

Detalles del documento

AUTO 8 año 2015 dictado por SALA DE JUSTICIA

Información sobre el documento :

Resolución AUTO 8 año 2015 dictado por SALA DE JUSTICIA

Número: 8

Año: 2015

Tipo de Documento: AUTO

Sección: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Asunto: Recurso de Apelación nº 29/14, interpuesto contra el Auto de 9 de mayo de 2014, dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-38/14, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Pozohondo, Albacete.

Fecha de Resolución: 26/03/2015

Dictada por: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortíz

Sala de Justicia: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortíz.- Presidente

Excmo. Sra. D^a. María Antonia Lozano Álvarez.- Consejera

Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.- Consejero

Resumen doctrina: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento contra el Auto de 9 de mayo de 2014, de no incoación, dictado en la instancia. Analiza la Sala de Justicia si los hechos pueden incardinarse en algún supuesto de inexistencia, manifiesta e inequívoca, de un alcance en los fondos públicos de la Corporación, en los términos previstos en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/88, en relación con el 38.1 de la Ley Orgánica 2/82. Se parte para ello de las previsiones del artículo 68.1 de la Ley 7/88, cuyo inciso final contempla la posibilidad de declarar la improcedencia de incoar juicio en aquellos casos, entre otros, en que de la pieza separada o expediente administrativo resultara, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable. Indica la Sala que, cumplimentado el trámite de audiencia en su aspecto formal, queda por analizar si se está, desde la perspectiva del fondo del asunto, ante un caso de palmaria inexistencia de responsabilidad contable. Recuerda que los órganos competentes para decidir la incoación o no del procedimiento no están vinculados ni por las peticiones de las partes procesales, ni por las conclusiones previas y provisionales, obtenidas por el Delegado instructor. Expone la Sala las posturas de las partes, aludiendo a la inicial denuncia del Ayuntamiento mediante la que se solicita la apertura de procedimiento de responsabilidad contable basándose en la infracción de los cauces formales establecidos en el abono de determinadas retribuciones por dedicación exclusiva al que fuera Alcalde de la Corporación, así como a la modificación de postura del Ministerio Fiscal que interesó al principio el nombramiento de Delegado Instructor y solicitó después la no incoación del procedimiento de reintegro. Planteado así el debate procesal sobre la incoación del procedimiento, indica la Sala que las partes discrepan en la valoración o interpretación jurídica de la realidad fáctica. La Sala recoge la postura mantenida por el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, reforzando la tesis en que se basa el Auto recurrido para concluir en la inexistencia, manifiesta e inequívoca de responsabilidad contable, al no resultar acreditado que la retribución careciera de justificación, ni que la actuación pudiera ser imputada a título de dolo o culpa grave, y concluye que procede desestimar el recurso de apelación, quedando confirmado el Auto de no incoación. Voto particular: Se formula por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, D. José Manuel Suárez Robledano, que discrepa de la opinión mayoritaria de la Sala. Discrepa de alguno de los hechos relevantes y de la consideración como hecho relevante de alguno de los calificados como tales por la mayoría y que él no considera hechos sino la ponderación de la eficacia jurídica de ciertos Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento. Entiende que la interpretación sobre la eficacia, validez o vigencia de los Acuerdos municipales que indica, es la que debe ser objeto de valoración jurídica por esta Sala, sin que puedan considerarse hechos. Discrepa igualmente del fondo del razonamiento jurídico mayoritario, rechazando en primer lugar la aplicabilidad al caso del criterio defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo en que aquel se apoya. Discrepa asimismo del argumento de la mayoría, que construye su tesis favorable a la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable desde la premisa de considerar ilegales todos los acuerdos en virtud de los cuales se reconocía nominativamente a las personas proclamadas Alcaldes, su régimen de dedicación al cargo y sus retribuciones correspondientes. Entiende el Consejero discrepante que estos y el resto de los aspectos discutidos, deberían dirimirse en el procedimiento

jurisdiccional contable. Lo mismo indica respecto a la previsión presupuestaria/contable que enervaría la posible responsabilidad contable en la causa, distinguiendo los hechos en ella analizados de los que se plantean en la Sentencia del Tribunal Supremo aludida. Se refiere a continuación, al tenor y espíritu del artículo 68.1 de la Ley 7/88, señalando que se refiere a los casos en que los hechos carezcan nítidamente de relevancia contable. Recoge la doctrina de la Sala según la cual, deben excluirse del análisis de los hechos interpretaciones formalistas, excesivas o desproporcionadas que perjudiquen el principio “pro actione”, debiendo el Juez de lo contable decidir sobre la no incoación con respeto al señalado principio, y sólo cuando los hechos no revistieran “de modo manifiesto e inequívoco” supuesto alguno de los que pueda entender nuestra jurisdicción. Añade que esta decisión ex. art. 68.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas debe ser interpretada a la luz de la doctrina de la propia Sala de Justicia de la que se desprende la “excepcionalidad” del pronunciamiento de no incoación del procedimiento. Del análisis del caso, concluye el Consejero discrepante que no concurren, a simple vista, tales evidencias de segura inexistencia de responsabilidad contable, por lo que resulta procedente, conforme al principio “pro actione”, permitir a las partes la defensa de sus pretensiones, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional.

Voces:

INADMISSION
NO INCOACION DEL JUICIO
PRINCIPIO PRO ACTIONE
RECURSO DE APELACION
TRAMITE DE AUDIENCIA (ACTUACIONES PREVIAS)

Situación Actual:

Texto

En Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil quince

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

AUTO

En grado de apelación se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-38/14, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Pozohondo, Albacete, como consecuencia del recurso interpuesto contra el Auto de 9 de mayo de 2014, dictado por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento. Han sido partes en el recurso, como apelante el Ayuntamiento de Pozohondo, representado legalmente por su Alcalde-Presidente, Don M. S-M. y, como apelado, el Ministerio Fiscal.

Ha actuado como Ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, Don Felipe García Ortiz, quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de mayo de 2014, se dictó Auto en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-38/14, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Pozohondo, Albacete, por el que se acordó “No haber lugar a proseguir con las actuaciones en el procedimiento de reintegro por alcance nº 38/14, al apreciarse en el presente caso, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de responsabilidad contable.”

SEGUNDO.- Mediante escrito recibido en el Registro General de este Tribunal de Cuentas el 2 de junio de 2014, el Ayuntamiento de Pozohondo, representado legalmente por su Alcalde, Sr. S-M., interpuso recurso de apelación contra el citado Auto de 9 de mayo de 2014, solicitando su revocación.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, de fecha 12 de junio de 2014, se admitió a trámite el recurso deducido y se remitió copia del mismo al Ministerio Fiscal, para que, en el plazo de quince días, si lo estimaba conveniente, formulara oposición al mismo.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 23 de junio de 2014, entendió ajustado a Derecho el Auto recurrido e interesó su confirmación.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, de 10 de julio de 2014, se acordó elevar los autos a esta Sala y emplazar a las partes para que comparecieran, en el plazo de treinta días, ante la misma, haciéndoles saber que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Por escrito de 14 de julio de 2014, compareció ante esta Sala el Ministerio Fiscal. Asimismo, mediante escrito recibido el 24 de

septiembre de 2014, compareció ante esta Sala el Ayuntamiento de Pozohondo, representado legalmente por su Alcalde- Presidente.

QUINTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma, de 16 de octubre de 2014, se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 29/14, y nombrar Ponente al Consejero Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano. Asimismo, se concedió plazo al Ayuntamiento de Pozohondo para cumplimentar los requisitos de postulación legalmente previstos.

SEXTO.- Recibido escrito y diversa documentación de la representación del Ayuntamiento de Pozohondo, con fecha 4 de noviembre de 2014, complementado por posterior escrito de subsanación recibido el 11 de noviembre de 2014, mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 26 de noviembre, se declaró concluso el recurso, acordando pasar los autos al Consejero Ponente para resolución.

SÉPTIMO.- El día 10 de diciembre de 2014, la Secretaria de esta Sala procedió a remitir los autos del recurso al señalado Ponente.

OCTAVO.- Por Providencia de fecha 25 de febrero de 2015, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso el día 2 de marzo de 2015, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite, en el que la propuesta del Excmo. Sr. Consejero Ponente no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación, por lo que se procedió a nombrar nuevo Ponente que, siguiendo el turno establecido, recayó en el Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.

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

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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, 52.1b) y 54.1b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Pozohondo sustenta la impugnación del Auto de 9 de mayo de 2014, en las siguientes alegaciones:

El abono de retribuciones en concepto de dedicación exclusiva a la Alcaldía sin existir acuerdo plenario constituye una manifiesta vulneración del procedimiento previsto en la normativa de régimen local (art. 75, apartados 1 y 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y art. 13.4 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).

El recurrente discrepa de la interpretación realizada por el Auto impugnado, en el sentido de que la retribución se asigna al cargo y que se había otorgado el día 2 de agosto de 2007, antes de celebrarse las últimas elecciones locales de 2011, y sostiene, en contra, sobre una interpretación literal de los artículos 194.1 y 195.1 y 4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, referidos, respectivamente, a la duración del mandato de los miembros de los Ayuntamientos y al tiempo y modo de su constitución, que la Corporación municipal se constituye tras la celebración de las elecciones, de modo que debe ser el Pleno corporativo, derivado de cada proceso electoral, el que determine el otorgamiento de la dedicación exclusiva, máxime cuando las cuantías se vinculan al grado de responsabilidad, cuestión que debe ser verificada para cada mandatario por el Pleno constituido en cada momento. En consecuencia, con la nueva Corporación pierden vigencia los acuerdos relativos a la organización (constitución de comisiones, fijación de prioridad de las sesiones) así como el otorgamiento de los cargos que podrán efectuarse con dedicación exclusiva o parcial.

Además, estima que el desempeño del cargo condiciona la percepción de las retribuciones, desapareciendo al finalizar el mandato, salvo el período de ejercicio en funciones hasta la toma de posesión de los sucesores, señalando que el Ayuntamiento de Pozohondo, cuando se efectuaba modificación en la persona que ostentaba el cargo con dedicación atribuida, incluso sin existir cambio de Corporación, se sometía a consideración por el Pleno.

Entiende que hubo incongruencia entre las nóminas del Alcalde en concepto de “dedicación exclusiva” ya que en el Pleno celebrado el 31/08/2011 se sometió a consideración el otorgamiento de dedicación parcial, si bien la autorización de la dedicación exclusiva quedó condicionada a un Acuerdo posterior, y que, en cualquier caso, el inicio de la percepción de la retribución es anterior al sometimiento del asunto a consideración del Pleno Corporativo, con independencia de lo que se acordase en el mismo.

Concluye que el otorgamiento de retribución por dedicación, exclusiva o parcial, se debe efectuar por la Corporación ex novo que se constituye, y al no haberse expresado el Pleno del Ayuntamiento de Pozohondo sobre ello, existe un menoscabo de caudales públicos que debe ser enjuiciado por el Tribunal de Cuentas.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, se ha opuesto al recurso, interesando su desestimación y la confirmación del Auto impugnado, basándose en los siguientes motivos:

El Fiscal interesó la no incoación de procedimiento de reintegro por alcance al no apreciar la concurrencia de dolo o culpa grave en los hechos denunciados, consistentes en que el Alcalde había cobrado retribuciones por dedicación exclusiva entre el 11 de junio y el 2 de septiembre de 2011, sin haberse cumplido el procedimiento previsto en el art. 13 del Reglamento de Organización,

Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Manifiesta que, de lo actuado, resultó que, al constituirse la Corporación tras las elecciones, el 11 de junio de 2011, en el presupuesto municipal se encontraba prevista una partida para las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno. También se acreditó que la persona que había venido desempeñando el puesto anteriormente, desde el acuerdo plenario de julio de 2010, percibía tales retribuciones por dedicación exclusiva, aunque este acuerdo, como otro anterior en igual sentido, de 2 de agosto de 2007, no resultaban plenamente conformes a lo previsto en el art. 75 de la Ley de Bases del Régimen Local y en el art. 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, porque ligaban la retribución, no al cargo de Alcalde, sino que identificaban a la persona a la que se le asignaba la remuneración.

Continúa señalando que tal situación de irregularidad abría la posibilidad de aceptar que la persona que desempeñaba el cargo desde junio de 2011 tenía el mismo derecho a percibir la retribución que quien venía ocupándolo con anterioridad, máxime al estar prevista presupuestariamente la retribución y al obrar acreditado que, al menos desde 2007, el puesto de Alcalde había sido desempeñado en régimen de dedicación exclusiva retribuida. Siendo dicha interpretación asumible, y al estar basada en una irregularidad repetida en el municipio, el comportamiento no se presentaba como gravemente culpable, lo que excluía la responsabilidad contable.

A tales argumentos se añadía que, celebrado un pleno el 31 de agosto de 2011, en el que se acordó condicionar la dedicación exclusiva y, por tanto, la retribución, a un acuerdo posterior, el entonces alcalde dejase de cobrar la remuneración dos días después, y que por certificado del Secretario, resultase acreditado que el implicado había desempeñado su cargo con dedicación de 9 a 14 horas y, ocasionalmente, en horario de tarde.

Estima que los argumentos del recurso sobre la pérdida de vigencia de los acuerdos anteriores al celebrarse elecciones, debiéndose someter al Pleno corporativo el otorgamiento de la dedicación exclusiva y la retribución, no enervarían el fundamento de la resolución combatida, ya que la necesidad de tal sometimiento derivaría de la incorrección de las resoluciones que la otorgaban, que mencionaban nominativamente a quien ocupaba en cada caso la alcaldía.

Además, se observa que, lógicamente, siempre hubo un lapso de tiempo entre el momento en el que se produjeron los nombramientos de alcaldes y la fecha en que se produjo la declaración de dedicación exclusiva. Así, entre el 16 de junio y el 3 de julio de 2008, y entre el 22 de junio y el 1 de julio de 2010.

CUARTO.- Delimitado el ámbito del conocimiento y decisión de esta Sala, debe valorarse si los hechos enjuiciados pueden ser incardinados en algún supuesto de inexistencia, de manera manifiesta e inequívoca, de un alcance en los fondos públicos de la Corporación Local, en los términos previstos en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, para que pueda descartarse de manera patente e indubitada que tales hechos puedan ser generadores de responsabilidad contable.

Así pues, la resolución de esta apelación exige partir de las previsiones del art. 68.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en cuyo inciso final se contempla la posibilidad de declarar la improcedencia de incoar juicio en aquellos casos, entre otros, en que, de la pieza separada o expediente administrativo, resultara, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, remitiendo, además, al régimen jurídico sobre inadmisión de los recursos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa; así, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 51.4 prescribe: "El Juzgado o la Sala, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse para que, en el plazo común de diez días, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar".

Como ha puesto de manifiesto esta Sala, en Auto 13/2012, de 9 de mayo, similar trámite es concedido por los órganos de la jurisdicción contable, que, si consideran, a la vista del Acta de Liquidación Provisional, que se encuentran ante un supuesto manifiesto de inexistencia de alcance en los fondos públicos, ordenan que las partes se pronuncien sobre la pertinencia de no incoación del procedimiento, siendo sólo dos los requisitos que deben respetarse para que el órgano jurisdiccional contable, con absoluta libertad de criterio, declare, mediante Auto, la no incoación del procedimiento y el archivo de las actuaciones. El primer requisito, puramente formal, consiste en escuchar a las partes intervinientes, y el segundo, se refiere a la necesidad de motivación, excluyendo de su análisis interpretaciones formalistas, excesivas o desproporcionadas que perjudiquen el principio "pro actione".

Cumplimentado el trámite de audiencia en su aspecto procedimental formal, habida cuenta que la Diligencia de Ordenación de 25 de febrero de 2014 así lo mandó, a la vista del Acta de Liquidación Provisional, de 19 de febrero de 2014, que había concluido, previa y provisionalmente, que los hechos no reunían los requisitos normativamente establecidos para generar responsabilidad contable por alcance, al haber desempeñado el Alcalde sus funciones en horario correspondiente al régimen de dedicación exclusiva, percibiendo además, la misma remuneración que había recibido el anterior Alcalde por el desempeño de su cargo en el mismo régimen de dedicación, queda por ver si, verdaderamente estamos, desde la perspectiva del fondo del asunto, ante un caso en que palmariamente se observe la inexistencia de responsabilidad contable.

QUINTO.- Importa dejar sentado que los órganos con jurisdicción sobre el asunto (la Consejera en primera instancia y esta Sala en

apelación), son los únicos competentes para decidir acerca de la incoación, o no, del procedimiento jurisdiccional, sin que aparezcan vinculados, ni por las peticiones de las partes procesales, ni tampoco por las conclusiones, previas y provisionales, obtenidas por el Instructor de las Actuaciones Previas n° 52/13. Basta recordar, en este sentido, el razonamiento contenido en el Auto de esta Sala n° 7/2013, de 7 de marzo, Fundamento Jurídico Quinto: “que la imputación de responsabilidad que se plasma en las resoluciones dictadas en fase de Actuaciones Previas tiene carácter presuntivo, por lo que las conclusiones que se plasman en el Acta de Liquidación Provisional pueden ser rebatidas en el posterior proceso jurisdiccional que se sustancie...”; asimismo, es esclarecedor el Auto 17/2013, de 24 de julio, Fundamento Jurídico Quinto, cuando razona: “el hecho de que el Delegado Instructor estime en su liquidación una presunta ausencia de alcance en los fondos públicos, no implica ni el archivo de las actuaciones, ni su sobreseimiento, ni la no incoación del proceso contable. Muy al contrario, concluidas las Actuaciones Previas, aunque sea con Liquidación Provisional negativa, el procedimiento sigue su curso al pasar al Departamento de primera instancia en el que, en un ámbito de actuación estrictamente jurisdiccional y no administrativa, se decide, previa audiencia de las partes y con posible recurso ante esta Sala de Justicia, si el proceso debe continuar o debe archiversse”.

SEXTO.- Respecto a la postura de las partes, desde la inicial denuncia que propició el procedimiento (Diligencias Preliminares n° B-251/12), el Ayuntamiento de Pozohondo, ha venido manteniendo, y así lo reitera en su recurso de apelación, que debe seguirse procedimiento contable para fijar responsabilidades por infracción de los cauces formales establecidos en el abono de determinadas retribuciones, por dedicación exclusiva, al que fuera Alcalde de la Corporación, Don V. M. J., en tanto que el Ministerio Público, interesó, al principio, el nombramiento de Delegado Instructor, y, posteriormente, en trámite de audiencia y a tenor de las actuaciones y conclusiones obtenidas por éste, solicitó la no incoación del procedimiento de reintegro por alcance, reiterando ahora, en su escrito de oposición al recurso, esta última petición.

En los precedentes razonamientos de derecho segundo y tercero se ha dejado pormenor de la argumentación jurídica construida por ambas partes procesales para servir a sus respectivas pretensiones de incoación, o no, de procedimiento de reintegro por alcance.

Planteado así el debate sobre la procedencia, o no, de incoar procedimiento jurisdiccional, resulta preciso destacar que las partes parecen coincidir en los hechos acontecidos en el Ayuntamiento de Pozohondo. Sin embargo, discrepan en la valoración o interpretación jurídica, de dicha realidad fáctica. Y es que los hechos relevantes para dirimir la cuestión planteada son los siguientes:

- Mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación, de fecha 1 de julio de 2010, se aprobó la dedicación exclusiva del Alcalde, Don M. S-M., y la retribución propuesta.
- Con fecha 11 de junio de 2011, Don V. M. J. tomó posesión como Alcalde sustituyendo en el puesto al Sr. S-M.
- Por Acuerdo del Pleno de la Corporación de fecha 31 de agosto de 2011, se resolvió que la dedicación exclusiva del Alcalde se condicionaba al Acuerdo que a tal efecto se tomara en un momento futuro, tras la reunión que habría de celebrarse con otros grupos parlamentarios.
- En los meses de junio a septiembre de 2011, Don V. M. J. percibió retribuciones por dedicación exclusiva, dejando de percibir las a partir de septiembre de 2011.
- Durante el período en el que el Sr. M. J. percibió retribuciones por dedicación exclusiva tenía efectos el Acuerdo del Pleno de fecha 1 de julio de 2010. A partir del posterior Acuerdo de fecha 31 de agosto de 2011, el cobro de retribuciones por dedicación exclusiva dejó de tener cobertura jurídica y se dejó de percibir.

La Sala quiere resaltar, en la medida en que se relaciona con los hechos enjuiciados, la postura que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones. Cabe citar a estos efectos, la Sentencia de la Sala Tercera, de 18 de enero de 2012, dictada en el recurso de casación n° 11/10, (reflejada a su vez, en esta jurisdicción contable, mediante Sentencia de 11 de Marzo de 2014, dictada por el Departamento Primero, en el Procedimiento de Reintegro por Alcance n° A39/13, que asume dicho criterio jurisprudencial). De acuerdo con dicha Sentencia del Tribunal Supremo, que resuelve un caso de incremento de retribuciones:

“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.”

Señala, asimismo, la referida Sentencia que “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, (...) 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 postura mantenida en dicha Sentencia del Tribunal Supremo viene a reforzar la tesis en que se basa la resolución aquí recurrida, de conformidad con las manifestaciones contenidas en el Acta de Liquidación Provisional, dictada en el seno de las Actuaciones Previas, que han desvirtuado los iniciales indicios de responsabilidad contable, toda vez que no ha resultado acreditado que la retribución satisfecha careciera de justificación, ni tampoco ha resultado acreditado que la actuación pueda ser imputada a título de dolo o culpa grave, resultando, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable.

Y es que de la instrucción practicada resultó que, al constituirse la Corporación el 11 de junio de 2011, tras las correspondientes elecciones, se encontraba prevista en el presupuesto municipal la partida para las retribuciones de los órganos de gobierno. Asimismo, resultó acreditado que el Pleno de fecha 1 de julio de 2010, acordó el otorgamiento de retribuciones por dedicación exclusiva para el cargo de Alcalde, aunque lo hiciera de forma nominativa, lo que no se ajustaba a lo previsto en el artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local y en el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

Entiende esta Sala que jurídicamente se debe aceptar la interpretación de que la persona que desempeñaba el cargo desde junio de 2011 tenía el mismo derecho a percibir la retribución que quien venía desempeñando el puesto con anterioridad, máxime si tenemos en cuenta lo anteriormente mencionado, es decir, la existencia de partida presupuestaria y el hecho de obrar acreditado en autos que, al menos desde 2007, el puesto había sido desempeñado en régimen de dedicación exclusiva retribuida. A mayor abundamiento, en el sentido de los argumentos expuestos, hay que añadir que tras la celebración de un Pleno el 31 de agosto de 2011, en el que se acordó condicionar la dedicación exclusiva y la consecuente retribución a un acuerdo posterior, el entonces Alcalde dejó de cobrar la remuneración correspondiente dos días después. Por tanto, había cobertura legal en el acuerdo anterior durante el tiempo en que se retribuyó la dedicación exclusiva del entonces Alcalde y que expresamente debió ser objeto de convalidación, sin perjuicio de la posibilidad de establecer un régimen distinto a partir del Pleno celebrado en fecha 31 de agosto de 2011.

Por otra parte, no se deduce de la instrucción practicada razón alguna que permita considerar que la dedicación exclusiva justificativa de las retribuciones no hubiera sido real y efectiva, sino que muy al contrario, costa en las Actuaciones Previas un certificado del Secretario de la Corporación acreditando que el Alcalde desempeñó sus funciones en horario propio de dedicación exclusiva, concretamente de 9 a 14 horas y, ocasionalmente, en horario de tarde.

Entiende esta Sala, en definitiva, de conformidad con lo establecido en el Auto recurrido y con la postura mantenida por el Ministerio Fiscal, así como a tenor de lo preceptuado en el artículo 13.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, antes citado, que los hechos objeto de estas actuaciones no constituyen un supuesto de alcance en los fondos del Ayuntamiento de Pozohondo, y concluye de todo ello que, de las actuaciones instructoras, resulta, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de responsabilidad contable, lo que determina a su vez, que resulte procedente acordar la no incoación del juicio contable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 72 de dicha Ley.

De acuerdo con lo expuesto, este Órgano “ad quem” no puede apreciar que la Consejera de instancia incurra en infracción alguna en el Auto de 9 de mayo de 2014.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de lo argumentado en los Fundamentos de Derecho de esta resolución, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Pozohondo.

OCTAVO.- En cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia, no obstante desestimarse el recurso en su integridad, conforme al art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es de apreciar la existencia de una extraordinaria dificultad interpretativa en las consecuencias jurídicas aplicables a los hechos enjuiciados, circunstancias que justifican su no imposición.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE JUSTICIA ACUERDA:

Desestimar el recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Pozohondo contra el Auto de 9 de mayo de 2014, dictado por la Consejera de Cuentas del Departamento Segundo en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-38/14, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Pozohondo, Albacete. Sin costas.

Notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 en

relación con el artículo 86 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, aplicables por remisión de los artículos 81 y 84 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no cabe interponer recurso de casación.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, Don José Manuel Suárez Robledano, al Auto dictado por la Sala de Justicia en el recurso de apelación nº 29/14. Discrepo de la opinión mayoritaria de la Sala por entender que el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Pozohondo, Albacete, debió ser estimado, revocando el Auto de 9 de mayo de 2014. Mi desacuerdo se centra en los razonamientos jurídicos sexto y séptimo del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, que se concreta en las siguientes consideraciones:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan todos los antecedentes del Auto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mi discrepancia se circunscribe a la valoración jurídica del material no probatorio incorporado al procedimiento, respecto del que la posición mayoritaria ha extraído, con apoyo en la postura del Ministerio Público, que los hechos no constituyen un supuesto de alcance, así como que, de las actuaciones instructoras, resulta, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de responsabilidad contable, y, en consecuencia, la procedencia de acordar la no incoación de juicio contable.

En mi opinión, el auto impugnado debe ser revocado, habida cuenta que los hechos que han provocado el debate presentan, a tenor de las posturas de las partes, aspectos de dudosa interpretación jurídica, que impiden realizar, en este momento procesal, el pronunciamiento de no incoación procedimental que propugna la mayoría.

Para razonar mi disidencia, estimo conveniente resumir el planteamiento realizado por las partes:

El Ayuntamiento impugnante sostiene que normativamente no hay respaldo para haber abonado las nóminas al que fuera Alcalde Corporativo, ya que no se aprobó por el Pleno surgido de las elecciones locales de 2011 el preceptivo acuerdo habilitante de las retribuciones por dedicación exclusiva del nuevo Alcalde quien, además, debería haberlas aceptado.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal apoya su petición de confirmación del Auto impugnado, de no incoación, en su propia valoración jurídica a favor de la vigencia de los anteriores Acuerdos Corporativos en que se aprobaron las retribuciones de los Alcaldes por dedicación exclusiva, constatando que la actuación de los Plenos municipales no fue acorde al ordenamiento regulador de la materia, si bien conviniendo que tal modo de proceder habría creado la convicción de que dichos emolumentos tenía derecho a percibirlos quien fuera en cada momento Alcalde de la Corporación, por lo que quedaría excluida la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa grave exigible en el ámbito de esta jurisdicción contable.

SEGUNDO.- La mayoría sustenta su posición favorable a la confirmación del Auto impugnado en algunos hechos relevantes, cuya realidad acepta este Consejero; así, que, por Acuerdo Corporativo, de 1 de julio de 2010 (por error se señala esta fecha, ya que la sesión tuvo lugar el 8 de julio de 2010, folio 85 Actuaciones Previas 52/13), se aprobó la dedicación exclusiva del Alcalde, Sr. S-M., y su retribución; que, en fecha 11 de junio de 2011, tomó posesión como Alcalde el Sr. M. J., en sustitución del anterior; que, otro Acuerdo plenario, de 31 de agosto de 2011, resolvió condicionar la dedicación exclusiva del Alcalde a un Acuerdo posterior, así como que el Sr. M. J. percibió retribuciones por dedicación exclusiva en los meses de junio a septiembre de 2011.

Sin embargo, no puedo coincidir con el hecho relevante relativo a que el Sr. M. J. dejó de percibir retribuciones por dedicación exclusiva “a partir de septiembre de 2011”, habida cuenta que obra en el procedimiento que al mismo le fueron abonadas, mediante nómina, retribuciones en concepto de dedicación exclusiva correspondiente a dos días del mes de septiembre de 2011, por un importe de 97,19 euros.

Disiento, asimismo, respecto a la calificación como hecho relevante del contenido como tal en el razonamiento jurídico sexto del texto propuesto por la mayoría, con el tenor siguiente:

“Durante el período en el que el Sr. M. J. percibió retribuciones por dedicación exclusiva tenía efectos el Acuerdo del Pleno de fecha 1 de julio de 2010. A partir del Acuerdo de fecha 31 de agosto de 2011, el cobro de retribuciones por dedicación exclusiva dejó de tener cobertura jurídica y se dejó de percibir.”

Estamos, en puridad, frente a lo que a la mayoría les ha parecido un hecho, no ante un verdadero hecho, sino ante la ponderación realizada acerca de la eficacia jurídica de uno de los Acuerdos aprobados por el Pleno Corporativo del Ayuntamiento de Pozohondo, el de fecha 8 de julio de 2010, en que se había aprobado la dedicación exclusiva del anterior regidor, así como su correspondiente retribución. Es decir, es justamente la interpretación sobre la eficacia, validez o vigencia del Acuerdo o de los Acuerdos precedentes al mandato de Don V. M. J., la que, por haber sido disputada por las partes en el procedimiento, (Ayuntamiento de Pozohondo apelante y Ministerio Fiscal que se opone), la que debe ser objeto de valoración en derecho por esta Sala de Justicia, o, dicho de otro

modo, no es de admitir que tal eficacia jurídica del Acuerdo se presupueste como realidad fáctica cuando no lo es, con independencia de la valoración que del meritado Acuerdo pueda hacer la mayoría en méritos a extraer su solución favorable a la inexistencia de responsabilidad contable.

Otro tanto debe decirse respecto a la segunda conclusión relativa a que... “a partir del Acuerdo posterior de 31 de agosto de 2011, el cobro de retribuciones por dedicación exclusiva dejó de tener cobertura jurídica y se dejó de percibir”, pues de nuevo, no estamos ante un verdadero hecho, sino ante una valoración jurídica sobre la eficacia del Acuerdo de fecha 31 de agosto de 2011, orientada a sustentar o justificar el hecho objetivo consistente en que el Sr. M. J. dejara de percibir las retribuciones por dedicación exclusiva (aquí es menester recordar que, como antes se apuntó, percibió la retribución correspondiente a los dos primeros días del mes de septiembre de 2011).

Resulta pertinente entrar ahora a analizar el fondo del razonamiento jurídico que ha llevado a la mayoría a ver la inexistencia evidente de alcance y responsabilidad contable, y que, resumidamente, se apoya en el criterio sostenido por el Tribunal Supremo, su Sala 3ª, en sentencia de 18 de enero de 2012 (recurso de casación 11/10), seguido por Sentencia del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, de 11 de marzo de 2014. De aquella sentencia del Tribunal Supremo, relativa a un caso de incremento retributivo, el texto propuesto por la mayoría recoge, para sustentar su posición, tres párrafos contenidos en el fundamento jurídico undécimo que reforzarían la tesis del Auto impugnado, conforme a las manifestaciones del Acta de Liquidación Provisional levantada en las Actuaciones Previas.

En síntesis, el hilo argumental es que, si existe previsión presupuestaria/contable, se desvanece la posible base de una responsabilidad contable en un procedimiento de reintegro por alcance, con independencia de que pueda haber base para otro tipo de responsabilidad en otro procedimiento y respecto de otras personas. Además, se entiende que la ilegalidad y nulidad de Acuerdos declaradas por la Jurisdicción contencioso-administrativa no permite afirmar que sean ilegales los pagos hechos bajo la cobertura de aquellos acuerdos, con anterioridad a aquellas declaraciones, y, por último, que no puede identificarse el concepto de “pagos indebidos” con el de los realizados bajo la cobertura presupuestaria/contable de acuerdos del Pleno, por el hecho de que éstos puedan vulnerar la Ley de Presupuestos Generales del Estado; pues la ilegalidad de tales acuerdos tiene su ámbito de planteamiento en el de la Jurisdicción contencioso-administrativa y no en el de la exigencia de responsabilidad en un procedimiento de reintegro por alcance.

A partir de ello, concluyen sobre la falta de acreditación de que la retribución careciera de justificación, así como de la imputación a título de dolo o culpa graves, reforzando su discurso en el hecho de que existiera tal previsión presupuestaria en el ejercicio 2011 para los órganos de gobierno, así como en el Acuerdo de 1 de julio de 2010, que, de forma nominativa y vulnerando la normativa sobre régimen local aplicable, había acordado el régimen retributivo por dedicación exclusiva. También inciden en el hecho de que, desde el año 2007, el puesto de Alcalde hubiera sido desempeñado en régimen de dedicación exclusiva retribuida, así como, otra vez, en el hecho de que el Alcalde dejara de percibir las retribuciones a partir del Pleno de 31 de agosto de 2011, fecha hasta la que habría tenido cobertura legal esa percepción. Por último, consideran relevante el hecho relativo al desempeño efectivo de las funciones por el Sr. M. J.

Con el respeto que merece la opinión de la mayoría, debo discrepar de la argumentación jurídica propuesta, en base a las siguientes consideraciones:

1ª- El invocado criterio aplicado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 18 de enero de 2012, no resulta de aplicación a la controversia suscitada en el presente recurso, ya que aquel asunto llegó, por vía casacional, al alto órgano jurisdiccional, para combatir una Sentencia de la Sala de Justicia de este Tribunal, de 30 de septiembre de 2009, que había revocado otra del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento, de 16 de marzo de 2009; cabe señalar de forma muy concisa que la Sala había condenado a dos ediles por pagos indebidos derivados, entre otros conceptos, del incremento retributivo aprobado en virtud de Acuerdos Corporativos que, primero, fueron suspendidos y, posteriormente, declarados ilegales y nulos por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo que resuelve el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico undécimo es la exoneración parcial de responsabilidad de uno de los dos Alcaldes, y la cuestión suscitada se refiere a la determinación del órgano del Ayuntamiento al que ha de imputarse la vulneración de la Ley de Presupuestos Generales del Estado causante del menoscabo: si al Pleno o al Alcalde. Tras razonar que en el recurso no se cuestiona la existencia del alcance, sino que versa en exclusiva sobre la existencia de responsabilidad contable, extrae que la vulneración de la Ley de Presupuestos Generales del Estado es imputable al Pleno y no al Alcalde, a quien no puede trasladarse dicha responsabilidad, para continuar razonando que 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 los mismos puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado.

La ilegalidad de los acuerdos tiene su ámbito de planteamiento en sede de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y no en 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 estaba vinculado.

El Tribunal Supremo no comparte, por tanto, tal atribución de responsabilidad al Alcalde por su condición de ordenador de pagos, según la normativa de régimen local, pues si bien tal función la tienen incuestionablemente atribuida, cuando la ejercen bajo la cobertura de los acuerdos del Pleno, tales pagos ordenados por ellos no pueden tacharse de “pagos indebidos” en razón de las ilegalidades que, al adoptarlas, hubiese cometido el Pleno.

Y es, a partir de este discurso lógico interpretativo, desde donde la Sala 3ª elabora los razonamientos que al principio se han mencionado, con los que la mayoría refuerza la solución a que llegó el Auto apelado, en el entendimiento de que estos criterios presentan relación con los hechos discutidos.

Bastaría decir que, en el presente asunto, el núcleo de la discusión se ha centrado en las consecuencias jurídicas que deban derivarse de la falta de adopción por el Pleno del Ayuntamiento de Pozohondo de un acuerdo expreso que reconociera al nuevo Alcalde proclamado tras las elecciones locales celebradas en el año 2011, el régimen de dedicación y la fijación de las retribuciones que correspondieran por ese desempeño. La propuesta de la mayoría (razonamiento jurídico 6º), en la línea de lo sostenido por el Ministerio Fiscal, posteriormente confirmada por el Auto apelado, viene a interpretar que el Acuerdo plenario de 1 de julio de 2010, (el Acuerdo, como ya se ha apuntado, se adoptó en sesión del día 8 de julio de 2010, folio 85, Actuaciones Previas 52/13), si bien acordó el otorgamiento de retribuciones por dedicación exclusiva para el cargo de Alcalde de forma nominativa, lo que entienden que no se ajustaba a la normativa rectora de la materia (art. 75, LRBRL y art. 13 ROF), es un hecho acreditado que, al constituirse la Corporación el 11 de junio de 2011 se encontraba prevista en el presupuesto municipal la partida para las retribuciones de los órganos de gobierno. A tal argumentación añaden: Que el puesto había venido siendo desempeñado en dicho régimen de dedicación exclusiva retribuida al menos desde 2007, que el Sr. M. J. lo desempeñó de manera efectiva y real, así como que el citado Acuerdo de 1 de julio de 2010 otorgaba cobertura legal a las retribuciones percibidas por el nuevo Alcalde, quien dejó de percibir las a raíz del Acuerdo plenario de 31 de agosto de 2011, en que se condicionó el régimen a un acuerdo posterior.

Por tanto, no hay más que observar que los hechos a que se contrae la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 escasa conexión presentan respecto a los que aquí se dirimen, resultando esclarecedor el razonamiento contenido en el fundamento de derecho quinto de dicha Sentencia, cuando señala en relación a la fijación de su alcance jurisprudencial:

«En un paso más la Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Undécimo plantea la cuestión nuclear de la responsabilidad, diciendo de entrada que: “hay que recordar ahora que no todo daño en los caudales o efectos públicos constitutivos de alcance dan lugar, necesariamente, a la exigencia de responsabilidad contable.”

Tras enunciar los requisitos que en la doctrina de la Sala de Justicia, en distintas sentencias que cita, se han establecido para la exigencia de dicha responsabilidad, en una interpretación armónica, se dice, de los Art. 2.b), 15.1 y 38 de la LO 2/1982 y 49 de la Ley 7/1988, se hace una observación, que consideramos de gran transcendencia para fijar el alcance jurisprudencial de nuestra propia sentencia respecto de la cuestión suscitada en la casación. Dicha observación es del siguiente tenor literal:

“Antes de entrar a valorar si, en el presente caso, concurre responsabilidad contable, esta Sala de Justicia quiere aclarar que, si bien la cuestión general de la responsabilidad contable derivada de pagos presuntamente indebidos a empleados públicos se ha planteado ante este Tribunal de Cuentas en algunas resoluciones dictadas por órganos de la primera instancia de esta jurisdicción contable, lo cierto es que sobre la cuestión aquí suscitada no parece que haya tenido ocasión de pronunciarse esta Sala con anterioridad”.

Conviene observar, para situar el alcance de esta observación en el lugar que le corresponde, que “la cuestión aquí suscitada” no es otra que la exigencia de responsabilidad contable a un Alcalde por haber efectuado unos pagos, para los que existía la cobertura contable de unos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, acuerdos que habían sido objeto de sendos recursos contencioso-administrativos, en los que en los distintos procesos se habían adoptado sendas medidas cautelares de suspensión de los acuerdos, y dictado al final sentencias declarando su nulidad, en ejecución de las cuales desde antes de la sentencia de primera instancia se había acordado el reintegro por los empleados municipales beneficiados por los acuerdos de los excesos en que había incurrido los acuerdos anulados.»

2ª.- Baste sólo decir que en el presente procedimiento, y en esta fase preprocesal:

- Aun no ha sido planteada la atribución subjetiva de responsabilidad a persona u órgano alguno del Ayuntamiento de Pozohondo.
- Ha sido puesta en cuestión la salida de fondos públicos locales ante la inexistencia de acuerdo expreso alguno que reconociera al nuevo Alcalde salido de los comicios de 2011 el régimen de dedicación al cargo y su retribución.
- No consta en el procedimiento que los acuerdos adoptados por los Plenos corporativos del citado Ayuntamiento, desde el año 2007 en adelante, hasta el último, de fecha 8 de julio de 2010, en que se aprobó la dedicación exclusiva y retribuciones del entonces Alcalde, Don M. S-M., hayan sido impugnados, suspendida su ejecución, ni declarada su nulidad por los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Si, como razona la invocada Sentencia del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico undécimo “la ilegalidad de los acuerdos del

Pleno tiene su ámbito de planteamiento en el de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y no en el de la exigencia de responsabilidad en un procedimiento de reintegro por alcance...”, entiende este Consejero discrepante que no es de acoger el argumento de la mayoría, que construye su tesis favorable a la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, desde la premisa consistente en considerar ilegales (contrarios a la normativa de régimen local reguladora de la materia), todos los acuerdos, cuya ilegalidad no ha sido declarada, que fueron, sucesivamente, siendo aprobados por el Pleno Corporativo del Ayuntamiento de Pozohondo, en virtud de los cuales se reconocía nominativamente a las personas que iban siendo proclamadas Alcaldes de la Corporación, su régimen de dedicación al cargo y sus correspondientes retribuciones.

3ª- Verdaderamente este planteamiento, junto al resto de aspectos discutidos en el procedimiento, de indiscutible contenido jurisdiccional contable, deberían, a mi juicio, preservarse para ser dirimidos y resueltos en el oportuno procedimiento jurisdiccional contable que permitiera a las partes formular y defender en derecho sus pretensiones.

4ª- Otro tanto cabe decir respecto a la previsión presupuestaria/contable que enervaría la posible responsabilidad contable en la causa, ya que los hechos, en los dos procedimientos, son divergentes. En el resuelto por el Tribunal Supremo, este razonamiento iba encaminado a exonerar de responsabilidad contable a un Alcalde que había ordenado los pagos bajo la cobertura de los acuerdos plenarios habilitantes de la previsión presupuestaria, en tanto que en este procedimiento se plantea abrir un proceso contable (su incoación, o no), desconociendo todavía contra quien o quienes, por el hecho de estar en disputa que, a falta de acuerdo plenario expreso atributivo de un régimen habilitante de retribuciones percibidas por un alcalde en 2011, pueda llegar a demostrarse, o no, que los acuerdos anteriormente aprobados por el Pleno municipal sobre dedicación y retribuciones de las personas que vinieron ocupando la Alcaldía desde 2007 hasta el 10 de julio de 2010, ampararan, o no, legalmente el abono y percepción de retribuciones por tal dedicación del Alcalde, Sr. M. J. Por otra parte, y sin entrar en mayor debate, que no corresponde entablar ahora, debe señalarse que, tal y como obra al folio 10 de las citadas Actuaciones Previas 52/13, en el Presupuesto 2011 de la Corporación de Pozohondo, figura, en efecto, como mera previsión presupuestaria, dentro del estado de gastos, un crédito por importe de 20.500 euros, con el siguiente desglose: Capítulo 1, artículo 10, órganos de gobierno y personal directivo, concepto 100, retribuciones básicas y otras remuneraciones de los miembros de los órganos de gobierno.

TERCERO.- Cabe aquí recordar el tenor y espíritu del artículo 68.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas,... “si de la pieza o expediente –en nuestro caso, de las Actuaciones Previas- resultara de modo manifiesto o inequívoco la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable,... se declarará no haber lugar a la incoación de juicio en los términos prevenidos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo ordinario”.

Este precepto se refiere a aquellos casos en los que los hechos carezcan nítidamente de relevancia contable, es decir, que de ellos no pueda deducirse, meridianamente, pretensión alguna de responsabilidad contable. Los adjetivos manifiesto e inequívoco, también plasmados en el art. 51.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para sustentar las resoluciones de inadmisión del recurso, no dejan espacio a interpretaciones sobre su significado que no sean “patente, claro, descubierto, que no admite duda o equivocación”; es decir, la ajenedad a cualquier supuesto del que pueda derivarse responsabilidad contable debería saltar a la vista, sin necesidad de interpretación alguna.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyos términos remite la Ley 7/1988, la declaración de inadmisión del recurso procede, entre otros casos, cuando el mismo se hubiera interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

Así las cosas, debe procederse a valorar las razones que asisten a cada una de las partes, es decir, las que han llevado a la impugnante (Ayuntamiento de Pozohondo) a pedir que se inicie el proceso jurisdiccional y al Ministerio Público, a oponerse a tal incoación. Es menester señalar, otra vez, que nuestro conocimiento aparece circunscrito y condicionado materialmente por la configuración legal del presupuesto que ampara la no iniciación de procedimiento en exigencia de responsabilidad contable (se da por reproducido el tenor literal del precepto 68.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Esta Sala ha delimitado los contornos de tal valoración, ciñéndola al material no probatorio acopiado en las fases preprocesales (Diligencias Preliminares y Actuaciones Previas). Así, en Auto 13/2012, de 9 de mayo, Fundamento Jurídico Quinto, se razonó “que no le incumbe valorar en este recurso, no puede hacerlo, material probatorio alguno, sino que debe ceñirse a ponderar la pertinencia de abrir o no un procedimiento judicial (incoar o no proceso contable). Deben excluirse del análisis de los hechos interpretaciones formalistas, excesivas o desproporcionadas que perjudiquen el principio “pro actione”. El Juez de lo contable ha de decidir sobre la no incoación con respeto al señalado principio, y sólo cuando los hechos no revistieran “de modo manifiesto e inequívoco” supuesto alguno de los que pueda entender nuestra jurisdicción. Esta decisión ex. art. 68.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, similar a la contemplada en el art. 46.2 de la misma, sobre archivo de las actuaciones, debe ser interpretada a la luz de la doctrina que esta Sala de Justicia ha venido reiterando (Autos de 7 de mayo de 2001, 5 de julio de 2004, 31 de marzo de 2008 y 9 de mayo de 2011). Este último estableció que sólo procede el archivo del procedimiento cuando los hechos no revistan los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, es decir, cuando los hechos denunciados, aunque resultaran probados por quienes poseen la legitimación activa, no podrían desembocar en una sentencia condenatoria de un órgano jurisdiccional contable.”

Tal y como aparece planteado el debate, ambas partes hacen su propia interpretación jurídica de los hechos, esgrimiendo, que deban aplicarse los preceptos reguladores de la materia litigiosa (ordenamiento jurídico regulador del régimen de percepciones o

retribuciones de los cargos corporativos locales, en atención a su dedicación al Consistorio y normativa de régimen electoral en el ámbito de las Entidades Locales), en la inteligencia (el impugnante, Ayuntamiento de Pozohondo) de requerirse Acuerdo Plenario “ad hoc” aprobatorio de las retribuciones para que las mismas sean regularmente devengadas, y abonadas a la persona que, en cada caso, ocupara la Alcaldía en el municipio. Del lado contrario, el Ministerio Fiscal, que extrae la inexistencia de posible responsabilidad contable por alcance, por ausencia de culpa grave, a partir de entender que mantienen su vigencia los acuerdos plenarios anteriores a la celebración de las últimas elecciones locales (2011), por cuanto el “modus operandi” de la Corporación de Pozohondo había creado la situación irregular de ligar y pagar tales retribuciones por dedicación exclusiva “ad personam”, es decir, a aquellos que, sucesivamente, habían venido ocupando el sillón de la Alcaldía, cuando, legalmente, debieron haberse vinculado aquellas al cargo y no a la persona ocupante.

El texto propuesto por la mayoría, dicho sea otra vez con todo el respeto, extrae consecuencias jurídicas legitimadoras de la justificación de los pagos realizados a partir de meras situaciones de hecho y de la praxis existente en el Ayuntamiento de Pozohondo. Sin embargo, es un hecho objetivo que falta el Acuerdo plenario que aprobara el régimen de dedicación y retribución finalmente percibida por el Sr. M. J., del que la mayoría no deduce otra consecuencia que no sea que tal acuerdo no era necesario o exigible, toda vez que se concluye que había cobertura legal en virtud del último acuerdo anterior de 8 de julio de 2010. Sólo cabe decir, sin prejuzgar, que las partes discutían sobre este extremo (la valoración jurídica de las consecuencias de la falta de acuerdo), de modo que se impediría el debate de fondo acerca de la naturaleza de este tipo de percepciones (intuitu personae o no), así como los efectos derivados de la aceptación, o no, del régimen por la persona que ocupaba el cargo.

En este sentido, no entiendo factible, anticipar la declaración de existencia, o no, de responsabilidad contable, y, menos aún, decidir la inexistencia de caso alguno de tal responsabilidad, como quiere la mayoría.

Este planteamiento no propicia, sino que me vea obligado a subrayar la “excepcionalidad” del pronunciamiento favorable a la no iniciación o incoación de procedimiento. En efecto, y sin perjuicio del verdadero debate de fondo que se atisba y que sólo puede producirse en el seno de un proceso jurisdiccional con todas las garantías, no cabe vislumbrar, en este momento procesal, que los hechos repetidamente referidos y las valoraciones jurídicas de los mismos realizadas por las partes, consientan aquel pronunciamiento impeditivo, que sólo está previsto en casos que, sin duda o equivocación posibles, nunca podrían dar lugar a declaración de responsabilidad contable alguna, es decir, en supuestos en que el proceso contable se manifestara a las claras carente de justificación alguna por falta de objeto.

Por el contrario, estamos ante un caso en que no concurren, a simple vista, tales evidencias de segura inexistencia de responsabilidad contable (no hay más que observar los términos de la discusión que se ha venido relatando). En efecto, y, sin prejuzgar la solución que haya de darse, tras la pertinente contienda procesal, en el seno del correspondiente proceso jurisdiccional, a partir de las contrapuestas valoraciones jurídicas de los hechos acaecidos, a tenor del ordenamiento jurídico a ellos aplicable, no cabe sino afirmar que no nos hallamos ante alguno de los supuestos de inexistencia palmaria de responsabilidad contable.

Así, baste sólo decir, indiciariamente, que estamos ante salidas de fondos públicos locales que se destinaron al pago de determinadas retribuciones al que, en el período temporal a que se refiere el procedimiento, ostentara la titularidad de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pozohondo, faltando el Acuerdo Corporativo aprobatorio del régimen de dedicación que amparara aquel devengo. Por ello, en este momento pre-procesal, cabe únicamente apreciar que en el Consistorio pudo llegarse a este estado de cosas, quizás por una manera de proceder con imitación de lo resuelto en anteriores mandatos corporativos, en los que los sucesivos Plenos venían aprobando el régimen de dedicación y correspondientes retribuciones de quienes ocupaban los diversos cargos representativos.

Sin embargo, lo que yo llego a atisbar, insisto otra vez, indiciariamente, es una verdadera contienda interpretativa sobre la justificación, a los ojos de esta jurisdicción contable, de los pagos realizados al que fuera Alcalde del Ayuntamiento de Pozohondo, Sr. M. J.

Es preciso señalar que, en caso de optar por la solución favorable a la no incoación de procedimiento, se estaría haciendo un pronunciamiento que obstaculizaría el conocimiento por esta jurisdicción, tanto de la valoración, como de las posibles consecuencias jurídicas de la realidad fáctica planteada por las partes e, igualmente, del planteamiento del Ministerio Público, que, en este primer contacto con lo planteado, afirma la conformidad de los abonos, habida cuenta su visión sobre los efectos jurídicos derivados del modo irregular de proceder del Ayuntamiento, que, en última instancia, excluiría el elemento intencional, a diferencia de lo sustentado por el Ayuntamiento impugnante, que interpreta los hechos como relevantes para dar lugar a responsabilidad contable, por ausencia de Acuerdo aprobatorio de la meritada dedicación a la Alcaldía, que determinaría la falta de justificación de los abonos realizados. A estos efectos, no debe pasarse por alto que, en la documentación copiada en sede de Actuaciones Previas de procedimiento nº 52/13 obran los documentos nº 11, 12 y 13, en los que, respectivamente, constan Sesiones ordinarias celebradas por el Pleno del meritado Ayuntamiento, en fechas 31 de agosto, 21 de octubre y 16 de diciembre del año 2011, en que fue rechazada la propuesta planteada por el entonces Alcalde, Sr. M. J., para ejercer el cargo en régimen retribuido de dedicación exclusiva.

También, ha de constatare que el Sr. M. J. percibió, por su desempeño en la Alcaldía de la Corporación de constante cita, y en concepto de nómina de Altos Cargos-Alcaldía (de junio de 2011 a septiembre de 2011), un importe total de 4.648,96 euros

(certificado de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento, de fecha 23/07/2012 que obra al folio 10 de las Diligencias Preliminares nº B-251/12).

En conclusión, este Consejero entiende que no nos encontramos en situación de enjuiciar prematuramente unos pagos, debidos, o no, y realizados, según parece, por un cierto automatismo operativo en la confección de las nóminas en el Consistorio, ni mucho menos, tampoco, se debería entrar en el juicio de quienes puedan resultar, o no, posibles responsables contables de tales hechos, ni el grado de culpabilidad de sus conductas activas u omisivas.

Por ello, resulta procedente, conforme al aludido principio “pro actione”, permitir a las partes la defensa de sus pretensiones, en el seno del correspondiente procedimiento jurisdiccional, cuya apertura se estima pertinente en aras de hacer efectivas las garantías contempladas en la Constitución y en el resto del ordenamiento, toda vez que en dicho proceso, los contendientes podrán argumentar e intentar probar sus pretensiones para obtener una resolución fundada en derecho y acorde con la tutela judicial efectiva ex art. 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión, precisamente, de pronunciarse sobre la trascendencia aplicativa del repetido principio procesal “pro actione”, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en sentencia de su Sala 1ª, nº 28/2009, de 26 de enero RTC/2009/28, F.J.2 razona: “Constituye doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, SSTC 52/2007, de 12 de marzo [RTC 2007, 52], F2; 119/2008, de 13 de octubre [RTC 2008, 119, 119], F4) la relativa a que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control jurisdiccional ha de realizarse de forma especialmente intensa: más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a través de los criterios que proporciona el principio “pro actione” entendido no “como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan”, sino como “la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican “ (STC 88/1997, de 5 de mayo [RTC 1997, 88] F.2).

En consecuencia, la existencia o inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, según mi criterio, habrá de sustanciarse y resolverse en el oportuno proceso jurisdiccional, en el que se enjuiciará la regularidad o no de los abonos efectuados al que fuera Alcalde del Ayuntamiento de Pozohondo, SR. M. J., habida cuenta que los hechos no son incardinables en alguno de los supuestos de inexistencia patente, clara, manifiesta e inequívoca de responsabilidad contable.

Procede, por todo lo expuesto, y en virtud del referido principio “pro actione”, revocar el Auto de 9 de mayo de 2014.

En cuanto a las costas, de acuerdo con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar un pronunciamiento expreso sobre las mismas, al haber prosperado la tesis del recurrente.

Por todo ello, y sin perjuicio del respeto que me merecen las opiniones de la mayoría expresadas en este Auto, entiendo que debió estimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Pozohondo y que debió revocarse el Auto impugnado de 9 de mayo de 2014, acordando la incoación del procedimiento jurisdiccional contable nº B-38/14, sin costas, en base a los fundamentos expuestos en este voto particular

Como último aserto, discrepa, asimismo, este Consejero, en relación a la impugnabilidad de esta resolución, propuesta por la tesis mayoritaria, habida cuenta las previsiones contenidas en el artículo 86.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que remite en materia de responsabilidad contable a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, cuyo artículo 81.2.3º establece: “son susceptibles de recurso de casación: Los autos dictados por las mismas Salas en apelación, confirmatorios de los pronunciados en primera instancia por los Consejeros de Cuentas, no dando lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional que corresponda”.

Hallándose el presente Auto en este caso, estima este Consejero que el particular concerniente a la comunicación del auto debió quedar redactado como sigue:

Notifíquese a las partes, con la indicación de que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en el art. 81.2.3º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Este Consejero debe, asimismo, notar que, en caso de ser confirmada la redacción propuesta por la mayoría en este extremo, deberá advertirse a las partes que, conforme al artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contra el Auto de inadmisión del recurso de casación, podrán, en su caso, interponer recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido formulo este Voto Particular, en Madrid a veintiséis de marzo de dos mil quince.

