



Roj: **STS 1052/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1052**

Id Cendoj: **28079130072012100115**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **30/01/2012**

Nº de Recurso: **6275/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STCu, Sala de Justicia, 08-07-2009,
STS 1052/2012**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 6275/2009, interpuesto, de una parte, por don Julián , representado por el procurador don José Antonio Sandín Fernández, de otra, por la FUNDACIÓN TRIPARTITA PARA LA FORMACIÓN EN EL EMPLEO, representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado, y, de otra, por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia nº 14, dictada el 8 de julio de 2009 por la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación nº 33/07, interpuesto, a su vez, contra la sentencia de 12 de abril de 2007 del Excmo. Sr. Consejero del Departamento Segundo de dicha Sección en el procedimiento de reintegro por alcance B-100/03 del ramo de Administración del Estado, Fundación para la Formación en el Empleo (**FORCEM**), de Madrid.

Se han personado, como recurridos, don Rogelio , representado por el procurador don Federico Pinilla Romeo, don Jose Ramón , representado por el procurador don Guillermo García-San Miguel Hoover, y la FUNDACIÓN TRIPARTITA PARA LA FORMACIÓN EN EL EMPLEO, representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación nº 33/07, la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dictó sentencia el 8 de julio de 2009 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

LA SALA ACUERDA :

1º.- *Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 12 de abril de 2007, dictada por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance Nº B-100/03, del ramo de Administración del Estado (**FORCEM**), provincia de Madrid, la cual debe ser parcialmente revocada en el sentido siguiente:*

a) *Declarar la existencia de un alcance en los fondos públicos de trescientos treinta y dos mil trescientos treinta y seis euros con noventa céntimos (332.336,90 euros) de principal.*

b) *Declarar responsables contables directos y solidarios de dicho alcance a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**) y a D. Julián .*



c) Condenar a los citados responsables contables directos y solidarios al reintegro de la cifra del principal del alcance, así como de los intereses legales calculados de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho vigésimo de esta Sentencia.

d) Contraer la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso proceda.

2º.- No modificar la decisión sobre las costas de la primera instancia adoptada en la misma.

3º.- No hacer imposición de costas en esta segunda instancia".

El Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Enrique formuló voto particular a la referida sentencia manifestando que su desacuerdo se centra en la fundamentación jurídica contenida en el Fundamento de Derecho Decimosexto de la sentencia votada en Sala y en parte del Fallo de la misma y dijo que debió desestimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en los términos que expone y confirmarse la sentencia de instancia.

Por auto de 29 de septiembre de 2009 se acordó modificar el error advertido en el Fundamento Quinto de la sentencia, cuyo apartado d) quedó redactado en los siguientes términos:

"d) El potencial reintegro al que estuvo sometida **FORCEM** a favor del INEM lo fue por veinticuatro mil quinientos once millones setecientas cincuenta y cuatro mil ochocientas ocho pesetas (24.511.754.808 pts.), y no por mil trescientos doce millones ochocientas sesenta mil ciento sesenta y tres pesetas (1.312.860.163 pts.)".

Manteniéndose en lo demás inalterada.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución anunciaron recurso de casación la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado; don Julián , representado por el procurador don José Antonio Sandín Fernández; y el Ministerio Fiscal, que la Sala del Tribunal de Cuentas tuvo por preparados en tiempo y forma, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 7 de diciembre de 2009 el procurador don José Antonio Sandín Fernández, en representación de **don Julián** , interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que

"(...) dicte en su día sentencia que case y anule la recurrida y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y los pedimentos contenidos en el original escrito de demanda, con costas de ambas estancias a la demandante".

Por Primer Otrosí Digo, manifestó:

"que se hace expresa invocación de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , y reserva de los derechos y acciones que en él se contienen, a los efectos del procedimiento debido y, en su caso, de la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)".

Y, por Segundo, dijo que considera innecesaria la celebración de vista.

El procurador don Manuel Lanchares Perlado, en representación de la **Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo** , formalizó su recurso mediante escrito registrado el 9 de diciembre de 2009 en el que pidió a la Sala que

"(...) case y revoque la Sentencia recurrida en los términos indicados en los Motivos de este recurso, imponiendo las costas a la parte contraria".

Por su parte, **el Fiscal** , en su escrito de personación y formalización del recurso suplicó:

"(...) sentencia por la que estimando los motivos de casación recogidos en este escrito, case la resolución recurrida y dicte un pronunciamiento sobre los siguientes extremos:

1.- Que se cifren en la cantidad de 2.172.316'79 € (361.443.101 pesetas) los perjuicios ocasionados a los caudales públicos.

2.- Que del total de dicho importe sean declarados responsables directos los demandados en el procedimiento, acogándose la legitimación pasiva del demandado D. Rogelio .

3.- Que los demandados sean condenados al pago de la cantidad a que se contraiga la cuenta pertinente, así como de los intereses de demora a que se refiere el artículo 71.4 e) de la LFTCTas, a favor del Estado.

4.- Que los demandados sean condenados al pago de las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2º LRJCA ".



CUARTO.- Presentadas alegaciones por las partes sobre la posible causa de inadmisión del recurso formulado por el Ministerio Fiscal opuesta por la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo en su escrito de personación de 9 de diciembre de 2009, por auto de 17 de junio de 2010 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"Admitir a trámite los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo y de D. Julián , así como por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 8 de julio de 2009 , de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, dictada en el recurso de apelación número 33/2007; para su sustanciación remítanse las actuaciones a la Sección Octava, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos".

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido para oposición, el procurador don Federico Pilla Romero, en representación de **don Rogelio** , presentó escrito el 25 de octubre de 2010, manifestando:

"Que NADA OPONE con relación al recurso de casación interpuesto por don Julián (...).

*Que NADA OPONE con relación al recurso de casación interpuesto por **FORCEM** (...), SIN PERJUICIO DE HACER CONSTAR TODO LO QUE SE ALEGA EN LAS PÁGINAS 125 A 134 DE ESTE ESCRITO, con relación a su afirmación de "desconocimiento" de ciertos hechos en el Patronato de la Fundación contenido en aquél.*

Que dentro del plazo conferido al efecto, paso a formalizar OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Fiscal".

Y, después de exponer las alegaciones que consideró pertinentes, suplicó a la Sala que se sirva dictar sentencia por la que:

"1º.- Declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

2º.- Case la sentencia de 8 de julio de 2009 de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, dejando sin efecto su parte dispositiva en lo relativo a la estimación parcial del recurso de apelación que en ella se contiene y confirme en todos sus extremos la Sentencia de Primera Instancia de 12 de abril de 2007 del Excmo. Sr. Consejero del Tribunal de Cuentas.

3º.- Y, en todo caso, imponga las costas al recurrente".

Por Otrosí, dijo que estima innecesaria la celebración de vista pública y que procede que se señale día y hora para la votación y fallo.

Por su parte, el procurador Sr. García-San Miguel Hoover, en representación de **don Jose Ramón** , solicitó que se tengan por realizadas las manifestaciones expuestas en su escrito de oposición, presentado el 27 de octubre de 2010, y, en particular,

*"en orden a considerar que la indemnización abonada a Odon 91, SL por importe de 39.467.544 de pesetas con motivo de la resolución unilateral del contrato que le unía con la Fundación por parte de **FORCEM**, debe reputarse como fuera de la pretendida responsabilidad por alcance que interesa el Mº Fiscal respecto del resto de cantidades".*

La Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo , a través de su procurador don Manuel Lanchares Perlado, se opuso, por escritos presentados el 29 de octubre de 2010, al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y al interpuesto por don Julián . En el primero, pidió sentencia en la que, con imposición de costas a la parte recurrente:

"(i) Se desestime el motivo primero del recurso de casación del Ministerio Fiscal; e

(ii) Inadmíta los dos primeros submotivos del segundo motivo de casación; o subsidiariamente, se desestime íntegramente".

Y en el segundo,

"que con imposición de costas a la parte recurrente, se desestime el motivo primero del recurso de casación en su apartado segundo, y se desestime el segundo motivo de casación de los articulados bajo el artículo 82.1.5º de la LFTCU, de conformidad con los motivos de oposición primero y segundo del presente escrito".

SEXTO.- Mediante providencia de 20 de mayo de 2011 se señaló para la votación y fallo el día 29 de junio de este año.

SÉPTIMO.- Observándose que no se había dado traslado al Ministerio Fiscal de los escritos de interposición de los recurrentes Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo y don Julián , se dejó sin efecto el señalamiento acordado y se confirió dicho traslado, a fin de que formalizara su oposición. Trámite que ha sido cumplimentado por escrito de 13 de octubre del pasado año en el que, con fundamento en las consideraciones en él expuestas, ha solicitado a la Sala que



"proceda a dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR a dichos escritos con imposición de las costas a los recurrentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LRCA y la pérdida de los depósitos que hayan sido constituidos al efecto".

OCTAVO.- Mediante providencia de 27 de diciembre de 2011 se señaló, nuevamente, para la votación y fallo el día 25 de los corrientes, en que han tenido lugar.

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

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. PLANTEAMIENTO.

PRIMERO.- La sentencia nº 14, dictada el 8 de julio de 2009 por la Sección de Enjuiciamiento constituida en Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, estimó en parte el recurso de apelación nº 33/07 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la anterior *sentencia de 12 de abril de 2007 del Consejero del Departamento Segundo de su Sección de Enjuiciamiento pronunciada en el procedimiento de reintegro por alcance B-100/03*. Esta última resolución había inadmitido la demanda del Ministerio Fiscal, a la que se adhirió el Abogado del Estado, contra don Rogelio, por no apreciar en él la condición de cuentadante y carecer, en consecuencia, de legitimación pasiva, y la había desestimado contra don Jose Ramón, don Julián y contra la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**), por inexistencia de responsabilidad contable.

La *sentencia dictada en apelación*, en cambio, declaró la existencia de un alcance en los fondos públicos de trescientos treinta y dos mil trescientos treinta y seis euros con noventa céntimos (332.336,90 €, equivalentes a 55.296.208 pesetas) de principal y tuvo por responsables contables directos y solidarios de dicho alcance a **FORCEM** y a don Julián, Director Gerente de la misma, a los que condenó al reintegro de la cifra del principal así como de los intereses legales derivados del mismo, calculados con arreglo a lo previsto en el artículo 71.4º e) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El alcance se tuvo por producido como consecuencia de la modificación del precio del contrato de arrendamiento de servicios de asesoramiento entre **FORCEM** y ODÓN 91, S.L., tal como se explica en el fundamento décimosexto de la sentencia. Este fallo no fue unánime, pues el presidente de la Sala de Justicia formuló voto particular propugnando la confirmación de la de instancia.

En su demanda el Ministerio Fiscal había pedido que se condenara a los Sres. Rogelio, Jose Ramón y Julián y a **FORCEM** al reintegro de 2.741.798,30 €. Tal exigencia de responsabilidad contable arranca de las conclusiones de un Informe de Fiscalización, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 27 de marzo de 2001, sobre contratos de asistencia, consultoría y servicios celebrados por **FORCEM** (ejercicios 1996 a 1998), por considerarse indebidos los pagos realizados por **FORCEM** como consecuencia de los diversos trabajos, dictámenes y asesoramientos realizados, bien por la mercantil "ODÓN 91, S.L." –de la que era apoderado el Sr. Rogelio – bien por él mismo, así como por la revisión del contrato y por la indemnización por la rescisión contractual con la citada mercantil. La demanda afirmaba que tales trabajos fueron irrelevantes o copias de otros anteriores, sin que existiera, a su juicio, causa jurídica para su abono, también consideraba contraria a Derecho la modificación contractual por injustificada. La responsabilidad exigida a los Sres. Jose Ramón y Julián se basaba en su condición de ordenadores de los pagos realizados. Por otro lado y en relación con el Sr. Rogelio, insistía la demanda en que, con independencia de que no pudiera ser considerado cuentadante, fue cooperador necesario en la comisión de los hechos. **FORCEM** fue demandada como consecuencia de la posible falta de diligencia en la que incurrieron sus responsables en el control de la contratación externa.

Importa dejar constancia de que **FORCEM** –Fundación constituida por CEOE, CEPYME, CCOO, UGT y CIG, quienes aportaron su capital inicial– se nutrió, para llevar a cabo los Acuerdos Nacionales de Formación Continua, de los fondos aportados por el Instituto Nacional de Empleo (INEM), por la Unión Europea y de los provenientes de la gestión de los remanentes de su tesorería. De los precedentes del INEM, el primer Acuerdo Nacional (1993/1996) previó que podía destinarse el 10% a gastos de funcionamiento. El segundo Acuerdo Nacional (1997/2000) dispuso a tal efecto una cantidad fija cuya utilización debería justificar la Fundación.

FORCEM contrató con ODÓN 91, S.L. el asesoramiento jurídico el 21 de julio de 1994 por un precio de once millones quinientas mil pesetas anuales (IVA incluido). El contrato tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 1998. Esa sociedad estaba constituida desde 1991 por el Sr. Rogelio, Abogado del Estado y colegiado ejerciente, inscrito en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, su esposa y un hijo de ambos menor de edad. Su objeto era el asesoramiento jurídico. También debe indicarse que el 5 de abril de 1995 la Junta de Gobierno de **FORCEM** decidió nombrar al Sr. Rogelio secretario y al Sr. Jose Ramón vicesecretario, firmándose otro contrato por el que el primero desempeñaría las funciones de secretario de actas de los órganos de gobierno de **FORCEM**



percibiendo 50.000 pesetas por cada sesión a la que asistiera. Asimismo, resulta que el 25 de julio de 1996 se amplió el contrato de asesoramiento entre **FORCEM** y ODÓN 91, S.L. de manera que la retribución pasó a ser de treinta millones de pesetas anuales con efectos de 1 de enero de 1996, se mejoró la cláusula de revisión anual del contrato, se excluyó el IVA del precio y se introdujo una indemnización por rescisión sin justa causa equivalente a una anualidad. Esa ampliación del contrato se formalizó mediante una carta del Sr. Julián , Gerente de **FORCEM**, a la que dio su conformidad el Sr. Rogelio , apoderado de ODÓN 91, S.L. Interesa saber, también, que el Sr. Jose Ramón , según la sentencia de apelación, era asesor jurídico interno de **FORCEM** a 25 de julio de 1996 y una de las personas que debía añadir su firma a la del Gerente en contratos de más de 50.000.000 pesetas. Además, tenía autorización para firmar, con otra de las personas designadas al efecto, los pagos.

En fin, hay que tener en cuenta que inicialmente la pretensión de reintegro al INEM formulada por el Ministerio Fiscal fue de 4.288.128,63 €, importe de los pagos realizados a ODÓN 91, S.L. o al Sr. Rogelio por los trabajos de asesoramiento y elaboración de dictámenes en virtud del contrato existente. Sostenía el Ministerio Fiscal que esos trabajos se retribuyeron sin causa o por dos veces, que se pagaron con fondos recibidos por **FORCEM** para fines de formación, que tenían la condición de fondos públicos, y que se destinaron, sin embargo, al enriquecimiento del Sr. Rogelio .

El 14 de marzo de 2003, la Subsecretaría del Ministerio de Justicia sancionó al Sr. Rogelio con traslado con cambio de residencia, conforme al artículo 14.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado , aprobado por el Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, por considerarlo responsable de una falta muy grave por el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades prevista en el artículo 6 h) de dicho Reglamento.

SEGUNDO.- La *sentencia dictada en apelación* resolvió antes de entrar en el fondo, diversas *cuestiones procesales* .

En efecto, rechazó que hubiera *cosa juzgada* en razón de la sentencia de 29 de enero de 2004 , del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10 –firme por no haber sido recurrida en plazo por el Abogado del Estado– que estimó el recurso de **FORCEM** contra la resolución de la Directora General del INEM que le reclamaba el reintegro de cantidades, precisamente en virtud del Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas mencionado y en concepto de subvención indebidamente percibida. Esa sentencia acogió el recurso porque las transferencias del INEM a **FORCEM** no tenían naturaleza de subvención. No obstante, dejó expresamente a salvo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para reclamar ese reintegro. De ahí que la sentencia ahora impugnada dijera que es la

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

Tampoco apreció incongruencia en la sentencia y coincidió con la de instancia en la *falta de legitimación pasiva del Sr. Rogelio* , por no ser cuentadante. Y rechazó que se hubiera producido una *mutatio libelli* como consecuencia de que el Ministerio Fiscal, que en la demanda formuló una pretensión única de reintegro, en apelación pidiera siete reintegros por el mismo importe que aquélla, ya que apreció una sustancial identidad en las pretensiones. Finalmente, respecto de estas tres cuestiones: a) el posible carácter extemporáneo de la adhesión del Abogado del Estado a la demanda del Ministerio Fiscal; b) el posible carácter extemporáneo de la ampliación a **FORCEM**, de la demanda del Ministerio Fiscal; c) y la posible vulneración de los artículos 400.1 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la supuesta conversión de una originaria demanda de responsabilidad contable por alcance, en otra posterior de responsabilidad contable por malversación, afirmó la *legalidad de la intervención del Abogado del Estado* , sostuvo la aplicación del artículo 52.2 de la Ley de la Jurisdicción en el proceso de reintegro por alcance, lo que *excluía la extemporaneidad de la ampliación de la demanda a FORCEM* y negó que hubiera tal conversión pues *no advierte una irregular modificación de la pretensión originaria del Ministerio Fiscal* de responsabilidad contable por alcance.

Tras confirmar el *valor probatorio de los Informes de Fiscalización* en el sentido de que habrán de tenerse por ciertos los hechos que recojan salvo que sean desvirtuados por otros medios de prueba aceptados en Derecho, sobre el fondo *no aprecia doble retribución en las cantidades satisfechas al Sr. Rogelio* como secretario de actas ni abuso de personalidad por su relación con ODÓN 91, S.L. Además, consideró que los *pagos independientes por diversos dictámenes estuvieron justificados* y que no podía entrar a determinar su calidad y utilidad por no ser materia propia de la jurisdicción contable a la que no corresponde determinar la oportunidad, eficiencia o eficacia de la aplicación de los fondos. *No encontró, por lo demás, exceso en las cantidades en que se valoraron los dictámenes* , para lo que se apoyó en el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,



que las tuvo por acordes con los criterios de la corporación sobre honorarios profesionales. *No vió, tampoco, motivo de reproche en la previsión de la indemnización por rescisión ni en su ejecución.*

En cambio, apreció *alcance en la elevación del precio del contrato* entre **FORCEM** y ODÓN 91, S.L., en esencia, porque entendió que no se habían dado las circunstancias que justificaran un incremento del 187,63%. Es decir, no habían aumentado las necesidades de asesoramiento jurídico de **FORCEM** en tal medida. Además, la modificación del contrato inicial mediante una carta del gerente, sin un previo procedimiento en el que se hicieran ofertas a otros posibles interesados para obtener asesoramiento en las mejores condiciones, supuso para la sentencia "un acto realizado sin la debida diligencia en el desempeño de su cargo por parte del Gerente, que causó perjuicios económicos a la Fundación". Así, pues, la cuantía del alcance la cifró en el aumento del precio en los tres años en que se mantuvo el contrato desde que su revisión tuvo efecto y hasta su rescisión: en total 55.296.208 pesetas (22.180.968 pesetas en 1996, 24.387.156 pesetas en 1997 y 8.728.084 pesetas en 1998) equivalentes a 332.336,90 €, cantidad a la que debían añadirse los intereses. Y *consideró responsables a FORCEM y al Sr. Julián* , como se ha dicho, sin apreciar intervención en los pagos del Sr. Jose Ramón .

El *voto particular* del presidente de la Sala de Justicia defiende la desestimación del recurso de apelación por la inexistencia de alcance ya que los pagos de los que se discutió en el proceso se produjeron en el marco de una relación contractual privada y la aplicación de los fondos a la modificación del contrato se fundamentó en los pactos que condujeron a la misma. Dice en concreto el consejero discrepante:

"La valoración de si era o no oportuno aumentar el precio del contrato y en que cuantía, está fuera del ámbito de competencia objetiva de la jurisdicción contable en cuanto ésta no puede declarar en el presente caso la existencia de responsabilidad contable en base a criterios de oportunidad, eficacia, eficiencia o economía, sino que esa responsabilidad debe ceñirse exclusivamente al análisis de si se ha infringido o no el principio de legalidad".

II.- LOS RECURSOS DE CASACIÓN DE FORCEM Y DEL SR. Julián Y LOS ESCRITOS DE OPOSICIÓN A LOS MISMOS.

TERCERO .- *El recurso de casación de FORCEM* dirige los siguientes motivos contra esta sentencia al amparo de los artículos 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción y 82.1.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril , de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

(1º) Infracción del artículo 24.1 de la Constitución y de los artículos 134 , 136 y 420.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 73 , 74 y 78 y la disposición final 2ª 2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas , *por no haber apreciado la extemporaneidad de la demanda litisconsorcial del Ministerio Fiscal contra la Fundación* y la procedencia del archivo del procedimiento por esa causa. Sostiene **FORCEM** que no cabe aplicar al procedimiento de reintegro por alcance el artículo 52.2 de la Ley de la Jurisdicción , como hizo el Tribunal de Cuentas, ya que la Ley que regula su funcionamiento se remite en su artículo 73.2 a la de Enjuiciamiento Civil, en el proceso civil rige la preclusión de los plazos y su artículo 420.4 dispone que, transcurrido el plazo concedido al actor para aportar demanda contra los nuevos demandados sin que lo haya hecho, se pondrá fin al proceso por auto archivando con carácter definitivo las actuaciones. Y es que, presentada demanda por el Ministerio Fiscal contra los otros demandados, habiendo opuesto estos la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de **FORCEM**, se le dieron quince días de plazo para que formulara demanda contra ella, conforme al artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin embargo, no lo hizo en ese plazo sino el día en que se le notificó el auto que declaraba la caducidad.

Rechaza **FORCEM** que el artículo 78.2 de la Ley 7/1988 justifique el proceder del Tribunal de Cuentas pues su remisión a la Ley de la Jurisdicción en lo relativo al allanamiento, desistimiento y caducidad, no es aplicable a este caso pues se rige por la Ley de Enjuiciamiento Civil, no por razón de su supletoriedad, sino como normativa principal por expresa decisión de aquél texto legal. No hay una laguna que deba ser colmada con la Ley de la Jurisdicción, la cual, por lo demás, no contempla la caducidad como forma de terminación del proceso.

(2º) Al amparo de los artículos 82.1.5º de la Ley 7/1988 y 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción , afirma **FORCEM** la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia aplicables pues *la sentencia ha decidido una cuestión ya resuelta con carácter firme* por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se refiere el motivo a la sentencia nº 8, de 29 de enero de 2004 , del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10, que declaró ilegal la exigencia del INEM a **FORCEM** de que reintegrara las cantidades a que se refiere el Informe de Fiscalización.

(3º) Por el cauce del apartado 4º del artículo 82.1 de la Ley 7/1988 denuncia el *error evidente de la sentencia* en la apreciación de la prueba a partir de los documentos que obran en el proceso. Es un doble error el que le imputa **FORCEM**: por un lado, *al atribuirle responsabilidad contable* y, por el otro, *al entender que existe un alcance contable equivalente a la revisión del precio acordada mediante la modificación del contrato* . Lo primero



lo afirma porque del propio Informe de Fiscalización se desprende que la actuación de su entonces gerente impidió que los patronos de **FORCEM** conocieran esa modificación. Por tanto, no hubo pasividad de su parte, sino ocultación del gerente. Lo segundo, lo mantiene porque documentos que están en el proceso acreditan el incremento de los servicios jurídicos que justificó la revisión del precio y su prestación por ODÓN 91, S.L.

(4º) Al amparo de los artículos 82.1.5º de la Ley 7/1988 y 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia **FORCEM** la infracción de los artículos 49.1, 59.1 y 72.1 de la propia Ley 7/1988 y de los artículos 38 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de la jurisprudencia aplicable sobre el concepto de alcance contable pues *la sentencia declara su existencia sin que existan los requisitos necesarios al efecto*. Se apoya el motivo en el voto particular para señalar que *no hubo una aplicación indebida de fondos públicos* sino que la que se hizo descansó en un contrato y en el pacto que llevó a su modificación, Y que no corresponde a la jurisdicción contable entrar en cuestiones de oportunidad, eficiencia o eficacia. Para **FORCEM**, sin embargo, es la falta de oportunidad para la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de la modificación del contrato lo que determinó su apreciación de la existencia de alcance.

(5º) Al amparo de los artículos 82.1.5º de la Ley 7/1988 y 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción afirma la vulneración de los artículos 38, 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y del artículo 49 de la Ley 7/1988 y de la jurisprudencia aplicable que establece el *carácter subjetivo de la responsabilidad contable* toda vez que *declara la responsabilidad de FORCEM sin que medien los requisitos necesarios*. Este motivo lo formula con carácter subsidiario al anterior.

CUARTO.- El Sr. Julián, en su escrito de interposición precisa que *únicamente impugna el alcance contable determinado en la sentencia y al que hace alusión su fundamento décimosexto, epígrafe 3.1.5*, presupuesto esencial del fallo, nos dice, intitulado "La modificación del contrato inicial, alcance material" y que arrastra como consecuencia su condena al pago, solidariamente con **FORCEM**, de la cantidad antes indicada más sus intereses. Además, hace suyos los argumentos del voto particular entendiendo que debió confirmarse la sentencia de instancia.

Los motivos de casación que interpone son los que se resumen seguidamente.

(1º) Al amparo del artículo 82.1.4ª de la Ley 7/1988 afirma que la sentencia descansa en un *error evidente, tal como resulta de los documentos obrantes en las actuaciones*. De la sentencia, dice, se desprende que *el contrato con ODÓN 91, S.L. era plenamente legal* y que estaba dentro del objeto de los fondos percibidos por **FORCEM** hacer frente a sus gastos de gestión y funcionamiento. Y, también, se probó, continúa, que el trabajo jurídico se incrementó extraordinariamente de manera que *estaba justificada la modificación al alza del precio del contrato*. Además, subraya que la nueva cantidad pactada es la misma del contrato de asesoría externa que se pactó posteriormente con URÍA y ABOGADOS sin que esto último haya merecido el más mínimo reproche por el Tribunal de Cuentas. No ve razón el recurrente para considerar el precio excesivo en un caso y no en otro. Por lo demás, manifiesta que *actuó en la negociación de esa modificación del contrato con ODÓN 91, S.L. por cuenta del Patronato de FORCEM* y, en particular, por la de su entonces presidente, don Donato. Esa modificación, dice, no se hizo de forma unilateral, sino que *medió una previa negociación* entre el Sr. Donato y el Sr. Rogelio. Niega, asimismo, el Sr. Julián tener la condición de cuentadante.

(2º) El segundo motivo, interpuesto, al amparo del artículo 82.1.4ª de la Ley 7/1988, se subdivide en seis.

El *primero* atribuye a la sentencia la infracción del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con su artículo 400 y la disposición final 2ª de la Ley de la Jurisdicción, sobre la *extemporánea personación del Abogado del Estado*. El *segundo* afirma que infringió los artículos 47, 55.2 y 72.1 y 2 de la Ley 7/1988 y los artículos 15, 38 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas por su falta de legitimación pasiva ya que no se admitió el *litisconsorcio pasivo necesario* que se solicitó respecto de las personas físicas, patronos de **FORCEM**, en representación de CEOE, CEPYME, CCOO, UGT y CIG. El *tercero* sostiene que vulneró los artículos 420.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 73.2 de la Ley 7/1988 y la disposición final 2ª de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas porque *se admitió la demanda del Ministerio Fiscal contra FORCEM cuando ya había finalizado el plazo legal para presentarla* y deberían haberse archivado las actuaciones. El *cuarto* afirma la infracción de los artículos 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la carga de la prueba ya que *los demandados probaron que el trabajo jurídico se incrementó muy notablemente en 1994 y 1995*, lo que motivó la revisión del contrato con ODÓN 91 S.L. El *quinto* dice que la sentencia vulnera los artículos 400 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 456.1 en relación con el *indebido cambio de la demanda en el recurso del Ministerio Fiscal*. Se refiere a que, al ampliar la demanda contra **FORCEM**, cambió el carácter de su acción ya que acusó a los demandados de malversación contable cuando inicialmente nada decía de ello. Y el *sexto* reprocha a la sentencia la infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la *cosa juzgada material* derivada de la sentencia nº 8 de 29 de enero de 2004 del Juzgado Central nº 10 de lo Contencioso Administrativo.



QUINTO.- FORCEM se opone al recurso de casación del Sr. Julián *solamente en la medida en que trata de imputar a la Fundación la responsabilidad por alcance contable* correspondiente a las cantidades abonadas en virtud de la modificación del contrato con ODÓN 91, S.L.

Así, únicamente discute el primer motivo en cuanto atribuye a la sentencia dictada en apelación error evidente en la apreciación de la prueba respecto de su responsabilidad directa como Director Gerente y en tanto descarta la de **FORCEM**. Para la Fundación el Sr. Julián *no ha probado la existencia de error y mucho menos, de un error evidente*. Y el segundo motivo lo combate en la medida en que quiere atribuir a **FORCEM** la responsabilidad exclusiva del alcance afirmando que es la única cuentadante y responsable contable de los fondos percibidos. Para la Fundación, no concurren los elementos necesarios para atribuirle ni siquiera responsabilidad subsidiaria.

Por su parte, el *Ministerio Fiscal* se ha opuesto a los recursos de casación de **FORCEM** y del Sr. Julián.

A los motivos interpuestos por la Fundación objeta que (1º) ambas sentencias afrontaron y *resolvieron rechazándola la cuestión de la extemporaneidad de la demanda litisconsorcial* ofreciendo los argumentos jurídicos correspondientes por lo que no se ha infringido el derecho a la tutela judicial de **FORCEM** y tampoco los preceptos invocados por ésta pues el artículo 78.1 c) de la Ley 7/1988 admite la caducidad como causa de terminación del proceso y el apartado 2 de ese precepto excluye la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitiéndose en cambio a la de la Jurisdicción, cuyo artículo 52.2 contempla esa caducidad; (2º) *no se ha infringido la santidad de la cosa juzgada* tal como explica el fundamento séptimo de la sentencia de apelación: la del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10 dejaba a salvo la exigencia de responsabilidad contable y, sobre todo, determinó que las cantidades de las que se discutía eran fondos públicos transferidos por el INEM para la prestación de servicios, por lo que el camino seguido para obtener su reintegro no era el procedente; (3º) al denunciar **FORCEM** el error de la sentencia dictada en apelación en la apreciación de la prueba sobre la actuación de sus patronos *pretende, en realidad, una nueva valoración de los hechos* sobre la base de documentos que ya han sido considerados por el Tribunal de Cuentas sin que pueda reprochársele la equivocación que se le reprocha y otro tanto dice del consistente en ver alcance contable en la elevación del precio del contrato; (4º) la sentencia *declara la responsabilidad contable de FORCEM porque sí se daban los requisitos para ello* y no obedece a que la irregularidad en el manejo de los fondos públicos se debiera a mera ineficiencia empresarial sino a la falta de justificación del incremento del precio del contrato casi en un 200%; (5º) el último motivo de **FORCEM**, subsidiario de los anteriores, es reiterativo de los dos precedentes y, contra lo que en él se dice, *la sentencia sí ha justificado la falta absoluta de control sobre la actuación del Director Gerente*, actitud totalmente pasiva de **FORCEM** que determina su responsabilidad contable directa.

En cuanto a los motivos del recurso del Sr. Julián, el *Ministerio Fiscal* opone que (1º) no incurre la sentencia en error evidente en la apreciación de la prueba sino que *razona con detalle y una sólida argumentación por qué el actor contrajo responsabilidad contable* a causa de su conducta gravemente negligente al suscribir la modificación del contrato mediante una carta firmada por él que suponía una subida exorbitante de su precio; (2º) no se han producido las infracciones al ordenamiento jurídico mencionadas en el segundo motivo pues (i) no se admitió indebidamente la personación del Abogado del Estado, tal como explica la sentencia de apelación en su fundamento undécimo y, en todo caso, aunque se rechazara eso no impediría la prosecución del proceso pues el Ministerio Fiscal sostuvo la acción de responsabilidad contable; (ii) además, el Sr. Julián *sí tenía la condición de cuentadante* pues eran fondos públicos los que gestionaba y sucede que este argumento es nuevo pues no se hizo valer en apelación; (iii) *no hubo extemporaneidad en la presentación de la demanda litisconsorcial*; ni (iv) *tampoco hubo inversión de la carga de la prueba*, cuestión nueva, también, pues el Informe de Fiscalización advirtió una aplicación de fondos públicos para el aumento de precio del contrato insuficientemente justificado, lo que implicaba una falta de cumplimiento de la ayuda pública recibida; (v) *no se alteró la pretensión* ejercitada por el Ministerio Fiscal, tal como explica el fundamento noveno de la sentencia de apelación; y (vi) *no se ha desconocido la cosa juzgada* dimanante de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10.

III.- EL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y LOS ESCRITOS DE OPOSICIÓN AL MISMO.

SEXTO.- Desde una perspectiva frontalmente opuesta a la de los anteriores recursos, el del *Ministerio Fiscal* se encamina a hacer valer las pretensiones que vio desestimadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas para lo cual propugna que casemos la sentencia y dictemos otra nueva en la que (a) ampliemos el perjuicio a los caudales públicos en 2.172.316,79 €; (b) declaremos responsables directos del mismo a los demandados, teniendo por legitimado pasivo al Sr. Rogelio; (c) fallemos que la condena lo sea a la cantidad a la que se contraiga la cuenta pertinente y a los intereses de demora a los que se refiere el artículo 71 de la Ley 7/1988; y (d) condenemos a los demandados al pago de las costas conforme al artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.



El Ministerio Fiscal incluye en su escrito de interposición estas *consideraciones preliminares* : la demanda que formuló en su día, a la que se adhirió el Abogado del Estado, tiene su origen en el ejercicio de la acción pública por determinadas organizaciones sindicales que, luego, no se personaron en el proceso; los hechos son los reflejados en el Informe de Fiscalización de 27 de marzo de 2001 cuyo objeto eran los pagos al Sr. Rogelio y/o a ODÓN 91, S.L. y la acción por responsabilidad contable se ejerció originariamente por 4.288.128,63 € al entender que los pagos se hicieron sin causa o por trabajos ya retribuidos con fondos públicos. Explica, después, que esa cantidad se reduce ahora a 2.172.316,79 €, resultado de sumar los importes percibidos por el Sr. Rogelio y/o ODÓN 91, S.L. por las funciones del primero como asesor y secretario de actas de los órganos de gobierno de la Fundación y por la elaboración de cinco dictámenes que fueron retribuidos al margen del contrato entre **FORCEM** y esa sociedad.

Los motivos de casación son, en resumen, los siguientes.

(1º) Apoyándose en el artículo 82.1.4º de la Ley 7/1988, dice el Ministerio Fiscal que la sentencia incurre en *error craso y evidente que le ha llevado a una decisión irracional y arbitraria*. Lo afirma porque, a su entender, de las pruebas practicadas, valoradas en conjunto, resulta que *el potencial reintegro al que tenía que enfrentarse **FORCEM** no era de 147.318.613,3 € --la reclamación inicial de reintegro del INEM fue por 24.511.754.808 pesetas-- sino por la cantidad que no pudiese justificarse*. Ese error, prosigue es singularmente importante porque condicionó el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y hace que no se sepa cuál habría sido su parecer si se le hubiera informado de que la cuantificación efectuada por el INEM el 25 de abril o el 20 de septiembre de 1996 era ya de 1.312.793.149 pesetas (7.890.045,73 €) y lo pagado por los dictámenes fue casi la tercera parte de esa cantidad. Añade que se confunde, asimismo, la sentencia al considerar que cuatro de los cinco dictámenes retribuidos al margen del contrato corresponden a sucesivas reclamaciones de reintegro o a reclamaciones del INEM en diferentes fases, ya que solamente hubo un requerimiento de reintegro de manera que no pudo dar lugar a cuatro dictámenes.

Por otro lado, sostiene el Ministerio Fiscal que *el control de los fondos públicos que ejerce el Tribunal de Cuentas debe inspirarse, además de en el principio de legalidad, en los de eficiencia y economía que contempla, a propósito del gasto público, el artículo 31.2 de la Constitución*. Luego, sobre el *valor probatorio de los Informes de Fiscalización* coincide en que los hechos que recogen se deben presumir ciertos salvo prueba en contrario y señala que, en este caso, esos hechos fueron desvirtuados por las declaraciones de los demandados o de empleados de **FORCEM** pese a que aquellos, de prosperar la demanda se verían obligados al reintegro y pese a que consta en el proceso que los fundadores se comprometieron a asumir las responsabilidades que se derivaran de los procedimientos abiertos con motivo del asesoramiento de ODÓN 91, S.L.. *Insiste en que la carga de la prueba recaía aquí en los demandados y concluye que: (i) el Sr. Rogelio incurrió en abuso de personificación jurídica pues el asesoramiento prestado por ODÓN 91, S.L., sociedad familiar de la que era administrador y tenía prácticamente como único cliente a **FORCEM**, se reducía a los dictámenes que firmaba el propio Sr. Rogelio ; (ii) los cinco dictámenes tuvieron como causa única oponerse al reintegro de las ayudas acordado por el INEM en resoluciones de 25 de abril y 20 de septiembre de 1996; (iii) ni por su extensión ni por su complejidad eran susceptibles de facturación independiente; (iv) dos de esos dictámenes eran reproducción de otros dos; (v) el dictamen de 9 de octubre de 1996 era innecesario pues había perdido vigencia la resolución que lo motivó; y (vi) el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid no permite sustentar que los honorarios percibidos por ODÓN 91, S.L. no fueran excesivos.*

(2º) Invocando el artículo 82.1.5ª de la Ley 7/1988 afirma el Ministerio Fiscal que la sentencia ha vulnerado el ordenamiento jurídico porque *(i) los pagos realizados eran indebidos porque no perseguían el cumplimiento de los fines de **FORCEM**, es decir el ejercicio de acciones formativas*. Se sorprende el recurrente de que las sentencias de instancia y apelación los vean justificados y entiende que esta última yerra cuando considera que las cuestiones planteadas versan sobre la oportunidad cuando lo determinante es que los gestores de fondos públicos no pueden elegir en qué se gastan el dinero sino que han de aplicarlo a la consecución de los fines públicos que tienen encomendados y sólo pueden utilizar criterios de oportunidad para elegir entre la persecución de los diferentes fines públicos que tengan asignados. Sentado todo ello, el motivo *(ii) niega la justificación de los siguientes pagos: (a) las retribuciones del Sr. Rogelio como secretario de actas; (b) los cinco dictámenes pagados al margen del contrato. (iii) Asimismo sostiene el Ministerio Fiscal que el Sr. Rogelio cuenta con legitimación pasiva* por lo que la sentencia se equivoca al tenerlo por *extraneus*. Dice así sobre el particular:

*"A nuestro parecer, la legitimación pasiva del Sr. Rogelio en este procedimiento de responsabilidad contable se fundamenta, desde el punto de vista fáctico, en las retribuciones que percibió de **FORCEM** por las funciones desempeñadas para dicha entidad y, singularmente, en el ocultamiento de que era él personalmente quien iba a prestar los servicios contratados por **FORCEM** con ODÓN91, lo que facilitó que se le encomendara al Sr. Rogelio el cometido de Secretario de los Órganos de gobierno de la Fundación, posición desde la que le fue fácil urdir la*



trama con la que obtuvo sustanciosos beneficios de los gastos previstos para el funcionamiento de la entidad, y desde el punto de vista jurídico, en su condición de coautor o, al menos, de cooperador necesario para la realización de los hechos generadores de responsabilidad contable".

Invoca al respecto el motivo los artículos 38 , 49 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y el 72 de la Ley 7/1988 .

SÉPTIMO.- (A) *Se ha opuesto al recurso de casación del Ministerio Fiscal Sr. Rogelio con un muy extenso escrito en el que, tras advertir que nada opone a los de FORCEM y del Sr. Julián , defiende su proceder, haciendo constar, además, que finalmente FORCEM no tuvo que reintegrar nada, según resulta, dice, de la resolución del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de 1 de febrero de 1999. Su rechazo de los motivos de casación descansa, por lo demás, en las siguientes razones: (i) la extemporaneidad de la demanda del Ministerio Fiscal, (ii) su falta de legitimación pasiva; (iii) la naturaleza privada de los fondos utilizados para los pagos; (iv) la improcedencia de seguir criterios de oportunidad o eficiencia en la exigencia de la responsabilidad contable; (v) la justificación de las retribuciones y la necesidad y eficacia de los servicios jurídicos prestados; (vi) ser cuestiones nuevas las suscitadas sobre la autoría de los dictámenes, el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la oportunidad de los pagos y la atribución que se le hace de cooperador necesario en el ilícito contable en cuanto secretario de actas de los órganos de gobierno de FORCEM; (vii) la falta de cuestionamiento por el Ministerio Fiscal de las razones en que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sustenta su informe; (viii) la aprobación por las organizaciones empresariales y sindicales de todas las decisiones del Patronato sin voluntad decisoria del secretario; (ix) la improcedencia de la extemporánea intervención adhesiva del Abogado del Estado, de la extemporánea ampliación de la demanda a FORCEM, del cambio de acción de la demanda del Ministerio Fiscal y de la estimación parcial de la demanda.*

En razón de sus argumentos, pide que desestimemos el recurso del Ministerio Fiscal y casemos la sentencia de la Sala de Justicia dejando sin efecto su parte dispositiva en lo relativo a la estimación parcial del recurso de apelación, confirmando así en todos sus extremos la de instancia.

(B) **FORCEM**, en otro prolijo alegato, afirma, en primer lugar, que *concurren causas de inadmisión de los motivos de este recurso de casación. Subsidiariamente, los rechaza, salvo en una parte.*

En efecto, nos dice, a propósito del *primero*, que *pretende convertir a esta Sala en una tercera instancia* ya que, en realidad, está planteando una nueva valoración de la prueba examinada en primera instancia y en apelación. Por lo que hace al *segundo*, apunta que no hay cita de norma o jurisprudencia infringidas, la invocación del artículo 72.2 de la Ley 7/1988 es improcedente porque se refiere a cuestión –la responsabilidad por malversación contable– distinta de la discutida aquí y hay carencia manifiesta de fundamento por ser reproducción del recurso de apelación.

Y es que –subraya **FORCEM**– en su propósito de demostrar el error evidente que atribuye al Tribunal de Cuentas al apreciar los hechos, ha tenido que utilizar nada menos que veintisiete páginas. En ello ve **FORCEM** un indicio de la inexistencia de tal error y la confirmación del verdadero sentido de este motivo. De ahí que propugne su desestimación. Por lo que hace al *segundo* motivo del Ministerio Fiscal, la Fundación nos dice que sus submotivos primero y segundo –los relativos a la responsabilidad contable por los pagos al Sr. Rogelio como asesor y secretario de actas, por un lado, y a la responsabilidad contable por los pagos a ODÓN 91, S.L. por los dictámenes fuera de contrato, por el otro– deben ser inadmitidos o, en su defecto, desestimados. En cambio, no se opone al tercer submotivo: el reproche a la sentencia de apelación por no reconocer legitimación pasiva al Sr. Rogelio .

Explica que la desestimación del primer motivo conlleva necesariamente la del segundo en lo relativo a la responsabilidad por los pagos hechos a ODÓN 91, S.L. fuera de contrato, porque están justificados los que se hicieron al Sr. Rogelio como asesor interno y se trata de pagos debidos, En fin, recuerda **FORCEM** que *inicialmente el Ministerio Fiscal no se dirigió contra ella y sólo lo hizo –extemporáneamente– cuando se vió obligado por el planteamiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Además, señala que en su informe 4/2001, de 14 de febrero, sobre el proyecto de Informe de Fiscalización, no incluyó entre los presuntos autores de conductas originarias de responsabilidad contable a los patronos de la Fundación. Y que en su escrito de 3 de marzo de 2004 se opuso expresamente a considerar responsable a FORCEM y dijo que los patronos no eran responsables porque desconocían los pagos hechos dolosamente por los demandados a ODÓN 91, S.L, y que el Patronato no podía ser objeto de responsabilidad contable en la medida en que resultó perjudicado en las sumas que fraudulentamente se abonaron a esa sociedad.*

(C) *También se opone a este recurso de casación el Sr. Jose Ramón con un igualmente extenso escrito en el que, entre otros argumentos, recuerda que nunca tuvo facultades de disposición de fondos, los que han originado la controversia no son públicos y eran conceptualmente distintos de los destinados a las acciones formativas . Subraya que en este caso el único cuentadante posible era FORCEM y que él carece de legitimación*



pasiva . Asimismo, afirma el *pleno conocimiento de los patronos de todo lo que se hizo* y, rebate las razones en las que el Ministerio Fiscal sustenta los motivos de su recurso. Por todo ello, nos pide que lo desestimemos pero, también, que *casemos la sentencia dictada por la Sala de Justicia, confirmando, así, la de instancia* . En lo relativo a la condena a **FORCEM** y al Sr. Julián hace suyas, por lo demás, las consideraciones del voto particular y, en razón de ellas, solicita que declaremos que la cantidad satisfecha a ODÓN 91 en concepto de indemnización por la resolución del contrato (39.467.544 pesetas) *queda fuera de la pretendida responsabilidad por alcance* .

IV.- EL JUICIO DE LA SALA.

A) CUESTIONES PREVIAS.

OCTAVO.- Hemos recogido con cierto detalle el contenido de la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas objeto de estos recursos de casación así como las posiciones expresadas por las partes. De las páginas anteriores se desprende que estamos ante un proceso complejo, tal como lo confirma ahora no sólo la interposición de recursos de casación de distinto signo sino la extensión de los escritos presentados y el volumen de la documentación aneja a los autos.

Igualmente, no dejan de ser importantes las cuestiones suscitadas por los distintos intervinientes: la legitimación pasiva y la noción de cuentadante, el efecto de cosa juzgada, la naturaleza de los fondos concernidos, el concepto de alcance, la extensión del control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance y el juego que en él puedan tener los principios constitucionales de eficiencia y economía, son algunas de ellas, además de la relacionadas con la valoración de las pruebas aportadas.

No obstante, la posibilidad de entrar en esos extremos que ofrecen los motivos de casación viene condicionada por la solución que deba darse al primero que formula **FORCEM** y que también plantea el Sr. Julián y al que se adhieren desde sus escritos de oposición los Sres. Rogelio y Jose Ramón . Es decir, por la decisión que proceda adoptar sobre *la alegada extemporaneidad de la demanda del Ministerio Fiscal* por haberse presentado contra **FORCEM** transcurridos los quince días que se le concedieron para ello.

Sobre esto último no hay discusión: la demanda litisconsorcial se presentó por el Ministerio Fiscal más allá de ese plazo, precisamente el mismo día en que se le notificó el auto que declaraba la caducidad. Por eso, el problema a resolver es si, como la sentencia dice, procedía aplicar en este caso el artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción , o si, como sostienen los recurrentes y los recurridos Sres. Rogelio y Jose Ramón , no cabe hacerlo, con lo que la consecuencia sería la inadmisibilidad por extemporánea de esa demanda y, ya en este momento, procesal, habida cuenta de lo resuelto en la instancia, se impondría la anulación de la sentencia y la desestimación del recurso de apelación.

Antes de pronunciarnos al respecto, *interesa recoger lo que dijo la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas sobre ello* . Es lo siguiente:

"(...) se argumenta que "en el momento en que el Ministerio Fiscal formalizó la demanda (...) había precluido ya el plazo de 15 días que le había otorgado para ello el Auto del Consejero de Cuentas de 7 de octubre de 2004, por el que admitió la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la Fundación, planteada por el resto de codemandados". La Sentencia impugnada afirma (...):

"(...) dicha cuestión procesal fue ya resuelta por Auto firme de este órgano jurisdiccional (...) por lo que sólo procede ahora, recordar que la declaración de caducidad de plazo para interponer la demanda litisconsorcial, y la interposición de la demanda en el mismo día de la notificación de dicha caducidad, se ajustaron plenamente a lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...) supletoria de primer grado para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas (...)".

La Fundación (...) dice (...) que el planteamiento de la Sentencia de instancia es incorrecto "y además lesivo para el derecho a la igualdad de las partes en el proceso. El artículo 52.2 de la Ley de la Jurisdicción (...) no es aplicable al caso de autos, puesto que el procedimiento de reintegro por alcance (...) no se rige por [ella] (...), sino por la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) [y] solamente se podrá acudir a la Ley Procesal Administrativa en defecto de previsiones en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el artículo 420.4 de la Ley ritaria Civil, regula precisamente el supuesto de que ahora se trata que es la falta de presentación en plazo de la demanda litisconsorcial de forma clara y terminante: debe, sin más, procederse al archivo de las actuaciones. No estamos ante un supuesto de caducidad (...), sino ante un supuesto de terminación anormal del procedimiento de reintegro por preclusión del plazo para formalizar la demanda litisconsorcial".

Es verdad que el artículo 73.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dice que "hecha la publicación de edictos, y transcurrido el término de los emplazamientos, se seguirá el procedimiento por los trámites del



juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil". En coherencia con dicho precepto, en la instancia se tramitó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por las reglas de la Ley procesal civil. El problema es que la falta de presentación de demanda litisconsorcial puede implicar terminación anormal del proceso y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas tiene normas especiales sobre formas de conclusión de los juicios de responsabilidad contable, tanto si son juicios de cuentas, como si son procedimientos de reintegro por alcance (caso de autos).

Llegado el punto de tener que decidir sobre la terminación del proceso, el Juez de instancia tuvo que abandonar el iter procesal de la Ley de Enjuiciamiento civil y aplicó la norma especial en la materia, que es el artículo 78 de la Ley 7/1988, de 5 de abril. La consecuencia (...) fue la admisión de la demanda del Fiscal pues no se tuvo en cuenta el plazo máximo de presentación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el del ya citado artículo 52.2 de la Ley Procesal Administrativa.

Esta Sala de Justicia comparte el criterio de la Sentencia apelada de que, a los juicios de responsabilidad contable, les es de aplicación en primer término la normativa especial que los regula (...), y supletoriamente la legislación procesal que en dicha normativa se menciona. Aunque el procedimiento de reintegro por alcance, como se ha dicho, está sujeto con carácter general a las normas (...) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello no implica que no se le apliquen las especialidades procesales que contempla la Legislación del Tribunal de Cuentas, cuando ello resulte ajustado a Derecho y no oculte una actuación en fraude de Ley o el ejercicio abusivo de sus derechos por las partes.

Así sucede con (...) muchos trámites que, no recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplican sin embargo a los juicios de responsabilidad contable por el alcance. Esto mismo ocurre con los modos de terminación de los procesos de la Jurisdicción Contable que se recogen en la Ley 7/1988 (...). Son "norma especial" y se aplican antes que cualquiera de las normas supletorias que rigen en los juicios de responsabilidad contable, incluida la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(...) La actividad procesal (...) está sujeta a los límites jurídicos de la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho (...), lo que exige a los órganos jurisdiccionales (...) la tarea de velar para que la tramitación de los litigios no incumpla las exigencias de estos principios jurídicos, tarea especialmente relevante en aquellos casos, como el presente, en los que la validez de una determinada actuación procesal depende de una interpretación normativa compleja, que exige una operación de hermenéutica jurídica que afecta a varias normas procesales, unas de aplicación directa y otras de aplicación supletoria.

En el presente caso, esta Sala (...) no estima que concurren elementos que permitan apreciar, respecto al plazo de presentación de la demanda litisconsorcial por el Ministerio Público, una situación de fraude de ley, o procesal, o de abuso de derecho, que induzca a aplicar la solución de inadmisión que en otro caso derivaría del ya citado artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que no cabe por tanto, tampoco en este punto, estimar la pretensión impugnatoria".

NOVENO.- Debemos descartar, efectivamente, toda sombra de abuso de Derecho o de fraude de ley en este caso y limitarnos a determinar si en el punto controvertido han de prosperar los argumentos de la Sala de Justicia o los hechos valer en los recursos de casación y en los escritos de oposición indicados. Para ello, es imprescindible examinar los preceptos de la Ley 7/1988 ya que podemos dar por sentado, por ser pacífico, que en el proceso civil no cabe una solución como la recogida en el artículo 52.2 de la Ley de la Jurisdicción por lo que, de estar solamente a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedería, de conformidad con su artículo 420.4, inadmitir la demanda del Ministerio Fiscal respecto de todos los demandados y archivar definitivamente las actuaciones.

Así, pues, todo se reduce a los términos en que la Ley 7/1988 se remite a uno y otro texto procesal a propósito de la regulación del procedimiento de reintegro por alcance. Los preceptos a considerar son, de un lado, el artículo 73.2 de la misma que dice:

"Hecha la publicación de edictos, y transcurrido el término de los emplazamientos, se seguirá el procedimiento por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Según el tenor de esta prescripción, las normas aplicables son las del proceso civil, no ciertamente de modo supletorio, sino principal por decisión expresa e incondicionada del legislador. De otro lado, el artículo 78, siempre de la Ley 7/1988, hablando de la terminación del proceso dispone:

"Artículo 78

1. Los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas podrán terminar:

a) Por sentencia.



- b) Por auto de sobreseimiento.
- c) Por allanamiento.
- d) Por desistimiento.
- e) Por caducidad.

2. El allanamiento, desistimiento y caducidad se regirán por lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo"(s.n.).

Dice bien el escrito de interposición de **FORCEM** que este precepto guarda relación con la anterior Ley de la Jurisdicción que sí contemplaba en su artículo 91 la caducidad como forma de terminación mientras que la vigente no lo hace. En efecto, sus artículos 67 y siguientes, que se ocupan de las formas de terminación del proceso contencioso administrativo, no la incluyen aunque sí se ocupan de ella sus artículos 51.1 d) y 52.2, ambos en relación con el transcurso de los plazos: el primero se refiere al de interposición del recurso y le atribuye la consecuencia de su inadmisibilidad y el segundo al de la presentación de la demanda, permitiendo, como hemos visto, hacerlo el mismo día en que se notifique el auto que declare la caducidad del trámite. Esto último, aunque no se disponga a propósito de las formas de terminación del proceso, es evidente que la produce. *De ahí que no se pueda evitar su aplicación al caso presente, tal como hemos visto que explica la sentencia impugnada*. En consecuencia, los motivos que descansan en este argumento –el primero de **FORCEM** y el tercero de los comprendidos en el segundo del Sr. Julián – han de ser desestimados.

DÉCIMO.- Lo mismo sucede con los que defienden la existencia de *cosa juzgada*, es decir, el segundo de **FORCEM** y el sexto de los incluidos en el segundo del Sr. Julián. La sentencia firme del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, la nº 8, de 29 de mayo de 2004, sobre la que se construye este argumento impugnatorio *no cierra el paso a la exigencia de responsabilidad contable* ya que su pronunciamiento y las razones en las que se apoya se limitan a establecer que las cantidades reclamadas por el INEM no tenían la naturaleza de subvención y que, por eso, no se podía pedir su reintegro en virtud del régimen propio de las subvenciones. Además, la sentencia deja expresamente a salvo la potestad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas para exigir la responsabilidad contable que se pudiera haber contraído en la aplicación de los fondos en cuestión.

Por tanto, al margen de las identidades subjetiva y objetiva, falta la relacionada con esa naturaleza, mejor dicho con la causa de pedir.

La sentencia cuya casación se pretende lo explica bien:

"De hecho, la sentencia (...) del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Nº 10, no afecta a dicha competencia objetiva de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, pues de sus fundamentos (...) se deducen dos conclusiones claras:

a) Lo que el juez ha resuelto en la vía contencioso-administrativa es que la ayuda recibida por la Fundación fue una transferencia para financiar el ejercicio de sus funciones y no una subvención, por lo que no cabía apreciar derecho alguno de la Administración concedente a obtener el reintegro de la ayuda otorgada con base en unos posibles incumplimientos jurídicos irrelevantes a esos efectos.

b) El propio órgano jurisdiccional contencioso-administrativo reconoce que los citados posibles incumplimientos jurídicos pueden dar lugar a responsabilidades exigibles en otras vías, y alude de forma expresa a la competencia de la Jurisdicción Contable para conocer de unos hechos que, como los presentes, aparecen expresados en un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

No cabe apreciar, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada alegada por la representación procesal de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo".

B) EL RECURSO DE CASACIÓN DE **FORCEM**

UNDÉCIMO.- Despejados los anteriores extremos, examinaremos, en primer lugar, los demás motivos de los recursos de **FORCEM** y del Sr. Julián que pretenden la anulación de la sentencia de apelación y la confirmación de la de instancia y, solamente después, entraremos en el del Ministerio Fiscal, que propugna la agravación de los pronunciamientos condenatorios de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el sentido de extenderlos a los Sres. Rogelio y Jose Ramón y de ampliar el importe del alcance a la cantidad resultante de la suma de las percibidas por el Sr. Rogelio por su labor de asesor y secretario de actas de **FORCEM** (17.925,59 €), y por ODÓN 91, S.L. por los dictámenes elaborados fuera del contrato que le ligaba con la Fundación de 8 de enero de 1996 (8.366,09 €), 9 de mayo de 1996 (592.597,93 €), 4 de octubre de 1996 (765.807,62 €), 7 de enero de 1997 (765.807,62 €) y 24 de febrero de 1997 (21.751,83 €). O sea, 2.172.256,68 €.



DUODÉCIMO.- Faltan por resolver los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso de casación de **FORCEM**, referidos, respectivamente, *(i)* al error evidente de la sentencia de apelación por atribuirle responsabilidad contable y por apreciar alcance en la elevación del precio del contrato con ODÓN 91, S.L., *(ii)* a la falta de concurrencia de los requisitos determinantes del alcance y *(iii)* a la falta de los requisitos necesarios para afirmar la culpabilidad de **FORCEM**. Dado que solamente cabe hablar de la responsabilidad contable si ha habido alcance, parece lógico abordar primero el motivo que niega su existencia y, después, de proceder su desestimación, afrontar los que rechazan que se le pudiera imputar a la Fundación.

DÉCIMOTERCERO.- El Tribunal de Cuentas consideró que el aumento del precio del contrato comportaba alcance en virtud de los siguientes extremos recogidos en el Informe de Fiscalización.

*"El 25 de julio de 1996 (...) fue modificado el contrato (...), en cuatro aspectos: a) el precio a pagar por **FORCEM** (...), para aumentarlo; b) el criterio de revisión anual del precio (...); c) la falta de inclusión del IVA (...) antes (...) incluido (...) d) y para establecer (...) una cláusula de indemnización por resolución del contrato sin justa causa, previamente inexistente.*

*La modificación (...) se instrumentó por medio de una carta (...), dirigida por el entonces Gerente de **FORCEM** (...) a ODÓN '91 S.L. (...). Por lo tanto, la iniciativa (...) tuvo su origen en el entonces titular de la Gerencia de **FORCEM** (...) todo ello basado en que "el constante incremento de la actividad de esta Fundación y la complejidad de las cuestiones que demandan su intervención y la necesidad de mayor aportación de sus servicios y asesoramiento, (especialmente de carácter verbal) que de Vds. se viene requiriendo, con el consiguiente aumento de la dedicación prestado por esa entidad, hacen aconsejable la modificación de algunos de los extremos pactados en su momento..."*

*En este sentido, **FORCEM** no ha acreditado que exista (...) antecedente o documentación formalizada relativos a una negociación entre la Fundación y la SRL contratista previa a la propuesta unilateral de modificación del contrato (...). Tampoco consta (...) documento o antecedente que acredite que la citada modificación unilateral del contrato inicial se hizo previa solicitud pública, ni de ofertas, ni de invitaciones a presentar ofertas (...) a los efectos de obtener para **FORCEM** mejores condiciones económicas (...). Por ello el contenido del párrafo segundo de la carta (...) señalando las causas que hacían "... aconsejable la modificación de algunos de los extremos pactados en su momento..." (...), adquiere el carácter de mera justificación formal (...).*

*Resulta destacable además, que se haga descansar el aumento del precio en el aumento de las consultas verbales, en las que (...) coinciden tres aspectos: su menor relevancia jurídica, la intermediación entre su formulación y su evacuación, sin soporte documental (...) y la posibilidad no utilizada de que pudiesen haber sido evacuadas por la propia Asesoría Jurídica de **FORCEM** (...).*

De todo ello se deduce que la modificación del contrato (...) supone un acto realizado sin la debida diligencia en el desempeño de su cargo por parte del Gerente, que causó perjuicios económicos a la Fundación (...)"

A partir de aquí la sentencia ahora recurrida afirma que de las actuaciones practicadas y de los hechos acreditados no se desprenden razones que desvirtúen lo señalado por el Informe de Fiscalización, cuyo carácter de medio de prueba cualificado subraya, del mismo modo que resalta que en él se recogen "una serie de circunstancias que apuntan a que el incremento del precio (...) ni se ajustó a Derecho, ni se practicó dentro del canon de diligencia exigible, y, además, causó un menoscabo a los fondos públicos por no estar acreditadas las contraprestaciones concretas que lo hubieran justificado". Así, se fija en los siguientes extremos que resultan de los autos:

"El nuevo precio se fijó en 30.000.000 de pesetas con efectos de 1 de enero de 1996 y, como consecuencia del aumento de precio acordado, se pagaron entre 1996 y 1998 (año en que tuvo lugar la rescisión del contrato) 55.296.208 ptas. más de lo que hubiera correspondido satisfacer si el precio no se hubiera modificado.

El Ministerio Fiscal fundamenta su pretensión en que el aumento del precio supuso (...), un incremento del 187,63%, lo que considera desmesurado pues no estima que se hubiera producido un aumento de volumen de trabajo justificativo de semejante variación en la retribución de las prestaciones.

*Los demandados (...) estiman probado (...) un significativo aumento del (...) trabajo para ODÓN 91, S.L., entre 1995 y 1996, y que dicha circunstancia no podía ser aliviada por la Asesoría jurídica interna de **FORCEM** dada la escasa experiencia profesional de sus integrantes. En estas circunstancias, en opinión de los demandados, la modificación del precio al alza estaba más que justificada. (...) un informe de la Asesoría Interna (...), de 12 de febrero de 1997, (...) defiende la concurrencia de un significativo aumento de los requerimientos de asesoramiento a (...) ODÓN 91, S.L., entre 1994 y 1996. La Sentencia apelada se hace eco (...) del testimonio del Sr. Jose Ramón que afirmó que ODÓN 91, S.L., realizó, entre 1994 y 1995, 289 informes y 1.122 en 1996. D. Rogelio expone en su recurso que el número de expedientes gestionados por **FORCEM** aumentó desde 1994 a*



1996 en torno a un 228%, pasando de 2.537 expedientes tramitados en 1994 a 8.314 en 1996. Posteriormente, (...) cifra este incremento en un 327,7%.

(...) puede considerarse probado que la actividad de **FORCEM** se incrementó significativamente entre 1994 y 1996, y que ello supuso un lógico aumento de sus necesidades de asesoramiento jurídico. Lo que no ha quedado probado, en cambio, es que el impacto de ese incremento (...) haya afectado de forma tan significativa a las prestaciones a realizar por ODÓN 91, S.L., incluidas en el precio del contrato, como para justificar una elevación del mismo.

Deben tenerse en cuenta, sobre este particular, los siguientes extremos:

a) A partir del día 5 de abril de 1995, la Fundación contó con un Secretario, el Sr. Rogelio , que (...) asumió (...) funciones de asesoramiento jurídico "interno" y "continuo" (...), compatible con el apoyo técnico-jurídico "externo" y "esporádico" atribuido a ODÓN 91, S.L. (...). b) La Fundación, (...) contaba también con un servicio interno de asesoría jurídica. c) El párrafo final de la cláusula segunda del contrato de 21 de julio de 1994 permitía la existencia de dictámenes que, por su extensión o complejidad, pudieran ser objeto de facturación independiente (...).

Desde estos elementos de juicio cabe recalcar lo siguiente:

En primer término que (...) los propios demandados, al alegar la compatibilidad entre las funciones de asesor interno del Sr. Rogelio como Secretario y las de asesoramiento externo encomendadas a ODÓN 91, S.L., (...), admitieron que (...) la Secretaría de la Junta de Gobierno del Patronato asumía tareas de apoyo técnico jurídico "continuado" que, en consecuencia, no tenía que asumir el Asesor externo (...). No hay que olvidar que (...) el capital de (...) "ODÓN 91, S.L.", había sido suscrito por D. Rogelio , su esposa y un hijo de ambos, menor de edad; así como que era Letrado en ejercicio y funcionario público. En términos aun más claros, el asesoramiento jurídico a **FORCEM** lo prestaba en condición de Secretario del Patronato y a través de la mercantil, unas veces dentro del precio del contrato y otras a través de tarificación "aparte".

Por otra parte, (...) que la existencia de una Asesoría Jurídica interna en **FORCEM** indica que (...) tenía encomendadas tareas de asesoramiento en Derecho que, por tanto, también deberían considerarse sustraídas del volumen de trabajo asumido por ODÓN 91, S.L.

Finalmente, que la citada asesoría externa tenía la posibilidad contractual de facturar por separado informes especialmente extensos o complejos, lo cual hizo en diversas ocasiones y prueba de ello son los cinco dictámenes impugnados (...), todos ellos de 1996 y 1997, precisamente los años en los que se alega un significativo aumento de las prestaciones de asesoramiento requeridas por **FORCEM**. Además, (...) la propia Fundación hace "descansar el aumento del precio en el aumento de las consultas verbales" que, por su propia naturaleza, no tienen constancia escrita y suelen referirse a temas de escasa complejidad técnica. Tales consultas verbales (...), al margen de que fueran atendidas por la empresa contratada, o por el secretario de la Fundación, o por la Asesoría Jurídica interna (...), difícilmente pueden suponer el núcleo principal del volumen de trabajo de asesoramiento jurídico encomendado a una unidad o entidad de apoyo y, por otra parte, la condición oral de tales consultas, obliga a un reforzamiento de la prueba, que no puede limitarse a informes o declaraciones siempre circunscritos al ámbito de la Fundación demandada, sin otro apoyo probatorio relevante.

Todas estas circunstancias ponen de relieve que no está probado que el aumento del volumen de la gestión de **FORCEM** entre 1994 y 1996 y el eventual incremento de sus necesidades de asesoramiento jurídico, hayan provocado un aumento de la actividad asesora de ODÓN 91, S.L., justificativo de una elevación del precio del contrato en un 187,63%".

En este punto, la sentencia afirma que "la irregular elevación del precio del contrato descrita en los resultados de la fiscalización constituye un alcance en los fondos públicos".

Conclusión que sustenta con los razonamientos que siguen.

"(...) la adecuada interpretación jurídica del hecho irregular descrito en el Informe de Fiscalización nos conduce al artículo 81.9, c) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, vigente en las fechas en que se produjeron los hechos.

(...) las Órdenes Ministeriales de 4 de junio de 1993 y de 7 de mayo de 1997 autorizan a **FORCEM** a realizar gastos necesarios para el cumplimiento de su objeto social. Entre ellos, no pueden incluirse las salidas de fondos derivadas de una elevación del precio del contrato que no ha quedado probado ni justificado que se fundamente en un aumento cuantitativo o cualitativo de las contraprestaciones.



Aplicar los fondos a satisfacer un aumento de precio insuficientemente justificado, implica un incumplimiento de la finalidad de la ayuda percibida, lo que incurre en la vulneración jurídica prevista en el antes citado artículo 81.9, c) (...).

Al haberse incumplido (...) la finalidad que justificó la financiación pública (...), se produjo una salida de fondos injustificada generadora de un alcance del artículo 72.1 de la Ley 7/1988 (...), tal y como ha tenido ocasión de sostener esta Sala de Justicia en Sentencias como (...) la 21/05, de 14 de noviembre [que] (...) considera pago indebido "aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro... o en cuantía que excedía del derecho del acreedor". Aplicar los fondos a usos ajenos a su finalidad se viene considerando alcance por esta Sala a través de una Doctrina uniforme y prolongada en el tiempo (por todos, Auto de 17 de junio de 2005).

(...) los demandados han centrado su actividad probatoria en el aumento del volumen de trabajo de asesoramiento jurídico que se produjo entre 1994 y 1996, pero no han acreditado el impacto concreto que (...) tuvo (...) en las prestaciones del contrato incluidas en el precio originario (...), esta actividad probatoria no permite deducir qué parte del incremento (...) fue absorbida por el Secretario (...), cuál por la Asesoría interna (...), cuál fue derivada a dictámenes de ODÓN 91, S.L., facturados por separado, y cuál supuso, en su caso, un aumento de trabajo real y efectivo para dicha empresa (...).

En estas circunstancias, agravadas por el hecho de que la propia Fundación achaca el eventual aumento de las prestaciones sobre todo a consultas de naturaleza verbal, no puede considerarse suficientemente justificada una subida del 187,63%, lo que supone que la salida de fondos que haya tenido su causa en dicho incremento, constituye un alcance en los fondos públicos.

La cuantía del citado alcance tendrá como principal la cifra que se haya pagado de más (...), desde la (...) modificación del contrato (...), hasta la (...) rescisión del mismo (...). Esta cantidad se eleva a (...) 55.296.208 ptas., con el siguiente desglose por anualidades:

- 1996:...22.180.968 ptas.
- 1997:...24.387.156 ptas.
- 1998:....8.728.084 ptas".

Sostiene **FORCEM** que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la existencia de alcance por los hechos mencionados. Se sirve al efecto del voto particular a la sentencia de apelación, el cual entiende que no hubo una aplicación indebida de fondos públicos sino, sencillamente, el cumplimiento de un contrato y del pacto mediante el que se modificó. Revisión que entiende **FORCEM** cuestionada por la Sala de Justicia, no por razones de legalidad, sino de oportunidad, eficiencia o eficacia.

El motivo no puede prosperar ya que, como demuestra la sentencia de apelación, no fueron razones de oportunidad las que guiaron su apreciación del alcance. En efecto, no hay en su juicio consideraciones de conveniencia. Ni siquiera necesita adentrarse en valoraciones sobre la eficiencia pues se queda en el plano de la legalidad en la administración de fondos públicos. Nos está diciendo que la revisión que se hizo del contrato no estaba justificada porque no se acreditó con datos concretos su necesidad. De ahí que los caudales públicos destinados a hacerla efectiva se utilizaran indebidamente. Y así es porque a **FORCEM** no se le concedieron para que hiciera de ellos cualquier uso sino únicamente los adecuados a los fines para los que se aportaron. Entre ellos no se hallan, con seguridad, los de contraer compromisos innecesarios. Ese exceso es lo que determina el alcance como convincentemente argumenta la sentencia.

DÉCIMOCUARTO.- Sobre la responsabilidad contable directa de **FORCEM** por el incremento del precio del contrato, la sentencia de apelación dijo:

"La Fundación (...) fue la entidad beneficiaria de la ayuda y, por tanto, a quien corresponde el reintegro de la misma de acuerdo con el inciso final del artículo 49.1 de la Ley 7/1988 (...). El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 1996 ha sentado que las infracciones cometidas con motivo de la percepción de subvenciones generan responsabilidad contable y obligan a indemnizar al Sector Público los daños y perjuicios causados.

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

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



y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (...). (...) [La Fundación] hizo una serie de pagos como consecuencia de la elevación irregular del precio del contrato (...) indebidos (...). De esta forma, se dio lugar a un incumplimiento de la finalidad de la ayuda pública recibida, lo que supuso la infracción prevista en el artículo 81.9, c) de la Ley General Presupuestaria (...). En consecuencia, se produjeron unos pagos indebidos en el sentido del artículo 141.1. d), de la citada Ley General Presupuestaria y como resultado de la operación, un alcance en los fondos públicos por aplicación del artículo 72.1 de la Ley 7/1988 (...), de 5 de abril .

Otro requisito necesario para la concurrencia de responsabilidad contable es la existencia de un daño en los caudales públicos. Daño, que de acuerdo con el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas , debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos. En el caso que nos ocupa, el menoscabo es evidente, y su acomodación al perfil legal descrito también. El daño real y efectivo (...) se concreta en las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la elevación irregular del precio del contrato, más los correspondientes intereses legales. Se trata, añadiendo la suma de los citados intereses, de la cifra que se recoge desglosada por años en el apartado a) del Hecho Probado Séptimo de la Sentencia apelada.

Esta sería la aplicación al caso concreto de la Doctrina de esta Sala sobre el requisito del daño que se recoge, entre otras, en sentencia 32/04, de 29 de diciembre " .

Argumentos éstos en los que insiste de este modo:

"En el presente caso, el menoscabo en los caudales públicos es consecuencia de una modificación de un determinado contrato. Una de las partes del mismo (...) fue **FORCEM** y, en consecuencia, también lo fue en el acuerdo de modificación del citado contrato.

La carta que dirigió el Director Gerente de **FORCEM** a ODÓN 91, S.L., instando la modificación del contrato generadora del daño que ahora se enjuicia, se envió, en representación de la Fundación, que era la que ostentaba la condición de parte en el contrato originario a modificar. Es por tanto la actuación de la citada Fundación (aunque se hiciera a través de su Director Gerente) la que provocó la ilegal modificación del precio que propició unas salidas de fondos lesivas para el Patrimonio Público. La intervención de **FORCEM** protagonizando la iniciativa en la variación irregular del contrato fue, en palabras del Tribunal Supremo contenidas en la Sentencia del mismo antes citada "condición relevante por sí misma para producir el resultado final": en el presente caso, un daño real y efectivo en los caudales públicos como consecuencia de una irregular inversión de los mismos. Finalmente, los hechos enjuiciados se desprenden del contenido de las cuentas que debió rendir la Fundación en su condición de cuentadante respecto a las ayudas públicas recibidas.

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

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

El tercer motivo de **FORCEM** no aporta argumentos para desvirtuar los que acabamos de recoger de la sentencia de apelación. Así, pues, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOQUINTO.- El último motivo de **FORCEM** pendiente de resolver y subsidiario respecto de los anteriores discute su culpabilidad y afirma la vulneración por la sentencia de los artículos 38 , 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y del artículo 49 de la Ley 7/1988 y de la jurisprudencia aplicable que establece el carácter subjetivo de la responsabilidad contable toda vez que declara la responsabilidad de **FORCEM** sin que medien los requisitos necesarios .

Sucede, sin embargo, que la Sala de Justicia es particularmente consciente de que no cabe la responsabilidad objetiva en este ámbito y, por eso, se ocupa de establecer la culpabilidad de la Fundación mediante estos razonamientos:

"(...) la responsabilidad contable no es una responsabilidad objetiva, sólo puede exigirse mediando dolo, culpa o negligencia grave.

"(...) El grado de culpabilidad cuando el responsable es una persona jurídica se desplaza a los órganos unipersonales o colegiados a través de los que se forma la voluntad y se ejecutan las decisiones de la entidad



(Sentencia de esta Sala 13/1993, de 26 de marzo), todo ello sin perjuicio de las posibles acciones de regreso (Sentencia de esta mismas Sala 25/1992, de 29 de octubre).

Lo primero que debe tenerse en cuenta (...) es que la diligencia exigible en la gestión de caudales públicos es superior a la que cabe reclamar para la administración de fondos privados (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 9/03, de 23 de julio). (...) **FORCEM** era una entidad privada cuando sucedieron los hechos, pero gestionaba fondos recibidos como consecuencia de una financiación pública. Por otro lado, la pasividad en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión, que es lo que el Ministerio Público imputa a la Fundación, puede ser causa de negligencia grave, y así lo ha reconocido esta Sala en Sentencia, por todas, 15/1998, de 25 de septiembre . Además, las personas que por las responsabilidades y obligaciones propias de su cargo deben adoptar las precauciones necesarias para impedir las conductas ilícitas de terceros generadoras de daños, si no lo hacen incurrir en un descuido inexcusable reconducible a negligencia grave (Sentencia de esta Sala de Justicia 4/2006, de 29 de marzo). Esta Doctrina resulta plenamente aplicable a los órganos que formaron y ejecutaron la voluntad de la Fundación respecto a la irregular modificación del contrato aquí enjuiciado. Por último, no cabe alegar la falta de información por el gerente a los órganos de la entidad, respecto a la irregular elevación del precio del contrato, como motivo de moderación o exclusión de la gravedad de la negligencia apreciada. Esta Sala de Justicia tiene dicho sobre este particular (sobre todo en Sentencia 12/06, de 24 de julio) que "el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias".

Los integrantes de los órganos de gobierno de una Entidad que recibe ayudas públicas, no pueden eludir el nivel de diligencia que les resulta jurídicamente exigible bajo el pretexto de que su función era meramente representativa y de que desconocían las actividades que se les reprochan jurídicamente pues, en estos casos, el desconocimiento lejos de eludir la negligencia, se convierte en un elemento que refuerza la gravedad de la misma. También se exige para que pueda declararse responsabilidad contable que exista un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido. El Tribunal Supremo dice en Sentencia de 26 de septiembre de 1998 que "cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final".

Dice **FORCEM** a este respecto que la sentencia ha incurrido en error evidente en la apreciación de la prueba al atribuirle responsabilidad contable porque del propio Informe de Fiscalización se desprende que la actuación de su entonces gerente impidió que sus patronos conocieran esa modificación y que no hubo pasividad de su parte, sino ocultación por parte de aquél. No obstante, no parece equivocado a la vista de cuanto consta en el expediente y en las actuaciones la apreciación a la que llega la Sala de Justicia sobre la absoluta falta de control de la Fundación sobre la actuación de su Director Gerente. Y, sentada esa premisa, la conclusión necesaria es la afirmación de la responsabilidad contable de **FORCEM**, justamente por esa actitud despreocupada por la forma en que se estaba gestionando, cuando debió interesarse por ella y asegurarse de que los responsables de la misma la administraban debidamente.

Por tanto, el motivo debe ser desestimado y con él el recurso de casación de **FORCEM**.

C) EL RECURSO DE CASACIÓN DEL SR. Julián

DÉCILOSEXTO.- De cuanto se ha dicho ya resulta la desestimación del primero de los motivos de su recurso de casación en cuanto atribuía a la sentencia error evidente al apreciar la existencia de alcance.

Por lo que se refiere al error evidente que el recurrente también atribuye a la sentencia por no haber tenido en cuenta, al juzgar su actuación en la modificación del contrato que obró no sólo por cuenta del Patronato de **FORCEM** sino que, en particular, siguió instrucciones de su entonces presidente, don Donato , y tampoco que habría mediado una previa negociación entre el Sr. Donato y el Sr. Rogelio , la sentencia dice:

"La Sala de Justicia (...) (Sentencias 7/1993, de 25 de febrero y 25/1992, de 29 de octubre) viene sosteniendo que "la responsabilidad contable de las personas jurídicas puede no agotarse en éstas y exigirse, cuando se cumplan los requisitos legales, a los gestores o representantes de las mismas". D. Julián , (...) Director Gerente de la Fundación (...) fue precisamente el gestor que dirigió la carta a ODÓN 91, S.L., en la que se instaba la citada modificación contractual (...) [que] dio lugar a una aplicación indebida de los fondos públicos recibidos por **FORCEM**, lo que constituye un alcance en los mismos.

(...) el Sr. Julián fue quién firmó la carta por la que se instrumentó la modificación irregular del contrato. Dicha carta (...) demuestra que la iniciativa para la elevación del precio partió de la propia Fundación (...). D. Julián tenía, en su condición de Director Gerente, la capacidad jurídica para vincular a **FORCEM** en relaciones



jurídicas contractuales de hasta 50 millones de pesetas con sólo su propia firma. (...) la carta de modificación contractual sólo está firmada por D. Julián (...).

Esta conducta sólo puede calificarse de gravemente negligente pues, como sostiene esta Sala de Justicia en Sentencia, entre otras, 16/04, de 29 de julio,(...), al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. No debe olvidarse que aunque la Fundación fuera privada en las fechas en que sucedieron los hechos, los fondos perjudicados eran públicos, tal y como se dice en la Sentencia de instancia que, en este punto, no ha sido impugnada en la presente apelación por ninguna de las partes.

Por otro lado, el Tribunal Supremo afirma en Sentencia de 7 de marzo de 1994 "que existe una conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada". Finalmente, deben traerse a colación Sentencias de 26 de febrero de 2003 , 26 de marzo de 1993 y 21 de noviembre de 1996 , de esta Sala de Justicia (...), que sostienen que "para valorar si ha existido o no negligencia grave hay que examinar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad, de forma que se produce culpa o negligencia grave cuando quien debiendo prever el resultado perjudicial no lo prevé, o previéndolo, no toma las medidas oportunas para evitarlo".

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

No ofrece dudas a esta Sala de Justicia que, además, la conducta gravemente negligente del Sr. Julián provocó un daño caracterizado por los requisitos del artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas , esto es, un daño real y efectivo, económicamente evaluable e individualizado respecto a concretos caudales o efectos públicos. Dicho menoscabo coincide con las cantidades indebidamente satisfechas a ODÓN 91, S.L., como consecuencia del incremento injustificado del precio del contrato, sumando a las mismas los correspondientes intereses legales (...).

*Además, entre la conducta gravemente negligente del Sr. Julián y el daño real y efectivo producido en los caudales públicos, concurre nexo causal jurídicamente relevante (...) fue la iniciativa del Director Gerente (...) la que dio lugar al menoscabo de los fondos públicos recibidos por **FORCEM** (...). El nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño ocasionado por la misma es evidente.*

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

Procede en consecuencia declarar a D. Julián incurso en responsabilidad contable que, además, debe entenderse directa pues la conducta del citado Director Gerente, descrita en el presente Fundamento de Derecho, encaja en el concepto técnico-jurídico del artículo 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982 (...).

Es la carta de referencia la que explica que la sentencia se pronuncie en la forma vista. Desde el momento en que no se discute que el Sr. Julián fue su único firmante y que de la misma resultó la modificación del contrato, no es erróneo, como pretende el recurrente, atribuirle la responsabilidad dimanante de una actuación calificada como alcance. Tampoco sirven para *negar su condición de cuentadante* los argumentos del Sr. Julián ya que tenía facultades para vincular a **FORCEM** en relaciones jurídicas de hasta cincuenta millones de pesetas y que las ejerció para proponer la modificación contractual, aceptada por ODÓN 91, S.L., con la consiguiente aplicación de fondos públicos a fines distintos de aquellos para los que se concedieron. Fondos cuya naturaleza pública, subraya la sentencia de apelación, no fue discutida en el proceso, por lo que no cabe traerla a colación ahora.

DÉCIMOSÉPTIMO.- Del segundo motivo del recurso del Sr. Julián , quedan por resolver los siguientes submotivos:

(a) El relativo a la *extemporánea personación del Abogado del Estado* debe ser rechazado porque, en todo caso, es irrelevante pues el Ministerio Fiscal ejerció la acción de responsabilidad contable y no era inadmisiblesu demanda, según hemos visto. En cualquier caso, la sentencia de apelación razona la regularidad de esa personación. En efecto, dice sobre ello:

"- (...) al haber presentado demanda el Ministerio Fiscal, la falta de presentación de la misma por el Abogado del Estado no dio lugar al archivo de las actuaciones (...).



- La remisión que el artículo 73.1 de la (...) Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas hace al artículo 68 de la misma, da cobertura a la comparecencia del Abogado del Estado como demandante en el momento procesal en que, en el presente caso, se ha producido.

- La solución del artículo 68.5 de la Ley 7/1988 (...) es la misma que ofrece el artículo 56.1 de dicha Ley al actor público que comparece avanzado el proceso. No tendría sentido que dos tipos de legitimados activos distintos, actor público y Abogado del Estado, tuvieran diferente trato procesal, haciéndose al segundo de peor condición jurídica que al primero.

- La citada solución es la que mejor se ajusta al respeto a la tutela judicial efectiva (...).

- El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la admisión, como demandante o demandado, mientras se encuentre pendiente un proceso, de sujetos que originariamente no fueran demandantes ni demandados y, si bien la Abogacía del Estado no formuló demanda cuando se le otorgó plazo al efecto, su inacción se debió, según lo manifestado por la propia Abogacía del Estado, al propósito de no mantener activos dos procedimientos en dos órdenes jurisdiccionales diferentes con un único objeto, por lo que existirían razones y fundamentos para la admisión y confirmación por esta Sala de su adhesión posterior a la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal en este caso concreto".

A nuestro entender es correcta la solución alcanzada por la Sala de Justicia en este punto, precisamente, porque la Ley 7/1988 permite al Abogado del Estado personarse en las actuaciones una vez iniciadas (artículo 68.5 al que se remite el artículo 73.1), aunque sin retroacción de las mismas.

(b) En cuanto a la *falta de litisconsorcio pasivo necesario* que se solicitó respecto de las personas físicas, patronos de **FORCEM**, en representación de CEOE, CEPYME, CCOO, UGT y CIG, con independencia de que la Sala de Justicia ha atribuido también la responsabilidad contable a la Fundación, según se ha explicado, sucede que esta alegación no la formuló el Sr. Julián al oponerse a la apelación del Ministerio Fiscal.

(c) Sobre la *inversión de la carga de la prueba*, además de señalar que ya hemos establecido la inexistencia de error en su apreciación sobre la existencia del alcance, cabe añadir ahora que no se ha invertido la carga probatoria. La sentencia de apelación descansa en los hechos apuntados por el informe de fiscalización que ve confirmados por cuanto obra en el expediente y en las actuaciones y únicamente sucede que no encuentra en los elementos en los que se han apoyado los recurrentes en casación base suficiente para considerar desvirtuado el relato fáctico establecido. Conclusión que, por lo demás, razona con detenimiento y coherencia. Por tanto, tampoco se da esta infracción.

(d) En fin, sobre el que el Sr. Julián considera *indebido cambio de la demanda del Ministerio Fiscal* que, al ampliarla contra **FORCEM**, pasó a acusar a los demandados de malversación contable cuando inicialmente nada decía de ello, bastará para rechazar este submotivo con tener presente que no hubo variación en los hechos ni en la esencia de la pretensión que el Ministerio Público fijó desde el primer momento. Por eso, la sentencia de la Sala de Justicia dice, sobre los reproches que se hicieron a este respecto en apelación que

"(...) se trata de cuestiones que reflejan un nuevo enfoque jurídico en la estrategia procesal del apelante, pero no desvirtúan ni la esencia de la pretensión formulada en la primera instancia, ni la de los argumentos ofrecidos para fundamentarla ante el juez a quo.

Tanto la reclamación formulada por el INEM a **FORCEM**, como la cuestión del daño a los fondos públicos que motivó la incorporación a los autos del Dictamen de la Comisión de Honorarios del Colegio de Abogados, como el problema de la eficacia probatoria de los Informes de Fiscalización (...), fueron objeto de conocimiento y decisión en la primera instancia por lo que no pueden entenderse como aspectos nuevos que no puedan ser examinados en apelación sin perjuicio, como ya se ha dicho, de que se hubieran planteado en esta segunda instancia con un distinto enfoque jurídico.

Tampoco puede estimar esta Sala (...) que el Ministerio Público haya alterado en su apelación de forma sustancial la pretensión procesal planteada en la instancia por haber convertido una pretensión única de responsabilidad contable en siete pretensiones independientes de indemnización. No puede confundirse la pretensión procesal de responsabilidad contable, que se ejercitó contra todos los demandados por una cantidad única, con los diversos supuestos a que da lugar el desglose de dicha cantidad.

El Ministerio Fiscal, que es verdad que hace una reflexión no especialmente clara en la introducción del apartado B) de la Sección Tercera de su recurso, deja diáfana, sin embargo, en el suplico del mismo la identidad de las pretensiones de responsabilidad contable planteadas por el mismo en las dos instancias. Lo mismo que en el escrito de demanda la cantidad total reclamada es objeto de desglose para poder exponer la causa petendi de cada suma, en el recurso de apelación se presenta igualmente el desglose de la cifra total reclamada y la fundamentación fáctica y jurídica que respalda cada una de las sumas que la componen.



Esto no quiere decir que, donde había una reclamación única por el total, ahora haya siete reclamaciones distintas que unidas suman ese total. La pretensión sigue siendo única y la misma, por igual cuantía y contra los mismos demandados, sin perjuicio de que esta Sala de Justicia, como hizo en su momento el juzgador de instancia, al entrar en el fondo, deba valorar si toda la cantidad reclamada o sólo una parte de la misma, o nada, constituye un alcance en los fondos públicos generador de una obligación reparatoria".

Se impone, pues, la desestimación del recurso de casación del Sr. Julián .

D) EL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

DÉCIMOCTAVO.- Según se ha visto, **FORCEM** sostiene la inadmisibilidad del primer y segundo motivos formulados por el Ministerio Fiscal. Se trata, el suyo de un planteamiento singular pues la afirma por las mismas razones por las que pide su desestimación y, en realidad, habla aquí más de cuestiones propias del fondo de los mismos que de las que podrían determinar, efectivamente, esa inadmisibilidad pretendida en primer término.

En efecto, discutir sobre si el Ministerio Fiscal quiere que acojamos su valoración subjetiva de la prueba o si era o no evidente el error que denuncia supone decidir si está o no fundado el primer motivo, no si reúne los requisitos para ser admitido. Otro tanto hay que decir respecto de los aspectos del segundo determinantes, para **FORCEM**, de su inadmisibilidad. Ante todo porque sí cita normas y jurisprudencia, el sentido de la invocación del artículo 72.2 de la Ley 7/1988 habrá de establecerse al decidir sobre el fondo y porque el recurso de casación aunque reitera argumentos ya defendidos en la instancia y en apelación, los formula ahora como una crítica, en ocasiones dura, a la sentencia dictada por la Sala de Justicia.

En definitiva, hemos de descartar las causas de inadmisibilidad planteadas por **FORCEM**.

DÉCIMONOVENO.- Son tres los frentes en los que se despliegan los motivos del recurso de casación del Ministerio Fiscal: de un lado, sostienen que el alcance es de mayor entidad que la establecida en la sentencia pues también lo constituyó la retribución al Sr. Rogelio por su labor de secretario de actas y asesor de **FORCEM** y a ODÓN 91, S.L. por los cinco dictámenes realizados fuera del contrato que la vinculaba a la Fundación. De otro, propugnan la exigencia de responsabilidad contable, además de a **FORCEM** y al Sr. Julián , a los Sres. Jose Ramón y Rogelio . En fin, y en consecuencia, defienden la ampliación de la condena a reintegrar en 2.172.316,79 € más.

El primer motivo sostiene que la sentencia ha incurrido en error evidente en la apreciación de las pruebas. Se refiere, de un lado, al monto total del reintegro al que tenía que enfrentarse **FORCEM**, que no era de 147.318.613,3 € (24.511.754.808 pesetas), sino por la cantidad que no pudiese justificar. La importancia de ese error –precisa– estriba en que condicionó el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para el que no eran excesivas las cantidades satisfechas. Además, para el Ministerio Fiscal, la sentencia se equivoca también al considerar que cuatro de los cinco dictámenes retribuidos al margen del contrato corresponden a sucesivas reclamaciones de reintegro o a reclamaciones del INEM en diferentes fases, ya que solamente hubo un requerimiento de reintegro de manera que no pudo dar lugar a cuatro dictámenes.

Efectivamente, el importe total del reintegro no era el indicado pues en 1996 el requerido por el INEM, según resulta de las resoluciones de 25 de abril y 20 de septiembre de 1996 ascendía, como ya se ha visto, a 7.890.448,49 €. Por tanto, no estaba en cuestión un reintegro de 147.318.613,3 € sino de una cantidad sustancialmente menor y respecto de ella es verdad que la cuantía de las remuneraciones que se pagaron por los dictámenes viene a suponer casi un tercio. Podemos, concluir, por tanto, con el Ministerio Fiscal en que el informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se ve privado de uno de los principales presupuestos sobre los que se emitió.

Quiere, por lo demás, el Ministerio Fiscal que examinemos la retribución de esos cinco dictámenes en los que se detiene su motivo de casación desde la perspectiva que ofrece el artículo 31.2 de la Constitución . Es decir, que enjuiciemos su justificación no sólo a partir de consideraciones de legalidad, sino también en atención a criterios de eficiencia y economía y teniendo presente que el valor probatorio de los informes de fiscalización desplaza a quien rechace sus apreciaciones de hecho la carga de la prueba.

A este respecto, hemos de decir que, aplicando razonamientos semejantes a los que llevaron a la sentencia de la Sala de Justicia a apreciar alcance en la modificación del precio del contrato de **FORCEM** con ODÓN 91, S.L., se ha de aceptar que lo constituyen igualmente las cantidades destinadas a retribuirlos, o sea, en total, 2.154.331,09 €. Y es que no parecen justificados los pagos correspondientes, pues no revisten, por su finalidad, extensión y por la complejidad de las cuestiones abordadas, entidad que justifique su articulación fuera del contrato ni las cantidades con que fueron pagados.

Conclusión ésta a la que se llega teniendo en cuenta que, como sostiene el Ministerio Fiscal, tuvieron como causa oponerse al requerimiento –que fue uno sólo– de reintegro de las ayudas acordado por el INEM en



resoluciones de 25 de abril y 20 de septiembre de 1996 y que, como también apunta el Ministerio Fiscal y ha podido comprobar la Sala, los rasgos formales y de contenido de dichos dictámenes no se compadecen con su retribución.

Así, si bien el de 8 de enero de 1996 tiene 54 folios, el de 9 de mayo siguiente 266, el de 4 de octubre 1.035, el de 7 de enero de 1997 547 y el de 24 de febrero 16, resulta que los cuatro primeros presentan un formato de unas trece líneas por página, con letra de cuerpo grande y amplios márgenes y que muchas de ellas recogen columnas de media página en todos los casos, muy numerosos, en que reproducen textos: 138 páginas en el dictamen de 9 de mayo y 353 en el de octubre, ambos de 1996. Por otro lado, los de 8 de enero y 9 de mayo tienen exactamente las mismas conclusiones. Los de 4 de octubre de 1996 y 7 de enero de 1997 son prácticamente idénticos en contenido y conclusiones. La diferencia principal es el mayor número de textos que reproduce el primero que, además, se elabora cuando ya no estaba vigente la resolución del INEM de 25 de abril de 1996, que lo motivó y el último –el de 24 de febrero de 1997– no refleja elementos de complejidad que justifiquen su elaboración y retribución independientes. Y parecidos argumentos han de conducir a ver alcance en las retribuciones del Sr. Rogelio como secretario de actas de **FORCEM** –17.925,59 €– pues se hace difícil comprender la razón por la que se ha de contratar para realizar funciones que implican asesoramiento interno a quien ya está prestando servicios de esa naturaleza a través del contrato con ODÓN 91 S.L. y, además, sucede que la Fundación contaba con sus propios asesores.

En consecuencia, el motivo ha de estimarse del mismo modo que el segundo, estrechamente relacionado con el anterior en cuanto combate la sentencia por no haber apreciado alcance en el pago de dichas retribuciones y dictámenes, ahora desde la perspectiva de su carácter indebido por reputarlos ajenos a los fines de formación de **FORCEM**, ya que no puede considerarse justificada desde ese punto de vista la retribución de unos servicios a todas luces innecesarios: en nada concurren a la realización de los fines de la Fundación.

VIGÉSIMO.- El tercer motivo defiende la legitimación pasiva del Sr. Rogelio . No podemos acogerlo por las razones que bien explica la sentencia de la Sala de Justicia. En efecto, su posición jurídica

*"(...) es la de una persona contratada por la Fundación, no para intervenir en la adopción y ejecución de acuerdos, sino para organizar los servicios jurídicos de **FORCEM** y asesorar en Derecho a sus órganos".*

Y sucede, subraya la Sala de Justicia, que la gestión que puede dar lugar a responsabilidad contable consiste en la adopción y omisión de decisiones y en la ejecución de las mismas pero no se extiende al asesoramiento que en su caso se haya tenido antes de actuar. La condición de gestor de fondos públicos, insiste, sólo concurre en quien tiene capacidad de disposición sobre ellos, "lo que no se da en quien desarrolla una actividad limitada al asesoramiento".

Tampoco acepta la sentencia impugnada que pueda tenerse por legitimado pasivamente al Sr. Rogelio en cuanto cooperador necesario. Se apoya en pronunciamientos previos del Tribunal de Cuentas en los que se ha dicho que

"el "extraneus" no puede ser responsable contable porque no concurre en el mismo la condición de gestor de fondos públicos y de cuentadante respecto a los mismos, aunque su participación en los hechos hubiera constituido una colaboración necesaria en la producción del daño".

A ellos añade la posición adoptada por este Tribunal Supremo sobre el particular en la sentencia de 17 de abril de 2008 (casación 7452/2002) que, confirmando pronunciamientos anteriores, señala que: "sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones y otras ayudas del Sector Público". Por tanto, el cooperador necesario queda fuera del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, criterio reiterado por nuestra sentencia de 21 de julio de 2011 (casación 1018/2008).

VIGÉSIMOPRIMERO.- La estimación de los motivos primero y segundo interpuestos por el Ministerio Fiscal en los términos que se han explicado comporta la anulación de la sentencia impugnada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, nos obliga a resolver el litigio en los términos en que apareciere planteada la controversia.

En función de cuanto se ha dicho, debemos mantener los pronunciamientos efectuados por la sentencia dictada en apelación sobre el alcance causado por la modificación del precio del contrato suscrito con ODÓN 91, S.L.

De las demás pretensiones defendidas por el Ministerio Fiscal, hemos de acoger las relativas a la existencia de alcance, como se ha anticipado, además, en la retribución del Sr. Rogelio como secretario de actas y a la remuneración de los cinco dictámenes de constante referencia. Por lo tanto, de igual modo se ha de incrementar el importe del alcance declarado sumando a los 332.336,90 € establecidos en apelación la



cantidad que ha reclamado en su escrito de interposición el Ministerio Fiscal, si bien corregida pues la suma asciende no a 2.172.316,68 €, sino a 2.172.256,68 € por los conceptos que acabamos de indicar, de manera que el total asciende a 2.504.593,58 €.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- En cuanto a la responsabilidad correspondiente a los alcances que hemos apreciado, es menester distinguir.

En efecto, entre los errores que el Ministerio Fiscal atribuye a la sentencia dictada en apelación se cuenta el de no apreciar la responsabilidad contable de todos los demandados. Eso incluye, además de al Sr. Rogelio , al que ya nos hemos referido, al Sr. Jose Ramón , contra el que se ha mantenido la imputación desde el primer momento y por la totalidad del alcance.

Pues bien, debemos decir ya que no puede prosperar la pretensión de declararle responsable por la modificación del contrato. No sólo porque no la ha argumentado en concreto el Ministerio Fiscal sino porque, además, son fundadas las razones por las que la Sala de Justicia entendió que no procedía hacerlo. Son éstas:

*"a) El Sr. Jose Ramón era Asesor Jurídico Interno de **FORCEM** el día 25 de julio de 1996, fecha en que se produjo la modificación del precio del contrato.*

b) (...) en la fecha de la modificación contractual (...) era una de las personas designadas por la Fundación para añadir su firma a la de D. Julián en los contratos de más de 50.000.000 de ptas.

c) El Sr. Jose Ramón , en la citada fecha, podía efectuar pagos de la Fundación pero contando siempre con la firma de otra de las personas designadas por la misma a tal efecto.

d) (...) no aparece en ningún sentido en la carta de modificación del contrato de 25 de julio de 1996.

e) No consta en autos cuáles fueron los pagos, en su caso, realizados por el Sr. Jose Ramón como consecuencia del sobreprecio pactado.

Partiendo del medio de prueba cualificado que es el Informe de Fiscalización, podemos apreciar que en el mismo, en lo relativo a esta cuestión del sobreprecio, sólo se describe la actuación del Director General y nada se dice de una eventual intervención en los hechos del Asesor Jurídico Interno.

El Ministerio Público, por su parte, no ha aportado ningún medio de prueba que permita conectar a D. Jose Ramón con la decisión de modificar el precio del contrato.

En cuanto a los pagos a través de los que se produjo la satisfacción de ese sobreprecio irregular, no está acreditado en autos que (...) participara en alguno y, en consecuencia, mucho menos en cuáles en concreto. Por lo demás, debe recordarse que su firma era mancomunada en tales pagos por lo que no podía realizarlos por sí mismo sin la concurrencia de otra firma.

*En conclusión, la actividad probatoria desplegada por el demandante no permite considerar acreditado ni que el Sr. Jose Ramón hubiera tenido alguna participación en estos hechos, ni qué cantidades, en su caso, pagó en nombre de **FORCEM** como consecuencia de los mismos.*

Esta desconexión entre la actuación del Asesor Jurídico Interno y la vulneración jurídica cometida, hace imposible la atribución a su conducta de los requisitos de la responsabilidad contable a que se refiere el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en relación con el 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo".

Otro tanto sucede con las retribuciones del Sr. Rogelio por su cometido de secretario de actas de **FORCEM**.

En cambio, la solución ha de ser diferente respecto de los pagos correspondientes a los dictámenes emitidos por ODÓN 91, SL. fuera del contrato, pues los encargó el Sr. Jose Ramón o concurrió con su firma a autorizar que se pagasen [en el de 8 de enero de 1996 (8.366,09 €), visa la factura; es él quien encarga el de 9 de mayo de 1996 (592.597,93 €); aprobó el importe del de 4 de octubre de 1996 (765.807,62 €), junto con el Sr. Julián ; encargó el de 7 de enero de 1997 (765.807,62 €) con rúbrica del Sr. Julián y, en fin, la factura del de 24 de febrero de 1997 (21.751,83 €) aparece visada por el Sr. Jose Ramón].

Así, pues, una vez establecido que, como sostiene el Ministerio Fiscal hubo alcance por las cantidades correspondientes a estos dictámenes, la consecuencia que se impone es la de tener por responsables del mismo al Sr. Jose Ramón y al Sr. Julián en aquellos en los que intervino, al igual que a **FORCEM**, que será también responsable por las retribuciones del Sr. Rogelio como secretario de actas y, con el Sr. Julián , de la modificación del contrato.

E) COSTAS

VIGÉSIMOTERCERO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer a la FUNDACIÓN TRIPARTITA PARA LA FORMACIÓN EN EL EMPLEO y a don Julián , las costas de



sus recursos de casación. No hacemos imposición de costas en el del Ministerio Fiscal, debiendo correr cada parte con las suyas de la instancia y apelación.

F) FALLO

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

(1º) Que no ha lugar al recurso de casación nº 6275/2009 interpuesto por la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo contra la sentencia nº 14, de 8 de julio de 2009, dictada por la Sección de Enjuiciamiento constituida en Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación nº 33/07 a su vez interpuesto contra la sentencia de 12 de abril de 2007 del Excmo. Sr. Consejero del Departamento Segundo de dicha Sección en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-100/03.

(2º) Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto con el mismo nº 6275/2009 por don Julián contra la sentencia nº 14, dictada el 8 de julio de 2009 por la Sección de Enjuiciamiento constituida en Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 33/07.

(3º) Que ha lugar al recurso de casación interpuesto con el mismo nº 6275/2009 por el Ministerio Fiscal contra la sentencia nº 14, dictada el 8 de julio de 2009 por la Sección de Enjuiciamiento constituida en Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 33/07, que anulamos.

(4º) Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2007 por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance Nº B-100/03, del ramo de Administración del Estado (**FORCEM**), provincia de Madrid, la cual debe ser anulada y, en su lugar,

(a) Declaramos la existencia de un alcance en los fondos públicos de dos millones, quinientos cuatro mil quinientos noventa y tres euros, con cincuenta y ocho céntimos (2.504.593,58 €) de principal.

(b) Declaramos responsables contables directos y solidarios del alcance a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**) y a don Julián respecto de la cantidad de 332.336,90 € correspondiente al incremento del precio del contrato de asesoramiento suscrito con ODÓN 91, S.L..

(c) Declaramos responsable contable directa del alcance a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**) respecto de la cantidad de 17.925,59 € correspondiente a la retribución del Sr. Rogelio como secretario de actas de los órganos de gobierno de **FORCEM**.

(d) Declaramos responsables contables directos y solidarios del alcance a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**), a don Julián y a don Jose Ramón respecto de la cantidad de 2.124.213,17 €, correspondiente a los dictámenes de 9 de mayo de 1996, 4 de octubre de 1996 y 7 de enero de 1997.

(e) Declaramos responsables contables directos y solidarios del alcance a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo (**FORCEM**) y a don Jose Ramón respecto de la cantidad de 30.117,92 €, correspondiente a los dictámenes de 8 de enero de 1996 y 24 de febrero de 1997.

(f) Condenamos a los citados responsables contables directos y solidarios al reintegro de la cifra del principal del alcance, así como de los intereses legales calculados con arreglo a lo previsto en el artículo 71.4º, e) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

(g) Contraemos la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso proceda.

(5º) Que imponemos las costas de sus recursos de casación a la FUNDACIÓN TRIPARTITA PARA LA FORMACIÓN EN EL EMPLEO y a don Julián y no hacemos imposición de costas en el del Ministerio Fiscal, debiendo correr cada parte con las suyas de la instancia y de la apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.