entrevistas con responsables de las entidades públicas, conciliaciones bancarias y con sociedades, todo ello con relación a la actividad económica del ente público sujeto a la fiscalización. Y la fase instructora, como actuación previa al ejercicio de su función jurisdiccional, que está regulada en el artículo 47 de la LFTCu.

En la fase instructora, en la que se plantea el objeto de la controversia suscitada por la representación del Ayuntamiento, el delegado instructor no está obligado a practicar todas las diligencias o a reunir todos los antecedentes que soliciten los interesados (Autos de la Sala de Justicia números 2/2013, de 17 de enero y 17/2018, de 31 de mayo), sino únicamente aquéllos que vayan dirigidos a determinar, provisionalmente, qué hechos pueden ser constitutivos de responsabilidad contable, las personas presuntamente responsables de ellos, y , en su caso, la cuantificación del presunto daño.

En el supuesto de autos, la delegada instructora, como consta en el Acta de Liquidación Provisional suscrita el 27 de abril de 2022, determinó que de toda la documentación incorporada a las Actuaciones Previas nº 1010/2021 se desprendía que los hechos no eran susceptibles de generar un presunto alcance contable en los fondos públicos. La incorporación de la factura 1909/173, conforme a la pretensión del apelante, no hubiera producido una distinta conclusión, ya que acredita un negocio jurídico privado entre dos sociedades mercantiles, ajeno a la actividad económico-financiera del Ayuntamiento de Guriezo. El propio recurrente afirma en uno de los alegatos de su recurso que no consta el abono de facturas: es decir, no ha determinado que se haya producido una salida de fondos municipales que hubiera podido ocasionar un perjuicio económico al Ayuntamiento concernido.

El Ayuntamiento recurrente alega que ese perjuicio se produjo como consecuencia de la devolución de los avales a las sociedades madereras. No cabe, sin embargo, acoger esa conclusión, porque se ha acreditado de forma fehaciente que se repararon los desperfectos ocasionados en el monte y en las vías de acceso utilizadas para la

extracción de la madera, para cuya ejecución, y en garantía de ésta, se constituyeron en su día los citados avales.

SÉPTIMO.- De la documentación obrante en autos no se ha constatado que se produjera un daño o perjuicio a los fondos del Ayuntamiento de Guriezo, elemento esencial objetivo 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.

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 a quien 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 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 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, Sentencias 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, esta Sala concurre con la resolución dictada por la Consejera de instancia, que declaró, en el auto recurrido, que no había lugar a la incoación del proceso judicial contable en el procedimiento de reintegro por alcance nº A1028/2022.

OCTAVO.- Con arreglo a lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Guriezo, contra el Auto de 24 de junio de 2022 dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A1028/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guriezo), Cantabria.

NOVENO.- 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, no procede la imposición de las costas, aun cuando ha sido desestimado íntegramente el recurso interpuesto, al haber intervenido únicamente en este procedimiento el apelante y el Ministerio Fiscal.

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 representación del Ayuntamiento de Guriezo contra el Auto de 24 de junio de 2022, dictado en el procedimiento de reintegro por alcance nº A1028/2022, Sector Público Local (Ayuntamiento de Guriezo), Cantabria, que se confirma en todos sus términos.

SEGUNDA.- No procede la imposición expresa de las 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 81.2.3º 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 30/2022, de 23 de diciembre. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 10/22. Actuaciones Previas nº 234/11. Ramo: CC.AA. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación). Andalucía. Ponente: Excm.a Sra. Dña. María del Rosario García Álvarez.

Resumen de doctrina:

La mercantil recurrente impugna, al amparo del art. 48.1 de la LFTCu, una providencia del delegado instructor por la que se acuerda el embargo de sus bienes y derechos. Alega que el embargo se despacha para cubrir un importe superior a la cuantía de su presunta responsabilidad contable. El acta de liquidación provisional y la subsiguiente providencia de requerimiento de depósito o afianzamiento, con apercibimiento de embargo, establecieron el importe del presunto alcance del que sería responsable la mercantil. Ello no obstante, la providencia impugnada acuerda el embargo de una suma muy superior, que se corresponde con el total del menoscabo liquidado en las actuaciones previas, pero del cual la mercantil recurrente sólo es responsable en una parte.

Recuerda la Sala que 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 art. 47.1.f) de la LFTCu, y que esta providencia de requerimiento, con apercibimiento de embargo en caso de no ser atendida, debe acomodarse necesariamente a lo que conste en el acta de liquidación. Si los presuntos responsables no afianzaran en forma legal sus posibles responsabilidades, el delegado instructor debe proceder al embargo cautelar de sus bienes, constituyendo el acta de la liquidación practicada, junto con la desatendida providencia de requerimiento, el título ejecutivo.

Aunque la ley no regula una providencia u orden de embargo genérica, es decir, sin identificar los concretos bienes o derechos que se embargan, la Sala considera que no existe obstáculo para su dictado 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 art. 47.1.g) de la LFTCu. Ahora bien, esta providencia de embargo genérica debe acomodarse al acta de liquidación provisional y a la inicial providencia de requerimiento de depósito o afianzamiento, debiendo existir una identidad absoluta entre todas ellas a la hora de identificar a la persona presuntamente responsable y al importe provisional del alcance que se pretende asegurar de forma cautelar.

En el caso que aquí se ventila, la providencia de requerimiento se ajustó plenamente a los extremos contenidos en el acta de liquidación provisional. Sin embargo, en la denominada providencia de embargo genérica se advierte la desviación jurídica señalada por la recurrente, pues se ordena el embargo de sus bienes y derechos por

el importe total de la liquidación provisional, y no por el importe cuyo depósito o afianzamiento le fue requerido previamente por el delegado instructor, que no es otro que el importe de su concreta responsabilidad determinada en el acta de liquidación.

La recurrente aduce que esta desviación jurídica le ha causado la indefensión proscrita por el art. 48.1 de la LFTCu. A este respecto reconoce la Sala que, en recientes resoluciones, ha sostenido la doctrina de que la llamada providencia de embargo genérica, al no decretar el embargo de ningún bien en concreto, no puede producir al presunto responsable un perjuicio real y efectivo causante de indefensión material; habrá que esperar a las trabas concretas de bienes y derechos para observar si el importe por el que se acuerde el embargo se ajusta a la liquidación del alcance correctamente practicada. Si la traba no se ajustara al importe correcto del alcance sino que lo excediera, el embargo causará indefensión.

Pues bien, considera la Sala de Justicia que debe reconsiderarse el anterior planteamiento y exigir que la providencia de embargo, aunque no se proyecte sobre ningún bien en concreto, se ajuste plenamente a la providencia de requerimiento dictada a consecuencia del acta de liquidación, pues el importe por el que se embarga no puede ser otro que el ingreso requerido al presunto responsable y no realizado por éste. En suma, debe darse una absoluta identidad entre el importe del alcance determinado en el acta de liquidación, el importe cuyo depósito o afianzamiento se requiere al responsable, y el importe por el cual se ordena el embargo de sus bienes y derechos aun cuando no se trabe ninguno de ellos en concreto. Si esta providencia de embargo genérico se dictara por un importe distinto, considera la Sala que esta desviación jurídica causaría indefensión.

Este cambio doctrinal se asienta en un detenido examen que realiza la Sala de la normativa que, conforme a las previsiones de la LFTCu, debe observar el órgano instructor contable a la hora de acordar las medidas cautelares -la Ley General Tributaria y el Reglamento General de Recaudación- así como a la reiterada interpretación judicial y jurisprudencial de dicha normativa. Además, se ajusta a la doctrina inicialmente establecida por la Sala de Justicia ya desde el año 1992 (autos 17/1992; 15/1998; 10/2005 y 7/2016). 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.

El auto analiza la mención a la indefensión recogida en el art. 48.1 de la LFTCu, que no es otra que la contemplada en el art. 24.1 de la Constitución, y adopta una visión garantista conforme a la cual el incumplimiento o inobservancia de una garantía por parte del delegado instructor es generadora de indefensión. Al incidir el embargo en la esfera patrimonial de las personas, es causante de indefensión material, efectiva y

real, si se despacha por un importe distinto y superior al importe del débito establecido en el acta de liquidación provisional a título de responsabilidad contable indiciaria.

Las partes tienen derecho a ser tuteladas por los jueces y tribunales frente a las resoluciones administrativas, conforme al control judicial universal al que está sometida la actuación administrativa. Si las resoluciones viciadas quedan consagradas por falta de una adecuada revisión judicial, ello genera una doble indefensión por infracción de las garantías establecidas a favor de los administrados.

Concluye la Sala estimando el recurso interpuesto por la mercantil pues, de no corregirse la irregularidad advertida en la providencia de embargo, se causaría indefensión para la parte recurrente, lo cual supondría en sí mismo un perjuicio real y efectivo para ella.

VOTO PARTICULAR

El voto particular considera que el recurso interpuesto debió ser desestimado. El desacuerdo se centra en considerar que se ha producido una errónea aplicación al caso de los criterios legales y jurisprudenciales utilizados para la resolución del recurso contenidos en los Fundamentos de Derecho Quinto a Decimotercero del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, discrepancia que se concreta en las siguientes consideraciones.

Los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la Ley, es decir, que *“no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión”*, debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable competente con total amplitud de los medios probatorios y del examen del derecho aplicable.

Resulta necesario, a efectos de resolución de los recursos, determinar si el contenido de la Providencia recurrida puede suponer o ser entendida como una indebida denegación de diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera ser constitutiva de indefensión.

La Providencia de embargo impugnada hace referencia directa a la Providencia de requerimiento de pago en la que se fijó de manera individualizada la cuantía de la responsabilidad contable para cada presunto responsable, conforme a la Liquidación Provisional practicada en la misma fecha. Y acuerda, como consecuencia de que los presuntos responsables no han atendido en el plazo concedido el requerimiento de pago, el embargo de los bienes y derechos de los mismos por la totalidad de la suma

en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos sin que ello signifique, realizando una interpretación lógica y racional, que dicha cantidad total pueda suponer una alteración para cada presunto responsable de las cantidades ya fijadas previamente en el Acta de la Liquidación provisional y en la Providencia de requerimiento de pago.

El Delegado Instructor ha cumplido con las exigencias que establece el artículo 47.1, apartados f) y g) de la LFTCu, que desarrolla lo previsto en el artículo 38, apartados 1 y 3 de la LOTCu, por lo que el recurso debería haber sido desestimado, sin más trámite.

Sin perjuicio de lo anterior, alega el recurrente que la Providencia recurrida le ha ocasionado un perjuicio real y efectivo causante de indefensión, se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica y se ha vulnerado su derecho de defensa.

Es preciso señalar que si la liquidación practicada fuera positiva, el Delegado Instructor ha de requerir a los presuntos responsables para que depositen o afiancen el importe provisional del alcance más los intereses, también provisionalmente calculados, bajo apercibimiento de embargo y, si no fuera atendido el requerimiento, debe proceder al embargo de los bienes en los términos establecidos en el RGR, con arreglo a los artículos 75 y siguientes, que regulan el procedimiento a seguir.

El concepto de indefensión, a los efectos de este recurso, ha sido establecido por una constante doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas y reiterado, además, por la jurisprudencia constitucional, que la caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

La Providencia recurrida no ha producido ningún perjuicio real y efectivo en los bienes e intereses de la sociedad recurrente ni en el resto de los declarados presuntos responsables, por cuanto la Liquidación Provisional practicada fue convenientemente notificada, así como la Providencia de requerimiento de pago, que devino firme – en la cual consta la cantidad individualizada para cada uno de ellos-. Por otra parte, el embargo no ha sido materializado en ninguno de los bienes o derechos de la mercantil recurrente.

Por consiguiente, y siguiendo la doctrina reiterada de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, no se ha producido perjuicio real y efectivo alguno causante de indefensión material.

En definitiva, no concurren los motivos para la admisión del recurso formulado al amparo del artículo 48.1 de la LFTCu, que no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la Ley

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

AUTO Nº 30/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 10/22. Actuaciones Previas nº 234/11. Ramo: CC.AA. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación). ANDALUCÍA.

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**I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO.- Con fecha de 15 de julio de 2021 el delegado instructor de las Actuaciones Previas nº 234/11, Ramo CC.AA. (Consejería de Empleo-Ayudas socio-laborales a la prejubilación), Andalucía, practicó acta de liquidación provisional como continuación y complemento de las practicadas el 28 de abril de 2016, 8 de noviembre y 20 de diciembre de 2017, incorporadas como anexos I, II y III a la de 15 de julio de 2021.

En la misma fecha de 15 de julio de 2021 se dicta providencia fijando la existencia de un presunto alcance establecido en la liquidación provisional por un importe total de 15.673.702,21 €, de los cuales 12.156.962,96 € corresponden a principal y 3.516.739,25 € a intereses. En virtud de la providencia de 15 de julio de 2021 se requiere a cada uno de los presuntos responsables para que reintegren, depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, y en el plazo de diez días hábiles, el importe provisional del alcance más los intereses, haciendo constar que en caso de no atender el requerimiento se procedería al embargo de bienes, todo ello conforme al desglose que se acompañaba y que, en el caso de la mercantil D.,

S.A. ascendía a 257.512,17 €, suma de principal (199.780,20 €) y de intereses (57.791,97 €).

SEGUNDO.- Al no atenderse el requerimiento, el 14 de febrero de 2022 se dicta providencia cuyo contenido es el siguiente: «...Mediante Providencia de fecha 15 de julio de 2021 se requirió a A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., A.L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.), como presuntos responsables del alcance fijado en la correspondiente Liquidación Provisional por importe de 15.673.702,21 €, de los que corresponden 12.156.962,96 € a principal y 3.516.739,25 € a intereses, y al no haberse atendido dicho requerimiento en el plazo concedido al efecto, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, acuerdo el embargo de bienes y derechos de A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., A.L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.) en cantidad suficiente para cubrir el mencionado importe. Notifíquese a A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., A.L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.), así como a los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía, a la Secretaría General del Partido Popular de Andalucía (Don A.S.C.) y al Ministerio Fiscal...».

TERCERO.- Contra la citada providencia el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández, actuando en nombre y representación de D., S.A. interpuso recurso del art. 48.1 de la LFTCu mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas en fecha 24 de febrero de 2022, y solicitó que se dictara resolución por la que se dejara sin efecto la providencia que acordó el embargo de bienes y derechos de la citada sociedad.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2022, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el correspondiente rollo, con el nº 10/22, constatar la composición de la Sala, nombrar ponente a la Consejera de Cuentas, Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, y remitir oficio al delegado instructor en solicitud de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2022, se acordó dar traslado de copia del recurso a los notificados en la providencia recurrida, concediéndoles un plazo de cinco días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

SEXTO.- El día 21 de marzo de 2022 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la representación procesal de Comisiones Obreras de Industria, por el que formuló alegaciones al recurso presentado, haciendo suyos los fundamentos desarrollados en el mismo, y solicitando la anulación de la providencia recurrida.

Con fecha 25 de marzo de 2022, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas, escrito de la Letrada representante de la Junta de Andalucía por el que formuló alegaciones de oposición al recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por D., S.A., solicitando su desestimación y la confirmación de la providencia recurrida.

Mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2022, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido y, en virtud de sus alegaciones, interesó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- El resto de los intervinientes en la liquidación provisional, pese a haber sido notificados en legal forma, no realizaron alegaciones.

OCTAVO.- Una vez concluida la tramitación del presente recurso, mediante diligencia de ordenación de 6 de abril de 2022 se acordó remitir las actuaciones a la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución.

NOVENO.- Con fecha 8 de abril de 2022 D., S.A. presentó escrito en el que realizó diversas consideraciones a las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal respecto al régimen de responsabilidad solidaria en el ámbito contable y se dictó diligencia de ordenación de fecha 19 de mayo de 2022 en la que se acordó dar traslado de dicho escrito a las partes, a los meros efectos de su conocimiento.

DÉCIMO.- Mediante providencia de fecha 10 de octubre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 17 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar el citado acto.

UNDÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2022, se puso de manifiesto que, habiéndose constituido la Sala de Justicia en fecha 17 de octubre de 2022 para votación y fallo, la Consejera Ponente, Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó, presentó una propuesta desestimatoria del recurso núm. 10/22 que no fue aceptada por los demás miembros de la Sala de Justicia. En consecuencia, la Consejera Ponente declinó la redacción de la resolución del recurso, anunciando la emisión de voto particular. Posteriormente y de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Presidenta de la Sala de Justicia encomendó la redacción de la resolución del presente recurso núm. 10/22 a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. María del Rosario García

Álvarez, a quien se pasaron los autos mediante posterior diligencia de fecha 2 de noviembre de 2022, tras haberse practicado las oportunas notificaciones.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- 1.- El presente recurso se formula por la empresa D., S.A. al amparo del artículo 48.1 en relación con el 54.2.d) de la Ley 7/1988, de 8 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), contra la providencia de 14 de febrero de 2022.

2.- Inicia su recurso la empresa con una alegación previa en la que indica que la resolución recurrida acuerda el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente para cubrir el importe de 15.673.702,21€, cuando en la liquidación provisional, de la que trae causa la mencionada providencia, se estableció una responsabilidad provisional de la mercantil en cantidad muy inferior, concretamente en la suma de 257.572,17 €.

3.- Considera respetuosamente el recurrente que semejante discrepancia podría explicarse a causa de un error material pero que, al no existir en el ámbito de las actuaciones previas un precepto que permita la subsanación de errores materiales manifiestos en los términos del artículo 267.1 de la LOPJ, la defensa del derecho de la parte le obliga a interponer el presente recurso para subsanar el eventual error por la vía de declarar la nulidad de la providencia dictada, o si la Sala así lo estima, dejar en todo caso de oficio sin efecto lo erróneamente resuelto con lo que se produciría la pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

4.- Seguidamente, en la alegación primera, recuerda el contenido de la providencia de 14 de febrero de 2022 y que en ella se acuerda el embargo de los bienes y derechos de la recurrente por el importe total de la liquidación provisional. Tras citar el contenido del artículo 47.1.g) LFTCu en relación con el 48 del mismo texto legal y recordar la naturaleza del presente recurso, conforme a la doctrina desarrollada por esta Sala de Justicia con la cita del auto 7/2016, de 11 de marzo, en la alegación segunda manifiesta que la providencia de 14 de febrero de 2022 no es conforme a derecho y es causa, además, de indefensión.

5.- Concretamente, alega que la indefensión se deriva de la indebida concreción del importe del embargo que debe ser cubierto por el conjunto de los bienes y derechos de D., S.A., puesto que dicho embargo no es ni siquiera conforme con la liquidación provisional practicada y la correspondiente providencia de requerimiento de pago o afianzamiento con apercibimiento de embargo.

6.- En su argumentación, retorna al auto 7/2016, de 11 de marzo, de esta Sala, para abordar el concepto de indefensión y poner de manifiesto que en el meritado auto se analiza un supuesto muy similar al presente (la indebida fijación de una fianza es susceptible de ser recurrida por la parte). De modo específico destaca el siguiente párrafo del auto, con resaltado propio del recurrente:

«Así pues, el embargo preventivo de bienes y derechos de los presuntos responsables adoptado por el órgano instructor en las actuaciones previas de referencia no es sino una medida cautelar contemplada en el artículo 47.1.g) de la Ley 7/88, mediante la que se habilita legalmente a dicho órgano para que persiga el aseguramiento, en esa fase, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional de responsabilidad contable, **sin que el dictado de dicha Providencia de embargo implique indefensión alguna y sin que proceda modificar el contenido de la medida cautelar decretada si éste es conforme con la Liquidación provisional practicada y la correspondiente providencia de requerimiento**»

7.- Aplicando el criterio expuesto al caso de autos, considera el recurrente que concurren los requisitos tradicionalmente expuestos por la Sala para la producción de indefensión por cuanto:

- 1) La providencia de embargo se ha dictado de manera disconforme con la liquidación provisional y la providencia de requerimiento, pues de su literalidad el embargo debe realizarse por el importe total para cada uno de los presuntos responsables: sin embargo, la traba debe soportarse por el importe establecido para cada afectado como presunta responsabilidad contable por alcance al ser el acta de liquidación provisional la que determina una sola y única responsabilidad, si bien solidaria respecto de la provisionalmente atribuida a Don F.J.G.B. pero por un monto de 199.780,20 € de principal;
- 2) La discrepancia entre la providencia de embargo y la liquidación provisional y la providencia de requerimiento produce, en el caso concreto, una vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica ya que resulta patente que la providencia de apremio y las consecuentes diligencias de embargo a que se refieren los artículos 70 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, parten del importe de la deuda (en su caso con los recargos correspondientes) que debe ser satisfecha por el responsable, pero no de un importe mayor. De aceptarse la posible discrepancia entre ambas actuaciones, los particulares podrían verse afectados de trabas en su patrimonio sin límite alguno «dándose lugar, en ese caso, a una especie de suerte expropiatoria de sus bienes y derechos sin causa alguna de utilidad pública o interés social, ni indemnización correspondiente».

- 3) La providencia supone un perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte y un menoscabo del derecho de defensa. En cuanto al primero (el perjuicio real), se deriva de la afectación directa en el ámbito patrimonial junto con su actividad comercial y previsiones presupuestarias y de contabilidad al tener que sufrir el embargo por un importe que no se corresponde con el fijado en el acta de liquidación provisional y del que, además, no es presunto responsable por no habersele imputado provisionalmente. Añade que, de verse obligado a provisionar en contabilidad el importe, el devenir diario de su actividad y sus previsiones de crecimiento se verían afectados.
- 4) La providencia menoscaba su derecho de defensa pues si la afectación directa de este derecho supone la imposibilidad de realizar alegaciones y aportaciones documentales en las actuaciones previas, la afectación indirecta se produce en este supuesto porque la única vía para alegar y defenderse es la utilización del presente recurso del artículo 48. De no interponerlo, se vería obligado a soportar el embargo de bienes y derechos por cuantía mayor e indeterminada. En palabras del propio recurrente, «no puede alegarse de contrario que no cabe estimar el presente recurso porque las partes presuntamente» implicadas han podido alegar y aportar lo que hubiesen considerado necesario para la defensa de sus derechos si la única vía para ejercer su defensa frente a la providencia de embargo es, precisamente, la interposición del presente recurso».
- 5) La indefensión no es meramente formal, sino material pues los daños económicos son evidentes al acordarse un embargo que no se ajusta a la liquidación provisional de la que trae causa.

SEGUNDO.- 8.- Verificado el correspondiente traslado, Comisiones Obreras de Industria presentó escrito en el que en una alegación única indicaba que, en su caso y para dicha parte, se dictó providencia el 4 de enero de 2022 de contenido idéntico a la de 14 de febrero de 2022 aquí recurrida. En dicha providencia no se daba plazo de alegaciones ni de recurso pese a lo cual presentó escrito mostrando su disconformidad por dos motivos: 1) aportación de garantía en plazo no resuelta; 2) la cuantía a embargar superaba a la imputada en la liquidación provisional.

9.- Añade que recibió respuesta a su escrito indicando que «la providencia referida a tiene (sic) a la apertura de la pieza separada y responde al planteamiento general del curso de las actuaciones respecto del conjunto comprendido en el Acta de Liquidación de la que trae causa, en cualquier caso condicionada en plazos y trámites por el número y circunstancias de los diversos intervinientes».

10.- A continuación, hace suyas las alegaciones planteadas por D., S.A. en su recurso, al coincidir con lo manifestado en su escrito relativas a un acuerdo de embargo que no se corresponde con las delimitaciones fijadas en el acta de

liquidación provisional de 15 de julio de 2021, y a la apertura de embargo contra los bienes de todas las entidades que aparecen en dicha liquidación, sin entrar a valorar qué entidades han presentado avales y si los mismos no se han considerado suficientes.

TERCERO.- 11.- La Letrada de la Junta de Andalucía, por su parte, se opuso al recurso aduciendo la inexistencia de indefensión por cuanto la providencia de 14 de febrero de 2022 no puede entenderse de forma aislada, al tener que ser puesta en relación con las resoluciones y actuaciones precedentes de las que trae causa y con la regulación normativa del art. 47 LFTCu.

12.- A tal efecto, acude al acta de liquidación de 15 de julio de 2021 para reproducir a continuación parte de la providencia de requerimiento de pago o afianzamiento de la misma fecha en lo que afecta a la recurrente, para indicar que el requerimiento al presunto responsable se hace por el importe del alcance, bajo apercibimiento de embargo, de tal forma que si no se realiza el depósito o afianzamiento contemplado en la providencia de requerimiento, se despliega la actuación del art. 47.1.g) LFTCu, consistente en el embargo de los bienes de los presuntos responsables en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (RGR 2005).

13.- En su opinión, la circunstancia de que la providencia recurrida sólo se refiera a la cantidad total del presunto alcance contenida en la liquidación provisional no es ningún error, ni conforma irregularidad causante de indefensión material pues en ella se menciona a todos los afectados como presuntos responsables. El embargo se trabará, afirma, llegado que fuere el caso, conforme al requerimiento contenido en la providencia de 14 de febrero de 2022 (sic) que será la que hará las veces de providencia de apremio en el procedimiento recaudatorio correspondiente.

CUARTO.- 14.- El Ministerio Fiscal, a su vez, se opuso igualmente al recurso. Acude el Fiscal al auto de la Sala de 2 de marzo de 2022 en el que se resuelven otros recursos del art. 48.1 interpuestos en este procedimiento para indicar que, en aquél, se reproducen los particulares del acta de liquidación y el importe de la responsabilidad contable imputada a D., S.A.

15.- Indica también que en el acta se hace constar la salvedad de que los importes señalados corresponden a cada persona física y jurídica «sin perjuicio de los diversos regímenes de solidaridad». Por ello, prosigue, no hay error ni exlimitación en la exigencia de aseguramiento ni en la adopción subsiguiente de la medida cautelar de embargo de las cantidades en que se estima el total alcance más intereses, pues se corresponden a lo dispuesto en el art. 47.1.f) y g) de la LFTCu y, a su vez, se adoptan en aplicación de lo dispuesto en el art. 38.1 y 3 de la LOTCu a tenor de los cuales la responsabilidad directa es siempre solidaria. Concluye

señalando que la cantidad total del alcance, aun provisional, es el importe cuya devolución se debe garantizar solidariamente por los responsables directos, sin perjuicio de la cuota, igualmente provisional, que entre ellos pueda corresponder a cada uno. El recurso del Ministerio Fiscal fue objeto de una pretendida réplica por el recurrente, conforme se ha recogido en los antecedentes de hecho. Las alegaciones contenidas en dicho escrito, sin embargo, no pueden ser objeto de examen al no responder aquél a trámite alguno legalmente previsto que permita formular réplica a la oposición al recurso.

QUINTO.- 16.- Una vez delineadas las alegaciones de las partes, comenzaremos por abordar la que, con carácter previo, se suscita en el recurso relativa a la posible comisión de un error material en la providencia recurrida. En opinión del recurrente tal error, de existir, no puede ser denunciado por la vía de corrección de errores que establece el art. 267 de la LOPJ pues no se trata de una resolución judicial.

17.- La precisión es correcta pues, como también destaca el recurrente, el único recurso susceptible contra la providencia de 14 de febrero de 2022 es el previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, de tal forma que la eventual comisión de errores puede y debe suscitarse a través de la vía procesal aquí seguida, habida cuenta que es obvio que un simple error aritmético o manifiesto cometido por el delegado instructor es potencialmente susceptible de causar indefensión si el mismo se perpetúa. De la misma forma, es inviable que el potencial perjuicio derivado de un error quede sin examen judicial, pues también es obvio que dentro de la tutela judicial efectiva se inserta la función estrictamente reparadora del error material o de otra naturaleza cometido en vía administrativa para evitar toda suerte de indefensión y para evitar, desde luego, que alguien pudiera no solo verse perjudicado sino también beneficiado de la comisión de simples errores u omisiones.

18.- A lo anterior debemos añadir que la regulación legal de la vía extraordinaria del artículo 48 de la LFTCu, no contiene exigencia procesal alguna previa que de manera específica establezca la necesidad de pedir una aclaración de la providencia o actuación contra la que se recurre, para poder después acudir a la interposición del recurso. En efecto, no se exige denuncia del error ante el delegado instructor ni que, en su caso, se reproduzca la denuncia del error en sede judicial. Ciertamente, pudiera hacerse, esto es, denunciar un error o solicitar una aclaración, pero no cabe exigirlo porque no está legalmente previsto.

19.- Por ello, cuando la parte considera que la actuación instructora no ha resuelto sobre lo que debía, o que lo ha hecho de forma deficiente o inmotivada o, simplemente, que ha cometido un error que pudiera ser calificado de material pero cuya perpetuación causa un perjuicio evidente o un beneficio indebido, situación que produce una clara y manifiesta indefensión, no puede en modo alguno exigirse a la parte promover un inexistente incidente de aclaración con carácter previo a la

interposición del recurso del artículo 48 LFTCu porque, además de no existir momento oportuno legalmente previsto para ello, este trámite no tendría la naturaleza de recurso ni en puridad reviste operatividad como cauce de impugnación de lo decidido por el instructor. Al contrario, si la parte considera que el error cometido por el delegado instructor de naturaleza material manifiesta cuando no es corregido de oficio por el emisor, tiene trascendencia tal que podría determinar una reconsideración del alcance subjetivo u objetivo de lo acordado (como lo es el importe por el que se despacha el embargo), tiene expedita la vía de interposición del presente recurso).

20.- No cabe, por tanto, establecer un requisito previo ni de procedibilidad no contemplado expresamente en la LFTCu ni, desde luego, incorporar al presente recurso una exigencia de acceso a la denuncia de un error que, por no resultar aplicable, resultaría vulneradora de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE en la modalidad de derecho de acceso al recurso.

21.- Por todo ello, resulta correcto impetrar la tutela para la reparación de lo que, en hipótesis, pudiera ser un error material, si su sola corrección a través de la mera comprobación de un dato objetivo, incluso ajeno a valoraciones jurídicas, elimina cualquier suerte de indefensión y su mantenimiento la produce, situación que, desde luego, puede ser incardinada en el segundo de los motivos tasados del artículo 48.1 LFTCu (causación de indefensión), al ser el medio específico o cauce impugnatorio previsto por el ordenamiento para variar o revisar lo acordado por el instructor, aún por simple y evidente error. Buena muestra de ello lo representa el auto de esta Sala 10/2005, en el que se admiten las alegaciones sobre «errores aritméticos cometidos por la delegada instructora en la medida que incide en el requerimiento de pago y posibles medidas cautelares».

22.- En última instancia, no cabría en modo alguno consagrar ni un perjuicio ni una suerte de beneficio de oscuridades, omisiones o errores materiales manifiestos o aritméticos que, con toda certeza, podrían ocasionalmente deducirse del texto de un acta de liquidación provisional o de cualquiera de las actuaciones posteriores de ella derivadas, máxime cuando el alegado como posible error material consiste en un desajuste o contradicción patente y que pudiera ser independiente de una apreciación jurídica entre lo establecido en el acta de liquidación y la providencia de requerimiento de pago o afianzamiento y la posterior providencia de embargo.

SEXTO.- 23.- Establecida así la posibilidad de interesar la tutela judicial tanto para denunciar la comisión de un eventual error material evitando su perpetuación, como para denunciar cualquier otra desviación jurídica de la providencia de 14 de febrero de 2022 que resulte en su no acomodación a derecho, procede analizar ahora si, efectivamente, nos encontramos ante esta situación y si, además, se ha producido

indefensión al ser la causa en la que se ampara el recurrente para acudir a la Sala por la vía del artículo 48 LFTCu.

24.- Comenzaremos por indicar que, al menos ya desde el año 1998 (auto 15/1998, entre otros), esta Sala ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que «en el acta han de recogerse los datos precisos, junto a las alegaciones de los interesados para determinar el periodo a que se refieren las actuaciones, incidencias esenciales ocurridas en la tramitación, alegaciones básicas de los comparecientes, tanto la realidad del alcance imputado como de su cuantía; así como de las circunstancias que modifiquen o excluyan la responsabilidad, etc. Todo ello por exigencias institucionales y no sólo referidas al derecho de defensa de los imputados, sino, incluso, para ofrecer una base sólida a los legitimados activos a efectos de que puedan valorar, en forma conveniente, la posibilidad o no del ejercicio a la pretensión contable en un caso como el de autos; incluidos los temas conexos referentes al alcance que pueda atribuirse al Auto de sobreseimiento y los efectos negativos para el actor, que han de ser valorados, sobre el incumplimiento de la exigencia constitucional del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que en este caso da lugar a una situación injusta, sobre todo en lo referente al devengo de intereses».

25.- No podía ser de otro modo porque, en definitiva, el acta de liquidación es el título jurídico que permite y del que se deriva la posterior e inmediata providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento del importe del alcance, bajo apercibimiento de embargo, constituyendo el título ejecutivo. En consecuencia, entre ambas tiene que existir una identidad absoluta. Así lo consagró ya el auto de Sala 17/1992, de 26 de junio, al establecer que «el requerimiento que la providencia contiene es una medida cautelar de aseguramiento que debe acomodarse a lo que conste en el acta de liquidación provisional del alcance, al deducirse de lo actuado y recogida en ésta la presunta responsabilidad de los llamados a afianzar el alcance o descubierto» (FD 2º).

26.- Ello es perfectamente lógico porque, de conformidad con el art. 47.3 de la LFTCu la providencia de apremio prevista en el Reglamento General de Recaudación se entiende sustituida por el requerimiento del apartado f) del párrafo primero del mismo artículo, esto es, por la providencia de requerimiento, la cual contiene un apercibimiento de embargo. Precisamente, de la lectura de los arts. 70 y 71 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (RGR 2005), reguladores de la providencia de apremio y de su notificación, se desprende que la providencia de apremio tiene un triple contenido: 1) acto ejecutivo con el que se inicia el procedimiento forzoso; 2) requerimiento para que el obligado proceda al pago en los plazos previstos; y 3) contenido liquidatorio, ya que la providencia identifica la deuda pendiente incorporando su liquidación.

27.- Igualmente, abunda en dicha doctrina del auto 17/1992, el auto de Sala 7/2016, de 11 de marzo, citado en el recurso, pues de lo que él se deduce es que la providencia de embargo debe ser conforme con la liquidación provisional practicada y con la providencia de requerimiento, y que cuando existe esa identidad, no se produce indefensión: «Así pues, el embargo preventivo de bienes y derechos de los presuntos responsables adoptado por el órgano instructor en las actuaciones previas de referencia no es sino una medida cautelar contemplada en el artículo 47.1.g) de la Ley 7/88, mediante la que se habilita legalmente a dicho órgano para que persiga el aseguramiento, en esa fase, de las eventuales responsabilidades contables que pudieran ser declaradas, posteriormente, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional de responsabilidad contable, sin que el dictado de dicha Providencia de embargo implique indefensión alguna y sin que proceda modificar el contenido de la medida cautelar decretada si éste es conforme con la Liquidación provisional practicada y la correspondiente providencia de requerimiento».

SÉPTIMO.- 28.- Una vez dictada la providencia de requerimiento, de no producirse el pago o el afianzamiento, el procedimiento continuará inexorablemente su curso una vez transcurrido el plazo señalado, y ello en cumplimiento del mandato contenido en la propia providencia de requerimiento, procediéndose al embargo de los bienes y derechos que procedan, lo que se ha de efectuar en la forma prevenida en el Reglamento General de Recaudación ex art. 47.3 LFTCu.

29.- Al respecto, se ha de indicar que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), dio una nueva sistemática a las normas reguladoras de la gestión recaudatoria, legalizando (al incluirlos en la LGT) algunos preceptos relevantes contenidos hasta entonces en el Reglamento General de Recaudación aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre (RGR 1990). Ello obligó a revisar el Reglamento para adoptarlo a la norma legal mediante la modificación, derogación e inclusión de nuevos preceptos, dando así lugar al nuevo Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (RGR 2005). De la nueva regulación derivada de la LGT y del RGR 2005, en relación con la anterior, importa destacar el vacío legal generado en la LGT y en el RGR 2005 por la desaparición de la orden de embargo plasmada hasta entonces en la denominada providencia de embargo del art. 110 del RGR 1990 y de las actuaciones destinadas a la obtención de información por parte de la Administración para proceder al embargo, descritas en el art. 113 del RGR 1990.

30.- Pues bien, como venimos diciendo, es el mandato y apercibimiento contenido en la providencia de requerimiento (que sustituye a la providencia de apremio del art. 70 RGR 2005, norma en vigor) el que autoriza para llevar a cabo el embargo de los bienes y derechos que procedan, ya que así lo dispone el art. 75.1 RGR 2005: «Transcurrido el plazo señalado en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sin haberse realizado el **ingreso requerido**, se

procederá, en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de apremio, al embargo de los bienes y derechos que procedan, siempre que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda» (resaltado propio).

31.- El ingreso requerido es, lógicamente, el establecido en el acta de liquidación del que deriva la providencia de requerimiento para cada uno de los sujetos afectados, debiendo existir entre ambas una identidad absoluta. En última instancia, debe tenerse en cuenta que el embargo procede cuando, dictada y notificada la providencia de apremio (en nuestro caso la de requerimiento) «acto de la Administración que ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago» (artículo 70.1 del RGR 2005), no se ingresa el importe requerido en el plazo reglamentario (artículo 75.1 del mismo texto).

32.- En consecuencia, y a la vista de la anterior regulación, la providencia de requerimiento del art. 47.1.f) LFTCu, que sustituye a la providencia de apremio (art. 47.3 LFTCu) del RGR 2005 en concordancia con la LGT, tal y como la encontramos definida en el art. 70 del RGR 2005, es el acto que contiene el apercibimiento y del que se deriva y ordena la ejecución cautelar contra el patrimonio del obligado al pago, siendo título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio a tenor de lo dispuesto en el art. 167.2 LGT, con la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados, si bien cautelarmente, para el caso de no atenderse el requerimiento, en la forma establecida en los arts. 75 y ss. del RGR 2005, emitiendo las diligencias de embargo. De ahí la necesidad inexcusable de su notificación, que es constante tanto en el RGR 2005 como en la LGT pues, como estableció la STCO 291/2000, de 30 de noviembre, en relación con el RGR 1990 «la falta de notificación personal del inicio de la vía de apremio puede tener relevancia constitucional cualquiera que sea la naturaleza del acto impugnado, ya que esta ausencia de notificación ha podido impedir que el recurrente se opusiera al procedimiento de apremio, recurriendo judicialmente los actos dictados en el mismo, lo que podría determinar una lesión del derecho al acceso a la tutela judicial».

33.- Junto a lo anterior, importa destacar que, a pesar de que en puridad legalmente no aparece regulada una denominada providencia u orden de embargo (no la regula ni la LGT ni el RGR 2005), no existe obstáculo alguno para su dictado y, desde luego, que es procedente la emisión de los oficios encaminados a la obtención o recopilación de información sobre bienes del deudor, presunto responsable, pues, de otra forma, no sería posible dictar las diligencias de embargo, al desconocerse los bienes propiedad del deudor embargables. Ello es estrictamente necesario para dar efectividad al contenido del art. 94 LGT y 75 y ss. del RGR 2005 que deben ser puestos en relación con los arts. 56 y 57 del Reglamento General de las actuaciones

y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que contiene normas que afectan a todas las actividades desarrolladas por la Administración tributaria, entre ellas los procedimientos y actuaciones de recaudación y que completa, a su vez, lo establecido en el RGR 2005 y LGT. Concretamente, el citado art. 56 del Reglamento 1065/2007 regula los requerimientos a determinadas autoridades sometidas al deber de informar y colaborar. Este Reglamento 1065/2007, como señala su Exposición de Motivos, «se aplica a la gestión recaudatoria, cuyo desarrollo reglamentario se contiene en un reglamento especial pero que ha de ser completado por lo dispuesto en este reglamento, en particular, por lo relativo al desarrollo de las normas comunes sobre las actuaciones y procedimientos tributarios que se aplicarán, en tanto no exista norma especial en el Reglamento General de Recaudación, a la gestión recaudatoria en su totalidad y no sólo a la recaudación de los tributos».

34.- Junto a lo anterior, cabe igualmente destacar que ni la notificación de la providencia de 15 de julio de 2021 ni, en lo que ahora importa, la notificación de la providencia de 14 de febrero de 2022 objeto del presente recurso, contenían la indicación de los recursos que contra ellas procedían, pese a que la notificación en forma en esta materia se rige por las normas administrativas generales, en particular, por lo contenido en los arts. 40 a 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), preceptos de aplicación supletoria en todas aquellas cuestiones no reguladas específicamente por las normas tributarias a tenor de los arts. 109 a 112 LGT. Todos estos preceptos están desarrollados en los arts. 114 a 115 *ter* del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. Adicionalmente, la LGT fija unas normas específicas sobre el contenido y alcance de la notificación de las liquidaciones tributarias en su art. 102 señalando que, entre otros requisitos, toda notificación tributaria debe contener la expresión de los medios de impugnación que puedan ser ejercidos, órgano ante el que hayan de presentarse y plazo para su interposición. El art. 40.2 de la LPACAP establece, por su parte, que «toda notificación deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que ellos interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».

OCTAVO.- 35.- Como ya hemos dicho en el fundamento precedente y ha establecido esta Sala ya en el año 1992 (auto 17/1992), la providencia de requerimiento tiene necesariamente que acomodarse a lo que conste en el acta de liquidación provisional del alcance, «al deducirse de lo actuado y recogido en ésta la

presunta responsabilidad de los llamados a afianzar el alcance o descubierto». Se trata, en suma, del contenido liquidatorio propio de la providencia de apremio o de requerimiento ex LFTCu que identifica la deuda pendiente incorporando su liquidación y al que antes nos referimos. Por otro lado, también la providencia u orden de embargo, como medida cautelar, tiene que ser conforme con la liquidación provisional y la correspondiente providencia de requerimiento, como igualmente ha establecido esta Sala (auto 7/16), pues es esta acomodación la que evita indefensión.

36.- Sin embargo, en el presente supuesto la discrepancia no se produce entre el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento pues en ambas, dictadas en la misma fecha de 15 de julio de 2021, la cantidad que provisionalmente se fija asciende a 257.512,17 € (principal más intereses) para la empresa recurrente, sino entre aquéllas y la providencia de 14 de febrero de 2022, dictada como consecuencia de no haberse atendido el requerimiento. Concretamente, en la providencia de 14 de febrero de 2022 se acuerda el embargo en cantidad suficiente para cubrir el importe de 15.673.702,21 € (principal e intereses) de todos los presuntos responsables del alcance fijado en la liquidación provisional al no haberse atendido el requerimiento.

37.- Establecido lo anterior y a los efectos de resolver la trascendencia de este desajuste, y si el mismo es tal, cabe traer a colación el contenido del RGR 1990, que regulaba la providencia de embargo en los siguientes términos en su art. 110.1:

«Transcurrido el plazo señalado en el Artículo 108 sin haberse hecho el ingreso requerido, los Jefes de las Dependencias y Unidades de Recaudación dictarán providencia ordenando el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente, a su juicio, para cubrir el importe del crédito perseguido y el recargo, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen». Su contenido, como vemos es distinto al del art. 75 del vigente RGR 2005, pero igualmente se refería al «ingreso requerido».

38.- En lo que se refiere a la notificación de la providencia de embargo, el RGR 1990 en su art. 103 contemplaba una ordenación de la notificación genérica para toda notificación tributaria. Por ello, y en relación con el art. 110.1 del RGR 1990, judicialmente se establecieron una serie de requisitos o exigencias que ahora ya son expresamente contemplados en la norma (RGR 2005, arts. 70 y 71, y LGT). Cabe citar a título de ejemplo la STS C.A. de 16 de diciembre de 2002, rec. 10393/1997, (ponente Pascual Sala):

«...una providencia de embargo, o de ampliación de embargo, del tenor de la acabada de transcribir, ni identifica suficientemente los embargos ya practicados o decretados (no basta, al respecto, la mera cita de las fechas en que, al parecer, se acordaron) ni, lo que es mucho más importante, identifica suficientemente el nuevo

débito tributario por virtud del cual se decreta la ampliación. En tales condiciones, la indefensión del apremiado resulta evidente, como también lo es la realidad de que dicha indefensión, aunque fuera sin referencia concreta el art. 110 del aludido Reglamento General de Recaudación, fue oportunamente alegada, precisamente por falta de concreción (...)

Cabe añadir que, aunque el tan repetido art. 110 no lo exija expresamente, implícitamente, al hacer referencia al importe del crédito perseguido, recargo, intereses y costas, está aludiendo a la necesidad de que, con total puntualización de antecedentes y sin dar por sabido ningún dato, la Administración acreedora explicita no sólo el importe del débito por el que se proceda (no la suma de todos, por tanto), sino también su procedencia y naturaleza, con perfecta identificación de principal, recargo, intereses y costas, y lo mismo cabe predicar de una providencia de acumulación de deudas de un mismo procedimiento de embargo».

39.- Resulta, pues, meridianamente claro que hay que llevar a cabo una «total puntualización» del crédito perseguido y sus intereses, esto es, del importe del débito por el que se proceda contra el sujeto afectado (el ingreso requerido), y no por la suma de todos porque, de no ser así, la indefensión del apremiado, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, «resulta evidente».

40.- Esta doctrina, que es de perfecta aplicación a esta Sala de Justicia y al supuesto estudiado, ha sido acogida y seguida por los Tribunales. Cabe citar la STSJ C.A. Galicia, 413/2008, de 2 de julio, rec.15876/2008, cuando con evidente claridad señala que:

«la providencia de embargo debe recoger no sólo la fecha en que se entiende notificada la providencia de apremio sino, en correspondencia con dicho momento, el texto de dicho acto de ejecución que se corresponde con cada uno de aquellos momentos, como expresión última de las posibilidades de defensa en relación con el embargo, máxime cuando se utiliza la facultad de acumulación del artículo 110.2 del Reglamento de 1990.

Recordemos que, en dicho texto, se recogió como motivo de impugnación del procedimiento de apremio (artículo 99.1, d) el "defecto formal en el título expedido para la ejecución". Añadiendo que "se entiende por defecto formal la omisión o error en los datos del título que impidan la identificación del deudor o de la deuda apremiada, la falta o error sustancial de la liquidación del recargo de apremio y la falta de indicación de haber finalizado el período voluntario"».

41.- En la misma línea la STSJ C.A. Murcia, 278/2003, de 24 de abril, rec. 17/2000:

«una providencia de ampliación de embargo como la analizada en autos, que ni identifica suficientemente los embargos ya practicados o decretados -al únicamente

constar la cita de las fechas en las que, al parecer, se acordaron-, ni lo que es más importante, identifica suficientemente el nuevo débito tributario por virtud del cual se decreta la ampliación, ocasionando con ello una clara indefensión al apremiado, no es conforme a Derecho»

42.- Los criterios judiciales expuestos son, desde luego, plenamente aplicables a la providencia ordenando el embargo, al contenido del art. 75 RGR 2005 y a la regulación de la LFTCu en su remisión al RGR. Por lo tanto, al supuesto ahora examinado, máxime cuando, en definitiva, coincide con lo ya establecido por esta Sala conforme a los autos que anteriormente se han reseñado.

NOVENO.- 43.- Al hilo de lo anterior, se ha de advertir que esta Sala en sus autos 8/2022, de 11 de mayo; 14/2022, de 19 de mayo; y 19/2022, de 22 de septiembre, ha venido a establecer que el contenido de la «providencia de embargo genérico de bienes y derechos» tiene un contenido similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del RGR 2005. Concretamente, se ha considerado que este precepto distingue el embargo genérico de las trabas específicas y concretas detalladas en los artículos 78,79, 80, 81, 82 y 83 del citado RGR 2005 (dinero en efectivo o de cuentas abiertas en entidades de crédito, valores, otros créditos, efectos o derechos, saldos, salarios o pensiones y bienes inmuebles y de derechos sobre éstos). Así, se dice, será en el momento en que el delegado instructor acuerde los embargos concretos para garantizar el presunto alcance, cuando quepa pronunciarse sobre aspectos específicos del procedimiento de apremio, incluida la limitación de responsabilidad que proceda aplicar a los presuntos responsables que no tiene por qué ser fijada en el acta de liquidación provisional, en la providencia de requerimiento, ni en la «providencia de embargo genérica». De esta forma, se afirma, aunque por seguridad jurídica pudiera ser conveniente, será en el momento de las trabas específicas (art. 78 y ss. RGR 2005) cuando, en última instancia, se concrete el importe por el que se embarga.

44.- Pues bien, la Sala se ve en la necesidad de reconsiderar el anterior planteamiento pues el mismo trata de establecer una doctrina que, detenidamente pensada, no encuentra precedente ni se acomoda a lo establecido por Sala de Justicia ya en el año 1992, más bien se separa, y, lo que es también especialmente importante, no se ajusta estrictamente a la regulación legal ni a la reiterada interpretación judicial y jurisprudencial que hemos visto, pues el tenor del art. 75 RGR 2005, además de regular normas generales para las *Diligencias de embargo*, y no una estricta providencia general de orden de embargo, es claro cuando habla del «ingreso requerido» que, no realizado, permite proceder al embargo en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de requerimiento que se dicta como consecuencia del acta de liquidación. El ingreso requerido no realizado por el que se embarga no es otro que el fijado en la providencia de requerimiento al presunto responsable y en el acta de liquidación, entre los que tiene que haber

identidad, identificándose exactamente en todo momento el débito pendiente, y desde luego si se produjera una ampliación por acumulación de deudas en una diligencia de embargo (art. 75.1 RGR 2005). Esta identidad debe existir incluso en la providencia u orden de embargo *genérica*, porque es un acto de instrucción que deriva de una previa y concreta providencia de requerimiento que, a su vez, deriva de una previa y concreta acta de liquidación.

45.- Este cambio que aquí se efectúa se justifica por una diferente interpretación judicial que se considera más ajustada pues la doctrina de esta Sala, al igual que la jurisprudencia, por su propia naturaleza está llamada a evolucionar, precisarse y matizarse al ser el Derecho algo vivo que evoluciona como consecuencia de la interpretación de las normas jurídicas conforme a los criterios del artículo 3.1 del Código Civil cuyas circunstancias han de ser permanente valoradas, resultando legítimos los cambios cuando se entiende que la doctrina sentada en el pasado, remoto o reciente, resulta errónea y así se argumente de forma razonada y razonable, explicitando el cambio.

46.- No se precisa un cambio normativo para un cambio judicial de doctrina pues basta que en el análisis de la regulación legal (en este caso la contenida en el RGR 2005 y en la LGT, en relación con la LFTCu), las normas sean estudiadas tomando en consideración el esquema básico de conceptos que preside dicha regulación, ofreciendo argumentos favorables al cambio que presenten una superior fuerza a la que era sostenida por la doctrina o criterio existente que es sometida a revisión. El principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, no puede suponer, ni supone, un freno al cambio jurisprudencial y de doctrina judicial, cuando la controversia jurídica genere un nuevo debate que lleve a una solución diferente, sin perjuicio de que se imponga aclarar las razones.

47.- Si el mismo Tribunal Supremo ha reconocido de forma reiterada la posibilidad y necesidad de cambiar su jurisprudencia para acomodarse a la realidad y no es tampoco novedoso que dicho Alto Tribunal abandone interpretaciones mantenidas durante muchos años sin necesidad de un cambio legislativo o circunstancias extraordinarias, bastando al efecto que los magistrados que conocen de un asunto concluyan que hay un entendimiento más correcto de los preceptos legales o reglamentarios que el que se ha mantenido hasta ese momento, es decir, en virtud de una nueva consideración de un texto legal, pudiendo hacerlo los mismos magistrados que habían sostenido una solución diferente u otros nuevos, también esta Sala puede, desde luego, reconsiderar su doctrina en cualquiera de las materias que se someten a su consideración. Por supuesto, de forma explicada porque así lo exige el art. 120.3 de la CE y lo requiere el principio de igualdad en la aplicación y de la ley y de seguridad jurídica. Basta pues, explicitar los motivos jurídicos en los que descansa la interpretación que aquí se sostiene y que motivadamente hemos desarrollado.

DÉCIMO.- 48.- Recapitulando cuanto aquí se ha expuesto, cabe concluir lo siguiente:

- 1) «En el Acta han de recogerse los datos precisos, junto a las alegaciones de los interesados- para determinar el periodo a que se refieren las actuaciones, incidencias esenciales ocurridas en la tramitación, alegaciones básicas de los comparecientes, tanto la realidad del alcance imputado como de su cuantía; así como de las circunstancias que modifiquen o excluyan la responsabilidad, etc. Todo ello por exigencias institucionales y no sólo referidas al derecho de defensa de los imputados, sino, incluso, para ofrecer una base sólida a los legitimados activos a efectos de que puedan valorar, en forma conveniente, la posibilidad o no del ejercicio a la pretensión contable» (auto 15/1998).
- 2) «El requerimiento que la providencia contiene es una medida cautelar de aseguramiento que debe acomodarse a lo que conste en el acta de liquidación provisional del alcance, al deducirse de lo actuado y recogida en ésta la presunta responsabilidad de los llamados a afianzar el alcance o descubierto» (auto 17/1992).
- 3) La providencia de requerimiento, que sustituye a la providencia de apremio del RGR 2005, contiene el apercibimiento de embargo, requerimiento y apercibimiento que son individuales para cada presunto responsable pues debe constar su nombre y apellidos o razón social o denominación completa. Requerimiento y apercibimiento que, necesariamente, deben contener el importe de la deuda establecido para el presunto responsable a que se refiere, previamente fijado en el acta de liquidación provisional, entre los que debe existir una identidad absoluta tanto en sujetos como en importes al constituir título ejecutivo al que deben atenerse las actuaciones posteriores (autos 15/1998, 17/1992 y 7/2016).
- 4) La providencia que contiene la orden de embargo si se dicta como acto de instrucción de forma previa a la emisión de los oficios encaminados a la obtención o recopilación de información sobre bienes del deudor, necesarios para practicar las diligencias de embargo, debe contener la orden de embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente para cubrir el importe del ingreso individualmente requerido a cada presunto responsable y los intereses, pero no el importe de la deuda global perseguida e indiferenciada para todos los sujetos incluidos en el acta de liquidación, sin desglose alguno, sino del ingreso requerido individualmente para cada uno, puesto que todos y cada uno de ellos fueron objeto de un requerimiento específico y concreto, delimitado subjetivamente y objetivamente en importe y período, del que la orden de embargo trae causa (STS C.A. de 16 de diciembre de 2002, rec. 10393/1997). Es, precisamente, la acomodación o identidad entre la liquidación provisional, la

providencia de requerimiento y la providencia de embargo la que evita indefensión (auto 7/2016).

- 5) Seguidamente, previa obtención de la información necesaria, se practicarán las diligencias de embargo de la subsección 3ª, normas sobre embargos, de la sección 2, desarrollo del procedimiento de apremio, del capítulo II, procedimiento de apremio, del título III, recaudación en período voluntario y período ejecutivo, del RGR 2005; diligencias de embargo que contemplan una serie de reglas generales (artículos 75 a 77) para la práctica de cada uno de los tipos de embargo que se regulan a continuación (arts. 78 y ss.), con la inclusión de normas especiales y la regulación en la subsección 4ª del depósito de bienes embargados. Cada diligencia de embargo se documenta en una diligencia y se notifica a los sujetos con los que se lleven a cabo las actuaciones (arts. 99.7 y 170 LGT) y, por tanto, es independiente para cada actuación de embargo, aunque se puedan acumular en una diligencia de embargo varias deudas, pero siempre del mismo obligado (art. 75.3 RGR).

49.- A la vista del anterior esquema legal, la conclusión a la que llegamos es que, ciertamente, la denominada providencia de embargo de 14 de febrero de 2022 contiene una primera desviación jurídica desde el mismo momento en que se separa de la previa providencia de requerimiento de 15 de julio de 2021 al no respetar el desglose que en su momento se efectuó y no contener el importe del ingreso concreto requerido no atendido, ordenando el embargo de los bienes y derechos de los afectados presuntos responsables por el importe total de la liquidación provisional, olvidando que la responsabilidad que se garantiza con el embargo de los bienes de cada afectado no puede exceder de la cuantía designada en el título que lo motivó por principal y la fijada provisionalmente por intereses y que es el importe del ingreso requerido no realizado. La segunda desviación jurídica en la que incurre es la omisión del recurso contra ella procedente, que es indispensable cualquiera que sea la naturaleza del acto impugnado (STC 291/2000, de 30 de noviembre). Procede, ahora, analizar si estas desviaciones son susceptibles de generar indefensión.

DECIMOPRIMERO.- 50.- Como venimos diciendo, en el presente caso, basta la lectura del texto de la providencia de 14 de febrero de 2022 y su correlación con la providencia de requerimiento de 15 de julio de 2021, para comprobar que aquélla no contiene las indicaciones, precisiones y concreciones necesarias que figuran en la providencia de requerimiento y en el acta de liquidación, las cuales, por cierto, no son meras expresiones retóricas sino garantías que ante la eventualidad de una actuación coercitiva sobre el patrimonio del deudor (presunto responsable) tienden a informarle sobre la real trascendencia económica que para él va a suponer la continuación del procedimiento de apremio y, por otro, de la posibilidad de paliar estas consecuencias. Ni siquiera se da cumplimiento a lo establecido en el art. 40.2

de la LPACAP si bien ello, no obstante, aunque incorrecto desde el punto de vista de garantías y exigencias legales, no ha impedido la formulación del presente recurso.

51.- La ley no presupone que el ejecutado deba tener conocimiento de todas las circunstancias ni que deba realizar una interpretación conjunta, sistemática, ordenada y armónica de todo lo actuado para llegar a la conclusión y convicción personal de que, en su caso, solo se le embargará por una concreta cantidad. De ahí que judicialmente se exigieran y deban seguir exigiéndose una serie de requisitos que son, en última instancia, garantías que se imponen a la Administración, con tanto más rigor cuanto que la misma está en el trance de llevar a cabo una actuación de máxima intervención sobre el patrimonio de un presunto responsable, como es el de proceder coactivamente sobre él.

52.- Al respecto, no cabe argüir que si el recurrente llevase a cabo una interpretación no aislada de la providencia de 14 de febrero de 2022 (esto es, conforme con lo previamente actuado), como sostiene la Letrada de la Junta de Andalucía, estaba en condiciones de tener el cabal conocimiento del importe por el que se acordaba el embargo coercitivo de su patrimonio. Tampoco cabe alegar, como sostiene el Ministerio fiscal en su escrito de oposición, que el recurrente debe estar enterado y ser conocedor de los distintos regímenes de solidaridad, del carácter solidario de la responsabilidad contable directa y del reparto, en su caso, por cuotas. Tales argumentaciones son justificaciones del error en el que ha incurrido el delegado instructor al omitir en la providencia de embargo la concreción del débito por el que se procede (el ingreso requerido) contra el recurrente, con desglose de principal e intereses y, en fin, con todas las circunstancias que antes hemos expuesto.

53.- Son justificaciones, o si se prefiere, subsanaciones de la indefensión a posteriori, porque es a la Administración a quien se exigen las garantías procedimentales, no se exige al administrado el deber de llevar a cabo interpretaciones conformes ni, en modo alguno, presuponer que, en última instancia, está claro lo que hay que entender en cuanto al importe de la deuda por la que se embarga a cada uno de los afectados llevando a cabo tal o cual interpretación y en aplicación de las reglas de solidaridad. De hacerlo así, sería tanto como dispensar a la Administración, en tal caso al delegado instructor, de la observancia de garantías, esto es, del cumplimiento de sus deberes de concreción bajo el argumento de que el recurrente, en suma, era y debía ser perfecto conocedor del importe al que el embargo se refería. Tal suerte de razonamiento no resulta acorde con las previsiones legales que hemos venido examinando y con la interpretación judicial sobre actos que impongan, no ya una obligación, sino un gravamen, sin que quepa en esta vía revisora y en sede judicial en el ejercicio de control del acto en lo que se refiere al vicio o motivo autónomo de indefensión, subsanar el defecto y explicitar la concreción del débito por el que se despacha el embargo contra el recurrente, porque tal concreción debió hacerla el delegado instructor como órgano que dicta la

resolución de la que se sigue el gravamen y que viene obligado en su actuación legalmente encomendada a desplegar el máximo nivel de garantías.

54.- Esta actividad garantista no constituye en modo alguno una potestad discrecional del delegado instructor sometida a su voluntad o conveniencia, como tampoco lo es para la Administración, pues no se pueden llevar a cabo actuaciones al margen de principios y reglas constitucionales y legales que potencialmente puedan impedir el control judicial de su actuación en contra del mandato consagrada en el artículo 106.1 de la Constitución en relación con el 24 del mismo texto.

55.- Muy al contrario, hay que actuar siempre y en todo caso bajo un prisma garantista, esto es, de otorgamiento de la mayor garantía para preservar el derecho de defensa inserto en el denominado por el Tribunal Supremo derecho a la «tutela administrativa efectiva» y no quebrar el derecho del administrado a una buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (D.O.U.E., nº C 202, de 7 de junio de 2016), que no es una mera entelequia carente de efectividad práctica, pues es el derecho a que la actividad de la Administración cuando afecte a sus derechos e intereses se desarrolle y resuelva con todas las garantías y cautelas de protección que las leyes establecen.

56.- Como señala la STS C.A. 1909/2017, de 5 de diciembre, recurso 1727/2017, FD 4º:

«A la Administración, y claro está, a los órganos económico-administrativos conformadores de aquella, le es exigible una conducta lo suficientemente diligente como para **evitar posibles disfunciones derivada de su actuación**, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente. Del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva, no es una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, **el derecho a la tutela administrativa efectiva ...**» (resaltado propio).

57.- En la misma línea la STS C.A. 1558/2020, de 19 de noviembre, rec. 4911/2020, cuando reitera el derecho a la tutela administrativa efectiva al rememorar la citada de 5 de diciembre de 2017, y la de 17 de abril de 2017, rec. 785/2016 cuando declara que «[...] le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama

la plena efectividad de garantías y derechos reconociendo legal y constitucionalmente».

58.- Por su parte, la STS C.A. 361/2021, de 15 de marzo, rec. 526/2020, reitera el contenido de la STS de 15 de octubre de 2020, rec. 1652/2019, sobre el alcance del principio de buena administración, afirmando lo siguiente:

«1. Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y -como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones- no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene -debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigibles por el ciudadano a los órganos públicos.

2. Entre esos deberes está -y esto resulta indiscutible- el de dar respuesta motivada a las solicitudes que los ciudadanos formulen a la Administración y a que las consecuencias que se anuden a las actuaciones administrativas -especialmente cuando las mismas agraven la situación de los interesados o les imponga cargas, incluso si tienen la obligación de soportarlas- sean debidamente explicadas no solo por razones de pura cortesía, sino para que el sujeto pueda desplegar las acciones defensivas que el ordenamiento le ofrece».

DECIMOSEGUNDO.- 59.- Llegados a este punto, obvio es a la vista de los razonamientos expuestos que, al no haberse explicitado el importe del débito por el que se dicta la orden de embargo contra el recurrente (no la suma del débito de todos los afectados), con perfecta identificación del principal e intereses, se ha producido una «indefensión evidente» como señala la STS C.A. de 16 de diciembre de 2002, rec. 10393/1997, antes citada y que, por su propia evidencia no precisaría de mayor argumentación.

60.- No obstante, y por si cupiera alguna duda al respecto, se ha de precisar como ya hemos hecho en otras ocasiones, que el concepto de indefensión que contempla el art. 48 de la LFTCu es el elaborado por el Tribunal Constitucional con ocasión del artículo 24 de la CE y que, por lógica y necesariamente, no existe un concepto de indefensión específico para el recurso del art. 48, distinto y más restringido que el contemplado en el art. 24 de la CE y, añadimos, del aplicado por nuestro Tribunal Supremo. Así se ha sostenido por esta Sala en los recientes autos nº 6/2022, de 8 de abril y nº 11/2022, de 13 de mayo, entre otros, y, conforme a él, no puede

desconocerse que la lesión se produce cuando se dicta la providencia de 14 de febrero de 2022 y es en ella, por tanto, en la que debe valorarse la existencia de indefensión, que hemos calificado reiterando palabras del Tribunal Supremo de «evidente», resultando vulnerada la tutela judicial efectiva si la indefensión causada en vía administrativa no se corrige debidamente, lo que en sí mismo ya supone un perjuicio real y efectivo para la parte recurrente.

61.- Es así por cuanto el derecho 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). Se trata, en última instancia, del control judicial universal a que está sometida la actuación de la Administración ex arts. 24 y 106.1 CE.

62.- El hecho de que en el artículo 48 de la LFTCu se contemple la indefensión como vicio autónomo causa de anulación del acto no le hace más restrictivo en el ámbito de las actuaciones previas ni en sede del art. 48. 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.

63.- En nuestro caso, la providencia que contenía la orden de embargo debió dictarse respetando en todo momento el sistema de garantías establecido en las normas rectoras del procedimiento en cuyo seno se emite, por cuanto las garantías están establecidas y tienen por finalidad la defensa del administrado. Entre ellas se encuentra, desde luego, la explicitación en la providencia de embargo del importe concreto por el que se procede a ordenar el embargo contra el patrimonio del recurrente, es decir, el importe del requerimiento no atendido, importe que fue fijado en el acta de liquidación para cada sujeto afectado. Si la garantía, sea cual fuere, no se respeta, el acto nace viciado.

64.- La razón estriba en que el apartado g) del art. 47.1 de la LFTCu atribuye al delegado instructor la competencia para embargar bienes de los presuntos

responsables cuando éstos no atiendan el requerimiento de reintegro, depósito o afianzamiento de las responsabilidades contables declaradas para cada uno de ellos en la liquidación provisional (auto de la Sala 9/2021, de 21 de abril). La providencia de embargo recurrida tiene su fundamento legal en el apartado 1.g del citado art. 47 LFTCu y es una consecuencia de la previa existencia de una liquidación provisional positiva y de un requerimiento de pago, depósito o afianzamiento concreto y específico dirigido contra un sujeto determinado, no atendido.

65.- La providencia de embargo contiene la orden de embargo como acto de instrucción que abre la fase de ejecución de lo acordado y que encuentra su legitimidad en el acta de liquidación y en el requerimiento no atendido, en un título jurídico sin el cual no puede surgir y al que debe estrictamente ajustarse porque es el que se está ejecutando. Por ello el RGR reitera el concepto de que las actuaciones se siguen por el importe de la deuda o por la parte de esta no pagada, fijada siempre la deuda en la liquidación. La mínima seguridad jurídica exige que en todo momento exista un ajuste del ámbito subjetivo y cuantitativo, una coherencia, entre el título jurídico dotado de fuerza ejecutiva y las actuaciones que de él se derivan. Si no existe esta coherencia, el efecto material de la indefensión es evidente.

66.- Por otra parte, debe ponerse de nuevo de relieve que el art. 48 de la LFTCu permite la autonomía del vicio de indefensión como único motivo de impugnación destinado a lograr la declaración de las consecuencias invalidantes que puedan resultar procedentes. Este diseño legal es perfectamente lógico si se tiene en cuenta que por la vía de este recurso extraordinario no es posible pronunciamiento alguno relativo al fondo del asunto. Al ser así, por lógica el reparto de funciones es claro, de tal forma que el delegado instructor dicta el acto y la Sala revisa el cumplimiento de las garantías legalmente previstas para tutelar los intereses y derechos del afectado bajo una premisa ineludible: a mayor potencia e impacto en la esfera jurídica, mayor fuerza y vigor deben cobrar los derechos de defensa del afectado. Desde esta perspectiva, resulta claro que cualquier acto susceptible de incidir en la esfera patrimonial es un acto especialmente cualificado causante de efectos de especial relevancia, incluso irreparables, al ser un acto de máxima intervención sobre el patrimonio. Por lo tanto, causante de indefensión material efectiva y real si no respeta las garantías.

67.- Dicho de otro modo, el derecho de defensa se vincula a los efectos negativos o desfavorables que pueden seguirse del acto, que resultan evidentes cuando se está en trance de proceder a un embargo e intervenir en la esfera patrimonial del presunto responsable. Al respecto, no es admisible argüir que el afectado debe esperar a que se verifique la traba sobre su patrimonio para comprobar, entonces, qué sucede y en función de lo que acontezca, proceder. Con tal respuesta se le sitúa en una difícil posición y se difumina lo que es la esencia no ya del título jurídico, del propio esquema legal incluido el recurso del art. 48, de la forma y requisitos del acto que la

ley prevé en salvaguarda todo ello de la seguridad jurídica, sino del propio derecho de defensa, pues no es lo mismo discutir un acto ya adoptado y ejecutivo que elucubrar sobre la base de una hipotética actuación futura del instructor cuyos términos esta Sala, por el principio de separación de funciones, no puede ni debe en modo alguno anticipar, pues el contenido de las medidas cautelares a adoptar es competencia del órgano de instrucción.

68.- De lo anterior se deriva que es perfectamente posible que el interesado acuda al recurso del art. 48 reclamando la anulación de un acto que le afecta sin esperar a que se verifique la traba, a que se lleve a cabo de forma efectiva la diligencia de embargo sobre su patrimonio, apoyándose, no en una mera irregularidad formal pues lo impide la exigencia de una indefensión material, sino en el vicio de indefensión cometido en cualquiera de las resoluciones dictadas en el marco de las actuaciones previas. Frente a ello, reiteramos, no es oponible que la indefensión no existe y que la seguridad jurídica no se ve perturbada porque, en el futuro, la persona encargada de la instrucción va a actuar de una concreta forma que evidenciará que sus temores presentes carecen de sentido, de razón. Si así lo hiciéramos, la Sala desbordaría sus competencias, pues debe limitarse a examinar si en el concreto acto que se somete a su consideración se ha producido indefensión. Es más, se reduciría este recurso, de por sí ya de contornos legales muy tasados, a unos límites tan estrechos que le harían perder toda su virtualidad, con el consiguiente debilitamiento de la imperatividad de las garantías procedimentales establecidas en beneficio de los particulares, cuyos derechos e intereses los Jueces y Tribunales estamos llamados a tutelar por mandato constitucional.

69.- Finalmente, hay que advertir que el recurrente al gozar de legitimación para utilizar la vía del artículo 48 LFTCu evidencia por este solo hecho que es titular de un interés legítimo que vincula su posición personal con el que es el objeto del acto que recurre, es decir, que existe una conexión entre su esfera patrimonial y vital y el acto recurrido que es susceptible por su naturaleza ejecutiva de incidir en aquélla. Por tanto, existe indefensión material si el acto recurrido no respeta las garantías.

DECIMOTERCERO.- 70.- En consecuencia, y por cuanto precede, la providencia recurrida en cuanto contiene la orden de embargo, debe recoger no sólo la fecha en que se entiende notificada la providencia de requerimiento sino, en correspondencia con dicho momento, el texto de dicho acto de ejecución que se corresponda específicamente con el sujeto contra el que se dirige la medida cautelar que es un acto de gravamen, debiendo existir la más perfecta acomodación entre el acta de liquidación, la providencia de requerimiento y la providencia ordenando el embargo, con identificación precisa del sujeto y explicitación del ingreso requerido no satisfecho o afianzado, esto es, del débito por el que, en concreto, se procede contra el sujeto afectado, como «expresión última de las posibilidades de defensa en

relación con el embargo» (STSJ C.A. Galicia, 413/2008, de 2 de julio, rec.15876/2008).

71.- Por todo lo expuesto en los anteriores fundamentos, procede estimar el recurso formulado al amparo de lo establecido en el artículo 48.1 de la LFTCu en nombre y representación de la empresa D., S.A., contra la providencia que ordena el embargo de bienes y derechos de fecha 14 de febrero de 2022 que se deja sin efecto, retrotrayendo las Actuaciones Previas 234/11 para que el delegado instructor, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu acomode y concrete la citada providencia en la forma que se indica en la presente resolución, limitando lo en ella resuelto a la cantidad señalada respecto a la empresa recurrente en el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento, ambas de 15 julio de 2021.

72.- En cuanto a las costas, no cabe su imposición, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza al recurso del art. 48.1 LFTCu.

III.- PARTE DISPOSITIVA

La Sala de Justicia ACUERDA:

1.- Estimar el recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández, actuando en nombre y representación de “D., S.A.”, al que se ha adherido la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de Comisiones Obreras de Industria, contra la providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 14 de febrero de 2022, dictada en las Actuaciones Previas nº 234/11, del ramo de CC.AA. (Consejería de Empleo-Ayudas socio-laborales a la jubilación), Andalucía.

2.- En consecuencia, se deja sin efecto la providencia de 14 de febrero de 2022 retrotrayendo las Actuaciones Previas 234/11 para que el delegado instructor, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 47 de la LFTCu acomode y concrete la citada providencia, limitando lo en ella resuelto a la cantidad señalada respecto a la empresa recurrente D., S.A. en el acta de liquidación provisional y la providencia de requerimiento, ambas de 15 julio de 2021.

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.

Sección de Enjuiciamiento

SALA DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR

Que formula la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, Doña Rebeca Laliga Misó, al Auto dictado por la Sala de Justicia en el presente recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 10/22. Discrepo, respetuosamente, de la opinión mayoritaria de la Sala por entender que el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la citada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández, actuando en nombre y representación de “D., S.A.”, al que se ha adherido la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de Comisiones Obreras de Industria, contra la Providencia de embargo de bienes y derechos, de fecha 14 de febrero de 2022, dictada por el Delegado Instructor en las Actuaciones Previas nº 234/11 del ramo CC.AA. (Cª de Empleo – Ayudas socio-laborales a la prejubilación), ANDALUCÍA, debió ser desestimado. Mi desacuerdo se centra en lo que considero errónea aplicación al caso de los criterios legales y jurisprudenciales utilizados para la resolución del recurso contenidos en los Fundamentos de Derecho Quinto a Decimotercero del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, discrepancia que se concreta en las siguientes consideraciones:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan todos los antecedentes del Auto dictado por esta Sala de Justicia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Mi discrepancia se circunscribe a la errónea aplicación al caso de los criterios legales y jurisprudenciales utilizados para la resolución del recurso contenidos en los Fundamentos de Derecho Quinto a Decimotercero del Auto, ya que considero, respetuosamente, que el núcleo de la argumentación jurídica contenida y aplicada en el Auto objeto de este voto discrepante tiene, como consecuencia directa, un apartamiento injustificado de la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, acerca de la naturaleza, el contenido y los límites que el ordenamiento jurídico contable configura para el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu y, fundamentalmente, en cuanto al significado y alcance del concepto de indefensión a los efectos del referido recurso excepcional y sumario, según se expone en los Fundamentos de Derecho siguientes.

SEGUNDO.- Por ello, se hace preciso traer a colación la naturaleza del recurso innominado contemplado en el mencionado artículo 48.1 de la LFTCu. Se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia, como establece una doctrina constante de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por medio, entre otros, de los siguientes Autos: 14/2019 de 17 de diciembre; 4/2020, de 18 de febrero; 5/2021, de 26 de febrero; 20/2021 y 23/2021, ambos de 23 de junio.

Y así, la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, lo configura como 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 la Ley, es decir que *“no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren”* o que *“se causare indefensión”*. Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Por tanto, los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la Ley, es decir, que *“no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión”*, 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.

TERCERO.- El concepto de indefensión, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, ha sido, asimismo, establecido por una reiterada y constante doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en los Autos 18/2017, de 12 de diciembre; 10/2018, de 22 de marzo; 1/2019, de 12 de febrero; 12/2019, de 13 de noviembre; 17/2021, de 23 de junio; 30/2021, de 27 de noviembre, destacando el Auto 23/2021, de 23 de julio, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se establece:

“QUINTO.- Además, se debe precisar que 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 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, por consiguiente, 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); 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). 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 ha de 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 adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo que se produce.”

El concepto constitucional de indefensión, como noción material, ha sido reiterado, además, dentro del ámbito acotado por la propia resolución, por el Fundamento de Derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2019, de 28 de noviembre, según el cual, “(...) *la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas, SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3, y 127/2011, de 18 de julio, FJ3).*”

CUARTO.- Conforme a lo expuesto, resulta concluyente que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, sólo puede interponerse por alguno de los dos motivos previstos en el mismo. A saber:

“1. 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 (...).”

Para analizar convenientemente los hechos conviene partir de los siguientes hitos procedimentales:

1. Con fecha 15 de julio de 2021, se practicó por el Delegado Instructor la Liquidación Provisional por la que se declaró una presunta responsabilidad solidaria de la mercantil D., S.A. y Don F.J.G.B., por importe total de 257.572,17 €, de los que 199.780,20 € corresponden al principal y 57.791,97 € a los intereses.

Asimismo, en la citada fecha de 15 de julio de 2021, se remitió a D., S.A. copia del Acta de la Liquidación Provisional practicada, donde se concretó su presunta responsabilidad contable por el importe total de 257.572,17 €, correspondiendo 199.780,20 € al principal y 57.791,97 € a los intereses.

El Acta fue convenientemente notificada a D., S.A. con fecha 19 de julio de 2021, según consta en el acuse de recibo que obra en las actuaciones.

2. Con fecha 15 de julio de 2021, se dictó Providencia de requerimiento de pago a la mercantil D., S.A. y a los causahabientes del Sr. G.B., esto es, a Doña M.L.O.M. solidariamente con Doña M.G.O., para que reintegrara, afianzara o consignara el importe de la presunta responsabilidad.

La Providencia de requerimiento de pago concretando el presunto alcance para D., S.A. y causahabientes del Sr. G.B. en el importe total de 257.572,17€, correspondiendo 199.780,20€ al principal y 57.791,97€ a los intereses, fue notificada a D., S.A. con fecha 19 de julio de 2021, según el acuse de recibo que consta en las actuaciones.

La referida Providencia no fue recurrida por D., S.A., que adquirió firmeza.

La recurrente D., S.A. no atendió el requerimiento de pago por el referido importe total de 257.572,17 €.

3. Con fecha 14 de febrero de 2022, se dictó Providencia en la que se acordó el embargo de bienes y derechos a la sociedad recurrente y al resto de presuntos responsables, al no haber atendido el requerimiento de pago. La referida Providencia de 14 de febrero de 2022, de modo literal, acordó lo siguiente:

“...Mediante Providencia de fecha 15 de julio de 2021 se requirió a A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., Asociación L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.), como presuntos responsables del alcance fijado en la correspondiente Liquidación Provisional por importe de 15.673.702,21 €, de los que corresponden 12.156.962,96 € a principal y 3.516.739,25 € a intereses, y al no haberse atendido dicho requerimiento en el plazo concedido al efecto, de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra g), de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, acuerdo el embargo de bienes y derechos de A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., Asociación L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.) en cantidad suficiente para cubrir el mencionado importe. Notifíquese a A.N.C.E., S.L., Doña M.L.O.M., Doña M.G.O., Don J.M.C., Don D.A.R.G., Asociación L.F.P., Federación de Industria de CC.OO., Federación de Industria, Construcciones y Agro de U.G.T., M.E.C., S.A. y D., S.A. (antes S.C., S.A.), así como a los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía, a la Secretaría General del Partido Popular de Andalucía (Don A.S.C.) y al Ministerio Fiscal...”.

Del tenor literal de la referida Providencia de embargo de 14 de febrero de 2021, se desprende lo siguiente:

- Que en la misma se hace referencia directa a la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021, en la que se fijó de manera individualizada la cuantía de la responsabilidad contable para cada presunto responsable, conforme a la Liquidación Provisional practicada en la misma fecha.

En concreto, como se ha expuesto anteriormente, a D., S.A. se le notificó la referida Providencia de requerimiento de pago, en la que se concretaron las cantidades por importe total de 257.572,17 €, correspondiendo 199.780,20 € al principal y 57.791,97 € a los intereses.

- Asimismo, la referida Providencia de embargo hace remisión directa al contenido del Acta de la Liquidación Provisional, en la que, con respecto a D., S.A., se concretó su presunta responsabilidad contable por el importe total de 257.572,17 €, correspondiendo 199.780,20 € al principal y 57.791,97 € a los intereses, que también fue debidamente notificada.
- La Providencia establece que, como consecuencia de que los presuntos responsables no han atendido en el plazo concedido al requerimiento de pago contenido en la Providencia de 15 de julio de 2021, la misma acuerda el embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables por la totalidad de la suma en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos en el importe total de 15.673.702,21 €, sin que ello signifique, realizando una interpretación lógica y racional, que dicha cantidad total pueda suponer una alteración para cada presunto responsable de las cantidades ya fijadas previamente en el Acta de la Liquidación provisional y en la Providencia de 15 de julio de 2021 de requerimiento de pago, de carácter firme.

Los embargos no han sido materializados en ninguno de los bienes o derechos de los recurrentes.

4. Con fecha 24 de febrero de 2022, se interpuso por D., S.A. recurso del artículo 48.1 de la LFTCu contra la Providencia de acuerdo de embargo de bienes y derechos de 14 de febrero de 2022, solicitando que se dictara resolución por la que se dejara sin efecto la Providencia por los siguientes motivos:

- La parte recurrente, con carácter previo, denuncia la existencia de error material en la Providencia de embargo dictada por el Delegado Instructor, por cuanto entiende que la dicción literal de la misma acuerda el embargo de los bienes y derechos de los declarados presuntos responsables contables por la totalidad de la suma en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos (15.673.702,21 euros) cuando, respecto a D., S.A. se declaró una cantidad de 257.572,17 euros (suma del principal e intereses). Sostiene que interpone este recurso en su derecho de defensa, ya que aunque el órgano pueda subsanarlo

de oficio, no existe en el ámbito administrativo un precepto que permita la subsanación de errores materiales.

- En el Primer motivo del recurso, invoca la aplicación del artículo 48.1 de la LFTCu y analiza los requisitos y naturaleza del recurso innominado que prevé dicho precepto, con invocación de la doctrina de esta Sala de Justicia, contenida en el Auto nº 7/2016, de 11 de marzo.
- En el Segundo motivo, alega la falta de conformidad a derecho de la resolución recurrida y la indefensión que ello le ha ocasionado, al no ser conforme el importe del embargo que debe ser cubierto con los bienes y derechos de su representada con la liquidación provisional practicada ni con la providencia de requerimiento. Transcribe la doctrina del Auto nº 7 /2016, de 11 de marzo, para acreditar la indefensión alegada. Manifiesta asimismo, que además de generarle indefensión se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica, incumpliendo los artículos 70 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en adelante, RGR), que determinan que la providencia de apremio y la Diligencia de embargo parten del importe de la deuda con sus correspondientes recargos pero no de un importe mayor; pues los particulares podrían verse afectados de trabas en su patrimonio sin límite alguno.

Considera, por tanto, que la resolución recurrida ha supuesto un perjuicio real y efectivo para los intereses de su representada al afectar directamente al patrimonio y actividad comercial y de previsión económica de la misma, concurre indefensión material y menoscabo del derecho de defensa, por lo que la Providencia recurrida debe quedar sin efecto.

Así las cosas, una vez expuestos los hitos procedimentales y, en particular, los motivos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu formulado por D., S.A. contra la Providencia de acuerdo de embargo de bienes y derechos de 14 de febrero de 2022, procede analizar a continuación si concurren los requisitos para la admisibilidad del recurso innominado del artículo 48.1 de la LFTCu.

En este sentido, como se ha expuesto anteriormente en el Fundamento de Derecho Segundo, los motivos de impugnación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en la Ley, es decir que *“no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran”* o que *“se causare indefensión”*.

En particular con respecto a la indefensión, según tiene establecido la reiterada y constante doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, 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 ha de 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).

Así, la Providencia de acuerdo de embargo de bienes y derechos de 14 de febrero de 2022 que ha sido recurrida, como se ha expuesto, hace referencia directa a la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021, donde se fijan de manera individualizada las cuantías de la responsabilidad contable para cada presunto responsable, conforme a la Liquidación Provisional practicada en la misma fecha, acordando, al no ser atendido el requerimiento en el plazo concedido, el embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables por la totalidad de la suma en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos en el importe total de 15.673.702,21 €.

Resulta necesario, a efectos de resolución de los recursos, determinar si el contenido de la Providencia recurrida puede suponer o ser entendida como una indebida denegación de diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera ser constitutiva de indefensión, según los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho anteriores.

En relación con la primera posibilidad, de la interpretación conjunta del artículo 48.1, en relación con el 47.1, ambos de la LFTCu, resulta que las diligencias referidas por el artículo 48.1 son las pertinentes para el contenido previsto en este apartado y, especialmente, según el artículo 47.1. c), las dirigidas a completar la averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, lo que constituyen motivos que no guardan relación alguna con el contenido de la Providencia de 14 de febrero de 2022.

En cuanto a la segunda posibilidad, relativa a que se haya causado indefensión, hay que subrayar en primer lugar, que el propio recurrente plantea con carácter previo la

existencia de un error material en la Providencia de embargo de 14 de febrero de 2022, por cuanto entiende que la dicción literal de la misma acuerda el embargo de los bienes y derechos de los declarados presuntos responsables contables por la totalidad de la suma en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos (15.673.702,21 euros) cuando, respecto a D., S.A., se declaró un importe total de 257.572,17 euros y declara que ha de interponer este recurso en su derecho de defensa, al no existir en el ámbito administrativo un precepto que permita la subsanación de errores materiales, sin perjuicio de la rectificación de oficio.

Pues bien, atendiendo a este enfoque que realiza la propia parte recurrente, debe volverse a establecer claramente que, a través del presente recurso del artículo 48.1 LFTCu, dado el carácter tasado de los motivos de éste, no cabe realizar manifestaciones adicionales, sino que éstas deben limitarse a dilucidar si se ha producido indefensión o denegación injustificada de diligencias.

Sin perjuicio de lo anterior, analizada la Providencia recurrida, cabe señalar que el Delegado Instructor no ha incurrido en error alguno en la misma, como han alegado el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Junta de Andalucía, y ello porque dicha resolución hace referencia directa y expresa a la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021, donde se fija de manera individualizada la cuantía de la responsabilidad contable para cada presunto responsable, conforme a la Liquidación Provisional practicada en la misma fecha y, asimismo, se hace remisión directa al contenido del Acta de la liquidación provisional, dónde, con respecto a D., S.A., se concretó su presunta responsabilidad contable por el importe total de 257.572,17€, correspondiendo 199.780,20€ al principal y 57.791,97€ a los intereses, habiendo sido tanto la referida Providencia y el Acta debidamente notificadas. Por tanto, no cabe hablar de error material por el hecho de que la Providencia contenga la cifra total en que quedó fijado el alcance a los fondos públicos (15.673.702,21€), pues el hecho de que se incluya esa cifra global no supone alteración alguna al importe individualizado para cada presunto responsable concretado en la Providencia de 15 de julio de 2021 de requerimiento de pago, de carácter firme.

No resulta admisible la pretensión del recurrente de interpretar de forma aislada la cifra total del presunto alcance a los fondos públicos (15.673.702,21€), sino que debe interpretarse en el contexto racional y lógico de la literalidad de la resolución que, se reitera, debe ponerse en relación con el contenido del Acta de Liquidación Provisional y de la Providencia de requerimiento, depósito o afianzamiento, ambas de fecha 15 de julio de 2022, de las que trae causa.

Así, en dichos documentos se determina de manera expresa y delimitada la presunta responsabilidad contable en que, de manera provisional, han incurrido los presuntos responsables contables, personas físicas y jurídicas, y las cuantías en que ha quedado respectiva y provisionalmente fijada la misma. En concreto, para la sociedad D.,

S.A. y Don F.J.G.B., responsables solidarios, un importe de 257.572,17 €, de los que 199.780,20 € corresponden al principal y 57.791,97 € a los intereses. La Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2022 se notificó a D., S.A. y a los causahabientes del Sr. G.B., Doña M.L.O.M. solidariamente con Doña M.G.O., por la citada cantidad.

La Providencia de embargo de bienes es la que dicta el Delegado Instructor en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, para garantizar el presunto alcance, cuando no se ha atendido el requerimiento de pago, y se ha de realizar sobre los bienes y derechos de los presuntos responsables en función de las cuantías en que se ha declarado su responsabilidad.

En el presente caso, al no haber atendido los declarados presuntos responsables contables al requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, efectuado por Providencia de 15 de julio de 2022, el Instructor, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la LFTCu, y para garantizar el presunto alcance, cuya cuantía total se fijó en el Acta de Liquidación Provisional en la cifra de 15.673.702,21 €, acordó al embargo de bienes y derechos de todos los presuntos responsables en la forma señalada en los artículos 75 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR). La Providencia recurrida no incurre en ningún error, la cuantía de 15.673.702,21 € es el alcance total fijado por el Instructor en el Acta de Liquidación que deben garantizar los presuntos responsables contables, sin perjuicio de que la cantidad individualizada para cada uno de ellos sea la fijada en la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021, de carácter firme. Por tanto, que se haga referencia a la cuantía total de 15.673.702,21 € en la Providencia de 14 de febrero de 2022 no significa que se pueda embargar a D., S.A. por la cantidad total, como considera el recurrente, sino por la cuantía en que se ha cifrado su presunta responsabilidad con carácter solidario, es decir, por 257.572,17 € incluidos los intereses legales, cantidad que se reflejó tanto en la Liquidación Provisional como en la Providencia de requerimiento de pago, como consta en las notificaciones practicadas en autos.

En conclusión, el Delegado Instructor en las presentes Actuaciones ha cumplido con las exigencias que establece el artículo 47.1, apartados f) y g) de la LFTCu, que desarrolla lo previsto en el artículo 38, apartados 1 y 3 de la LOTCu, por lo que el recurso debería haber sido desestimado, sin más trámite.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo anterior, alega el recurrente que por este motivo la Providencia recurrida le ha ocasionado un perjuicio real y efectivo causante de indefensión, se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica y se ha vulnerado su derecho de defensa.

Para resolver si se ha producido la indefensión alegada es preciso señalar las actuaciones que el artículo 47 de la LFTCu impone a los Delegados Instructores, cuya función es determinar si los hechos objeto de las actuaciones son o no constitutivos de alcance o malversación en los términos del artículo 72 de la citada ley y determinar quiénes son los presuntos responsables por ser los encargados del manejo de los fondos públicos alcanzados, reflejado todo ello en la Liquidación Provisional. Si la liquidación practicada fuera positiva, ha de requerir a los presuntos responsables para que depositen o afiancen el importe provisional del alcance más los intereses, también provisionalmente calculados, bajo apercibimiento de embargo y, si no fuera atendido el requerimiento, debe proceder al embargo de los bienes en los términos establecidos en el RGR, con arreglo a los artículos 75 y siguientes, que regulan el procedimiento a seguir.

La propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en sus recientes Autos nº 8/2022, de 11 de mayo, y nº 14/2022, de 19 de mayo, señala que el contenido de la Providencia de embargo genérico de bienes y derechos tiene un contenido similar al especificado en la diligencia de embargo regulada en el artículo 75 del RGR. Este precepto distingue el embargo genérico de las trabas específicas y concretas detalladas en los artículos 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del citado RGR (dinero en efectivo o de cuentas abiertas en entidades de crédito, valores, otros créditos, efectos o derechos, saldos, salarios o pensiones y bienes inmuebles y de derechos sobre éstos). Será, por tanto, en el momento en que el Delegado Instructor acuerde los embargos concretos, para garantizar el presunto alcance, cuando quepa pronunciarse sobre aspectos específicos del procedimiento de apremio en relación con los respectivos sujetos sometidos al mismo.

La Providencia de 14 de febrero de 2022 que ha sido recurrida no ha producido ningún perjuicio real y efectivo en los bienes e intereses de la sociedad recurrente ni en el resto de los declarados presuntos responsables, y ello por lo siguiente:

1. La Liquidación Provisional practicada por el Delegado Instructor con fecha 15 de julio de 2021 declaró una presunta responsabilidad solidaria de la mercantil D., S.A., y Don F.J.G.B., por importe total de 257.572,17 €, de los que 199.780,20 € corresponden al principal y 57.791,97 € a los intereses.

El Acta de la Liquidación Provisional fue convenientemente notificada a D., S.A. con fecha 19 de julio de 2021, según consta en el acuse de recibo que obra en las actuaciones.

2. Mediante Providencia de 15 de julio de 2021 se requirió de pago a la mercantil y a los causahabientes del Sr. G.B., esto es, a Doña M.L.O.M. solidariamente con Doña M.G.O., para que reintegrara, afianzara o consignara el importe de la presunta responsabilidad.

La Providencia de requerimiento de pago en la que se concreta el presunto alcance para D., S.A. y causahabientes del Sr. G.B. en el importe total de 257.572,17€, correspondiendo 199.780,20€ al principal y 57.791,97€ a los intereses, fue notificada a D., S.A. con fecha 19 de julio de 2021, según el acuse de recibo que consta en las actuaciones.

3. El Delegado Instructor, con fecha 14 de febrero de 2022, dictó Providencia en la que acordó el embargo de bienes y derechos a la sociedad recurrente y al resto de presuntos responsables, al no haber atendido el requerimiento de pago, por el importe total de 15.673.702,21 €, que es el alcance total fijado por el Instructor en el Acta de Liquidación que deben garantizar los presuntos responsables contables, sin perjuicio de que la cantidad individualizada para cada uno de ellos sea la fijada en la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021, de carácter firme.

Dicho embargo no ha sido materializado en ninguno de los bienes o derechos de la mercantil recurrente.

Por tanto, habiéndose acreditado que no existe en la Providencia de 14 de febrero de 2022 el error alegado por la recurrente, tampoco existe la indefensión denunciada, que la recurrente justifica como consecuencia directa de ese supuesto error. Se insiste en lo siguiente:

- a) A la recurrente se le notificó el alcance concreto de su presunta responsabilidad por el importe total de 257.572,17 €, correspondiendo 199.780,20 € al principal y 57.791,97 € a los intereses, en la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021 y en el Acta de la Liquidación Provisional de la misma fecha, de carácter firme.
- b) El Acta de Liquidación Provisional y de la Providencia de requerimiento de pago, de fecha 15 de julio de 2021 ambas, fueron debidamente notificadas como así consta en las actuaciones. En consecuencia, no se ha producido indefensión material en los términos expuestos por la recurrente.
- c) El hecho de que se recoja en la Providencia de embargo de 14 de febrero de 2022 la cifra en la que fue cuantificado el presunto alcance total, en ningún caso es contradictorio con las cifras individualizadas para cada presunto responsable, tanto en el Acta de Liquidación Provisional, como en la Providencia de requerimiento de pago de 15 de julio de 2021 de carácter firme.
- d) Además, no se ha materializado embargo alguno derivado de la Providencia de 14 de febrero de 2022.

Por consiguiente, y siguiendo la doctrina reiterada de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, no se ha producido perjuicio real y efectivo causante de indefensión material. El Delegado Instructor no ha impedido que el recurrente realice las alegaciones y defienda en las actuaciones sus derechos ni ha producido ninguna infracción formal de la que se derive un perjuicio real y efectivo a los intereses de la recurrente, sino que ha actuado, conforme ha quedado expuesto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 de la LFTCu, por lo que no se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, esta Consejera no comparte la aplicación al caso de los criterios legales y jurisprudenciales utilizados para la resolución del recurso contenidos en los Fundamentos Jurídicos Quinto a Decimotercero del Auto objeto de este voto particular para justificar la estimación del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu interpuesto por D., S.A.

En este sentido, conforme ha sido expuesto en los Fundamentos de Derecho precedentes, no concurren los motivos para la admisión del recurso formulado por D., S.A. al amparo del artículo 48.1 de la LFTCU, que no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la Ley, es decir, que “*no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o en que se causare indefensión*”. En este caso, el recurso no trata de acceder a completar diligencias, ni se ha producido perjuicio real y efectivo causante de indefensión material, por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho anteriores que, en aras de la brevedad, se dan por reproducidos.

Esta Sala de Justicia, en definitiva, siguiendo la doctrina expuesta de manera reiterada en este voto particular, debió acoger los motivos de oposición a los recursos aducidos por la representación procesal de la Junta de Andalucía y por el Ministerio Fiscal y desestimar las pretensiones de las partes recurrentes.

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

ÍNDICE CRONOLÓGICO 2022

SENTENCIAS 2022**1º.- Sentencia nº 1/2022, de 1 de marzo**

Recurso de apelación nº 37/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 133/20..... 9

2º.- Sentencia nº 2/2022, de 1 de marzo

Recurso de apelación nº 41/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 130/18..... 26

3º.- Sentencia nº 3/2022, de 11 de mayo

Recurso de apelación nº 32/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 131/20..... 38

4º.-Sentencia nº 4/2022, de 13 de mayo

Recurso de apelación nº 38/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 132/20..... 55

5º.-Sentencia nº 5/2022, de 11 de mayo

Recurso de apelación nº 1/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 25/19..... 73

6º.-Sentencia nº 6/2022, de 11 de mayo.

Recurso de apelación nº 4/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 75/19..... 92

7º.-Sentencia nº 7/2022, de 13 de mayo

Recurso de apelación nº 5/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 84/21..... 109

8º.-Sentencia nº 8/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación nº 37/19. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 169/17..... 123

9º.-Sentencia nº 9/2022, de 21 de septiembre

Recurso de apelación nº 46/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 36/20..... 142

10º.- Sentencia nº 10/2022, de 21 de septiembre

Recurso de apelación nº 3/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance
nº 35/19..... 163

11°.- Sentencia n° 11/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación n° 6/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 33/21..... 188

12°.- Sentencia n° 12/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación n° 7/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 122/20..... 217

13°.- Sentencia n° 13/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación n° 12/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 253/15..... 238

14°.- Sentencia n° 14/2022, de 24 de noviembre

Recurso de apelación n° 25/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 81/21..... 263

AUTOS 2022**1°.- Auto n° 1/2022, de 2 de marzo**

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 26/21. Actuaciones Previas

n° 234/11..... 295

2°.- Auto n° 2/2022, de 2 de marzo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 30/21. Actuaciones Previas

n° 92/20..... 317

3°.- Auto n° 3/2022, de 1 de marzo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 33/21. Actuaciones Previas

n° 50/20..... 325

4°.- Auto n° 4/2022, de 2 de marzo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 34/21. Actuaciones Previas

n° 117/19..... 334

5°.- Auto n° 5/2022, de 2 de marzo

Recurso de apelación n° 39/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 8/18..... 345

6°.- Auto n° 6/2022, de 8 de abril

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 36/21. Actuaciones Previas

n° 80/19..... 356

7º.- Auto nº 7/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 31/21. Actuaciones Previas
nº 7/18..... 398

8º.- Auto nº 8/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 42/21. Actuaciones Previas
nº 87/19..... 408

9º.- Auto nº 9/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 43/21. Actuaciones Previas
nº 127/20..... 421

10º.- Auto nº 10/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 44/21. Actuaciones Previas
nº 33/21..... 436

11º.- Auto nº 11/2022, de 13 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 2/22. Actuaciones Previas
nº 121/20..... 451

12º.- Auto nº 12/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 9/22. Actuaciones Previas
nº 12/21..... 461

13º.- Auto nº 13/2022, de 11 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 35/21. Actuaciones Previas
nº 113/19..... 476

14º.- Auto nº 14/2022, de 19 de mayo

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 40/21. Actuaciones Previas
nº 113/19..... 514

15º.- Auto nº 15/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación nº 47/21. Acción Pública nº 16/20..... 559

16º.- Auto nº 16/2022, de 21 de septiembre

Recurso de apelación nº 8/22. Acción Pública nº 34/20..... 572

17º.- Auto nº 17/2022, de 22 de septiembre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 11/22. Actuaciones Previas
nº 1081/21..... 586

18°.- Auto n° 18/2022, de 21 de septiembre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 13/22. Actuaciones Previas

n° 1062/21..... 601

19°.- Auto n° 19/2022, de 22 de septiembre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 14/22. Actuaciones Previas

n° 1081/21..... 613

20°.- Auto n° 20/2022, de 22 de septiembre

Recurso de apelación n° 16/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 21/04..... 621

21°.- Auto n° 21/2022, de 21 de septiembre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 17/22. Actuaciones Previas

n° 72/21..... 642

22°.- Auto n° 22/2022, de 21 de septiembre

Recurso de apelación n° 20/22. Acción Pública n° 39/21 657

23°.- Auto n° 23/2022, de 21 de septiembre

Recurso del Art. 46.2 n° 22/22. Diligencia Preliminar n° 96/21 674

24°.- Auto n° 24/2022, de 18 de octubre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 15/22. Actuaciones Previas

n° 131/20..... 685

25°.- Auto n° 25/2022, de 18 de octubre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n° 18/22. Actuaciones Previas

n° 1081/21..... 703

26°.- Auto n° 26/2022, de 18 de octubre

Recurso de apelación n° 23/21. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 1014/22..... 717

27°.- Auto n° 27/2022, de 24 de noviembre

Recurso de apelación n° 19/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 192/13..... 726

28°.- Auto n° 28/2022, de 24 de noviembre

Recurso del Art. 46.2 n° 27/22. Diligencia Preliminar n° 49/22 744

29°.- Auto n° 29/2022, de 13 de diciembre

Recurso de apelación n° 31/22. Procedimiento de Reintegro por Alcance

n° 1028/22..... 752

30º.- Auto nº 30/2022, de 23 de diciembre

Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 10/22. Actuaciones Previas

nº 234/11..... 762

ÍNDICE DE MATERIAS

ÍNDICE DE MATERIAS

A

Abuso del derecho

A-20

Acción Pública

A-16

Acta de Liquidación Provisional (motivación)

A-24

Actio nata

S-5

Actos administrativos

S-11

Actuaciones Previas

A-1; A-6

Acuerdos del pleno

S-11

Adhesión al recurso

S-11

A-24

Agotamiento de la diligencia

S-2

Alcance

A-24; A-29

Alcance continuado

S-5

Alcance fondos públicos

A-22

Anotación preventiva de embargo

A-20

Apremio

A-8

Archivo de acción pública

A-15

Archivo de actuaciones

A-9; A-10

Archivo de la causa

A-5

Archivo diligencias preliminares

A-23

Artículo 72 de la LFTCu

A-29

Atribuciones del Delegado Instructor

A-12

Aval

A-6; A-11

B

Bienes inembargables

A-27

C

Calificación errónea de recursos

A-25

Canon

S-4

Cesión de bienes patrimoniales

S-4

Compatibilidad de jurisdicciones

S-3

Compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal

A-1

Conflicto de intereses

A-6

Cosa juzgada material

S-13

Cuentadante

S-2; S-10

Cuestión nueva

S-5

Cuestiones de fondo

S-8

A-1; A-12; A-13; A-14; A-24

Cuestiones prejudiciales e incidentales

A-20

Culpa grave

A-6

D

Daño a los caudales públicos

S-4; S-5; S-7

Daño a los caudales públicos (ausencia)

A-29

Daño indemnizable

S-1

Daños y perjuicios

S-10

A-16

Delegado Instructor

A-19

Delegado Instructor (competencias)

A-21

Denegación de diligencias

A-12

Derecho a la tutela judicial efectiva

A-3; A-6; A-26; A-29

Deudas tributarias

S-12

Diferencias fase preparatoria de los procedimientos contables y procedimientos jurisdiccionales

S-11

Diligencia exigible

S-2

Diligencias de investigación (falta)

A-24

Dolo

A-6

Dolo o culpa grave

S-14

Dolo o negligencia grave

S-7

E

Efectos suspensivos del recurso del art. 48.1

A-3

Elementos constitutivos de la responsabilidad contable

S-13

Embargo genérico

A-4; A-19: A-30

Embargo de bienes y derechos

A-6

Embargo específico

A-14; A-30

Embargo genérico

A-14

Embargos

A-20

Error en la valoración de la prueba

S-1; S-3; S-8; S-12

Estimación de recurso

A-7

Estimación parcial del recurso

S-12

A-12

Exención de costas

S-12

Exhaustividad de las resoluciones jurisdiccionales

S-8

Extensión del recurso del Art. 46.2 de la LFTCu

A-28

Extensión y límites del Art. 48.1

A-18

F

Falta de jurisdicción

A-20

Falta de legitimación pasiva

S-13

Fe pública registral

A-20

Fondo del asunto

A-17

Fraude de ley

A-20

Función fiscalizadora

A-29

Función instructora

A-29

G

Gastos de defensa y representación de los funcionarios públicos

S-1

Gastos de representación

S-6

Gestor de fondos públicos

S-2

H

Herederos legales

S-8

I

Inadmisión de recursos

A-25

Incompetencia de jurisdicción

S-13

Incongruencia

S-1; S-4; S-11

A-5

Indefensión

S-4; S-13

A-1; A-2; A-4; A-5; A-6; A-7; A-8; A-10; A-11; A-12; A-13; A-14; A-17; A-18;
A-19; A-21; A-24; A-30

Inseguridad jurídica

A-13; A-14

Interdicción de la arbitrariedad

A-6

Interrupción de la prescripción

S-5; S-6; S-14

L**Legitimación activa**

A-28

Legitimación pasiva

S-6

Liberalidad

S-7

Limitación de la responsabilidad contable

A-13; A-14

Límites del recurso del Art. 46.2 LFTCu

A-28

Lucro cesante

S-4

M

Medidas cautelares

A-7; A-9; A-10

Modificación de medidas cautelares

A-3

Motivación *aliunde*

A-16

Motivación de las resoluciones judiciales

A-16; A-18

Motivos de fondo

A-2

Motivos de interposición del recurso del art. 48.1

A-10

Motivos del recurso del art. 48.1

A-1; A-2; A-6; A-7; A-9; A-30

N

Naturaleza del recurso del art. 46.2 LFTCu

A-28

Naturaleza, extensión y límites del recurso del art. 48.1

A-19

Naturaleza jurídica de las Actuaciones Previas

A-13; A-14

Naturaleza jurídica del recurso de apelación

S-3; S-5; S-6; S-10; S-12

A-15; A-20; A-27

Naturaleza jurídica del recurso del art. 48.1

A-2; A-4; A-6; A-7; A-9; A-10; A-13; A-14; A-18; A-24; A-30

Nexo causal (inexistencia)

S-12

No incoación del procedimiento

A-26; A-29

Nulidad de actuaciones

A-17; A-27

P

Pago en concepto de reintegro

A-18

Pagos

S-11

Perceptor de pagos

S-2

Pérdida sobrevenida del objeto del recurso

A-4

Perjuicios de difícil o imposible reparación

A-1; A-3

Prejudicialidad penal

S-3; S-10

Prescripción de derechos

S-12

Prescripción de la responsabilidad contable

S-14

Presunción de inocencia

A-6

Principio civil de carga de la prueba

S-10

Principio de contradicción

A-5

Principio de eficiencia

A-22

Principio de justicia rogada

A-25

Principio de presunción de inocencia

S-10

Principio dispositivo

A-5

Principio *favor actoris*

A-15

Principio *non bis in idem*

S-3

A-1

Principio *pro actione*

A-15; A-26; A-29

Prohibición de la *mutatio libelli*

S-14

Providencia de embargo de bienes

A-7; A-14; A-30

Providencia de requerimiento de pago

A-30

Providencia genérica de embargo

A-11

Provisión de fondos

S-1

Prueba en las actuaciones previas

A-10

Prueba testifical

S-12

R

Ratificación de medidas cautelares

A-11

Ratio decidendi

A-16

Reiteración de alegaciones

S-9

Reproducción de alegaciones en segunda instancia

A-26; A-27

Requisitos constitutivos de la responsabilidad contable

S-4; S-5; S-8; S-9

Resarcimiento

A-16

Responsabilidad subsidiaria

A-18

Responsable directo

S-2

Responsable subsidiario

S-2

A-5

S

Seguridad jurídica

A-6

Subvención

S-7

Sueños de fortuna

S-4

Suspensión del procedimiento

S-3

Suspensión providencia de embargo

A-8

Suspensión providencia de requerimiento de pago

A-12

Suspensión resoluciones

A-21

T

Tercería de dominio

A-20

Transmisión de la responsabilidad contable

A-4; A-13; A-14

V

Valoración de la prueba

S-8; S-9; S-13

Voto particular

A-6; A-13; A-14; A-30

Vulneración de jurisprudencia

S-1