



Roj: STS 798/2012
Id Cendoj: 28079130072012100082
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 11/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo constituida por los Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación número 11/2010 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Marco Antonio y don Augusto , representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales don Gabriel De Diego Quevedo y don José Ignacio de Noriega Arquer, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2009 por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación número 30/09, promovido contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2009 dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento de dicho Tribunal de Cuentas (Departamento 3º), que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance nº C-93/06-0 del ramo de Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Siero).

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada el 16 de marzo de 2009 por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (Departamento 3º), en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-93/06-0 del ramo de Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Siero), contiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal:

«IV. FALLO

Desestimar la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra DON Marco Antonio y DON Augusto . Sin imposición de costas. (...) ».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación solicitando a la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas la revocación de la sentencia de instancia.

Con fecha 30 de septiembre de 2009 la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (Sección de Enjuiciamiento), en el recurso de apelación nº 30/09, dictó sentencia con el siguiente FALLO:

«III.- FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, revocar la Sentencia de fecha 16 de marzo de 2009, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance C-93/06 (Corporaciones Locales, Ayuntamiento de Siero, Asturias) cuya parte dispositiva debe quedar redactada en los siguientes términos:

"Se estima la demanda de responsabilidad contable por alcance interpuesta por el Ministerio Fiscal, y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO. - Se cifran en SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS DIECISIETE EUROS CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (747.717,78 #), los perjuicios ocasionados a los caudales públicos en la Corporación Municipal de Siero.

SEGUNDO. - Se declaran responsables contables directos de dicho alcance a DON Marco Antonio y a DON Augusto , Alcaldes Presidentes de la Corporación Municipal, el primero entre febrero y junio de 1999; y el segundo entre julio de 1999 y diciembre de 2001. La responsabilidad directa debe declararse en

función de los períodos de tiempo en que fueron regidores de la Corporación Municipal en el momento en que se produjeron los pagos indebidos.

TERCERO. - *Se condena, en consecuencia, a DON Marco Antonio al pago de CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (54. 805,55 #), cantidad a la que asciende el alcance producido durante su gestión como Alcalde- Presidente de la Corporación Municipal de Siero, debiendo tenerse en cuenta en el momento de la ejecución de esta Sentencia, los reintegros administrativos que se hayan ido produciendo en ejecución de las Sentencias de los Tribunales del orden contencioso-administrativo.*

CUARTO. - *Se condena, en consecuencia a DON Augusto , al pago de SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS DOCE EUROS CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS (692.912,23 #), cantidad a la que asciende el alcance producido durante su gestión como Alcalde- Presidente de la Corporación Municipal de Siero, debiendo tenerse en cuenta en el momento de la ejecución de esta Sentencia, los reintegros administrativos que se hayan ido produciendo en ejecución de las Sentencias de los Tribunales del orden contencioso-administrativo.*

QUINTO. - *Se condena también a los citados Sres. al pago de los intereses devengados, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos, año a año, considerando como «dies a quo» el 31 de diciembre de 1999, en lo que se refiere a DON Marco Antonio y los días 31 de diciembre de 1999, 2000 y 2001, respectivamente, en lo que se refiere a DON Augusto .*

SEXTO. - *No procede efectuar pronunciamiento sobre condena en costas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71.4.g) de la Ley 7/88 de 5 de abril , en relación con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

SÉPTIMO .- *Efectuar la contracción del alcance en las cuentas de la Corporación Municipal de Siero, según las normas contables de aplicación."*

Sin costas en la presente apelación. (...)».

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, las representaciones procesales de don Marco Antonio y don Augusto anunciaron recurso de casación que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tuvo por preparados por providencia de fecha 11 de noviembre de 2009, ordenando la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

CUARTO.- El Procurador Sr. De Diego Quevedo, en nombre y representación de don Marco Antonio interpuso el recurso de casación por escrito de 4 de enero de 2010, en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, terminó suplicando a la Sala que dictara sentencia:

«(...) en la que con revocación expresa de la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, se desestime íntegramente la Demanda interpuesta en contra de mi mandante, con expresa imposición de las costas de primera instancia y apelación a la parte actora».

QUINTO.- El Procurador Sr. De Noriega Arquer, en nombre y representación de don Augusto interpuso el recurso de casación anunciado por escrito de 4 de enero de 2010, en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, terminó suplicando a la Sala que dictara sentencia:

«(...) dando lugar al mismo, casando y anulando la resolución judicial recurrida dictada por la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas por considerarla no ajustada a derecho y, en su lugar, resolviendo lo que corresponde en los términos del debate habido en instancia y de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 95, apartado 2.d) de la Ley Jurisdiccional , se desestime íntegramente la demanda de responsabilidad contable por alcance interpuesta en su día por el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance C-93/06 (Corporaciones Locales, Ayuntamiento de Siero, Asturias), absolviendo al recurrente D. Augusto de las pretensiones deducidas en su contra y, subsidiariamente, de existir alcance en los fondos públicos de la Corporación respecto del segundo bloque de pagos, se revoque y anule la sentencia impugnada respecto de este particular extremo, fijando éste por el pago de prestaciones sociales por asistencia médico-farmacéutica en la cantidad de 3.049,27 # y por abono de prestaciones sociales en concepto de ayudas para adquisición de vivienda en la suma de 22.367,80 #, con imposición en todo caso de las costas procesales a la parte recurrida».

SEXTO.- Por Auto de la Sección 1ª de esta Sala de fecha 24 de marzo de 2011 se declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto por don Marco Antonio y la admisión del interpuesto por don Augusto , a cuyo fin se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de fecha 8 de junio de 2011 se concedió traslado del escrito de interposición del recurso al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de treinta días formalizara escrito de oposición, trámite evacuado por escrito de 22 de julio de 2011, en el que, tras alegar cuanto estimó oportuno, solicitó a la Sala:

«(...) *PROCEDE DECLARAR QUE NO HA LUGAR AL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN, con la preceptiva imposición de las costas al recurrente por imperativo del art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional* ».

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo de este recurso el día 26 de octubre de 2011, pero la deliberación hubo de continuarse en fechas correspondientes a señalamientos posteriores debido al elevado número de asuntos conocido por la Sección y a la complejidad de algunos de ellos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2009 por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación número 30/09, por la que se revocó la dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (Departamento 3º) de fecha 16 de marzo de 2009, que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance nº C-93/06-0 del ramo de Corporaciones Locales (Ayuntamiento de Siero- Asturias), cuya sentencia de apelación estimó la demanda de responsabilidad contable por alcance interpuesta por el Ministerio Fiscal y condenó al actual recurrente en casación don Augusto, al estimarle responsable contable directo por alcance en fondos públicos producido durante su gestión como Alcalde- Presidente de la Corporación Municipal de Siero, al pago de la cantidad de 692.912,23 euros desglosada del siguiente modo:

- SESENTA Y DOS MIL SEIS EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (62.006,44 #) por los pagos ordenados, entre julio y diciembre de 1999 (importe global que supuso la superación, en las nóminas de todo el personal de dicho Ayuntamiento, del límite legal del 1,8% de incremento retributivo fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999).

- CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y SIETE CENTIMOS (486.547, 77 #) por los pagos ordenados durante todo el ejercicio 2000 (importe global que supuso la superación, en las nóminas de todo el personal de dicho Ayuntamiento, del límite legal del 2% de incremento retributivo fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2000).

- CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS CON DOS CÉNTIMOS (144.358,02 #) por los pagos ordenados durante los ejercicios económicos 2000 y 2001, por los pagos realizados, sin cobertura legal, a los empleados municipales por los gastos sanitarios motivados por enfermedad, odontología y prótesis, no cubierto por la Seguridad Social, y por el abono de ayudas a dichos empleados para la adquisición de viviendas.

El recurso interpuesto por don Augusto -único objeto del presente procedimiento tras la declaración de inadmisión efectuada por Auto de esta Sala de 24 de marzo de 2011 a la que se ha hecho referencia en el antecedente sexto anterior- contiene tres motivos.

El primero formulado por «*error evidente en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en el procedimiento*» (artículo 82.1.4º de la LFTCu) denuncia la infracción de los artículos 217 y 386 de la LEC .

El segundo formulado por el artículo 82.1.5º de la LFTCu denuncia la «*infracción de forma relevante y determinante del fallo de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes*» y en concreto de «*los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), vigente al tiempo en que se refieren los hechos objeto de enjuiciamiento contable; el artículo 41, apartados 17, 18 y 21, 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 artículo 167 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 y los artículos 18 y ss. del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, en relación todos los anteriores con lo dispuesto en los artículos 49.1 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas*».

Y el tercero también por el artículo 82.1.5º de la LFTCu denuncia la «*infracción de las normas de la Constitución aplicables para resolver las pretensiones de las partes*» en concreto del artículo 24 CE .

El Ministerio Fiscal se opone al recurso al entender que la sentencia no incurre en ninguna de las infracciones que de contrario se le atribuyen.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas parte para su resolución del siguiente relato de hechos, contenidos en el fundamento de derecho séptimo:

«1) El Pleno del Ayuntamiento de Siero, en sesión celebrada el 28 de enero de 1999, aprobó por unanimidad un Acuerdo Colectivo para todo el personal municipal extensivo a los ejercicios económicos 1999 y 2000 que contemplaba, entre otras cuestiones, un incremento de retribuciones superior al 1'8 % de la masa salarial, porcentaje máximo fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, resolviendo una impugnación planteada por el Abogado del Estado contra el Acuerdo Plenario precitado, suspendió la ejecución de dicho Acuerdo mediante Auto firme de 16 de septiembre de 1999.

2) Tras la suspensión indicada, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 16 de septiembre de 1999, aprobó una denominada «Propuesta de Organización, Clasificación y Valoración de los Puestos de Trabajo del Ayuntamiento». Este Acuerdo fue también impugnado por la Abogacía del Estado que obtuvo, como en el caso anterior, una resolución acorde con sus planteamientos, dictada, de nuevo, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, mediante Auto firme de 31 de julio de 2000, acordó suspender, también, la ejecución de este segundo Acuerdo Plenario.

3) Tras la segunda impugnación de la Abogacía del Estado, el Pleno del Ayuntamiento de Siero, en sesión celebrada el 31 de diciembre de 1999, aprobó, con carácter definitivo, el Presupuesto General de la Corporación Municipal para el año 2000. De nuevo, la Abogacía del Estado recurrió dicho acuerdo. Y, de nuevo, obtuvo una resolución acorde con sus planteamientos jurídicos, mediante Auto firme del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de julio de 2000, que acordó la suspensión cautelar de la aprobación del Presupuesto de 1999.

4) A pesar de lo anterior, el Pleno del Ayuntamiento de Siero, en sesión celebrada el 21 de agosto de 2000, aprobó la disponibilidad total de los créditos para los pagos de las remuneraciones del personal plasmadas en el Presupuesto aprobado. Ello dio lugar a un nuevo recurso de la Abogacía del Estado y a un nuevo pronunciamiento favorable del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que estimó la suspensión cautelar de dicha disposición de créditos mediante auto firme de 18 de abril de 2001.

5) Mediante sendas Sentencias de 24 de noviembre y de 22 de diciembre de 2004, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias resolvió los recursos contencioso administrativos a que se ha hecho referencia en los puntos 2 y 3 anteriores, declarando no conformes a Derecho los Acuerdos administrativos aprobados por el Ayuntamiento de Siero relativos a la aprobación del Presupuesto del Ejercicio 2000 y a la que se denominó por el Ayuntamiento, como se ha indicado anteriormente «Propuesta de Organización, Clasificación y Valoración de los Puestos de Trabajo del Ayuntamiento».

6) El 24 de octubre de 2007, el Ayuntamiento de Siero instó la ejecución de las Sentencias citadas anteriormente, lo que se concretó en un Acuerdo de la Concejalía Delegada de Economía y Hacienda, Patrimonio, Recursos Humanos y Régimen Interior de dicha Corporación, de 24 de marzo de 2008. Así, en el momento del dictado de la presente resolución se encuentran en proceso de ejecución, mediante las pertinentes retenciones efectuadas en las nóminas de haberes de los empleados municipales».

A continuación, en el mismo fundamento, delimita las cuestiones sometidas a su consideración en los siguientes términos:

«(...) a) la legitimación pasiva de los demandados D. Marco Antonio y DON Augusto, Alcaldes que fueron del Ayuntamiento de Siero en el período en que se cometieron los hechos objeto de debate; b) si ha existido alcance en los fondos públicos de la citada Corporación municipal por el pago de las retribuciones que fueron objeto de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, ahora recurrente, lo que está en íntima conexión con la valoración de la prueba obrante en autos; y c) la trascendencia que, para el presente proceso, pueda tener el hecho de que el Ayuntamiento de Siero, en ejecución de las sentencias de los tribunales del orden contencioso-administrativo, a los que se ha venido haciendo referencia de manera reiterada en la presente resolución, haya ido detrayendo, en las nóminas de los empleados municipales, parte de los pagos que se efectuaron con infracción del ordenamiento jurídico, según el criterio de dichos órganos jurisdiccionales»

Y concluye que ha quedado acreditado un alcance en los fondos municipales del Ayuntamiento de Siero y la responsabilidad contable directa del actual recurrente en casación en base a los siguientes razonamientos contenidos en sus fundamentos de derecho noveno a décimotercero:

«NOVENO.- Una vez rechazada la pretendida excepción procesal de prescripción de la acción para interponer demanda ante esta jurisdicción, procede analizar la legitimación pasiva de los demandados D. Marco Antonio y D. Augusto . Hay que empezar recordando que el art. 55.2 LFTCu. dice, textualmente, que «se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso». Esta norma jurídica -que puede pecar de circularidad al conferir la legitimación pasiva a aquéllas personas, que, presuntamente, ostenten el carácter de responsables directos o subsidiarios-, debe ser completada -y así lo ha hecho esta Sala en ocasiones reiteradas (ver, por todas, la Sentencia de 25 de abril de 2007)- con lo dispuesto en los arts. 38, 42 y 43 de la Ley Orgánica. Y así, lo más relevante a los efectos de apreciar la legitimación pasiva ante esta jurisdicción contable, es la condición de cuentadantes de los demandados, a los que les corresponde la obligación de rendir cuentas de los fondos públicos a los mismos encomendados.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, los demandados ostentaron, sucesivamente, el cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Siero en los períodos en que tuvieron lugar los hechos. En consecuencia, ostentaban, también, las atribuciones legalmente previstas de ordenadores de pagos de la citada Corporación, como preveían los arts. 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 167 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre , reguladora de las Haciendas Locales, textos legales vigentes en el momento en que se cometieron los hechos. En consecuencia, ordenaron los pagos de las nóminas y de las ayudas que el Ministerio Público considera indebidas, a pesar de las suspensiones cautelares acordadas por los Tribunales Contencioso-Administrativos y sin atender, tampoco, los reparos de la Secretaria-Interventora de la Corporación.

Como consecuencia de lo anterior, la legitimación pasiva de los demandados resulta incuestionable. Lo que ocurre, en el presente caso, es que la Sentencia, ahora apelada, llega a la conclusión de la falta de legitimación pasiva de los demandados, en la actuación concreta que es objeto de la presente controversia, por una vía indirecta. Lo que entiende el Juzgador de instancia, y combate ahora el Ministerio Fiscal en su apelación, es que la cuestión relevante en la presente litis no debe centrarse, como pretende el demandante (ahora recurrente), en quién ordenó los pagos presuntamente indebidos, sino quién o quiénes adoptaron los Acuerdos administrativos, que fueron el antecedente jurídico necesario para realizar la mayor parte de dichos pagos. De esta manera, la Sentencia apelada entiende, en su Fundamento de Derecho 5º, que la mayor parte de los pagos objeto del presente procedimiento jurisdiccional (todos los que se refieren a los pagos de nóminas por encima de las cantidades reflejadas en las Leyes de Presupuestos) se produjeron por la actuación del Pleno del Ayuntamiento, órgano diferente al de Alcalde Presidente. Continúa entendiendo la Sentencia apelada, en consecuencia, que los demandados SRES. Marco Antonio y Augusto se limitaron a cumplir y ejecutar los acuerdos adoptados por el Pleno municipal y, en consecuencia, carecen de legitimación pasiva «ad causam».

Todo lo anterior, obliga a esta Sala a recordar la conocida existencia de la distinción conceptual entre legitimación «ad processum» y legitimación «ad causam». La primera de ellas, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde su Sentencia de 10 de julio de 1982 , a la que siguieron casi literalmente las Sentencias del mismo Tribunal de 24 de mayo de 1991 y 24 de mayo de 1995), es un instituto de derecho adjetivo ligada a la facultad para comparecer en juicio que, a su vez, se liga a la capacidad de obrar, y que despliega sus mayores efectos prácticos en aquellas relaciones procesales en las que intervienen, como partes, personas jurídicas. Por el contrario, la legitimación «ad causam» entronca, no con la capacidad de obrar, sino con la capacidad jurídica y (según la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que hemos venido haciendo referencia) se trata de una institución de derecho sustantivo. Por eso, como ocurre en el presente caso, en la mayoría de los supuestos examinados por la jurisprudencia la legitimación «ad causam», como componente sustantivo de la institución jurídica de la legitimación, viene a identificarse con la efectiva titularidad activa o pasiva de la relación jurídica concreta deducida en el litigio, y viene a ser una cuestión íntimamente ligada al fondo de la litis (ver, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1963 , 16 de marzo de 1990 , 23 de enero de 2001 , 22 de febrero de 2001).

Pues bien, abandonada cualquier duda sobre la legitimación «ad processum» de los demandados, esta Sala debe coincidir con el criterio jurídico esgrimido por el Ministerio Público -implícitamente en su demanda, y explícitamente en su recurso de apelación-, de la existencia de legitimación «ad causam» de los SRES. Marco Antonio y Augusto . A este respecto hay que recordar, desde el principio, que la propia Sentencia

impugnada, después de declarar (en su Fundamento de Derecho 5º) la pretendida falta de legitimación «ad causam» de los demandados por lo que se refiere a los pagos de las nóminas ordenadas por los mismos en su condición de Alcaldes del Ayuntamiento de Siero, declara, también, (en su Fundamento de Derecho 6º) que no se produce tal falta de legitimación en lo que refiere a los pagos ordenados en el ejercicio 2001 relativos a los gastos farmacéuticos y las ayudas para intereses de préstamos concedidos por entidades financieras para la adquisición de viviendas por el personal del Ayuntamiento de Siero. Para estos pagos, que constituyen parte de la pretensión de reintegro deducida en la demanda y reiterada ahora en la apelación, el Juzgador de instancia no efectúa ninguna consideración relativa a la falta de legitimación pasiva de quien pudiera ser presunto responsable. Lo que acabamos de explicar sería ya suficiente para aceptar, en este punto, la argumentación del Ministerio Fiscal referida a la inexistencia de falta de legitimación pasiva de los demandados.

Pero es que hay más. Dado que la Sentencia apelada, al desestimar la pretensión de la parte demandante, distingue entre los pagos efectuados en concepto de nóminas -para los que argumenta, como veremos con más detalle en un posterior fundamento de derecho, que no puede estimarse dicha pretensión por la pretendida falta de legitimación pasiva-, y los pagos efectuados en concepto de gastos farmacéuticos y ayudas de intereses de préstamo correspondientes al ejercicio 2001 -en los que el fundamento de la desestimación de la pretensión se basa en la, a su juicio, falta de prueba suficiente-, debe ahora esta Sala extenderse más en los argumentos esgrimidos por la Sentencia apelada para el primero de los dos bloques de pagos citados.

La Sentencia apelada entiende, en esencia, que los demandados, al ordenar los pagos de las nóminas objeto de la presente litis, no hicieron más que cumplir y ejecutar los acuerdos adoptados por el Pleno municipal. Y de ahí concluye la falta de legitimación «ad causam» de los demandados. Es preciso recordar, sin embargo, que existen, al menos, dos conjuntos de argumentaciones para discrepar de este criterio jurídico. En primer lugar, y como ha tenido ocasión de manifestar de manera reiterada esta Sala. (ver, por todas, Sentencia 3/2007, de 14 de marzo) los ordenadores de pagos que además, en este caso, son los cuentadantes ante este Tribunal, al ser los Alcaldes de la Corporación, pueden y deben ser llamados al proceso como legitimados pasivos, con independencia de que los pagos que ordenen hayan sido aprobados previamente -como, por otra parte, no podía ser de otra manera- por los órganos legitimados para la aprobación del gasto que antecede al pago. En segundo lugar, es procedente también recordar que uno de ellos, el SR. Augusto , cuando contestó a la demanda, planteó la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario por entender que debían ser traídos también al proceso todos los miembros de la Corporación Municipal que aprobaron los gastos que se sustancian en la presente controversia. Y dicha excepción, tratada en el momento procesal en que debió serlo según lo dispuesto en el art. 416.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es decir, en la audiencia previa al juicio, fue valorada por el Juzgador de instancia, y expresamente rechazada por él mismo, que entendió válidamente constituida la relación jurídico procesal. No va a entrar, todavía, a valorar esta Sala, si hubiera sido pertinente la traída al proceso de todos los miembros de la Corporación Municipal. Pero lo que sí es cierto es que esta Sala no encuentra, como no encontró el Juez de instancia defecto alguno en la constitución de la relación jurídico-procesal que se trabó, desde el inicio, entre el Ministerio Público y los sucesivos Alcaldes del Ayuntamiento de Siero. Y así, acierta el Ministerio Fiscal cuando argumenta en su recurso que no es pertinente desestimar parte de su pretensión por la existencia de falta de legitimación pasiva, cuando el Juzgador de instancia, previamente, había rechazado, expresamente, que la relación jurídico- procesal estuviera mal trabada.

A modo de resumen, esta Sala debe rechazar la falta de legitimación «ad causam» de los demandados SRES. Marco Antonio y Augusto . Los mismos ordenaron pagos, en el ejercicio de sus legítimas competencias, presuntamente indebidos. También formaron parte, precisamente en su calidad de Alcaldes de la Corporación Municipal, de los Plenos que aprobaron los gastos que fueron el antecedente de los pagos que luego realizaron, constando en autos su voto afirmativo en el seno de dichos Plenos. En consecuencia, se dan, en ellos, los requisitos paradigmáticos para ostentar el carácter de legitimados pasivos ante esta jurisdicción. Y todo ello, antes de analizar si fueron responsables contables por las cantidades abonadas que han dado lugar a la presente controversia, a lo que dedicaremos posteriores Fundamentos de Derecho de la presente resolución.

DÉCIMO.- Corresponde ahora analizar si, establecido, de manera indubitada, el carácter de legitimados pasivos de los demandados que ahora se oponen a la apelación, los mismos deben ser declarados responsables contables, como pretende el Ministerio Fiscal. Pero debe dar un paso previo esta Sala. Y es el de determinar si ha existido un alcance en los fondos públicos de la Corporación Municipal de Siero. Hay que empezar recordando que, para la existencia de responsabilidad contable y la atribución de la misma a personas determinadas, es necesario detectar, en primer lugar, que se ha producido un alcance en los fondos públicos, en este caso en la Corporación Municipal de Siero. Y hay que continuar recordando, que la Sentencia

de instancia no se pronuncia expresamente sobre la posible existencia de alcance. De los dos bloques de pagos que son objeto de la presente controversia, unos tienen su base en Acuerdos previos de la Corporación de Siero, a saber:

a) El abono de las retribuciones de todo el personal municipal, durante los meses de febrero a diciembre de 1999, con incrementos superiores al límite legal establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999. El exceso sobre el límite legal del 1,8% alcanzó un importe de CIENTO DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (116.811,99 #).

b) El pago de las nóminas de todo el personal municipal, durante el ejercicio de 2000, con incrementos superiores al límite legal establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2000. El exceso sobre el límite legal del 2% alcanzó un importe de CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (486.547,77 #).

c) El abono, en el ejercicio 2000, a los empleados municipales y a sus beneficiarios, del 90% de los gastos sanitarios motivados por enfermedad, odontológicos y prótesis, que no estuvieran cubiertos por la Seguridad Social, por importe de NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (9.560,34 #).

d) El pago de las ayudas concedidas en el ejercicio 2000 a los empleados municipales para la adquisición de viviendas, por importe de CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (44.144,74 #).

Para todos estos pagos, la Sentencia recurrida entiende, enlazando con lo que se ha expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, que la imposibilidad de atribución de responsabilidad contable a los SRES. Marco Antonio Y Augusto , se deriva del hecho de la falta de legitimación «ad causam» de los mismos, falta de legitimación que ha sido rebatida por esta Sala suficientemente. Pero no negó la existencia de alcance. La Sentencia apelada no realizó pronunciamiento expreso alguno sobre si los pagos a los que se ha hecho referencia, constituyeron un menoscabo de los fondos públicos en la Corporación Municipal de Siero.

Lo que sí ha quedado acreditado (cuestión que ni siquiera es rebatida por ninguna de las partes) es que todos los pagos a los que se ha hecho referencia se efectuaron. Es decir, que durante los meses de febrero a junio de 1999 se pagaron retribuciones a todo el personal del Ayuntamiento de Siero por encima del límite legal establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999. Además de la infracción frontal de la norma establecida en la Ley General de Presupuestos, constan en autos las reiteradas advertencias de ilegalidad -realizadas por la Secretaria-Interventora, y su reparo a cada una de las nóminas por la cantidad pagada en exceso.

También, ha quedado acreditado (y no supone hecho controvertido alguno) que, durante los meses de julio a diciembre de 1999 se continuaron abonando los excesos en el pago de nóminas a pesar, de nuevo, de los reparos de la Interventora a las mismas. En ese período, el que transcurre entre julio y diciembre de 1999, en concreto el 16 de septiembre, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias había acordado la suspensión cautelar de dichos pagos.

La misma certeza existe sobre los pagos realizados durante todo el ejercicio 2000. Para dicho ejercicio económico, la Ley de Presupuestos Generales del Estado fijó un incremento retributivo del 2%. A pesar de este límite, de los procesos contencioso- administrativos en curso, y de los sucesivos acuerdos de suspensión cautelar de los actos administrativos del ejercicio 1999 y del propio ejercicio 2000, se abonaron CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (486.547,77 #), en concepto de pago de nóminas, que superaba el límite impuesto por la Ley de Presupuestos para el citado ejercicio.

En fin, tampoco existe controversia alguna sobre los pagos de NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (9.560,34 #) y CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (44.144,74 #), efectuados durante el ejercicio 2000, y ligados, respectivamente, a gastos sanitarios y a abono de intereses por préstamos para adquisición de viviendas sin cobertura legal alguna. Dichos pagos contaron también con los oportunos reparos de la Secretaria-Interventora de la Corporación Municipal.

Pues bien, establecidos los hechos, hay que recordar que el alcance es definido, en el art. 72.1 de la LFTCu., como «el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos». En desarrollo de este artículo, la Sala de Justicia ha venido elaborando una reiterada

doctrina (ver, por todas, Sentencia 18/2009, de 22 de julio) en la que ha quedado de manifiesto, en esencia, que el daño producido a los fondos públicos tiene que ser producido por la infracción de norma presupuestaria o contable. En la presente controversia dichas normas no son otras que las respectivas Leyes de Presupuestos de los ejercicios 1990 y 1991. Y aún más. Por lo que se refiere a los pagos ligados a prestaciones sanitarias y ayuda para la adquisición de vivienda, los mismos se efectuaron sin cobertura legal alguna. Nos encontramos, en consecuencia, ante la existencia, de pagos indebidos, ó pagos sin causa, en la interpretación que esta Sala, en reiteradas resoluciones (ver, por todas, Sentencia 24/2007, de 21 de diciembre), ha venido efectuando de lo dispuesto en el art.141 . 1.d) de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988 , texto legal vigente en el momento en que se produjeron los hechos.

En definitiva, y por este bloque de pagos a los que ahora hacemos referencia, esta Sala debe pronunciarse, en primer lugar, declarando un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Siero.

El segundo bloque de pagos a que hace referencia la Sentencia ahora recurrida se refiere (Fundamento de Derecho 7º) a los pagos realizados sin pronunciamiento ni acuerdo expreso previo de la Corporación Municipal de Siero. Estos fueron:

a) Los abonos realizados durante el ejercicio económico de 2001 en concepto de gastos farmacéuticos por importe de CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (45.326,47 #).

b) Los abonos realizados durante el mismo ejercicio económico de 2001, en concepto de ayuda a los intereses de préstamos concedidos por entidades financieras para adquisición de viviendas, también por importe de CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (45.326,47 #).

Para este segundo bloque de pagos que distingue la Sentencia apelada, tampoco detectamos un pronunciamiento nítido de la misma sobre la existencia de alcance. Lo que hace el Juzgador de instancia es, basándose en el juego de la carga de prueba, poner en duda la correcta cuantificación de los pagos realizados. Sin perjuicio de lo que se dirá en posteriores Fundamentos de Derecho de la presente resolución, debemos recordar que ninguna de las partes intervinientes en el proceso han cuestionado la existencia de dichos pagos por importe total de NOVENTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (90.652,94 #). No lo hace, obviamente el Ministerio Fiscal que, en su demanda de 10 de enero de 2007, identifica los mismos dentro de su pretensión.

Pero es que tampoco lo hacen los demandados que, ahora, impugnan el recurso del Fiscal. No lo hace la representación del codemandado, Sr. Marco Antonio , aunque ello pueda ser debido a que no ostentaba la condición de Alcalde- Presidente de la Corporación Municipal de Siero en el momento en que se produjeron los pagos citados. Pero lo que es más relevante, es que ni siquiera lo hace la representación del Sr. Augusto , Alcalde de la Corporación Municipal durante el ejercicio 2001. Lo que durante todo el proceso ha hecho la representación de dicho demandado (folios 48 y ss. de la pieza de apelación) es defender que dichos pagos no generaron daño en los fondos de la Corporación.

Nos encontramos, en consecuencia, de nuevo, ante pagos realizados de manera indubitada, no discutidos por las partes, siendo ahora función de esta Sala analizar si los mismos participan de los caracteres de alcance en los fondos públicos. Llegados a este punto, tenemos que recordar que los pagos realizados en 2001 correspondientes a gastos sanitarios y ayudas para la adquisición de vivienda carecen de cobertura legal alguna, como los realizados, por el mismo concepto, durante el ejercicio 2000, como bien señala el Ministerio Fiscal en el escrito por el que interpuso recurso de apelación (folio 8 de la pieza de apelación). En consecuencia, se ha producido como en el caso anterior, una infracción del art. 141.1.d) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988 , vigente en el momento en que se produjeron los hechos, al haberse efectuado unos pagos indebidos sin causa jurídica que los justificara.

En definitiva, esta Sala entiende que se dan todos los requisitos para calificar los dos bloques de pagos que distinguió la Sentencia apelada, como constitutivos de alcance, que debe cifrarse, como indica el Ministerio Fiscal, en un importe de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS DIECISIETE EUROS CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (747.717,78 #) suma de los importes a los que se ha ido haciendo referencia en sucesivos Fundamentos de Derecho de la presente resolución.

UNDÉCIMO.- Establecida la existencia de alcance, 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. Deben existir, además, una serie de requisitos derivados de la interpretación

armónica de los arts. 2.b), 15.1 y 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, y 49 de la Ley 7/88, de 5 de abril . Tales requisitos han sido sistematizados por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (ver, por todas, Sentencias de 30 de junio de 1992 ; 12 de julio de 1997 y 26 de febrero de 1998) en los siguientes apartados: a) Que se hayan producido acciones u omisiones constitutivas de una actividad de gestión de caudales o efectos públicos; b) que dichas acciones u omisiones y sus consecuencias tengan el correspondiente reflejo contable; c) que hayan dado lugar a una vulneración de la normativa contable y presupuestaria; d) que hayan provocado un menoscabo en el Patrimonio Público; e) que sean manifestación de una conducta dolosa o gravemente negligente; y f) que entre dicha y el menoscabo producido exista relación de causalidad.

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 de Justicia con anterioridad.

Pues bien, lo que procede ahora, es que esta Sala, a la vista de los criterios doctrinales que se han expuesto y de los hechos concretos que han ocurrido en la presente controversia, examine, de manera detenida, los dos últimos supuestos, de los seis a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. En efecto, ya nos hemos pronunciado sobre la existencia de un daño en el patrimonio público de la Corporación Municipal de Siero, con vulneración de normativa contable y presupuestaria, como consecuencia de acciones u omisiones que han tenido el correspondiente reflejo contable. Lo que resta es analizar si los demandados por el Ministerio Fiscal, SRES. Marco Antonio y Augusto , que ostentaban la condición de legitimados pasivos en este procedimiento contable, son merecedores del reproche que les convertiría en responsables contables. Es decir, que su conducta haya tenido el carácter de, al menos, gravemente negligente, y que dicha actuación haya producido el menoscabo en los fondos públicos municipales.

Y siendo este un punto central de todo proceso contable, lo es más el asunto que ahora nos ocupa. Y ello es así porque, como hemos manifestado de manera reiterada, la defensa de los demandados (que ahora impugnan el recurso del Ministerio Fiscal) se centra en considerar que la nota esencial que debe dar lugar a su exoneración de responsabilidad en el presente procedimiento es, precisamente -y sin negar la existencia de los pagos realizados- que su actuación no reúne los requisitos exigidos por la legislación y por la doctrina de esta Sala para ser declarados como responsables contables. El punto central de esta argumentación se basa en que los Acuerdos sucesivos del Pleno del Ayuntamiento de Siero, acordando el pago de las retribuciones por encima de los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos del Estado para los ejercicios 1999 y 2000, así como los derivados del pago para prestaciones sanitarias y ayudas para compra de viviendas, exonerarían a los Alcaldes de cualquier tipo de responsabilidad, cuando se efectuaron dichos pagos, por no ser más que el cumplimiento de un acto debido.

Pero estas manifestaciones de parte, hay que recordar, junto con el Ministerio Fiscal, que:

1. Las diversas resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, no hacen más que confirmar la ilegalidad de los pagos realizados, al basarse en unos Acuerdos que fueron declarados nulos de pleno derecho. Las resoluciones de los Tribunales Contencioso-Administrativos no vinculan, en este punto, a este Tribunal de Cuentas, aunque, en el caso que nos ocupa, la conclusión a la que llegamos es coincidente, en sus efectos prácticos, con la de los Tribunales de dicho orden jurisdiccional. Y es que no hay que olvidar que este Tribunal podría haber entendido de la actual controversia aunque no hubiera existido pronunciamiento alguno de los Tribunales Contencioso- Administrativos. Y que, aunque los Tribunales Contencioso- Administrativos, ejerciendo la función jurisdiccional que les es propia, no hubiesen declarado la nulidad de acto administrativo alguno, esta jurisdicción también podría haberse pronunciado, aceptando las pretensiones de la parte demandante, si hubiera detectado menoscabo en los fondos públicos.

Con todo ello, lo que quiere recordar esta Sala es que resulta inútil el esfuerzo de los demandados por pretender ligar la posible estimación de la pretensión del Ministerio Fiscal ante esta jurisdicción, necesariamente a los dictados de las resoluciones contencioso- administrativas y al instante concreto en que, las mismas, se fueron produciendo.

2. Los pagos objeto de la presente controversia fueron realizados, como ya se ha indicado anteriormente, con la contravención directa de una norma presupuestaria o contable, como las Leyes de Presupuestos; o, para el caso de los pagos ligados a ayudas farmacéuticas o adquisición de viviendas, sin apoyo en norma jurídica alguna. Es decir existió una contravención frontal de lo dispuesto en el art. 141 . l.d)

de la Ley General Presupuestaria aprobada por Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988 - vigente en el momento en que se cometieron los hechos-.

Y lo fueron con la existencia de continuos reparos a dichos pagos por la Interventora municipal. En definitiva, el conocimiento de la ilegalidad de las retribuciones tenía que ser suficientemente conocido, para un supuesto de tan fácil interpretación como el que nos ocupa, por los Alcaldes-Presidentes de la Corporación municipal, que estaban obligados, por su condición de tales, a la rendición de cuentas y a un exhaustivo control de los fondos públicos existentes a su cargo. No hay que olvidar, a este respecto, que la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, vigente en el momento en que se cometieron los hechos ya separaba, nítidamente, el acto administrativo de aprobación de los presupuestos, con la ordenación de los pagos, que se atribuían al Alcalde (art. 167 del mismo texto legal), lo que se reiteraba en el art. 62 del R.D. 500/1990, de 9 de abril . Todo ello convertía a los Alcaldes-Presidentes de la Corporación Municipal en deudores de una obligación personal de la que sólo ellos deberían responder. Y no consta en las presentes actuaciones que los mismos, ante los reparos de la Intervención municipal, hicieran otra cosa que continuar ordenando los pagos que deben declararse indebidos.

3. El elemento de culpa grave o negligencia de los demandados, no puede verse vinculado, necesariamente, por tanto, a los diferentes Autos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ordenando la suspensión cautelar de los pagos que, pese a ello, se realizaron; ni tampoco a las Sentencias definitivas que recayeron decretando la nulidad de dichos actos. Conocidos los primeros Autos de suspensión cautelar sólo puede reafirmarse la existencia de una acción gravemente negligente por los ordenadores de pagos. Pero sólo reafirmarse. Sin que, por lo que se ha indicado anteriormente, debamos dejar de calificar de culpa grave a las actuaciones que dieron lugar a la ordenación de los pagos controvertidos, aún antes de las primeras resoluciones contencioso-administrativas. Por todo lo que se ha indicado anteriormente, la actuación de los demandados se alejó, de manera clara, de las pautas de vigilancia de los fondos públicos que corresponde a los ordenadores de pagos y a la diligencia exigida de los mismos, que sería, al menos, la de un buen padre de familia (ver, por todas, Sentencia de esta Sala 13/2007, de 23 de julio).

En conclusión, esta Sala sí entiende que se dan todos los parámetros exigidos por la legislación contable y por la doctrina de esta Sala, para detectar una actuación gravemente negligente en los legitimados pasivos, demandados ante esta jurisdicción, y hacerles, por tanto, merecedores del oportuno reproche contable.

DUODÉCIMO.- Los demandados han hecho, también, especial hincapié en el hecho de que no han sido traídos al proceso contable todos los miembros de la Corporación municipal de Siero en los momentos en que se fueron tomando los diferentes Acuerdos que dieron lugar a la mayor parte de los pagos que consideramos indebidos. Es más, como se ha indicado anteriormente, es el argumento central, tanto de su escrito de contestación a la demanda, como de los de impugnación al presente recurso, para solicitar una declaración de exoneración de responsabilidad contable. Pues bien, sobre este punto concreto, esta Sala debe efectuar unas consideraciones adicionales.

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, y 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 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). En definitiva, el carácter de responsables contables de los Alcaldes que ordenaron los pagos ha sido suficientemente desarrollado en el Fundamento de Derecho anterior. En consecuencia, todo lo que ahora seguirá, debe ser entendido como una consideración, a mayor abundamiento, del pronunciamiento que debe efectuar esta Sala.

En efecto, además de todo lo anterior, los demandados, en su calidad de Alcaldes-Presidentes sucesivos de la Corporación municipal de Siero, contribuyeron con su voluntad a la adopción de los Acuerdos que pretenden invocar como causa de su exoneración de responsabilidad en su calidad de Alcaldes ordenadores del pago. Durante el proceso de instancia, los demandados intentaron, precisamente, que fueran traídos al proceso los restantes miembros de la Corporación municipal utilizando la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario. Dicha excepción fue expresamente rechazada por el Juzgador de instancia por entender que la relación jurídico-procesal se encontraba bien trabada sólo entre el demandante -el Ministerio Fiscal- y los ordenadores de pagos -los sucesivos Alcaldes demandados-.

Conviene recordar, en primer lugar, que desde su Sentencia de 18 de diciembre de 2002, esta Sala ha venido reconociendo, sin ambages, la aplicabilidad de la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario

a la legislación contable. Dicha Sentencia recordó que el litisconsorcio necesario, tanto en su vertiente activa como pasiva, ha sido, en nuestro Derecho, una figura de construcción preferentemente jurisprudencial (ver, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984, 4 de noviembre de 1985, 4 de abril de 1988, 4 de octubre de 1989, y 23 de febrero de 1998). Esta situación, por cierto, cambió tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que en su artículo 12.2 recogió, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico positivo, la figura del litisconsorte con carácter general.

La Sentencia citada de esta Sala reafirmó que no era posible rechazar esta excepción procesal sin un análisis más pormenorizado de cada caso concreto. Y que, para un correcto entendimiento de la cuestión, debe partirse de establecer la diferencia entre una obligación solidaria y una responsabilidad solidaria nacida de una obligación no cumplida. Efectivamente, el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, proclama la solidaridad de la responsabilidad contable declarada, lo que no tiene que significar, necesariamente, que esa responsabilidad solidaria nazca de una obligación asimismo solidaria. Así, en el ámbito de la responsabilidad contable no existe solidaridad en cuanto a la obligación de rendir cuentas. Dicha obligación es de carácter personalísimo, por cuanto que es cada cuentadante quien debe responder acerca de los fondos públicos encomendados y así, para el supuesto de ser varios los responsables directos, existirá una responsabilidad declarada solidaria «ex lege», que no deriva de una obligación solidaria, sino personal, como es la obligación de rendir cuentas, siendo precisamente la Sentencia el título en cuya virtud es exigible la responsabilidad contable de forma solidaria.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha invocado, alternativamente, diferentes principios: el de audiencia, el de evitación de fallos contradictorios, el de unicidad del fallo y el de veracidad de la cosa juzgada, para concluir, en su más reciente jurisprudencia, que el litisconsorcio pasivo necesario viene impuesto por vinculaciones subjetivas, de carácter inescindible, que resultan del objeto de Derecho material deducido en juicio. Es pues, en definitiva, el contenido de esta relación de índole material la que obliga o no a que se constituyan como parte una pluralidad de sujetos. Y es que el litisconsorcio necesario envuelve, en el fondo, un problema de legitimación y tiene una naturaleza, no sólo procesal, sino también material, por lo que la manera de averiguar si existe una pluralidad de sujetos a los que la Sentencia puede afectar, de manera necesaria, es analizar la relación material controvertida bajo el tamiz de la prueba y sobre la certeza de la pretensión esgrimida.

Pero también dijo la referida Sentencia, que una cosa es que quepa en la jurisdicción contable la excepción procesal objeto de controversia, y otra, bien distinta, que la mera invocación de un precedente jurisprudencial pueda ser causa suficiente para su aceptación sin mayor análisis.

Todo lo anterior es especialmente relevante porque, como bien apunta el Ministerio Fiscal, la pretendida ausencia de responsabilidad contable en la actuación de los demandados, al intentar trasladar, de manera reiterada, la posible responsabilidad al Pleno de la Corporación municipal, enmascara una crítica a la constitución de la relación jurídico-procesal, tal como se trabó en la instancia, y como se mantiene en la apelación. Pero, la misma Sentencia de 18 de diciembre de 2002 recordó, también, que son las partes las que deben configurar la relación jurídico-procesal y el Juzgador limitarse a vigilar la idoneidad de la misma y sancionarla solamente cuando, de manera flagrante, esté mal constituida.

El litisconsorcio pasivo necesario controvertido en esta jurídico-procesal, al revés que el litisconsorcio legal (del que pueden ser ejemplos paradigmáticos los contemplados en el artículo 1.139 del Código Civil cuando se refiere a las obligaciones indivisibles, en que la deuda sólo puede hacerse efectiva «procediendo contra todos los deudores», y en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en las tercerías de dominio, ordena que la demanda se dirija contra el ejecutante y el ejecutado cuando el bien a que se refiere haya sido designado por éste), permite un margen de apreciación por parte del Juzgador que da lugar, como tantas veces en Derecho, a la adopción de medidas jurídicas distintas y todas ellas válidas. Así, cuando existe una demanda dirigida contra dos demandados, como en el caso que nos ocupa, en que acaba resultando tan palmaria la responsabilidad individual de los mismos en los actos concretos que sustentaban aquélla, y sin olvidar el carácter especial de esta jurisdicción contable que persigue el resarcimiento de los daños causados con ocasión del manejo de fondos públicos, el litisconsorcio pasivo necesario debe ser aceptado con cautela.

A este respecto, es muy esclarecedor que la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1996, aceptó esta excepción procesal después de constatar que «...se aprecia una evidente falta de determinación en el tiempo de los hechos generadores de la responsabilidad contable y, consiguientemente, en la elección de las personas a las que se les exige cumplir la obligación de rendir cuentas» (Fundamento Jurídico 1º). Es decir, cuando la «elección» del demandado había sido tan especialmente arbitraria que ni siquiera era seguro que, los llamados al proceso, fueran obligados a la rendición de cuentas, dejando fuera del proceso a los que,

posiblemente, lo eran. Nada más lejano a lo que ocurre en este caso en el que se demanda, a quienes eran indubitadamente los responsables del manejo de unos fondos públicos en el momento de la comisión de los hechos, es decir, los Alcaldes- Presidentes de la Corporación Municipal.

DÉCIMOTERCERO.- En fin, para aquellos pagos que la Sentencia apelada consideró que no podía efectuarse un pronunciamiento de responsabilidad contable contra el demandado SR. Augusto , por falta de elementos probatorios suficientes, debe ahora esta Sala efectuar algunas consideraciones adicionales.

Debe recordarse, en primer lugar, que dichos pagos son los efectuados por la Corporación Municipal de Siero, siendo Alcalde DON Augusto , durante el ejercicio económico de 2001, y por un importe total de NOVENTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (90.652,94 #), en concepto de ayudas para gastos farmacéuticos de los empleados municipales, así como para pagos de intereses de préstamos obtenidos por dichos empleados, de entidades financieras, para la adquisición de viviendas.

Los argumentos jurídicos utilizados por la Sentencia apelada para efectuar esta disección en el conjunto total de los pagos que son objeto de la presente controversia trae causa del hecho de que unos, a los que ahora hacemos referencia, no trajeron causa de Acuerdos Plenarios del Ayuntamiento de Siero, al contrario que los restantes, a los que ya hemos hecho referencia sobradamente en la presente resolución. Como quiera que la intervención del Pleno de la Corporación Municipal no ha sido considerada, por esta Sala, como motivación jurídica que pudiera exonerar de responsabilidad contable a los Alcaldes que, posteriormente, efectuaron los pagos que se derivaron de los citados Acuerdos plenarios, ninguna consideración adicional tiene que efectuar esta Sala sobre la pertinencia de declaración de responsabilidad cuando ni siquiera existía esa pretendida causa de exoneración invocada por los Alcaldes demandados (los Acuerdos plenarios, previos a los pagos realizados).

Resta, entonces, analizar si, para el bloque de pagos a que ahora hacemos alusión, constan en autos elementos probatorios suficientes para tener certeza de su pago, y, en consecuencia, del daño producido a los fondos públicos de la Corporación Municipal. Y así, contra lo razonado en la Sentencia apelada, esta Sala entiende que no existe ningún halo de incertidumbre sobre la realización de, dichos pagos.

Corno indica el Ministerio Fiscal (ver folios 8 y siguientes de la pieza de apelación) en su escrito de recurso, las cantidades pagadas por el demandado SR. Augusto , durante el ejercicio 2001, a los empleados del Ayuntamiento de Siero, por los conceptos de gastos farmacéuticos y sanitarios y ayudas para la adquisición de vivienda, que hemos considerado carentes de cobertura legal, en consecuencia, pagos indebidos, se hallan debidamente concretados mediante la correspondiente certificación del Secretario-Interventor que, en su condición de fedatario público, concretó cual fue el importe total de las cantidades satisfechas por dichos conceptos, y en el citado ejercicio, en el documento expedido con fecha 8 de abril de 2005. También coincidimos con el Ministerio Fiscal cuando añade que, la inexistencia en autos de todos los documentos -de naturaleza privada- que fueron el soporte necesario para el pago de las cantidades controvertidas (en esencia, los justificantes de las prestaciones odontológicas, farmacéuticas y sanitarias de los empleados municipales, así como los contratos de préstamo con entidades financieras de dichos empleados) carecen de relevancia jurídica para el pronunciamiento que deba efectuar esta Sala.

Nadie ha puesto en cuestión el importe global de los pagos realizados por el Ayuntamiento de Siero, en el ejercicio económico de 2001, por tales conceptos. Ni el certificado citado del Secretario Interventor, de 8 de abril de 2005, ha sido impugnado por ninguna de las partes.

Y es que este último dato es ya definitivo. Como se ha indicado reiteradamente, la defensa de los demandados, durante todo el proceso, ha centrado sus argumentaciones jurídicas, no en la negación de los hechos (que es donde tiene su aplicación la teoría jurídica de la carga de la prueba), sino en la valoración jurídica que el Juzgador deba dar a los hechos no controvertidos. Así, el escrito de impugnación al recurso de apelación de la representación del SR. Augusto (ver folios 43 y siguientes de la pieza de apelación), tampoco niega, ni intenta invalidar, el certificado del Secretario Interventor. Solamente se adhiere a los criterios mantenidos en el Fundamento de Derecho 6º de la Sentencia apelada, en lo que se refiere a la pertinencia de que se hubieran aportado a autos los documentos soporte de naturaleza privada a los que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Por todo lo anterior entendemos, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que no existe defecto de prueba suficiente en lo que se refiere a este bloque de pagos que, además, quedaron también plenamente identificados en el Acta de liquidación provisional - que es prueba documental incorporada a autos- levantada por el Delegado Instructor en el momento procedimental oportuno».

TERCERO.- La circunstancia, resaltada en el Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia recurrida, de que sea la primera vez que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas se pronuncia sobre *«la cuestión general de la responsabilidad contable derivada de pagos presuntamente indebidos a empleados públicos»*, dota al caso a resolver en esta casación de una especial singularidad, que aconseja extremar el cuidado en el análisis de la sentencia recurrida, dada su transcendencia a efectos jurisprudenciales, rigor en el análisis que es, por lo demás, el normal modo de actuación de este Tribunal Supremo. Por ello, antes de abordar el enjuiciamiento de los motivos del recurso de casación, que han quedado ya enunciados en el Fundamento Primero, es conveniente, aún a riesgo de incurrir en una inusual extensión, que comencemos precisando cuál es el auténtico sentido de la Sentencia recurrida en un análisis exegético de la misma. Y ello, no para hacer un enjuiciamiento exhaustivo de los distintos contenidos de la misma, sino para dejar establecido respecto de ella, dados los límites de la casación a que debemos atenernos, cuáles pueden ser las líneas de nuestro enjuiciamiento. Esto supone de principio, que respecto de las cuestiones que no se nos han planteado en casación, y que se han decidido en la recurrida, de una indudable transcendencia jurídica general, nuestro silencio sobre las mismas no puede interpretarse como aceptación implícita de la corrección o no de los pronunciamientos del Tribunal de Cuentas sobre ellas, sino simplemente, y solo, como falta de pronunciamiento de el Tribunal Supremo sobre tales cuestiones.

Una vez aclarado cual es el sentido de lo decidido en la sentencia recurrida, y establecidos así con certeza cuáles fueron los elementos en función de los cuales la sentencia recurrida ha impuesto al recurrente en casación la responsabilidad que le impone en el concreto marco del procedimiento de reintegro por alcance, será ya el momento de poder entrar a resolver con seguridad los distintos motivos de casación.

Y habida cuenta que la Sentencia recurrida es una sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia absolutoria dictada en primera instancia por un Consejero de Cuentas dentro del procedimiento de reintegro por alcance, es conveniente que nos remontemos a esta primera sentencia, como clave de partida para fijar el sentido de la que la revoca.

A tal efecto dedicaremos los dos siguientes Fundamentos a la exégesis respectiva de cada una de las dos sentencias, y una vez establecida esa exégesis será ya el momento de entrar a dar contestación a los motivos.

CUARTO.- La Sentencia, dictada en primera instancia del procedimiento de reintegro por alcance, en sus tres primeros Fundamentos de Derecho se refiere a la competencia del Tribunal de Cuentas para la resolución del procedimiento de reintegro por alcance (Primero), a la exposición sintetizada contenida de la demanda del Ministerio Fiscal, y de las contestaciones de los dos alcaldes demandados, (Segundo) y al enjuiciamiento y decisión sobre las alegaciones de prescripción (Tercero), cuestión esta última que queda fuera de esta casación, al haberse inadmitido el recurso del alcalde que la planteaba en ella, y al no insistir en la misma el otro recurrente, siendo precisamente una de las cuestiones a las que antes nos hemos referido para fijar el sentido y significación jurisprudencial de nuestra sentencia.

En el cuarto de los Fundamentos de la sentencia que estamos analizando (la de primera instancia) se inicia el estudio de la cuestión que luego se replantea en esta casación, relativa a la delimitación de *«ámbito competencial de los diferentes órganos municipales en materia retributiva y de ordenación de personal»*. Sobre el particular dice el Fundamento Cuarto de la Sentencia:

«En este sentido, hay que resaltar que el artículo 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, (vigente en el momento al que se refieren los hechos, es decir, en su redacción anterior a la efectuada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas de Modernización Local), atribuía al Pleno del Ayuntamiento las competencias referentes a 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, correspondiendo, sin embargo, al Alcalde, según del artículo 21 de dicha Ley y el 41 del Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, por el que se elaboró el Reglamento de Régimen Jurídico, Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, la aprobación de la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección de personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas ni periódicas, desempeñar la jefatura superior de todo el personal y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno en esos últimos casos, en la primera sesión que celebre, disponer gastos dentro de los límites de su competencia y los expresamente previstos en las bases de ejecución del Presupuesto, ordenar los pagos que se efectúen con fondos municipales y públicos, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento».

A continuación pasa el Fundamento que analizamos a enumerar los distintos acuerdos del Pleno, con base en los cuales los alcaldes ordenaron los pagos. Desde esa base de diferenciación de las competencias del Pleno y del Alcalde con arreglo a la normativa de régimen local referida, es cuando en el Fundamento de Derecho siguiente, el Quinto, se pasa a examinar:

«...si los pagos de las nóminas adeudadas por Don y Donen su condición de Alcaldes del Ayuntamiento de Siero, que han sido objeto de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, pueden ser susceptibles de general responsabilidad contable»

Al abordar la posible existencia de responsabilidad, tras una referencia en el encabezamiento del Fundamento de Derecho Quinto a los art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de Mayo y al art. 49.1 de la Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas , y exponer una síntesis de los elementos de la responsabilidad según esos preceptos, se pasa a analizar la posible responsabilidad del primero de los alcaldes demandados, cuestión que, al haberse inadmitido su recurso debe quedar fuera del análisis, que ahora hacemos.

Se pasa a continuación al análisis de la pretensión formulada respecto al segundo de los alcaldes (recurrente en esta casación). La sentencia se detiene en la actuación del Pleno del Ayuntamiento de Siero, tanto en sentido positivo, por la adopción de los Acuerdos en base a los cuales el Alcalde efectuó los pagos (Acuerdo Colectivo para todo el personal municipal para los años 1999-2001, de 16 de diciembre; Propuesta de Organización y Clasificación y Valoración de puestos de trabajo del Ayuntamiento, de 31 de diciembre de 1999; Presupuesto General para el año 2000; Acuerdo de 21 de agosto de 2000), como negativo, al no haber adoptado los acuerdos oportunos tras la suspensión de los acuerdos del Pleno por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Abogado del Estado contra los acuerdos del Pleno antes referidos. Ello sentado, expresa el razonamiento clave para el recurso, que, es el que sigue:

«El Pleno del Ayuntamiento no solo acordó el gasto que determinaba el posible daño a los fondos públicos, sino que teniendo conocimiento de las resoluciones jurisdiccionales que se estaban dictando, suspendiendo los acuerdos o anulándolos, no tomaba ninguna decisión para cumplir con dichas resoluciones»

Y continúa:

«Por lo tanto, el posible daño o perjuicio causado a los fondos públicos por el abono de las retribuciones de todo el personal municipal, durante los meses de julio a diciembre de 1999, con incrementos superiores al límite legal establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1999, por importe de SESENTA Y DOS MIL SEIS EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (62.006,44#), el pago de las nóminas de todo el personal municipal, durante el ejercicio de 2000, con incrementos superiores al límite establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 2000, por importe de CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (486.547.77#), el abono en el ejercicio de 2000 a los empleados municipales y a sus beneficiarios, del 90 por ciento de cualquier gasto sanitario motivado por enfermedad, odontología y prótesis, no cubierto por la Seguridad Social, por importe de NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS (9.560,34#) y el pago de ayudas concedidas en el ejercicio 2000 a los empleados municipales para la adquisición de viviendas, por importe de CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (44.144,74#), sería causado por la actuación del Pleno del Ayuntamiento de Siero, y no por el Alcalde, que se limitó a cumplir y ejecutar los Acuerdos adoptados por el Pleno Municipal, careciendo, por ello, DON Augusto de legitimación pasiva "ad causam" en este proceso, respecto a los hechos anteriormente mencionados».

Tal razonamiento supone de modo inequívoco una negación de la existencia de responsabilidad, que la sentencia reconduce a una falta de legitimación "ad causam".

En el Fundamento de Derecho siguiente, el Sexto, se abordan los pagos ordenados en el ejercicio 2001 de los gastos farmacéuticos y ayudas por intereses de préstamos concedidos por las entidades financieras para la adquisición de viviendas, de las que razona que no existe cobertura, si bien tras un extenso razonamiento sobre la prueba de esos pagos, y del daño, en su caso, producido por ellos, se acaba afirmando que:

«al no haber acreditado el concreto daño que se hubiera podido producir por los pagos realizados en el ejercicio 2001 por el demandado DON Augusto en concepto de gastos médico-farmacéuticos y de adquisición de vivienda no cabe otra cosa que desestimar, así mismo, la demanda formulada por el Ministerio Fiscal en este punto».

Por último la Sentencia en su Fundamento de Derecho Séptimo afirma que:

«resulta obligado hacer alusión a que por parte del Ayuntamiento de Siero se ha tomado la decisión de ejecutar las sentencias dictadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que anulan los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Siero, de 16 y 31 de diciembre de 1999, de 23 de marzo y 21 de agosto de 2000, mediante el oportuno reintegro por parte del personal municipal de los posibles pagos indebidos que han sido objeto de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal a este procedimiento, por lo que el probable perjuicio a los fondos públicos de dicha Corporación no tendría por qué producirse ante el reintegro acordado por la Corporación» .

QUINTO.- La Sentencia dictada en apelación por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ahora recurrida, dedica los siete primeros Fundamentos de Derecho a cuestiones carentes de relevancia en esta casación (F.D. Primero referido a la justificación de la competencia de la Sala; Segundo, a la cuestión de los Hechos Probados de la sentencia recurrida; Tercero, a la expresión de las tesis del Ministerio Fiscal -apelante-; Cuarto y Quinto respectivamente referidos a la exposición de los planteamientos del primero de los alcaldes apelantes y del segundo; Sexto, a la definición de la función del Tribunal de apelación en relación con la fijación de los hechos y la apreciación de la prueba expresados en la Sentencia de Primera instancia).

En el Fundamento de Derecho séptimo (en el que ya se inicia propiamente la incursión en la materia que ahora se suscita en la casación), se hace un «sucinto resumen de los hechos» , «resaltando cuales son los puntos centrales que deben ventilarse en la presente controversia».

Tras hacer un relato de los diversos acuerdos del pleno y en relación con ellos de las distintas resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de Asturias en los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Abogacía del Estado contra ellos, de suspensión cautelar y sentencias definitivas, enunciado de hechos que concluye con la indicación de que dichas sentencias «en el momento del dictado de la presente resolución se encuentran en proceso de ejecución, mediante las pertinentes retenciones efectuadas en las nóminas de los empleados municipales» , concluye el Fundamento precisando cuáles son las cuestiones a resolver en la apelación. El párrafo final del Fundamento es del siguiente tenor literal:

«Por todo lo anterior, lo que se somete, ahora, a la consideración de esta Sala de Justicia es el análisis de las siguientes cuestiones: a) la legitimación pasiva de los demandados D. y D., Alcaldes que fueron del Ayuntamiento de Siero en el período en que se cometieron los hechos objeto de debate; b) si ha existido alcance en los fondos públicos de la citada Corporación municipal por el pago de las retribuciones que fueron objeto de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, ahora recurrente, lo que está en íntima conexión con la valoración de la prueba obrante en autos; y c) la trascendencia que, para el presente proceso, pueda tener el hecho de que el Ayuntamiento de Siero, en ejecución de las sentencias de los tribunales del orden contencioso-administrativo, a los que se ha venido haciendo referencia de manera reiterada en la presente resolución, haya ido detrayendo, en las nóminas de los empleados municipales, parte de los pagos que se efectuaron con infracción del ordenamiento jurídico, según el criterio de dichos órganos jurisdiccionales».

Queda claro en ese enunciado que no se incluye entre las cuestiones a resolver la atinente a las diferentes competencias del Pleno y del Alcalde, analizados en el F.D. Cuarto de la sentencia de primera instancia y a su vez base del razonamiento de absolución expuesto en el quinto de esa misma sentencia, que es, a su vez, clave de argumentación del motivo tercero de la actual casación.

En el Fundamento de Derecho noveno la sentencia de la Sala de Justicia aborda la cuestión atinente a la falta de legitimación, proclamada en la Sentencia de primera instancia, para acabar afirmando su existencia.

Son importantes en su razonamiento, y a los efectos que ahora nos ocupan, una serie de pasajes del mismo, que conviene traer aquí a colación en el actual estudio exegético.

Tras afirmar la condición de ordenadores de pagos de los Alcaldes demandados con arreglo a los arts. 21.1.f de la Ley 7/1985 y 167 de la Ley 32/1988 , textos legales vigentes en el momento en que se cometieron los hechos, se dice:

«Como consecuencia de lo anterior, la legitimación pasiva de los demandados resulta incuestionable. Lo que ocurre, en el presente caso, es que la Sentencia ahora apelada, llega a la conclusión de la falta de

legitimación pasiva de los demandados, en la actuación concreta que es objeto de la presente controversia, por una vía indirecta. Lo que entiende el Juzgador de instancia, y combate ahora el Ministerio Fiscal en su apelación, es que la cuestión relevante en la presente litis no debe centrarse, como pretende el demandante (ahora recurrente) en quien ordenó los pagos presuntamente indebidos, sino quien o quienes adoptaron los Acuerdos administrativos, que fueron el antecedente jurídico necesario para realizar la mayor parte de dichos pagos. De esta manera la Sentencia apelada entiende en su Fundamento de Derecho 5º, que la mayor parte de los pagos objeto del presente procedimiento jurisdiccional (todos los que se refieren a los pagos de nóminas por encima de las cantidades reflejadas en las Leyes de Presupuestos) se produjeron por la actuación del Pleno del Ayuntamiento, órgano diferente al del Alcalde Presidente. Continúa entendiendo la Sentencia apelada, en consecuencia, que los demandados SRES..... Y se limitaron a cumplir y ejecutar los acuerdos adoptados por el Pleno Municipal, en consecuencia, carecen de legitimación .»

Conviene recordar aquí la valoración que hacíamos más atrás a propósito del razonamiento de la sentencia de primera instancia, aludida en el pasaje transcrito de la de apelación, de que dicho razonamiento supone de modo inequívoco una negación de la existencia de responsabilidad, que se reconduce a una falta de legitimación. Por eso consideramos que todo el razonamiento ulterior para justificar la existencia de la legitimación del F.D. noveno de la Sentencia de apelación, aquí recurrida, tiene que ver con una correcta valoración en el plano procesal de la existencia de la legitimación, negada en la sentencia de instancia, lo que compartimos sin reservas. Pero esa justificación de la existencia de la legitimación: plano procesal, deja indemne el razonamiento de la sentencia de primera instancia en su sentido sustancial, antes destacado, que en realidad, como observamos antes, se refiere a la inexistencia de la responsabilidad del Alcalde.

En la conclusión del Fundamento de Derecho Noveno, en la que se rechaza la falta de legitimación "ad causam" de los demandados, se hace una afirmación, que merece ser destacada. Se dice:

«Los mismos ordenaron los pagos, en el ejercicio de su legítimas competencias, presuntamente indebidos. También formaron parte, precisamente en su calidad de Alcaldes de la Corporación Municipal, de los Plenos que aprobaron los gastos que fueron el antecedente de los pagos que luego realizaron, constando en autos su voto afirmativo en el seno de dichos Plenos».

Conviene advertir que aquí se introduce una idea en la que se mezclan dos planos jurídicos de diferente consideración: el de la responsabilidad como miembros del Pleno en la adopción de acuerdos vulneradores de la Ley de Presupuestos del Estado, y el de la responsabilidad por la ejecución de los acuerdos del Pleno, a los que estaban vinculados, que deben tener un tratamiento diferente, e incluso unos cauces diferenciados en cuanto al procedimiento legal de exigencia de responsabilidad.

La Sentencia recurrida pasa a continuación en el F.D. Décimo a razonar la existencia del alcance, diciendo de inicio respecto de la sentencia de primera instancia que:

«...hay que continuar recordando que no se pronuncia expresamente sobre la posible existencia del alcance» .

Conviene observar que eso no es del todo exacto, pues en el F.D. Séptimo de la Sentencia aludida, como se destacó antes, ésta se refiere a la ejecución en trámite de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Asturias, que anularon los Acuerdos del Pleno, sobre cuya base se efectuaron los pagos, *«mediante el oportuno reintegro por parte del personal municipal de los posibles pagos indebidos que han sido objeto de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal en este procedimiento, por lo que el probable perjuicio a los fondos públicos de dicha Corporación no tendría por qué producirse ante el reintegro acordado por la Corporación» .*

Enumera a continuación el F.D. Décimo los diferentes pagos efectuados por encima del límite legal establecido en la Ley General de Presupuestos, y a los reparos efectuados por la Secretaria-interventora, con referencia a los dos bloques de pagos diferenciados en los F.F.D.D. 5º y 6º de la sentencia de primera instancia (esto es, pagos efectuados en los ejercicios 1999 y 2000 y los del 2001), para acabar concluyendo:

«que se dan todos los requisitos para calificar que los dos bloques de pagos que distingue la sentencia apelada, como constitutivos de alcance, que debe cifrarse, como indica el Ministerio Fiscal, en un importe de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DIECISIETE EUROS CON SETENTA Y OCHO CENTIMOS (747.017,78#)».

Puede observarse hasta aquí que la sentencia de apelación no desvirtúa hasta este momento la apreciación clave de la Sentencia de primera instancia de la inexistencia de responsabilidad de los Alcaldes por los pagos y la imputación de la responsabilidad por los excesos al Pleno de la Corporación, aunque, de

modo procesalmente erróneo, esa apreciación la recondujese a negar la legitimación pasiva, lo que no resta virtualidad, no obstante, a la apreciación clave, que es el objeto, en definitiva, sobre el que gira la problemática más esencial del caso.

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 esa 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.

Continúa el fundamento, indicando que la Sala va examinar la concurrencia en el caso de los dos últimos supuestos", de los seis que antes ha dejado enunciados (esto es: "e) que sean manifestación de una conducta dolosa o gravemente negligente; y f) que entre dicha [sic lógicamente se alude a dicha conducta] y el menoscabo producido exista relación de causalidad").

Pero antes de entrar en ese anunciado análisis, el fundamento se detiene en el elemento del daño, con vulneración de la normativa contable o presupuestaria, con reflejo contable (lo que tiene que ver los requisitos que en párrafo precedente enuncia el Fundamento como a), b), c) y d).

Al respecto se dice:

«En efecto, ya nos hemos pronunciado sobre la existencia de un daño en el patrimonio público de la Corporación Municipal de Siero con vulneración de normativa contable y presupuestaria, como consecuencia de acciones u omisiones que han tenido el correspondiente reflejo contable» .

Evidentemente este pasaje del Fundamento no supone sino una remisión al contenido del Fundamento precedente, en el que quedó razonada la existencia del alcance.

Y continúa el Fundamento en lo que consideramos que constituye, y la propia sentencia recurrida así lo destaca, el verdadero núcleo central de la cuestión litigiosa, afirmando:

«Lo que resta es analizar si los demandados por el Ministerio Fiscal, Sres..... y, que ostentaban la condición de legitimados pasivos en el procedimiento contable, son merecedores del reproche que los convertiría en responsable contables. Es decir, que su conducta haya tenido el carácter de al menos, gravemente negligente, y que dicha actuación haya producido el menoscabo en los fondos municipales» .

Tras afirmar que ese es "un punto central de todo proceso contable" y que "lo es más en el asunto que ahora nos ocupa", el fundamento que analizamos dice:

«...ello es así porque...la defensa de los demandados (que ahora impugnan el recurso del Ministerio Fiscal) se centra en considerar que la nota esencial que debe dar lugar a su exoneración de responsabilidad en el presente procedimiento es, precisamente -y sin negar la existencia de los pagos realizados- que su actuación no reúne los requisitos exigidos por la legislación y la doctrina de esta Sala para ser declarados responsables contables. El punto central de esta argumentación se basa en que los Acuerdos sucesivos del

Pleno del Ayuntamiento de Siero, acordando el pago de retribuciones por encima de los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos del Estado para los ejercicios 1999 y 2000, así como los derivados del pago para prestaciones sanitarias y ayudas para compra de viviendas, exonerarían a los Alcaldes de cualquier tipo de responsabilidad, cuando efectuaron dichos pagos, que no fue más que el cumplimiento de un acto debido».

Conviene detenerse con precisión en ese planteamiento, que es en el que propiamente se sitúa el auténtico núcleo problemático del caso, como base previa para poder fijar el sentido de la respuesta que en él se da en la ulterior argumentación del Fundamento. En primer lugar debemos volver a la exégesis que hacíamos de la Sentencia de Primera Instancia en el F.D. Cuarto, de esta nuestra sentencia que, al enfrentarse con ese mismo punto, y según destacamos en su momento, dice - que *«el posible daño o perjuicio causado a los fondos públicos... sería causado por la actuación del Pleno del Ayuntamiento de Siero, y no por el Alcalde que se limitó a cumplir y ejecutar los Acuerdos adoptados y el Pleno municipal ...»* . Decíamos en su momento, y es conveniente reiterarlo aquí, que tal razonamiento aunque supone de modo inequívoco una negación de la existencia de responsabilidad, la sentencia lo reconduce a una falta de legitimación "ad causam".

Y en relación ya con ese contenido de la Sentencia de primera instancia y el análisis que de él hace la de apelación, aquí recurrida, en su F.D. Noveno, decíamos en el F.D. Quinto, de esta nuestra sentencia, al aceptar con la recurrida que no existía la falta de legitimación, a la que la sentencia de primera instancia reconducía su previa imputación de la causación del daño, no al Alcalde, sino al Pleno, que "esa justificación de la existencia de la legitimación, plano procesal, deja indemne el razonamiento de la sentencia de primera instancia en su sentido sustancial, antes destacado, que en realidad, como observamos antes, se refiere a una inexistencia de la responsabilidad del Alcalde".

Todavía sobre esa idea insistíamos en este mismo Fundamento de nuestra Sentencia en pasaje anterior, en el que, al hacer la exégesis del F.D. Décimo de la recurrida reiteramos en relación con el juicio sobre la existencia del alcance, que hasta ese momento la sentencia de apelación no demostraba "la apreciación clave de la existencia de primera instancia de la inexistencia de responsabilidad de los alcaldes por los pagos y la imputación de la responsabilidad por los excesos al Pleno de la Corporación, aunque, de modo procesalmente erróneo, la recondujese a negar la legitimación pasiva, lo que no resta virtualidad, no obstante, a la apreciación clave, que es el objeto, en definitiva, sobre el que gira el motivo de casación que ahora analizamos".

Aun conscientes de la reiteración en que incurrimos, resultaba conveniente la insistencia en ese punto, que no es solo, como dice el Fundamento que analizamos, planteamiento reiterado en la defensa de los demandados, sino clave esencial de su absolución en la primera instancia.

Parece así que ese punto esencial, correctamente sintetizado en el Fundamento de la Sentencia de apelación que analizamos, y establecido en la Sentencia de primera instancia, reclamaba respuesta adecuada en la sentencia de apelación. Se trata de la determinación de cual sea el órgano del Ayuntamiento causante del afirmado daño a los caudales públicos del Ayuntamiento de Siero.

Pues bien, esa respuesta la consideramos ausente en el Fundamento, que elude todo análisis relativo a la imputación del daño a uno u otro órgano municipal, y dando en realidad por sentado que ese causante es el Alcalde, lo que hace es razonar sobre la ilegalidad de los pagos y sobre la negligencia del Alcalde, al no atenerse a reparos de la interventora.

Se dice sobre uno y otro extremo:

«1. Las diversas resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias no hacen más que confirmar la ilegalidad de los pagos realizados, al basarse en unos Acuerdos que fueron declarados nulos de pleno derecho».

Conviene observar que ese argumento nada tiene que ver con la cuestión a la que pretende dar respuesta, que antes se enunció-

Ese apartado continúa de inmediato con una afirmación muy discutible, cuando afirma que:

«Las resoluciones de los Tribunales Contencioso-Administrativos no vinculan en este punto al Tribunal de Cuentas...».

Eludimos entrar en ese drástico planteamiento del Tribunal de Cuentas, por no ser preciso para la solución del caso, aunque dando por sentado que no podemos aceptarlo de partida. Pero en todo caso debe advertirse que el pasaje tiene una decisiva importancia en este caso para fijar los términos en los que la sentencia basa su decisión, y dejar cerrado el paso a otros hipotéticos planteamientos de imputación al Alcalde

de posible responsabilidad por alcance en relación con pagos efectuados después de que los acuerdos del Pleno, con base en los que se realizan, habían sido suspendidos en los recursos contencioso- administrativos contra dichos acuerdos.

Que no es esa perspectiva posible de imputación de la responsabilidad al Alcalde recurrente en casación la que soporta la decisión de la Sentencia recurrida, lo deja claro el propio apartado 1 analizado, que en su párrafo final concluye en los siguientes términos:

«Con todo ello lo que quiere recordar esta Sala es que resulta inútil el esfuerzo de los demandados por pretender ligar la posible estimación del Ministerio Fiscal ante esta jurisdicción, necesariamente, a los dictados de las resoluciones contencioso- administrativas y al instante concreto en que las mismas se fueron produciendo».

Es claro que, para imputar la causación del daño en la Sentencia, no se aísla la conducta del Alcalde, en cuanto ordenador de pagos, por los efectuados tras la suspensión de los Acuerdos del Pleno recurridos ante la Jurisdicción contencioso- administrativo, desvinculando así desde ese momento la conducta del Alcalde de los acuerdos del Pleno. En otros términos, no se sustituye el juicio global de exoneración de responsabilidad de la Sentencia de primera instancia, por un juicio de imputación de responsabilidad al Alcalde por los pagos ordenados después de la referida suspensión. Por el contrario, el juicio en el que se imputa la causación del menoscabo afirmado en la sentencia recurrida se mantiene en los propios términos de globalidad respecto a los que se refirió la sentencia de primera instancia.

Esa otra base posible de imputación de responsabilidad apuntada no es la establecida en la sentencia recurrida; lo que a la hora de nuestro enjuiciamiento de ella supone que debamos atenernos a ese juicio globalizador, sin sustituirlo por otro diferente, montado, en su caso, sobre bases fácticas y jurídicas distintas de las establecidas en la sentencia recurrida en casación.

En cuanto al otro contenido del pasaje de la Sentencia que estamos considerando, se dice en su apartado 2 del Fundamento analizado:

«2. Los pagos objeto de la presente controversia fueron realizados, como ya se ha indicado anteriormente, con la contravención directa de una norma presupuestaria o contable, como las Leyes de Presupuestos; o, para el caso de los pagos ligados a ayudas farmacéuticas o adquisición de viviendas, sin apoyo en norma jurídica alguna. Es decir existió una contravención frontal de lo dispuesto en el art. 141 . I.d) de la Ley General Presupuestaria aprobada por Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988 - vigente en el momento en que se cometieron los hechos-.

Y lo fueron con la existencia de continuos reparos a dichos pagos por la Interventora municipal. En definitiva, el conocimiento de la ilegalidad de las retribuciones tenía que ser suficientemente conocido, para un supuesto de tan fácil interpretación como el que nos ocupa, por los Alcaldes-Presidentes de la Corporación municipal, que estaban obligados, por su condición de tales, a la rendición de cuentas y a un exhaustivo control de los fondos públicos existentes a su cargo. No hay que olvidar, a este respecto, que la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, vigente en el momento en que se cometieron los hechos ya separaba, nítidamente, el acto administrativo de aprobación de los presupuestos, con la ordenación de los pagos, que se atribuían al Alcalde (art. 167 del mismo texto legal), lo que se reiteraba en el art. 62 del R.D. 500/1990, de 9 de abril . Todo ello convertía a los Alcaldes-Presidentes de la Corporación Municipal en deudores de una obligación personal de la que sólo ellos deberían responder. Y no consta en las presentes actuaciones que los mismos, ante los reparos de la Intervención municipal, hicieran otra cosa que continuar ordenando los pagos que deben declararse indebidos.

3. El elemento de culpa grave o negligencia de los demandados, no puede verse vinculado, necesariamente, por tanto, a los diferentes Autos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ordenando la suspensión cautelar de los pagos que, pese a ello, se realizaron; ni tampoco a las Sentencias definitivas que recayeron decretando la nulidad de dichos actos. Conocidos los primeros Autos de suspensión cautelar sólo puede reafirmarse la existencia de una acción gravemente negligente por los ordenadores de pagos. Pero sólo reafirmarse. Sin que, por lo que se ha indicado anteriormente, debamos dejar de calificar de culpa grave a las actuaciones que dieron lugar a la ordenación de los pagos controvertidos, aún antes de las primeras resoluciones contencioso-administrativas. Por todo lo que se ha indicado anteriormente, la actuación de los demandados se alejó, de manera clara, de las pautas de vigilancia de los fondos públicos que corresponde a los ordenadores de pagos y a la diligencia exigida de los mismos, que sería, al menos, la de un buen padre de familia (ver, por todas, Sentencia de esta Sala 13/2007, de 23 de julio). » .

La larga transcripción del texto del apartado 2 del Fundamento que analizamos pone de manifiesto que en él, (al margen de la cita de los preceptos legales en él referidos, que, como en su momento razonaremos, no se puede considerar determinantes para decidir si la causación del daño debe imputarse a uno u otro órgano municipal: Pleno o Alcalde), lo único que se hace es razonar acerca del dolo o negligencia grave, lo que no tiene propiamente relación, según antes anticipamos, con el "punto central" de la argumentación de los recurridos en apelación, al que se refirió el Fundamento y a lo que, como respuesta para el rechazo de la tesis de los a la sazón recurridos (uno de ellos recurrente ahora en casación), el Fundamento de Derecho analizado dedicó la argumentación contenida en los transcritos puntos 1 y 2.

Pero además al apartado 2 del Fundamento que comentamos insiste en lo ya apuntado en el 1, y resaltado antes en nuestra exégesis, de desvincular la imputación de la responsabilidad, de las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuales se toman en consideración sólo como elemento de refuerzo o de reafirmación de la negligencia, que no como soporte de una base fáctica distinta desde la que se imputa la causación del afirmado daño, a partir de una eventual desvinculación de la conducta del Alcalde de los acuerdos del Pleno desde el momento de su suspensión. Tal alternativa hipotética de imputación subjetiva de la causación del daño, se insiste, no es sobre la que se asienta la sentencia recurrida. En otros términos, se reafirma en ese fundamento la apreciación globalizada de la conducta del Alcalde como ordenador de pagos en relación con los acuerdos del Pleno.

El fundamento de Derecho siguiente se dedica al rechazo de la alegación de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber llamado al procedimiento a los integrantes del Pleno del Ayuntamiento.

«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, y 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 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). En definitiva, el carácter de responsables contables de los Alcaldes que ordenaron los pagos ha sido suficientemente desarrollado en el Fundamento de Derecho anterior. En consecuencia, todo lo que ahora seguirá, debe ser entendido como una consideración, a mayor abundamiento, del pronunciamiento que debe efectuar esta Sala.»

En efecto, además de todo lo anterior, los demandados, en su calidad de Alcaldes-Presidentes sucesivos de la Corporación municipal de Siero, contribuyeron con su voluntad a la adopción de los Acuerdos que pretenden invocar como causa de su exoneración de responsabilidad en su calidad de Alcaldes ordenadores del pago.»

Es claro que en el razonamiento expuesto se sigue reiterando el soporte de la imputación de responsabilidad en la condición de los alcaldes como ordenadores de pagos, y que el elemento añadido a esa condición jurídica, que, dice el Fundamento, se expone a mayor abundamiento, es el de la participación de los alcaldes recurridos en la apelación en la adopción de los acuerdos del Pleno.

Se insiste así en el fundamento Duodécimo de la sentencia recurrida, en cuanto a ese elemento añadido, en idea ya expresada antes en su Fundamento de Derecho Noveno, respecto del que ya antes en nuestra exégesis llamábamos la atención sobre el hecho de que se mezclaban dos planos jurídicos de diferente consideración, bastando aquí con remitirnos a lo que al respecto ya dijimos.

El ulterior contenido del Fundamento Duodécimo consiste en una exposición de doctrina procesal sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, su aplicación a la legitimación contable, y su rechazo en este caso.

El Fundamento de Derecho Decimotercero de la sentencia recurrida tiene que ver con la apreciación por la Sentencia de primera instancia en su F.D. Sexto de la inexistencia de prueba sobre los perjuicios causados al Ayuntamiento de Siero por los pagos ordenados por el segundo de los alcaldes en el ejercicio de 2001, motivo de su absolución respecto de éstos, razonando frente a los argumentos de la Sentencia de Primera instancia la existencia de prueba sobre el particular, concluyendo la argumentación con la siguiente conclusión:

«Por todo lo anterior entendemos, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que no existe defecto de prueba suficiente en lo que se refiere a este bloque de pagos que, además, quedaron también plenamente identificados en el Acta de liquidación provisional - que es prueba documental incorporada a autos- levantada por el Delegado Instructor en el momento procedimental oportuno.»

El Fundamento de derecho Decimocuarto es de carácter conclusivo respecto a los precedentes, y de afirmación del alcance con especificación detallada de las distintas partidas que lo integran, de afirmación de la responsabilidad contable por él en la proporción indicada por el Ministerio Fiscal apelante y de estimación de la pretensión de condena.

A ello se añaden unas consideraciones, saliendo al paso de las expuestas en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia de primera instancia, respecto de la incidencia sobre el procedimiento contable de reintegro por alcance del hecho de que en ejecución de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Asturias, que anularon los distintos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Siero, sobre cuya base los alcaldes ordenaron los pagos, se estuviesen reintegrando por el personal municipal las cantidades que se les habían abonado con base en los acuerdos anulados.

Tras plantear la cuestión con referencia a lo indicado en la Sentencia de primera instancia y a la impugnación de esa sentencia por el Ministerio Fiscal en ese particular, el Fundamento de la de apelación que ahora examinamos concluye en los siguientes términos:

«Sin que esta Sala deba entrar a valorar las interpretaciones de las partes sobre la secuencia de los hechos, lo cierto es que, como alega el Ministerio Fiscal, la declaración del alcance no debe minorarse por la existencia de reintegros parciales que se vienen efectuando. El certificado de la Tesorería municipal del Ayuntamiento de Siero que acompaña a la del Alcalde de dicha Corporación municipal, a la que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, habla, precisamente, de reintegro de salarios indebidos, pagos indebidos y, en consecuencia, el alcance ascendió al importe que ha detallado esta Sala en Fundamentos de Derecho anteriores.

Todo lo anterior debe manifestarse sin perjuicio de que, en el momento en que se ejecute la presente resolución, se tengan en cuenta las cantidades que hayan ido siendo reintegradas al Ayuntamiento de Siero como consecuencia de los Acuerdos administrativos que se han ido dictando a partir de marzo de 2008, en ejecución de las Sentencias dictadas por los Tribunales Contencioso-Administrativos. Todo ello para evitar que se produzca enriquecimiento injusto alguno en los fondos públicos de la citada Corporación».

Supone la argumentación transcrita, en lo que la Sala de Justicia rechaza la argumentación sobre el mismo punto del F.D. Séptimo de la Sentencia de primera instancia, que en ella se reafirma una existencia del alcance; esto es, del menoscabo de los fondos públicos del Ayuntamiento, pese a que, cuando se dictó la Sentencia que resolvió en primera instancia el procedimiento de reintegro, ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa se había acordado ya el reintegro de los fondos en que el afirmado alcance consistía; lo que supone la existencia de dos vías simultáneas: una ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y otra ante el Tribunal de Cuentas.

SEXTO.- Examinado el significado de la sentencia recurrida, es ya el momento de entrar a resolver los motivos de casación.

Para la ordenada respuesta a ellos debemos tener en cuenta que en la Sentencia recurrida, (siguiendo sobre el particular la pauta que ya la marcaba la sentencia de primera instancia) se distinguen dos fases temporales, correspondiente a los ejercicios económicos de 1999 y 2000, por una parte, y el ejercicio de 2001 por otra, refiriéndose a cada una de ellos los alcances imputados.

Los motivos primero y tercero se refieren al alcance atinente al ejercicio de 2001, y tienen la nota en común de plantearse en ellos cuestiones relativas a la prueba, entre las que existe una estrecha vinculación. Tales cuestiones nada tienen que ver con las suscitadas en el motivo segundo. Por ello, alterando el orden de proposición del recurrente, examinaremos en primer lugar, y en orden sucesivo, los motivos primero y tercero, dejando para el final el examen del motivo segundo.

El primero de los motivos del recurso de casación, formulado por error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en el procedimiento que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros medios de prueba (artículo 82.1.4º de la LFTCu), denuncia la vulneración del artículo 217 de la LEC por indebida aplicación, y de las normas sobre valoración de la prueba, en particular del artículo 386 de la LEC , relativo a la regla de presunciones y las reglas de la sana crítica, de la lógica y de la razón, afectando todo ello al principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución -vulneración que anuncia se articulará como motivo independiente de impugnación- en la interpretación y con el alcance casacional que a tal vulneración atribuye la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, a cuyo efecto cita las sentencias de esta Sala de 11 y 17 de febrero de

2004 sobre la imposibilidad, con carácter general, de revisar en casación la valoración de la prueba efectuada en la instancia.

En el desarrollo argumental del motivo aduce que la relevancia de esta infracción resulta del FD 13ª de la sentencia impugnada, que considera debidamente concretados, mediante la correspondiente certificación del Secretario- Interventor de fecha 8 de abril de 2005, los pagos indebidos a los empleados municipales durante el ejercicio 2001 por los conceptos de gastos farmacéuticos y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social y ayudas para el pago de intereses de préstamos para la adquisición de vivienda.

Señala que la sentencia impugnada incurre en un doble error. El primero, al considerar que tales gastos carecían de cobertura alguna, pues tras la anulación de los Convenios Colectivos para 1996/1997 y 1999/2000, recuperó su vigencia el de 1988/1989, donde se encontraban previstos, extremo que consta documentalmente acreditado en el procedimiento mediante informe complementario de la Intervención de fondos del Ayuntamiento de Siero, sobre el que no se pronuncia la sentencia impugnada. Y el segundo, al cuantificar el posible perjuicio ocasionado en los fondos públicos, pues en caso de apreciarse la existencia de alcance por estos conceptos, éste sólo podría entenderse producido en el diferencial existente entre las cuantías previstas en el Convenio Colectivo vigente (1988/1989) y las efectivamente satisfechas, lo que según la Interventora del Ayuntamiento de Siero arrojaría un resultado de 3.049,27 # (por prestaciones por asistencia médica farmacéutica) y 22.367,80 # (por ayudas para la adquisición de vivienda).

Constatado lo anterior, continua afirmando que, contrariamente a lo manifestado por la Sala de Justicia, no existe en autos documento, ni se ha practicado prueba que acredite ni individualice, con independencia de los pagos realizados, la existencia del alcance contable en los fondos públicos de la Corporación, pues el Informe de la intervención Municipal de fecha 8 de abril de 2005, cuyo contenido es contundente e indubitado, con base en el cual la Sala de Justicia del TCu le condena al abono de dichos gastos, se limitaba a manifestar que: «(i) no resultaba posible señalar la evaluación del perjuicio causado, (ii) que resulta imposible pretender una evaluación individualizada de las prestaciones, y que además (iii) sería muy complejo determinar la situación con la que habría de compararse la prestación aplicada (a cada beneficiario). Asimismo, el Informe de la Intervención de Fondos concluía señalando que (iv) "se hará una ponderación del perjuicio mínimo, esto es, del 5%" y, a partir de abril de 2000, (v) debe evaluarse en el diferencial existente entre las cuantías previstas en el Convenio Colectivo vigente (1988-1989) y las efectivamente satisfechas».

Añade que la sentencia incurre en un error, cuando señala (pág. 32), literalmente, que *"nadie Ha puesto en cuestión el importe global de los pagos realizados por el Ayuntamiento de Siero, en el ejercicio económico de 2001, por tales conceptos. Ni el certificado del Secretario Interventor, de 8 de abril de 2005, ha sido impugnado por ninguna de las partes"*, pues ya se opuso en el trámite de contestación a la demanda -como puede comprobarse examinando las actuaciones- a las pretensiones del Ministerio Fiscal por las razones ya expuestas.

Con cita de la doctrina del Tribunal de Cuentas sobre la plena aplicabilidad del artículo 217 de la LEC al ámbito de la jurisdicción contable, y la jurisprudencia de esta Sala sobre ese mismo artículo, concluye, en definitiva, que la sentencia impugnada no ha probado, en lo que al segundo bloque de pagos se refiere, que los pagos efectuados produzcan un menoscabo en las arcas públicas del Ilmo. Ayuntamiento de Siero y, por ende, constituyan una infracción generadora de responsabilidad contable, vulnerando el artículo 217 de la LEC, que traslada a la parte actora la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que pretende aplicar, lo que aquí no ha ocurrido.

Considera asimismo vulnerado el artículo 386 del mismo texto legal, relativo a la regla de presunciones, pues a partir de un hecho base -pagos a empleados municipales por los conceptos mencionados- la Sala de Justicia presume la certeza de otro hecho, con base en el cual le condena: el menoscabo en los fondos públicos de la Corporación municipal.

Con cita de la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2004 sobre la prueba de presunciones, afirma que en el supuesto aquí examinado la escasa actividad probatoria llevada a cabo por el Ministerio Fiscal no permite estimar que las cifras consignadas en el Informe emitido por la Interventora del Ayuntamiento de Siero de 8 de abril de 2005 constituya o configure un elemento objetivo, que acredite un nexo jurídico con el presunto daño efectivo causado a los fondos públicos, pues en ella no se individualiza mediante la documentación oportuna el daño efectivamente producido (facturas de gastos sanitarios, préstamos efectivamente concedidos para la adquisición de viviendas...), sin que la sentencia refleje debidamente los hechos cuya concatenación lógica habría de llevar a la atribución de responsabilidad contable al recurrente.

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del motivo.

Con cita de la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 18 de julio de 2005) que exige al motivo de casación utilizado por la recurrente (art. 82.1.4º de la LFTCu) <<(...) que el error sea evidente, y esté basado en elementos que obren ya en los autos y demuestre la equivocación del juzgador, sin contradicción con otras pruebas (...) sin necesidad de acudir a interpretaciones o nuevas apreciaciones de la prueba y mucho menos a otra apreciación global de la misma, a través de una revisión total (...) , aduce que en el presente caso, ni tan siquiera se citan por el recurrente el documento o documentos que acreditan el error en la apreciación de la prueba, porque lo que sí está justificado es que se efectuaron los pagos indebidos, constitutivos de alcance, pretendiendo en definitiva una nueva apreciación global de las pruebas practicadas, expresamente prohibida por la jurisprudencia citada.

SEPTIMO.- Planteado el primero de los motivos en los términos que resultan del fundamento precedente, hemos de comenzar recordando, según reiterada jurisprudencia de la Sala (por todas, sentencias de 26 de noviembre de 2010 -R.C. núm. 4169/2009- F.D. 6º- y 30 de junio de 2011 - R.C. núm. 2009/2010 - F.D. 12º), que el motivo casacional que nos ocupa, específico y peculiar del recurso de casación en materia contable, exige que se trate de un error "evidente", basado en documentos que obren en el procedimiento, que deben mencionarse específicamente, y de cuyo examen se deduzca la equivocación del juzgador.

Por tanto, según la reiterada doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 2-11-2005 -rec. 1945/2000 - y 2 de julio de 2004 - rec. 8924/1999 -), no puede pretenderse de la Sala un nuevo análisis de la prueba y los documentos, en que se apoye el recurrente para formularlo, han de ser contundentes e indubitados, de manera que es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien lo contrario de lo afirmado o negado en la sentencia recurrida. La equivocación ha de ser apreciable a la simple vista del documento o documentos que se señalen, de manera que pueda constatarse fácilmente, sin necesidad de acudir a interpretaciones o nuevas apreciaciones de la prueba, y mucho menos a otra apreciación global de la misma a través de una revisión total.

Lo expuesto conduce a la necesaria desestimación del motivo que analizamos. En primer lugar, porque, en contra de lo exigido por la norma, el recurrente no identifica adecuadamente y con la precisión necesaria el documento que sirve de base al motivo, trasladando a la parte recurrida y a esta propia Sala dicha obligación, lo cual constituiría razón suficiente para su rechazo.

En este sentido de la lectura del extenso motivo primero del recurso parece deducirse que tales documentos serían los denominados por el recurrente, respectivamente, «Informe de la Intervención Municipal de fecha 8 de abril de 2005» (folio 11 del escrito de interposición del recurso de casación) e «Informe de la Intervención de Fondos del Ayuntamiento de Siero» e «Informe complementario» (último párrafo del folio número 10 del citado escrito), en este último caso sin indicación de fecha, ni del tomo y folio de las actuaciones donde se encuentra y sin acompañar copia del mismo que permita su clara identificación, lo cual sólo resulta posible -con la consiguiente ausencia de certeza-, atendida la referencia contenida en el último párrafo del folio número 15 del escrito de interposición al «Informe complementario de 12 de diciembre de 2005», después de analizar las Actuaciones Previas nº 119/04, a cuyos folios números 48 a 50 figura un Informe de la Interventora del Ayuntamiento de Siero de esa misma fecha, que pudiera ser el invocado por el actual recurrente en casación como fundamento del motivo.

Y, en segundo lugar, aunque se obviara lo anterior, porque el desarrollo del motivo, con continuas menciones a la vulneración de los artículos 217 y 386 de la LEC , de «las normas de valoración de la prueba» y «las reglas de la sana crítica, de la lógica y de la razón» , y la jurisprudencia de la Sala sobre la posibilidad de revisar en casación la valoración de la prueba efectuada por el órgano a quo, revela que el recurrente no denuncia un error evidente y manifiesto, sino que pretende de esta Sala una nueva valoración de la prueba efectuada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que acoja su versión sobre la inexistencia, por defecto de prueba, de alcance en los fondos públicos, y de su responsabilidad en el mismo, no constituyendo el motivo empleado cauce adecuado para ello.

OCTAVO.- El motivo tercero del recurso de casación, formulado al amparo del artículo 82.1.5º LFTCu (infracción de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes), denuncia la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la CE .

Invoca el recurrente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho de defensa, que impide condenar a nadie sin una prueba de cargo

suficiente y que desde una perspectiva procesal desplaza la carga de la prueba ("onus probandi") a quien acusa.

Considera infringido el citado derecho fundamental por la sentencia impugnada, por cuanto en el procedimiento de reintegro por alcance seguido no se ha practicado ni existe prueba suficiente que demuestre la existencia del alcance respecto de los pagos mencionados en el motivo primero de casación, alcance en los fondos públicos que se concreta por el TCu en la cifra de 45.326,47 # (gastos farmacéuticos) y otros 45.326,47 #, en concepto de ayuda a los intereses de préstamos concedidos por entidades financieras para adquisición de viviendas.

Y reitera que esta vulneración tiene su base en la indebida aplicación de las previsiones establecidas en el artículo 217.2 de la LEC , relativo a la carga de la prueba, pues en el procedimiento de reintegro por alcance, seguido ante el Tribunal de Cuentas, no existía, respecto de los pagos ordenados en el ejercicio 2001 en concepto de gastos farmacéuticos y ayudas de intereses de préstamos concedidos por las entidades financieras para la adquisición de viviendas, documentación acreditativa que permitiera individualizar y verificar el presunto menoscabo en los fondos públicos de la Corporación municipal.

Afirma que los hechos recogidos como evidentes resultan de meras presunciones, suposiciones o conjeturas en cuanto a la fijación de las cantidades atribuidas (el considerar que no existía causa jurídica que justificara los presuntos pagos efectuados, lo que no se ajusta a la realidad, pues se encontraban amparados por el Convenio Colectivo 1988-1989), y que la sentencia impugnada no razona en absoluto por qué se aparta de las conclusiones establecidas en el único documento en que se basa para condenar al recurrente (Informe de la Interventora Municipal de 8 de abril de 2005).

Por todo lo expuesto concluye que la Sala de Justicia del TCu, al fundamentar su fallo condenatorio - respecto del segundo bloque de pagos- en la falta de relevancia jurídica de la inexistencia en autos de los documentos que fueron el soporte jurídico para el presunto pago de las cantidades controvertidas (justificantes de las prestaciones odontológicas, farmacéuticas y sanitarias de los empleados municipales, así como los contratos de préstamo con entidades financieras), le ha causado indefensión (art. 24 CE) y lesionado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Ministerio Fiscal, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2006 sobre la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva con la obtención de una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales, niega que la sentencia impugnada haya vulnerado el derecho invocado por el recurrente, puesto que existe en el presente caso prueba de cargo suficiente para fundamentar aquélla, que además contiene una fundamentación jurídica motivada y razonable.

NOVENO.- Centrado el motivo en los términos que resultan del precedente fundamento, la cuestión controvertida viene, pues, constituida por la necesidad de determinar si la sentencia impugnada, al declarar probada la realización durante el ejercicio económico de 2001 de pagos indebidos por un importe total de 90.652,94 #, en concepto de ayudas para gastos sanitarios y para la adquisición de viviendas de los empleados del Ayuntamiento de Siero, infringe las normas sobre carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la LEC , condena sin pruebas al actual recurrente en casación y vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa.

La afirmación efectuada por la sentencia impugnada parte del informe de la Interventora del Ayuntamiento de Siero de fecha 8 de abril de 2005 , que cuantifica el daño efectivamente causado en los caudales o efectos públicos municipales por tales conceptos y en el citado ejercicio en la cantidad mencionada, y que sirvió de base a la pretensión deducida sobre el particular por el Ministerio Fiscal en su escrito de demanda, en el que cuantifica el alcance producido por los conceptos analizados en la cantidad total antes referida.

El actual recurrente en casación -demandado en el proceso de instancia- no discutió la realidad y el importe de dichos pagos, limitándose (según consta en su escrito de contestación a la demanda -folios 117 y 118 del proceso de instancia-) a negar su carácter indebido -por efectuarse en cumplimiento del acuerdo plenario de fecha 28 de enero de 1999, que aprobó el "Acuerdo Colectivo del personal del Ayuntamiento de Siero para los años 1999-2000", que expresamente los contemplaba en sus artículos 27 y 28- y a denunciar el error existente en la demanda formulada por el Ministerio Fiscal en la cuantificación de «los perjuicios causados», con la siguiente explicación: «(...) el Ministerio Público, toma como perjuicios causados a los fondos públicos las cifras totales consignadas por la Interventora en su informe de 8 de abril de 2005, pero

si acudimos a la segunda de las columnas de cada concepto, en que cifra los perjuicios, puede comprobarse que los supuestos perjuicios causados a los fondos públicos se elevan a la suma de 3.049,27 # (Prestaciones por asistencia médico- farmacéutica) y 22.367,80 # (Ayudas para adquisición de viviendas), cuantía a la que deberá ceñirse, en todo caso, la responsabilidad de mi representado para el improbable supuesto en que se aprecie la existencia de responsabilidad contable en su actuación. (...)».

En el Acta de la Audiencia Previa del Juicio Ordinario (folios 248 y 249 de las actuaciones de instancia) no consta que el actual recurrente en casación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 427 de la LEC, impugnara en modo alguno el Informe de fecha 8 de abril de 2005, lo que en su caso pudiera haber dado lugar a la aportación de todos y cada uno de los documentos empleados para su confección.

Y dicha ausencia de impugnación se mantiene en el escrito de oposición al recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal (folios 728 a 730 de las actuaciones de instancia), en el que se adhiere al razonamiento efectuado en la sentencia dictada en la primera instancia sobre la falta de prueba que aquí desarrolla, discrepando de la misma en cuanto a la falta de cobertura de los pagos que venimos analizando en los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, que en este caso considera amparados, tras la anulación de los Convenios para 1996/1997 y para 1999/2000, en el Convenio Colectivo para los ejercicios 1988 y 1989 que recuperó su vigencia.

En consecuencia, no advertimos la infracción denunciada por el recurrente en el argumento básico desarrollado en el fundamento de derecho 13º de la sentencia impugnada para considerar acreditados dichos pagos indebidos -constituido en esencia por la falta de impugnación del citado Informe de 8 de abril de 2005 y encontrarse también aquéllos plenamente identificados en el Acta de Liquidación Provisional levantada por el Delegado Instructor-, puesto que a tal fin hubiese sido necesaria su impugnación expresa, y al no hacerlo, ninguno de los hechos que en él se reflejan adquiere el carácter de hecho controvertido, necesitado de prueba adicional alguna.

Despejado lo anterior (la innecesariedad de los documentos soporte del informe de 8 de abril de 2005 y la suficiencia de la prueba de los pagos indebidos, que excluye la condena en base a presunciones, suposiciones o conjeturas), resta añadir, por un lado, que no resulta acreditado que los pagos por ayudas para la adquisición de viviendas y prestaciones sanitarias - contemplados respectivamente en los artículos 27 y 36 del Convenio Colectivo de 1988-1989 - (obrante a los folios 80 a 96 de las Actuaciones Previas -Anexo 2-) tuvieren cobertura en dicho Convenio Colectivo, atendidos los términos en que, en su artículo 1º, regula su vigencia.

Y por otro, que la sentencia impugnada no se aparta en absoluto de las conclusiones establecidas en el tantas veces citado Informe de 8 de abril de 2005, puesto que las dificultades en él expresadas, para cumplir los requerimientos del Tribunal de Cuentas, se limitan única y exclusivamente a la cuantificación de los perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, pero no al daño efectivamente causado, único al que se contrae la condena de reintegro efectuada por la sentencia impugnada.

DECIMO.- El último motivo del recurso de casación que resta por analizar (el segundo del escrito de interposición) formulado bajo la cobertura del artículo 82.1.5º de la LFTCu (infracción de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes) denuncia la infracción de los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), vigente al tiempo en que se refieren los hechos objeto de enjuiciamiento contable; el artículo 41, apartados 17, 18 y 21, 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 artículo 167 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 (en adelante LRHL) y los artículos 18 y ss. del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, en relación todos los anteriores con lo dispuesto en los artículos 49.1 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

Explica el recurrente en el desarrollo argumental del motivo que la sentencia impugnada (F.D. 12º) le considera responsable directo de los eventuales alcances producidos en los fondos públicos del Ayuntamiento de Siero, atendida la función de ordenación de pagos, que, en su condición de Alcalde- Presidente del citado Consistorio, legalmente le corresponde por atribución de los artículos 167 de la LRHL y 21.1.f) de la LBRL, entendiéndose que la consideración como cuentadante ante el Tribunal de Cuentas debiera bascular hacia el Pleno del Ayuntamiento, órgano municipal en el que residía la facultad para (i) adoptar los acuerdos que originaron el procedimiento ante la jurisdicción contable por vulnerar la normativa presupuestaria, (ii) para proceder a la anulación de los mismos (previa declaración de lesividad), (iii) suspender su ejecución o, (iv) para

adaptar las retribuciones del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento a lo dispuesto en las sucesivas Leyes de Presupuestos.

Considera inadmisibles, como señala el Tribunal de Cuentas en la sentencia impugnada, que la ordenación de pagos pueda constituirse en acto determinante de responsabilidad contable per se, con independencia del resto de los actos de los que pueda traer causa.

Niega el recurrente que los pagos de las nóminas y ayudas a los empleados municipales, ordenados por él en su condición de Alcalde, sean susceptibles de generar responsabilidad contable, pues no concurren en tal acción los siguientes requisitos exigidos por los artículos 38.1 de la LOTCu y 49.1 de la LFTCu a tal fin: «a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público. d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente. f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido». Y en especial el relativo al dolo, culpa o negligencia grave cuya concurrencia en su actuación niega expresamente.

Explica que conforme a los preceptos de la normativa local citados al inicio del motivo de casación residen en el Pleno de la Corporación Municipal, en lo que aquí interesa, las competencias referentes a: (1) la determinación de los recursos de carácter tributario; la aprobación definitiva del Presupuesto General de la entidad local y su modificación, y la disposición de gastos en materia de su competencia y la aprobación de las cuentas (art. 22.2.e) LBRL), y, (2) 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 de personal eventual (art. 22.2.i) LBRL).

Por su parte, y de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 21 de la LBRL y el artículo 41 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales el Alcalde ostenta, entre otras, las siguientes atribuciones: (3) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la LRHL, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 % de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 % de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior, ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y, (4) aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas.

Y atendido lo anterior, concluye que la sentencia impugnada confunde los distintos órganos municipales, sin discriminar las competencias que legalmente tiene reconocidas cada uno de ellos en las distintas fases de elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto de la Corporación, así como la independencia de dichos órganos, abstracción hecha de las personas físicas que forman parte de los mismos, con vulneración, a mayor abundamiento, de la doctrina jurisprudencial de la propia Sala de Justicia del TCu en interpretación de los requisitos necesarios para apreciar la exigencia de responsabilidad contable en supuestos similares al que nos ocupa.

Recuerda que consta acreditado (tanto por constar documentalmente probado en el expediente administrativo, como por venir reflejado en la sentencia impugnada y en la dictada en primera instancia) que fue el Pleno municipal el que aprobó todos y cada uno de los acuerdos (incluidos los convenios colectivos que dan cobertura a los pagos por gastos sanitarios y ayudas para la adquisición de vivienda) que se encuentran en el origen del alcance en los fondos públicos declarado por la sentencia impugnada, así como que el citado órgano colegiado, conocedor de las resoluciones judiciales que suspendían la ejecución de los citados acuerdos, no adoptó medida alguna, al no ser aquéllas de carácter firme.

Aduce que su actuación en su condición de Alcalde-Presidente se limitó a ordenar el pago de lo acordado por el Pleno, o lo que es lo mismo, a cumplir un acto administrativo, aprobado por el órgano competente, que goza de presunción de legalidad y virtualidad ejecutiva mientras no se hubiere declarado su ineficacia

mediante una resolución judicial firme, lo que, en una interpretación integradora de la normativa de régimen local, debe entenderse como el cumplimiento de un acto debido.

En definitiva, concluye que, bien sea por su falta de legitimación pasiva ad causam (porque no adoptó ninguno de los acuerdos municipales citados) o por faltar en su actuación el requisito del dolo, culpa o negligencia grave (pues actuaba en ejecución imperativa de un acuerdo plenario), no puede declararse su responsabilidad, debiendo ser, en todo caso, el Pleno quien hubiera de soportar las posibles consecuencias negativas del reproche contable.

Añade que la sentencia impugnada contradice la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas núm. 1/2003, de 26 de febrero, dictada en el recurso número 30/2002, cuyo fundamento cuarto transcribe, así como la sentencia núm. 199/2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos), de 30 de abril de 2009, Recurso Contencioso- Administrativo núm. 50/2009, dictada en un supuesto cuya base fáctica afirma que participaba de características similares al aquí examinado, cuyo fundamento segundo transcribe en su integridad.

Finaliza con una reflexión relativa a que, pese al dilatado elenco de pronunciamientos de la jurisdicción contencioso- administrativa anulando a instancia de la Administración del Estado los presupuestos de las Corporaciones Locales, cuando en ellos se contempla un incremento retributivo global en materia de personal, superior al fijado en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (que cita a título ejemplificativo), ninguno de ellos había sido hasta la fecha objeto de enjuiciamiento contable, lo que entiende debido a que la actuación de los cuentadantes se limitaba a cumplir y ejecutar los acuerdos adoptados por el órgano colegiado competente, debiendo, por tanto, quedar exenta de responsabilidad contable, al no concurrir en las conductas de los ordenadores de pagos la falta de diligencia exigible y la necesaria relación de causalidad entre el daño efectivamente producido y la acción.

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del motivo, al entender que se dan en el Alcalde actual recurrente en casación los requisitos para ostentar el carácter de responsable de los pagos indebidos.

En primer lugar, porque tales pagos se hallan debidamente concretados mediante la certificación del Secretario- Interventor del Ayuntamiento. Y en segundo lugar, porque fueron los sucesivos Alcaldes los que ordenaron en el ejercicio de sus legítimas competencias los citados, formando parte de los Plenos que aprobaron los gastos que fueron el antecedente de los pagos que luego realizaron, constando en autos su voto afirmativo en el seno de dichos Plenos.

UNDECIMO.- Al enjuiciar el planteamiento contenido en este motivo, debe destacarse que lo que se suscita en él es la cuestión que la Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Undécimo calificó como "punto central de todo proceso contable" y que "lo es más en el asunto que ahora nos ocupa".

La significación de tal cuestión en el caso la destacábamos por nuestra parte en el Fundamento Quinto en nuestra precedente exégesis de los Fundamentos de la sentencia recurrida, exégesis a la que debemos remitirnos ahora como base de partida en el enjuiciamiento de este motivo segundo del recurso de casación.

El planteamiento del recurrente en él no hace sino reiterar el que hizo en la primera instancia del procedimiento de reintegro por alcance, cuya aceptación en la Sentencia de esa primera instancia fué el motivo determinante de la exoneración de responsabilidad, aunque esa exoneración se recondujese, como razonamos en su momento, de modo inadecuado, a una negación de la legitimación pasiva. Sobre el particular debemos remitirnos a la exégesis que hicimos en el Fundamento de derecho Cuarto de esta nuestra sentencia respecto de la de primera instancia del procedimiento de reintegro por alcance, y a las consideraciones que hicimos en la exégesis de la sentencia de apelación de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, (que es la aquí recurrida en casación) en el F.D. Quinto acerca de que la calificada por la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas como cuestión central, no habría obtenido adecuada respuesta en la Sentencia de apelación; o en otros términos, el motivo de exoneración de responsabilidad apreciado en la sentencia de primera instancia no habría sido adecuadamente desvirtuado en la de apelación, remitiéndose al respecto a nuestra citada exégesis.

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.

Para resolver tal cuestión, ciñéndonos a los términos del motivo; pero utilizando al respecto las facultades que comporta el principio "*iura novit curia*", debemos destacar de entrada que en el recurso de casación no se cuestiona la existencia del alcance en cuanto a los pagos efectuados en los ejercicios 1999 y

2000, alcance cuya existencia se razona en los fundamentos Décimo y final del Décimocuarto de la Sentencia recurrida; por lo que, ateniéndonos a los límites que definen el ámbito del enjuiciamiento posible en la casación, según advertimos en el F.D. Tercero de esta nuestra sentencia, la cuestión de su existencia o no queda fuera de nuestro enjuiciamiento, pese a suscitarse en relación con ella en la Sentencia recurrida cuestiones de gran trascendencia jurídica.

El motivo de casación versa en exclusiva sobre la existencia de responsabilidad contable, debiendo aquí valorar, como por lo demás lo hace la Sentencia recurrida (F.D. Undécimo), la diferencia conceptual entre la existencia de daño a los caudales públicos, constitutivo del alcance, y la exigencia de responsabilidad contable por él; por lo que, pese a la íntima conexión entre uno y otro elementos (presupuesto el primero del segundo) podemos contraernos al análisis de la responsabilidad, sin que el no cuestionamiento por el recurrente de la existencia del alcance, haga inviabile el enjuiciamiento de la cuestionada existencia de la responsabilidad del recurrente.

Llegados a este punto, resulta claro que, con arreglo a la normativa vigente en el momento de los hechos, citada en el motivo, la vulneración de la Ley de Presupuesto del Estado es imputable, como correctamente entendió el órgano de primera instancia, al Pleno y no al Alcalde. Es aquél, en efecto, el órgano que con arreglo al art. 22 de la Ley 7/1985, apartado 2, ostenta la competencia para la aprobación de los presupuestos y la disposición de gastos en materia de su competencia, marco legal al que deben referirse los acuerdos del Pleno sobre cuya base el Alcalde ordenó los pagos, que la Sala de Justicia ha considerado constitutivos de alcance.

Y por contra, al Alcalde, conforme a lo dispuesto en el art. 21.1.f) de la propia ley 7/1985, le corresponde el desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado y disponer gastos dentro de los límites de su competencia, lo que a su vez se ratifica por el art. 41, apartado 17, 18 y 21 del Real Decreto 2568/1986.

La sumisión del Alcalde a los acuerdos del Pleno de la Corporación resulta clara en esos preceptos, sin que por ello pueda trasladarse al Alcalde la responsabilidad por una vulneración de la Ley de Presupuestos del Estado, aplicable a los ejercicios a los que se refiere el alcance, que cometió el Pleno y no él.

Debe así estimarse que, al trasladar la sentencia recurrida la imputación de la ilegalidad del Pleno al Alcalde que ordenó los pagos, vulneró los preceptos referidos.

La Sentencia recurrida en su Fundamento Duodécimo, (según se destacó en su momento, al hacer su exégesis (F.D. Quinto de esta nuestra sentencia)), mezcla dos planos de diversa significación jurídica: el de la condición del Alcalde como ordenador de pagos, y el de la condición del mismo como miembro del Pleno, siendo esa la base en la que se soporta la traslación de la responsabilidad por la ilegalidad, cometida en los acuerdos del Pleno, a la conducta del Alcalde como ordenador de pagos, en cuanto considera que los pagos ordenados por él son indebidos. Esa traslación de responsabilidad de un órgano municipal a otro se inserta, pues, en el planteamiento las diversas atribuciones de los distintos órganos. Tal confusión de planos, no es aceptable, pues, atendido que de lo que se trata es de un procedimiento de reintegro por alcance, es sólo la condición de cuantadante, y por tanto el plano jurídico en que la misma se desenvuelve, la que debe ser atendida para decidir si es en él en el que se ha producido la vulneración legal causante de la responsabilidad por alcance, al margen de que el cuantadante en otro plano jurídico distinto: el de miembro del Pleno, pueda ser corresponsable de una vulneración legal, respecto de la que la exigencia de responsabilidad no tiene ya relación con el procedimiento de reintegro por alcance.

La Sentencia recurrida en su Fundamento Undécimo, en el que, como se indicó en su momento, se exponen razonamientos de respuesta al planteamiento de los a la sazón recurridos en apelación, que es el que se reitera en el motivo que estamos ahora enjuiciando, alude al art. 141.1.d) de la Ley General Presupuestaria, aprobada por el Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988, vigente en el momento en que se cometieron los hechos. Dicho precepto recoge uno de los diversos supuestos de infracciones regulados en dicho artículo, y es del siguiente tenor literal:

«d) Dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendados».

En ese supuesto es un elemento clave el expresado por el concepto de "pagos indebidos", concepto que desde la situación jurídica del que la realiza obliga a plantear, como correctamente hace el recurrente en el motivo actual, si la ordenación de esos pagos es para él debida o no. La respuesta a dicha cuestión no puede encontrarse en la Ley General Presupuestaria citada, (o al menos la sentencia no expresa sobre el particular

un argumento discernible), sino en los preceptos de la normativa de régimen local citados en el motivo. En todo caso, y situando el apartado d) transcrito en el contexto que le corresponde: el del Art. 140.3 de la Ley General Presupuestaria, se debe destacar que en su apartado 1 se enuncian como supuestos de infracciones distintas el del apartado a) y el del d). El primero consiste en «haber incurrido en alcance o malversación en la administración de fondos públicos»

En la medida en que los distintos supuestos se diferencian en la ley, no es aceptable, en una correcta interpretación de aquella, que el supuesto del apartado d) pueda vaciarse en el del apartado a), que es lo que, sin decirlo expresamente, viene a hacer la sentencia recurrida, que, no se olvide, se dicta en el marco de un procedimiento de reintegro por alcance.

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, y 21.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 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). 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.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir estimando el motivo segundo del recurso de casación, casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida en cuanto se refiere a la responsabilidad por alcance imputada en ella al recurrente por los pagos efectuados en los ejercicios de 1999 y 2000.

En concreto debemos anular el apartado Segundo del fallo de la Sentencia en su referencia a Don Augusto , (no en cuanto al otro Señor, cuyo recurso de casación se inadmitió respecto a él) y en cuanto al Sr. Augusto en cuanto a los pagos efectuados en los ejercicios 1999 y 2000); no así los efectuados en 2001. Asimismo debemos anular el apartado Cuarto del fallo, salvando de la cantidad total en él indicado la correspondiente a los pagos efectuados en el ejercicio 2001. Debemos anular igualmente en cuanto afecta al Sr. Augusto y respecto de los intereses relativos a las cantidades establecidas en el apartado Cuarto, con la salvedad antes indicada, no así respecto a los indicados respecto a los del apartado Segundo. Y debemos mantener en su eficacia los demás contenidos del fallo de la Sentencia.

DUODÉCIMO.- La estimación del recurso en los contenidos indicados en el Fundamento anterior, conforme a lo dispuesto en el art. 95.2 de la LJCA nos obliga a resolver lo que corresponde a los términos en que, respecto de los contenidos anulados de la sentencia recurrida, estaba planteado el debate en el procedimiento de reintegro por alcance.

A tal efecto, y remitiéndonos a lo argumentado sobre el particular en el Fundamento precedente de esta nuestra Sentencia, procede desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal en ese procedimiento contra Don Augusto por los pagos efectuados en el ejercicio de 1999 durante los meses de julio a diciembre y en el ejercicio de 2000, ascendentes en conjunto a la suma de SEISCIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON VEINTINUEVE EUROS (602.259,29 #), absolviéndole de la misma respecto de dichos pagos, manteniendo en lo demás el resto de los contenidos estimatorios respecto de las Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en la parte no anulada de la misma.

DECIMOTERCERO.- No apreciamos motivos que justifiquen, con arreglo al art. 139.1 y 2 de la LJCA , la imposición de costas a ninguna de las partes ni de la casación ni en ninguna de las instancias del procedimiento de reintegro por alcance.

FALLAMOS

1º) Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar a la estimación parcial del recurso de casación, casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida en los términos indicados en el párrafo final del Fundamento de Derecho Undécimo de esta nuestra sentencia, desestimando el recurso respecto del resto de los contenidos del fallo de la sentencia recurrida.

2º) Que debemos desestimar, y desestimamos parcialmente la demanda formulada por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance contra Don Augusto en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Duodécimo de esta nuestra sentencia, absolviéndolo del pretendido reintegro de la suma de SEISCIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON VEINTINUEVE EUROS (602.259,29 #),, manteniendo su estimación respecto a aquel en cuanto al resto de los contenidos estimatorios de la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en la parte no anulada en la misma.

3º) Que no procede la imposición de costas a ninguna de las partes ni en esta casación, ni en las del procedimiento seguido ante el Tribunal de Cuentas de reintegro por alcance.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.