

Documento

[Nueva consulta](#) | [Volver a resultados](#)



Documento 54 de 55

Resolución	SENTENCIA
Número	17
Año	2011
Dictada por	SALA DE JUSTICIA
Asunto	Recurso de apelación Nº 13/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance número C-11/09-0, del ramo de Entidades Locales (Ayuntamiento de la Villa de Hermigua), provincia de Santa Cruz de Tenerife.
Resumen doctrina	<p>Analiza la Sala de Justicia la naturaleza del recurso de apelación y la práctica de prueba testifical en la instancia mediante auxilio judicial, señalando respecto a esta última, que es clara la facultad de las partes de intervenir en estas actuaciones lo que se articula mediante una doble vía. En primer lugar una vez admitida la prueba se da traslado a las partes para que presenten una lista de preguntas que, una vez admitidas, se envían al órgano competente de practicar el auxilio judicial. Y en segundo lugar, las partes deberán ser citadas a la práctica del interrogatorio.</p> <p>Recoge, asimismo, la Sala el concepto constitucional de indefensión que exige que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado.</p> <p>Continúa señalando la Sala que la doctrina jurisprudencia define los caudales públicos como aquellos que han llegado a poder del funcionario público, entendiendo por éste la persona individual que actúa en nombre y por cuenta de la Administración, en razón de las funciones que normalmente desempeña, pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero a los efectos de la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado sin que quepa exigir una efectiva incorporación al erario público.</p> <p>Se continúa señalando que frente al juicio de apreciación de la prueba que contenga la sentencia de instancia no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y de la veracidad de los alegados en contrario.</p> <p>También afirma la Sala que la justificación de los pagos no puede quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos, sino que a de acomodarse en tiempo y forma a lo legal y reglamentariamente establecido.</p> <p>Por último, señala que la segunda instancia responde a la necesidad de depuración de los resultados ofrecidos por la primera, por ello exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada.</p>
Fecha	19/12/2011
Ponente	Excm. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola
Sala de justicia	<p>Excmos. Sres:</p> <p>D. Rafael Corona Martín.- Presidente</p> <p>D. Javier Medina Guijarro.- Consejero</p> <p>Dña. Ana María Pérez Tórtola.- Consejera</p>
Texto	<p>En Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil once.</p> <p>La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, constituida por los Excmos. Sres. Consejeros expresados al margen, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente</p>

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, recaída en los autos del procedimiento de reintegro por alcance Nº C-11/09-0, seguidos en el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

Ha sido apelante el procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Francisco Javier R. C. y Don Juan Ignacio M. H.. Han sido partes apeladas el Ministerio Fiscal y la letrada Dña. Nieves Eduvigis Pineda Melián, en nombre y representación del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua.

Ha sido ponente la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de 16 de diciembre de 2010, impugnada a través del presente recurso de apelación, contiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Estimar parcialmente la demanda formulada por la parte actora y declarar como importe en que se cifra el alcance en los fondos del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua el de 7.516,15 €.

SEGUNDO.- Declarar responsables contables directos del alcance a DON JUAN IGNACIO M. H. y a DON FRANCISCO JAVIER R. C., condenándoles al pago de la suma de 7.516,15 €, importe en que se ha cifrado el alcance.

TERCERO.- Condenar a DON JUAN IGNACIO M. H. y a DON FRANCISCO JAVIER R. C. al pago de los intereses devengados, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes en las distintas fechas según lo determinado en el fundamento de Derecho Séptimo.

CUARTO.- A tenor del art. 394, párrafo 2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, procede que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

QUINTO.- El importe del alcance deberá contraerse en la cuenta correspondiente."

SEGUNDO.- La sentencia apelada recoge los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- El 24 de julio de 1995 se creó la cuenta nº 2065-0052-60-3000018667 en la Oficina Principal de la Villa de Hermigua de la Entidad Caja Canarias donde se practicaban ingresos derivados, principalmente, de la colocación de kioscos y ventorrillos en la vía pública durante las fiestas municipales y efectuándose pagos directamente desde la citada cuenta sin estar sometidos a la preceptiva fiscalización y control municipal. Los titulares de la referida cuenta fueron siempre DON JUAN IGNACIO M. H. y DON FRANCISCO JAVIER R. C.. Esta cuenta fue cerrada el 24 de septiembre de 2007, con una liquidación de cierre por importe de 1.048,99 euros, que fueron ingresados, mediante transferencia, en la cuenta corriente del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua (folios 20 y 32 de las Diligencias Preliminares y folio 29 de Actuaciones Previas).

SEGUNDO.- Según la documental aportada por Caja Canarias, el importe total de los ingresos que fueron realizados en la cuenta nº 2065-0052-60-3000018667 desde su apertura hasta el 24 de septiembre de 2007, ascendió a la cantidad de 61.805,19 euros (folios 29 y ss. de las Actuaciones Previas).

TERCERO.- Los demandados han aportado facturas y documentos justificativos de los pagos efectuados desde la referida cuenta por importe de 33.679,54 euros, quedando, no obstante pendientes de justificación 28.125,65 euros, distribuidos conforme al siguiente detalle por anualidades

Año	Cantidades pendientes de justificación
1995	4.348,26 €
1996	4.547,15 €
1997	1.404,47 €
1998	2.011,14 €
1999	1.670,02 €
2000	3.299,56 €
2001	2.987,03 €
2002	222,28 €

2003	5.253,53 €
2004	620,15 €
2005	338,01 €
2006	1.381,50 €
2007	42,55 €
Total	28.125,65 €

CUARTO.- DON JUAN IGNACIO M. H. y DON FRANCISCO JAVIER R. C. eran Concejal-Tesorero y Primer Teniente de Alcalde y Concejal, respectivamente, en el Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, siendo ambos en la actualidad Concejales de la mencionada Corporación (folio 15 de las Actuaciones Previas).

QUINTO.- Con fecha 13 de septiembre de 2007, la Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, una vez tuvo conocimiento de la existencia de la referida cuenta, solicitó la emisión de informe sobre la misma al Secretario-Interventor del Ayuntamiento (folios 3,4 y 5 de las Diligencias Preliminares).

SEXTO.- Simultáneamente a la existencia de la cuenta nº 2065-0052-60-3000018667, abierta a nombre de los Sres. M. H. y R. C., desde el Ayuntamiento de la Villa de Hermigua se vinieron abonando por bienes y servicios correspondientes a las fiestas del municipio diversas facturas, que según ha certificado la Secretaria Interventora Accidental de la mencionada Corporación se ajustaban al siguiente procedimiento: "Por el Concejal encargado de los festejos se conciertan todos los actos relativos a las fiestas (montaje de escenarios, actuaciones de artistas en gala, actuaciones de orquestas, etc.), siendo pagados todos los gastos relativos a las fiestas, tras la presentación y aprobación de las correspondientes facturas a los expedidores de las mismas mediante transferencia bancaria" (folio 14 de las Actuaciones Previas)."

TERCERO.- La Sentencia apelada se basa, entre otros, en los siguientes fundamentos de derecho:

"SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del litigio, es preciso analizar la cuestión procesal previa invocada por la representación de los demandados, tanto en la contestación a la demanda, como en el acto de la audiencia previa, referida a la falta de capacidad procesal de la parte demandante. Esta excepción procesal, ya fue rechazada por este Consejero de Cuentas, previa audiencia de la parte demandante y del Ministerio Fiscal, en el acto de la audiencia previa, toda vez que, de la documentación obrante en autos se desprende que la actuación del Ayuntamiento demandante se ajustaba a lo establecido en la legislación de Régimen Local. Efectivamente, se alegó en la contestación a la demanda que el acuerdo de personación en el procedimiento se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua en sesión extraordinaria celebrada el día 23 de febrero de 2009, sin que el asunto estuviera previsto en el Orden del Día, pese a lo cual, previa declaración de urgencia, fue incluido en dicho orden del día por parte de la Alcaldesa. A este respecto, hay que tener en cuenta las siguientes disposiciones:

El artículo 51 del Real Decreto Legislativo 78/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece que:

"Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 47.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril".

La mayoría prevista en el artículo 47.2 de la Ley de Bases de Régimen Local se refiere a la mayoría absoluta del número legal de miembros de las Corporaciones.

Por su parte el R.D. 2568/1986 de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales establece en su artículo 82.3 que: "El Alcalde o Presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva Comisión Informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el Pleno ratifique su inclusión en el orden del día".

Y en el artículo 83 se dispone que: "Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el Órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 47.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril".

La referencia al art. 47.3 de la Ley 7/1985, debe, igualmente, hacerse en la actualidad al art. 47.2 al haber sido objeto de nueva redacción este precepto por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local: art. 51; por su parte esta materia también está regulada en el Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales: art. 91.4.

En el acto del Pleno de la Villa de Hermigua de 23 de febrero de 2009, se aprobó, entre otros, el siguiente

En el acta del Pleno de la Villa de Hermigua de 23 de febrero de 2009, se hace constar que en la sesión extraordinaria celebrada el día de la fecha, la Alcaldesa, por razones de urgencia debidamente motivadas, incluyó, a iniciativa propia, la cuestión relativa al contenido de la Providencia de este Departamento, de 5 de febrero de 2009, en la que se emplazaba a la Corporación para comparecencia y personación en estos autos.

El Pleno (11 componentes) ratificó la declaración de urgencia, por siete votos a favor (7); no votando Don Francisco Javier R. C., por estar presuntamente implicado y otros tres concejales que se encontraban ausentes, (4 en total). Por lo cual se estima que la declaración de urgencia quedó debidamente aprobada. Asimismo, según se establece en el acta, el Pleno, por unanimidad de los asistentes, acordó ratificar la inclusión de este asunto en el orden del día (folios 544 y ss. del procedimiento).

Por lo expuesto, debe considerarse que no se ha incurrido en la falta de capacidad procesal alegada por la representación de los demandados, y, en consecuencia, esta excepción debe ser rechazada.

TERCERO.- La parte demandada ha invocado, asimismo, la prescripción extintiva de la acción, tanto en la contestación a la demanda, como en las conclusiones del Juicio ordinario, manifestando que, puesto que la primera actuación del Tribunal de Cuentas tuvo lugar en marzo de 2008, habría que retrotraer la prescripción al mes de marzo de 2003. En contra de esta opinión, la parte demandante estimó que la conducta de los demandados debe considerarse como una conducta continuada comprendida entre los años 1995 a 2007, por lo que no existiría, en ningún caso, prescripción.

En el ámbito de la jurisdicción contable debe prevalecer en su literalidad lo establecido en la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal, en la que se determina en su apartado 1 que "las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido hechos que las originen", y en su apartado 3. se establece que "el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviere por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad".

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha declarado en numerosas ocasiones –por todas, las sentencias de la Sala 3ª de 17 de julio de 1987 y 17 de mayo de 1993- que la prescripción es de inexcusable observancia, que opera de forma automática y que ha de declararse incluso de oficio, puesto que su no aplicación conculcaría el principio de seguridad jurídica y sería generadora de indefensión. La doctrina de la Sala de este Tribunal tiene, también, acrisolado este criterio, recogido en varias resoluciones, entre ellas, las sentencias de la Sala de Justicia de 2 de octubre de 2000 y 27 de septiembre de 2001.

Sobre el efecto y alcance que debe darse a la ausencia de referencia al requisito del conocimiento formal por parte del interesado de la iniciación de actuaciones o procedimientos a que alude la Disposición Adicional Tercera, apartado 3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, han existido, fundamentalmente, dos posiciones doctrinales, una de ellas, considera que, conforme al tenor literal de la mencionada Disposición Adicional, la iniciación de los referidos procedimientos produce "ope legis" un efecto interruptivo del plazo de prescripción de las acciones, y otra, considera, que conforme al ordenamiento jurídico tributario debería exigirse como requisito, para tener en cuenta los efectos interruptivos de los plazos de

prescripción, el conocimiento formal por los interesados de la iniciación de los referidos procedimientos. La doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en esta materia se ha consolidado a favor de la primera de las posiciones doctrinales a que se ha hecho referencia, asemejándose así la prescripción de la responsabilidad contable al régimen de la prescripción en el ámbito civil y no a la prescripción en materia tributaria predicada de los demandados. Teniendo en cuenta estas consideraciones y que con fecha 13 de septiembre de 2007, la Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, como se ha hecho constar en los hechos probados de esta resolución, una vez tuvo conocimiento de la existencia de la cuenta nº 2065.0052.60.8000018667, solicitó la emisión de informe al Secretario Interventor Municipal sobre la misma, se verán afectados por la prescripción de la responsabilidad contable los pagos efectuados desde la referida cuenta correspondientes a los años comprendidos entre 1995 y el 13 de septiembre de 2002. Por el contrario, no afectará la prescripción de la posible exigencia de responsabilidad contable a los pagos que se hubieran realizado desde la referida fecha de 13 de septiembre de 2002 hasta la liquidación de la cuenta el 24 de septiembre de 2007. Este mismo criterio fue mantenido por el Ministerio Fiscal en el acto de juicio.

CUARTO.- Apreciada, en parte, la prescripción, la exigencia de responsabilidad contable ha de quedar limitada a los pagos, efectuados con fondos públicos, que carentes de la preceptiva justificación hayan podido realizarse desde la cuenta abierta a nombre de los dos demandados durante el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2002 y el 24 de septiembre de 2007.

Teniendo en cuenta el saldo obrante en la referida cuenta el día 13 de septiembre de 2002, los abonos efectuados en la misma, así como los cargos justificados e intereses y el traspaso a la cuenta corriente del Ayuntamiento, el 24 de septiembre de 2007, del saldo resultante en la liquidación por cierre, se obtiene, según se desprende de los cuadros siguientes, que la exigencia de responsabilidad contable queda limitada a 7.516,15 €.

AÑO:	2002					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	

13/09/2002						4.088,18
18/09/2002					-1,46	4.086,72
24/10/2002			Actuación musical	- 1.562,00		2.524,72
29/10/2002			Orquesta Rokecan	- 1.502,53		1.022,19
19/12/2002					-1,40	1.020,79

AÑO:	2003					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
						1.020,79
18/03/2003					-1,73	1.019,06
17/06/2003					-1,73	1.017,33
11/07/2003	1.350,00					2.367,33
06/08/2003	721,21					3.088,54
11/08/2003	510,86					3.599,40
14/08/2003	810,00					4.409,40
AÑO:	2003					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
03/09/2003	450,00					4.859,40
10/09/2003	390,65					5.250,05
15/09/2003	480,81					5.730,86
17/09/2003					-2,47	5.728,39
26/09/2003	540,00					6.268,39
17/12/2003					-2,41	6.265,98

AÑO:	2004					
------	------	--	--	--	--	--

FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	IFICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
						6.265,98
17/03/2004					-2,53	6.263,45
13/04/2004			Cia Cervecera de Canarias	-216,66		6.046,79
13/04/2004					-0,87	6.045,92
17/06/2004					-2,59	6.043,33
28/06/2004			Mutua Tinerfeña	-285,73		5.757,60
02/07/2004			Rep y Distrib Antonio	-85,00		5.672,60
09/08/2004	444,75					6.117,35
10/08/2004	570,00					6.687,35
10/08/2004	750,00					7.437,35
23/08/2004	500,00					7.937,35
26/08/2004	360,60					8.297,95
01/09/2004			Graficas Sagón	-360,00		7.937,95
03/09/2004			Actuación de magia	-300,00		7.637,95
03/09/2004			Espectáculo 7 islas	-600,00		7.037,95
13/09/2004	750,00					7.787,95
17/09/2004	330,00					8.117,95
17/09/2004					-4,37	8.113,58
23/09/2004	841,00					8.954,58
20/10/2004			Modas Lilas	-548,00		8.406,58
27/10/2004			Trabajos eléctricos	-300,00		8.106,58
02/11/2004			Raimar. Actuación musical	-480,81		7.625,77

09/11/2004					-0,95	7.624,82
------------	--	--	--	--	-------	----------

AÑO:	2004					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
11/11/2004			Instalación sonido fiestas	-750,00		6.874,82
20/12/2004					-2,41	6.872,41

AÑO:	2005					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
						6.872,41
18/03/2005					-2,66	6.869,75
17/06/2005					-2,66	6.867,09
08/07/2005			Trio Zapatista	- 2.484,81		4.382,28
02/08/2005	300,00					4.682,28
09/08/2005	192,00					4.874,28
10/08/2005	949,82					5.824,10
10/08/2005	486,00					6.310,10
11/08/2005					-0,95	6.309,15
17/08/2005	185,00					6.494,15
06/09/2005	630,00					7.124,15
12/09/2005	600,00					7.724,15
13/09/2005	480,00					8.204,15
19/09/2005	600,00					8.804,15
19/09/2005					-23,54	8.780,61
23/09/2005			Troveros	-		7.180,61

			de Asieta	1.600,00		
21/12/2005					-2,66	7.177,95

AÑO:	2006					
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
						7.177,95
17/03/2006					-2,67	7.175,28
30/03/2006			Rep y Distrib Antonio	-85,00		7.090,28
19/06/2006					-2,69	7.087,59
11/07/2006	400,00					7.487,59
14/07/2006	400,00					7.887,59
31/07/2006			Arreglo floral ermita	-700,00		7.187,59
02/08/2006	360,00					7.547,59

AÑO: 2006						
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
03/08/2006	691,16					8.238,75
04/08/2006	375,00					8.613,75
08/08/2006			Espectáculo 7 islas	-2103,54		6.510,21
11/08/2006	375,00					6.885,21
24/08/2006	210,00					7.095,21
24/08/2006					-9,00	7.086,21
25/08/2006	350,00					7.436,21
13/09/2006	600,00					8.036,21

14/09/2006	660,00					8.696,21
20/09/2006					-4,21	8.692,00
09/10/2006			Cia Cervecera de Canarias	-151,12		8.540,88
19/12/2006					-2,40	8.538,48

AÑO: 2007						
FECHA	ABO	NOS	CARGOS JUSTI	FICADOS	CARGO	SALDO
	INGRESOS	INTERESES	CONCEPTO	IMPORTE	INTERESES/COMISIONES	
						8.538,48
20/03/2007					-2,50	8.535,98
12/04/2007					-9,00	8.526,98
12/06/2007					-0,95	8.526,03
08/08/2007		1,20				8.527,23
08/08/2007		1,17				8.528,40
23/08/2007	40,18					8.568,58
20/09/2007					-2,49	8.566,09
24/09/2007					-0,95	8.565,14
24/09/2007			Traspaso Ayto Hermigua	- 1.048,99		7.516,15

Antes de comenzar a analizar la posible justificación de los pagos realizados, es necesario destacar el carácter público de los fondos empleados en ellos; en este sentido obra en el folio 14 de las Actuaciones Previas certificación de la Secretaria Interventora Accidental del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, en la que se hace constar que no puede certificar la naturaleza de dichos ingresos, al no tener conocimiento de los hechos hasta que se formula la demanda en el Tribunal de Cuentas. No obstante, a la vista de la documentación aportada y las alegaciones realizadas por los afectados por el expediente, ha de entenderse que eran ingresos públicos y, a su vez, la mayoría de las aportaciones a la cuenta provenían de autorizaciones para instalar kioscos o ventorrillos en las plazas públicas de titularidad municipal, durante las fiestas. Por tanto, deben encuadrarse dentro del concepto de tasa por ocupación del dominio público.

La ordenanza reguladora de la Tasa por aprovechamientos especiales en la ocupación de la vía pública y demás zonas del dominio público fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife nº 169, de fecha 31 de diciembre de 2003, entrando en vigor el 1 de enero de 2004. Con anterioridad a esta fecha no existía ninguna ordenanza que regulara estos aspectos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en el acto del juicio para la práctica de la prueba y conclusiones, también se manifestó respecto a la naturaleza del dinero empleado en los diversos pagos, calificándolo de dinero público y más concretamente como tasa municipal.

Por último, si bien es cierto, que en la contestación a la demanda la representación de los demandados había alegado que "la consideración de esta parte relativa a que las entregas efectuadas por particulares a través de la referida cuenta corriente, en todo caso, tendrían el carácter o naturaleza jurídica de ingresos de derecho privado, contemplado desde el punto de vista municipal, pero a pesar de ello, teniendo en cuenta su carácter finalista, en el sentido de que la razón u objetivo de los ingresos era financiar las fiestas patronales y demás fiestas locales organizadas por el Municipios, la procedencia del dinero y que en definitiva se ingresaba en una cuenta a nombre de una inexistente, jurídicamente, COMISIÓN DE FIESTAS 95, cabe negar que dichos ingresos tengan el carácter de ingresos o caudales públicos, en cuyo caso no cabría hablar, tampoco, de vulneración de la normativa presupuestaria y contable, ni existiría la relación de causalidad entre los hechos y el daño producido en los efectos públicos, especialmente a la vista de los justificantes de gastos aportados con el presente escrito, para complementarlos en su día aportados", en el acto del Juicio aceptó que los fondos objeto de este procedimiento tenían la naturaleza de fondos públicos, cuando hizo alusión a que algunos de los requisitos determinantes para la exigencia de responsabilidad contable sí se daban en el presente procedimiento, como era la existencia de fondos públicos. Con esta afirmación ha desaparecido la controversia planteada respecto a esta cuestión entre las partes, ya que, tanto el Ayuntamiento demandante, como la representación de los demandados y el propio Ministerio Fiscal han coincidido en considerar que el dinero empleado en los diversos pagos objeto del litigio tiene naturaleza de fondos públicos.

QUINTO.- Por lo que se refiere a los pagos realizados en concreto desde la referida fecha de 13 de septiembre de 2002, es necesario determinar, a la luz de la prueba obrante en el procedimiento, si han de entenderse debidamente justificados o no.

En las Actuaciones Previas ya fueron consideradas válidas determinadas facturas para la justificación de los pagos correspondientes, situación que fue aceptada por la parte actora en la demanda formulada, al cuantificar como mínimo la cantidad en que se cifra el alcance en 38.319,59 €, ratificando también la misma cantidad en trámite de conclusiones, en el acto del juicio, que coincide con la consignada por la Delegada Instructora en el acta de liquidación provisional, como presunto alcance, de los cuales correspondían 27.076,66 € a principal y 11.242,93 € a intereses, pero teniendo en cuenta la disminución operada por la prescripción, según se ha razonado, debe concluirse que la exigencia de responsabilidad contable sobre los pagos efectuados con fondos públicos carentes de la preceptiva justificación queda limitada a 7.516,15 € .

Del examen de la prueba documental se desprende que los restantes pagos que fueron considerados injustificados en Actuaciones Previas no resultan respaldados en este procedimiento por justificación alguna, ya que en la contestación a la demanda y en la documentación que se adjuntó a la misma, así como en el escrito de aclaración, de fecha de entrada en este Tribunal de 22 de julio de 2009 y en la documentación que se acompañaba al mismo no se aportan nuevas facturas que pudieran acreditar los pagos efectuados con dinero público, minorando, así, el importe de lo reclamado. La documentación aportada en la contestación a la demanda obrante a los folios 138 y siguientes del procedimiento y la adjuntada posteriormente, es coincidente casi en su totalidad con la obrante en las actuaciones previas en los folios 45 y siguientes de su anexo, figurando como única novedad la existencia de determinadas declaraciones bajo responsabilidad del firmante, efectuadas todas ellas en el año 2009, y, por tanto, con posterioridad a la iniciación del presente procedimiento que obran a los folios 187 y ss., 287 y ss, 341 y ss., y 396 y ss., y mediante las cuales se pretenden justificar pagos efectuados desde la cuenta 2065-0052-60-3000018667 correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006.

Revisada la documentación aportada, se observa, con respecto al ejercicio 2003, que no se acredita la identidad de los beneficiarios de los cheques, se aportan facturas que carecen de número o son ilegibles, con las que no es posible acreditar que los gastos efectuados tuvieran por objeto sufragar una finalidad propia de la Corporación, no coincidiendo el importe de las facturas aportadas con el de los cheques emitidos. Así, se expiden dos cheques cuyo importe es idéntico, el mismo día, existiendo declaración bajo responsabilidad de una persona sobre su recepción, que, sin embargo, no acredita la representación que ostenta para percibir las cantidades. Con respecto al ejercicio 2004 se siguen sin acreditar la identidad de los beneficiarios de los cheques emitidos, ni la finalidad para la que se realizó el gasto, aportándose facturas no expedidas a favor del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua ni de la Comisión de Fiestas, alguna de ellas sin número, e incluso sin fecha, correspondientes otras a comercios de ropa que nada acreditan el gasto en una actividad propia del Ayuntamiento y cuyo importe no coincide con los cheques emitidos. Con respecto al año 2005, continua sin considerarse justificado el cheque por importe de 405,60 €, ya que el titular de la factura no coincide con el que consta en el concepto del recibí y la persona que firma el mismo no acredita en calidad de qué lo hace. Por lo que se refiere al año 2006, una de las facturas aportadas carece de número y no se expide a favor del Ayuntamiento ni de la Comisión de Fiestas y el importe del cheque aportado no coincide con ninguna de las otras facturas emitidas.

Por lo que se refiere a las declaraciones juradas, estas fueron impugnadas expresamente por la parte actora, tanto las presentadas junto a la contestación a la demanda como con posterioridad a ella, así como, también, las aportadas en el acto de la audiencia previa, alegando que se tratan de documentos de parte, realizados unilateralmente mediante un modelo genérico, y a posteriori de la incoación del expediente de reintegro por alcance, debiendo, por tanto, acreditar las circunstancias alegadas mediante ratificación en la pertinente prueba testifical. El artículo 326 de la L.E.C., al regular la fuerza probatoria de los documentos privados, recoge en su número 2. que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, la parte que lo ha propuesto podrá proponer el medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y, si no se hubiese propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Examinadas las declaraciones bajo responsabilidad de los firmantes, este juzgador ha de rechazar la eficacia de las mismas para explicar las cantidades que se consideran pendientes de acreditación, pues los documentos que pretenden evidenciar los pagos de los movimientos de la cuenta no revisten la consideración de facturas que sirvan para validar dichos pagos, que, aún pudiendo tener hipotética relación con la gestión y organización de los festejos celebrados en la Villa de Hermigua, se hicieron al margen de la aprobación, el control y la contabilización de las áreas correspondientes del Ayuntamiento y con la finalidad, como se indica en la contestación a la demanda, de que sirviera de medio ágil de pago de los gastos que la organización de dichas fiestas ocasionaba. Sin embargo, ha de considerarse que la existencia de esta cuenta paralela no originaba más que confusión, ya que de la documentación aportada por el Ayuntamiento obrante a los folios 94 v ss de las Actuaciones Previas se observa que determinados bienes y servicios referidos a las fiestas

locales fueron abonados a través del propio Ayuntamiento, produciéndose una dualidad en el procedimiento para la gestión de los fondos referidos a las fiestas, de difícil justificación, ya que, tales bienes y servicios abonados a través del propio Ayuntamiento se encontraban sometidos al seguimiento y control preceptivo de ingresos y gastos y, por el contrario, los gestionados por medio de la cuenta abierta en la entidad Caja Canarias a nombre de DON JUAN IGNACIO M. H. y de DON FRANCISCO JAVIER R. C. escapaban de todo control, cobrando especial significación el hecho de que el Sr. M. H. tuviera el cargo de Tesorero de la Corporación y el Sr. R. C. el de Concejal de festejos, lo que determina que, precisamente por los cargos desempeñados en el Ayuntamiento, sin ninguna duda, tenían pleno conocimiento del procedimiento que debería haber sido utilizado para sufragar los gastos y pagos dimanantes de las fiestas municipales, que requerían, además de la presentación de la correspondiente factura, que el pago de la misma fuera aprobado.

SEXTO.- El artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, define el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

Desde el ámbito de los posibles responsables contables, el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/82 establece que corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Por su parte, el artículo 38 de la misma Ley dispone que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños o perjuicios causados y, en este mismo sentido, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, refiriéndose también el artículo 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales principios lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales públicos en cuanto surge de las cuentas que, en sentido amplio, deben rendir quienes disponen de ellos, siendo indiferente, a estos efectos de exigencia de responsabilidad contable, que tales funciones se desempeñen con un nombramiento formal que habilite para el desarrollo de su función o por delegación de hecho o de derecho o mediante una simple adjudicación de facto, ya que esta circunstancia no desvirtúa la condición de gestor de fondos públicos, y así lo ha manifestado en numerosas ocasiones la Sala de Justicia de este Tribunal, en sentencias, entre otras, de 3 de junio de 2000, 6 de abril de 2004, 27 de octubre de 2005 y 24 de abril de 2007. Las personas que recaudan caudales públicos tienen la obligación de proceder a la rendición de cuentas, que es la actividad mediante la que se explica la aplicación que se ha dado a tales caudales recaudados, ofreciendo justificación documental suficiente, tanto de lo ingresado, como del destino dado a los fondos que se han recibido. En el presente caso la responsabilidad de los SRES. M. H. Y R. C. deriva de la circunstancia de haber sido recaudadores de facto de fondos públicos de la Corporación, a la que han causado un perjuicio, al haber dispuesto de ellos incumpliendo las fundamentales obligaciones de someterlos al seguimiento y control establecido por las normas y de rendir cuentas de los mismos.

Para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesaria la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del resultado negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos, tal como sucede en el presente supuesto, donde no se cuestiona la hipotética sustracción de los fondos, sino que los demandados hayan sido incapaces de dar cumplida razón de la utilización de los mismos, ya que, desde julio de 1995, fecha de apertura de la cuenta paralela, hasta septiembre de 2007, fecha de su cancelación, han transcurrido más de doce años sin que los mismos hayan podido acreditar la más mínima intención de rendir cuentas del dinero público que manejaban, y, solicitada su rendición, no han podido acreditar, en todos los casos, la correcta utilización de los fondos de la Corporación.

La existencia de un saldo deudor injustificado, como ha declarado la Sala de Justicia de este Tribunal, en reiteradas ocasiones, entre otras, en las Sentencias de 28 de enero, 25 de febrero y 30 de junio de 2000, es constitutiva de alcance de fondos públicos, en aplicación de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, ya que a efectos de delimitar el alcance como ilícito contable basta que tenga lugar la falta de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendirse.

Partiendo de estas consideraciones, este órgano jurisdiccional puede afirmar, sin lugar a dudas, que en las presentes actuaciones se ha producido este ilícito contable, calificado como infracción en el artículo 177.1. a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, al haberse generado un descubierto en los fondos del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, por importe de 7.516,15 €, teniendo en consideración la prescripción alegada, conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Tercero.

Ahora bien, no obstante lo anterior, para que exista responsabilidad contable es necesario que concurren todos los elementos que establecen los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y así junto con el objetivo -daño o perjuicio causado en los caudales públicos por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos- es necesario el subjetivo de infracción dolosa o con culpa o negligencia graves y relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

Para dilucidar esta cuestión, es necesario traer a colación los conceptos de dolo y negligencia grave que ha venido acuñando la Sala de Justicia de este Tribunal a través de diversas resoluciones (entre otras, Sentencias de 26 de marzo de 1993 y 28 de enero de 2000), según las cuales, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño en los caudales públicos constituya una infracción contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, resulta necesario que el gestor de los fondos haya actuado consciente de que su comportamiento

por carecer, resulta necesario que el gestor de los fondos haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podría provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo o manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, ya por desear directamente la producción de ese resultado dañoso –en cuyo caso nos encontraríamos en presencia de dolo–, ya, al menos, por puro descuido o falta de diligencia, no obstante dicha previsibilidad del resultado –en el cual nos hallaríamos en presencia de negligencia grave– entendiendo que aquella diligencia obliga a tomar medidas para evitar el resultado dañoso. De esta manera, se concluye que es gravemente negligente quien no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el resultado dañoso, a pesar de que éste fuera claramente previsible, aceptándolo en cierto modo, pero sin que, en ningún caso, pueda vislumbrarse una voluntad directamente dirigida a producirlo, pues con ello se entraría en el ámbito de la conducta dolosa.

Por su parte, la diferenciación entre culpa y negligencia grave ha de hacerse de acuerdo con la relevancia del deber de previsión omitido, de forma que la culpa o negligencia leve tiene lugar en los casos en los que ni siquiera es exigible la previsibilidad del resultado dañoso, siendo importante tener en cuenta que la gravedad de la negligencia no está graduada detalladamente en la Ley, por lo que su calificación como grave o leve debe hacerse por el juzgador en cada caso concreto, al interpretar y valorar los hechos probados objeto del pleito. En el caso que nos ocupa la actitud de los demandados DON JUAN IGNACIO M. H. y DON FRANCISCO JAVIER R. C. ha de ser calificada, cuanto menos de gravemente negligente, como lo evidencia el hecho de que abrieran una cuenta paralela a la obrante en el propio Ayuntamiento para hacer frente al único objetivo de sufragar gastos referidos a las fiestas de la Corporación Municipal y que, una vez abierta, no llevaran una contabilidad en la que se acreditara que todos los ingresos y gastos imputados a la referida cuenta quedaban justificados. El propio representante de los demandados reconoció en el acto del juicio que sus representados no habían sido diligentes en guardar todos los justificantes de los pagos efectuados en la repetida cuenta corriente.

Esta grave negligencia supone la evidente quiebra de la obligación de custodia de los fondos públicos que de facto habían asumido, y, fue la que originó el menoscabo de dichos fondos, dándose, por tanto, la relación de causalidad necesaria para imputar la responsabilidad contable, por lo que han de quedar obligados a la indemnización de los daños y perjuicios causados, a tenor de lo que dispone el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo, así como el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de este Tribunal.

SÉPTIMO.- Por todo lo anteriormente expuesto, no procede otra cosa que estimar parcialmente la pretensión formulada por el Ayuntamiento de la Villa de Hermigua contra los demandados DON JUAN IGNACIO M. H. y DON FRANCISCO JAVIER R. C. , con la matización, en cuanto a la cuantía del alcance, que, según los razonamientos jurídicos anteriores, y al haberse apreciado, en parte, la prescripción debe quedar fijada en 7.516,15 €, por cuanto que, a juicio de este órgano jurisdiccional, en la actuación de los demandados se dan los requisitos exigidos por la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal para exigir la responsabilidad contable por alcance derivada de lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Asimismo, de conformidad con el art. 71.4ª, letra e) de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, procede, igualmente, condenar a los responsables contables al abono de los intereses ordinarios, los cuales deberán ser calculados, aplicando los criterios previstos en los artículos 59.2 y 71.4º e) de la citada norma, en fase de ejecución de sentencia, con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes al 31 de diciembre de cada año, fechas de cierre de los distintos ejercicios en los que se establecen los parciales anuales, en las que los responsables contables deberían haber dado cuenta de los ingresos y pagos realizados, incorporando las cantidades resultantes a los fondos públicos municipales, y el correspondiente al año 2007, el día de la liquidación de la cuenta (24-9-2007). Por tanto, los intereses deberán ser calculados según el siguiente detalle:

IMPORTE DEL PRINCIPAL DEL ALCANCE (ABONOS?CARGOS)	FECHA INICIAL CÁLCULO DE INTERESES	FECHA FINAL CÁLCULO DE INTERESES
1.020,79	31-12-2002	24-9-2007
5.245,19	31-12-2003	24-9-2007
606,43	31-12-2004	24-9-2007
305,54	31-12-2005	24-9-2007
1.360,53	31-12-2006	24-9-2007
26,66	24-9-2007	24-9-2007
TOTAL 8.565,14		

De este importe total de 8.565,14 €, una vez descontado el importe de 1.048,99 €, que, como ya se ha indicado, fue traspasado con fecha 24 de septiembre de 2007 a la cuenta del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, resulta el principal del alcance cifrado en 7.516,15 €. A partir de esta fecha hasta la fecha de esta sentencia, los intereses vendrán determinados por el importe en que se ha fijado el principal del alcance y según los tipos establecidos en las distintas leyes de Presupuestos Generales del Estado desde el año 2007 al 2010.

Por lo que se refiere a las costas, a tenor del art. 394 párrafo 2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento

Por lo que se refiere a las costas, a tenor del artículo 391 párrafo 2 de la Ley 2/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estimarse parcialmente la demanda, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

CUARTO.- Con fecha 13 de enero de 2010, se recibió escrito del procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Juan Ignacio M. H. y Don Francisco Javier R. C., interponiendo recurso de apelación contra la sentencia de 16 de diciembre de 2010, dictada por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance Nº C-11/09-0.

QUINTO.- El Secretario del Proceso resolvió, por diligencia de ordenación de 8 de febrero de 2011, admitir el recurso, abrir la correspondiente pieza de tramitación del mismo y remitir copia a las demás partes para que, en su caso, presentaran en plazo su escrito de oposición al recurso.

SEXTO.- Con fecha 16 de febrero de 2011, el Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición al recurso de apelación, interesando la desestimación del mismo. La representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua formuló asimismo oposición al recurso de apelación, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal con fecha 14 de marzo de 2011.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2011, el Secretario del Proceso admitió los escritos de impugnación del recurso y dio traslado de los mismos a la parte apelante, resolviendo la elevación de los autos a la Sala de Justicia para su resolución.

OCTAVO.- Con fecha 26 de abril de 2011, la Secretaria de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dictó diligencia de ordenación en la que acordó abrir el correspondiente rollo, nombrar ponente siguiente el turno establecido a la Consejera de Cuentas Excmo. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola y, encontrándose concluso el presente recurso, pasar los autos a la Excmo. Sra. Consejera ponente para la elaboración de la correspondiente resolución.

NOVENO.- Las pruebas practicadas en la primera instancia, que esta Sala valora de nuevo son las siguientes:

- a) Documentación obrante en las Actuaciones Previas.
- b) Interrogatorio de los demandados.
- c) Testifical de las siguientes personas: Dña. Guacimara S. R., Dña. María Yeinelé C. R., Dña. Araceli R. H., Don Oscar Luis R. R., Don Raico H. CH. y Don Domingo J. CH. P.
- d) La documental practicada a instancia de la representación procesal de Don Francisco Javier R. C. y Don Juan Ignacio M. H. consistente en:

- 1- Documentos que acompañan al escrito de contestación de la demanda.
- 2- Documentos aportados en la audiencia previa consistentes en declaraciones juradas de diversas personas relativas a la percepción de determinadas cantidades de dinero.
- e) La documental aportada por la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua, admitida en el acto del juicio, relativa a la colocación de puestos de ventorrillos o kioscos durante los años 2003 a 2006.

DÉCIMO.- Por Providencia de 9 de diciembre de 2011, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2011, fecha en la que tuvo lugar el acto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN LOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, SALVO EN LO QUE SE OPONGAN A LO QUE A CONTINUACIÓN SE EXPRESA:

PRIMERO.- El órgano de la Jurisdicción Contable competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 52.1, b) y 54.1, b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Francisco Javier R. C. y Don Juan Ignacio M. H. se basa en los siguientes motivos:

- a) Indefensión causada a esta parte ya que le fue denegado el traslado del pliego de preguntas planteadas por la parte demandante para la prueba testifical y no fue citada para la práctica de dicha prueba
- b) Las cantidades cobradas a diversos quiosqueros o ventorrilleros por la ocupación de la vía pública del municipio, con anterioridad al 1 de enero de 2004, no tenían el concepto de tasas y, por lo tanto, el carácter de ingresos de derecho público puesto que hasta la citada fecha no entró en vigor la Ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial en la ocupación de la vía pública.
- c) En cuanto a los gastos producidos a partir del 1 de enero de 2004 y que la sentencia califica como no justificados, esta parte considera que se han justificado suficientemente a través de las declaraciones juradas de cada uno de los perceptores.

Con base en los argumentos que se acaban de exponer, la representación de los apelantes solicita la revocación de la sentencia de primera instancia, la declaración de nulidad del procedimiento por la vulneración de la tutela judicial efectiva y la indefensión causada a los condenados, al no haberse facilitado a esa parte el pliego de preguntas para la prueba testifical y la declaración de que no existe responsabilidad contable por parte de sus representados. Subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, solicita que sus mandantes sean condenados como responsables contables directos únicamente del alcance generado a partir del 1 de enero de 2004, cuantificado en 745,74 € más los intereses correspondientes.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso presentado y lo hizo con fundamento en los siguientes motivos:

- a) La cuestión planteada por los apelantes relativa a la prueba del interrogatorio de los testigos ya fue resuelta por

el juzgador mediante el auto de 4 de marzo de 2010 que resolvió el recurso de suplica interpuesto por la representación procesal de los demandados contra la providencia de 10 de diciembre de 2009, por la que se denegó la solicitud de que se les entregara el pliego de preguntas a los testigos. No se ha producido indefensión porque los recurrentes tuvieron la oportunidad de intervenir en el interrogatorio de los testigos.

b) No cabe duda de que los ingresos efectuados en la cuenta corriente de Caja Canarias tienen la consideración de dinero público dado que los ingresos se realizaron por particulares en una cuenta a nombre de la comisión de fiestas con motivo de las autorizaciones municipales para la instalación de kioscos y ventorrillos en la vía pública.

c) La documentación aportada por los demandados es insuficiente para considerar justificados los gastos controvertidos que han dado lugar a la declaración de la existencia de un alcance en los fondos públicos.

Con base en los motivos expuestos, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- La representación del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua también se opuso al recuso presentado y lo hizo con fundamento en los siguientes motivos:

a) No se ha ocasionado indefensión a la parte apelante por el rechazo de su solicitud de que le fuera entregado el pliego de preguntas puesto que esa parte tuvo conocimiento con antelación de la fecha en que se iba a realizar la prueba testifical y no asistió al acto por voluntad propia.

b) Los recurrentes se han limitado a reiterar las alegaciones formuladas en la primera instancia. Tal y como reconoció la representación de los demandados en el acto del juicio, los ingresos efectuados en la cuenta corriente de Caja Canarias tienen el carácter de fondos públicos.

c) Las facturas y las declaraciones juradas aportadas por los demandados para tratar de justificar los gastos controvertidos son insuficientes para acreditar los servicios prestados.

Con base en los motivos citados, esta parte solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, con condena en costas a la parte apelante.

QUINTO.- Una vez sistematizados los motivos que sustentan el recurso interpuesto y la oposición al mismo y antes de procederse a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala respecto a la naturaleza del recurso de apelación. Por todas, las [sentencias de la Sala de Justicia 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98](#) afirman que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes. Sin embargo, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, sin perjuicio de que sobre la base de la naturaleza del recurso de apelación que permite un novum indicium, pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo. No obstante, frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.

SEXTO.- El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Francisco Javier R. C. y Don Juan Ignacio M. H. se fundamenta en primer lugar en la indefensión que a juicio de los apelantes les fue causada al serles denegado el traslado del pliego de preguntas planteadas por la parte demandante para la prueba testifical y no ser citados para la práctica de dicha prueba.

Considera esta Sala que, para una mejor comprensión de los hechos que son objeto de este primer motivo del recurso, conviene hacer un relato de aquéllos, resaltando cuáles son los puntos centrales que deben ventilarse en la presente controversia.

Consta en autos que en la audiencia previa al juicio ordinario celebrada el día 27 de octubre de 2009, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas admitió la prueba testifical propuesta por la parte demandante y acordó que las declaraciones de los testigos se hicieran por exhorto, solicitándose el auxilio judicial al juzgado competente, añadiendo que la representación de la parte demandante debía presentar por escrito las preguntas en el plazo de tres días. Por este motivo, mediante providencia de 11 de noviembre de 2009, una vez presentada por la parte demandante la lista de preguntas a formular a los testigos, se declaró la pertinencia de las mismas, dando traslado del interrogatorio, mediante exhorto, al Juez de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera, a fin de que, por vía de auxilio judicial, se practicara la mencionada prueba testifical, haciendo constar que, para la misma, debería citarse a las partes para que pudieran, en su caso, formular repreguntas.

En el correspondiente exhorto librado por el Secretario del Proceso al Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera, se precisó que el Juzgado debía notificar el día y la hora en que se fuera a practicar la prueba testifical tanto al Ministerio Fiscal como a los representantes procesales de la parte demandante y de la parte demandada, para que pudieran intervenir en el interrogatorio, conforme a lo previsto en los artículos 174 y 372 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Con fecha 23 de noviembre de 2009, se recibió escrito de la representación procesal de los Sres. R. C. y M. H. en el que manifestaba que, habiendo tenido conocimiento de que la prueba testifical se celebraría en el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de la Gomera con fecha 15 de diciembre de 2009, no se le había dado traslado del pliego de preguntas ni por parte del Tribunal de Cuentas ni por la parte demandante y que tampoco se le había facilitado dicho pliego en el Juzgado de San Sebastián de la Gomera porque obraba en sobre cerrado a abrir el día de la práctica de la prueba. Asimismo, solicitó que se le diera traslado del pliego de preguntas con suficiente antelación al día de práctica de la prueba testifical.

Mediante providencia de 10 de diciembre de 2009, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas acordó no acceder a lo solicitado por la representación procesal de los recurrentes pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la intervención de las partes no proponentes de la prueba del interrogatorio de testigos, deberá efectuarse una vez sean respondidas las preguntas formuladas ya que, lógicamente, las repreguntas a realizar vendrán determinadas por las contestaciones de los testigos.

Con fecha 22 de diciembre de 2009 se recibió del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de la Gomera el exhorto cumplimentado con las declaraciones de los testigos.

Con fecha 4 de enero de 2010, la representación de Don Francisco Javier R. C. y Don Juan Ignacio M. H. presentó escrito en el que interponía recurso de súplica contra la providencia de 10 de diciembre de 2009 que denegó el traslado del pliego de preguntas. Consideraba esta parte en el recurso que la denegación de lo solicitado se basaba en lo previsto en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador de la intervención de las partes en la prueba testifical, pero que dicho precepto no era aplicable, por cuanto está referido a la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, de manera que el precepto que debía ser aplicado era el artículo 364, que regula la declaración domiciliaria de los testigos. Este artículo prevé la intervención de las partes y sus abogados en la declaración de los testigos, pero en este caso la representación de los demandados afirmó que se les causó indefensión al impedirles formular preguntas a los testigos propuestos por la parte actora.

El Ministerio Fiscal se mostró conforme con la estimación del recurso de súplica e interesó que se dejara sin efecto la providencia recurrida al discrepar con la aplicación del artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contenía la resolución recurrida. Consideró el Ministerio Público que en el caso de práctica de la prueba testifical mediante auxilio judicial, el derecho de las partes no proponentes a formular preguntas a los testigos y la forma de hacerlo viene recogido en el artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que, una vez admitida la prueba de interrogatorio por vía de auxilio judicial, se debe dar traslado a todas las partes para que puedan presentar la correspondiente lista de preguntas. Sin embargo, el Ministerio Fiscal puso de manifiesto que dicho traslado se realizó sólo a la parte actora y no a las restantes partes por lo que existió una vulneración de la tutela judicial efectiva de los demandados, que no pudieron formular preguntas a los testigos antes de la práctica de la prueba.

Por el contrario, la representación de la parte demandante se opuso al recurso de súplica e interesó su inadmisibilidad, al entender que no se había causado indefensión a los recurrentes puesto que éstos bien pudieron intervenir en el acto de la prueba testifical para formular las repreguntas.

Finalmente, mediante auto de 4 de marzo de 2010, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas desestimó el recurso de súplica y confirmó la providencia recurrida en su integridad. En la fundamentación, consideró que los recurrentes no habían justificado el motivo que les impidió acudir al acto de práctica de la prueba y realizar repreguntas. Del mismo modo en el auto se afirmó que en las actuaciones no se ha observado la existencia de infracción alguna que haya podido causar a los recurrentes un perjuicio real y efectivo en sus intereses que justifique la estimación de la indefensión alegada.

No obstante, el citado auto consideró acertada la opinión del Ministerio Fiscal en lo relativo a la aplicación del artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de la concesión a las partes de un plazo de tres días para que presenten la lista de preguntas a los testigos. A pesar de ello, lo pretendido por los recurrentes era que se le diera traslado del pliego de preguntas presentado por la parte actora con el objeto de realizar sus repreguntas, cuestión que no recoge la ley, lo que justifica la desestimación del recurso.

Una vez explicados los antecedentes de la cuestión debatida, se hace preciso centrarse en las alegaciones planteadas por las partes en esta segunda instancia respecto al primer motivo del recurso.

Los apelantes reiteran en esta instancia la existencia de indefensión al no haber podido esta parte contar con el pliego de preguntas y no haber sido citada para la práctica de la prueba testifical, a pesar de haber tenido conocimiento de forma casual de la fecha de la práctica de dicha prueba. Considera que sin tener conocimiento de las preguntas a contestar por los testigos no le era posible formular repreguntas, ya que unas deben depender de las otras. Por todo ello, solicita la nulidad de lo actuado desde la denegación de la entrega del pliego de preguntas a fin de no vulnerar el principio de tutela judicial efectiva.

El Ministerio Fiscal entiende que no debe estimarse este primer motivo del recurso porque la cuestión planteada ya fue resuelta por el auto de 4 de marzo de 2010, con el que coincide en el hecho de que no puede hablarse de la existencia en este caso de una indefensión determinante de nulidad puesto que los recurrentes tuvieron la oportunidad de intervenir en el interrogatorio de los testigos al haber reconocido que tuvieron conocimiento del día y la hora en que se iba a practicar la prueba.

Del mismo modo, la representación del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua se remite a lo argumentado por el auto de 4 de marzo de 2010 y entiende que no se ha causado ninguna indefensión a los apelantes.

Tal y como han manifestado las partes recurridas, la cuestión planteada por los recurrentes fue resuelta por el ya mencionado auto de 4 de marzo de 2010, que desestimó el recurso de súplica interpuesto por la representación de D. Juan Ignacio M. H. y Don Francisco Javier R. C. contra la providencia de 10 de diciembre de 2010 que denegó la entrega a los demandados del pliego de preguntas presentado por la parte actora para la prueba del interrogatorio.

De lo argumentado por el citado auto así como de las alegaciones realizadas por las partes con motivo del recurso se pueden extraer una serie de conclusiones que fundamentan el criterio de esta Sala. En primer lugar, la práctica de la prueba testifical mediante auxilio judicial deberá llevarse a cabo teniendo en cuenta lo dispuesto tanto en el artículo 374 como en el artículo 429.5, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, se deberán observar asimismo las reglas generales previstas en los artículos 174 y 291 del mismo cuerpo legal. Por el contrario, el artículo 364 de la ley procesal civil, que regula la declaración domiciliaria de testigos, no es aplicable al presente caso a pesar de haber sido alegado en la instancia por los recurrentes.

El artículo 174 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere con carácter general a la intervención de las partes en las

actuaciones que se practiquen por auxilio judicial y dispone lo siguiente:

"1. Las partes y sus abogados y procuradores podrán intervenir en las actuaciones que se practiquen para el cumplimiento del exhorto.

No obstante, las resoluciones que se dicten para el cumplimiento del exhorto sólo se notificarán a las partes que hubiesen designado procurador para intervenir en su tramitación.

2. Si no se hubiera designado procurador, no se harán a las partes otras notificaciones que las que exija el cumplimiento del exhorto, cuando éste prevenga que se practique alguna actuación con citación, intervención o concurrencia de las partes, y las que sean precisas para requerir de éstas que proporcionen datos o noticias que puedan facilitar aquel cumplimiento."

Por su parte, el artículo 291, contenido dentro de las disposiciones generales sobre la práctica de la prueba referidas a los juicios declarativos, dispone lo siguiente respecto a la citación y posible intervención de las partes en la práctica de las pruebas fuera de juicio:

"Aunque no sean sujetos u objetos de la prueba, las partes serán citadas con antelación suficiente, que será de al menos cuarenta y ocho horas, para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o vista.

Las partes y sus abogados tendrán en las actuaciones de prueba la intervención que autorice la Ley según el medio de prueba de que se trate."

Estos dos preceptos generales dejan claro la facultad de las partes de intervenir en las actuaciones que se practiquen por auxilio judicial, en particular, en las actuaciones de prueba que se celebren fuera del juicio, remitiéndose en este último caso a lo que establezca la ley para cada medio de prueba, en este caso, el interrogatorio de testigos.

Por ello, es preciso atender en este punto a lo dispuesto en el artículo 372.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la intervención de las partes en el interrogatorio, que dispone lo siguiente:

"1. Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que propuso la prueba testifical, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles."

Este artículo se encuentra dentro de la regulación general de los medios de prueba aplicables a los procesos declarativos por lo que no se puede afirmar, tal y como hicieron en su día el Ministerio Fiscal y los recurrentes, que su aplicabilidad se limite a la prueba que se practica en el juicio oral y no a la que se celebra por auxilio judicial fuera del acto del juicio. No obstante, esta disposición debe completarse con lo previsto en el artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el interrogatorio por auxilio judicial, que dispone lo siguiente:

"5. Las partes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. La citación se acordará en la audiencia y se practicará con la antelación suficiente.

También las partes deberán señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial. El tribunal decidirá lo que proceda a ese respecto y, en caso de que estime necesario recabar el auxilio judicial, acordará en el acto la remisión de los exhortos oportunos, dando a las partes un plazo de tres días a los efectos de que presenten, cuando fuere necesario, una lista de preguntas. En cualquier caso, la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio."

De las disposiciones citadas y, en particular, de las dos últimas se puede concluir que la intervención de las partes en el interrogatorio de los testigos por auxilio judicial, se articula a través de una doble vía.

En primer lugar, una vez que se decida la práctica del interrogatorio por auxilio judicial, se dará a las partes un plazo de tres días para que presenten una lista de preguntas que, una vez admitidas, se enviarán al juzgado encargado de la práctica de la prueba para que sean formuladas a los testigos, tal y como prevé el artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que las partes puedan acudir al acto de la prueba.

En segundo lugar, las partes deberán ser citadas al acto del interrogatorio para que, si así lo decide la parte proponente de la prueba, pueda formular personalmente las preguntas a los testigos y las otras partes puedan plantear nuevas preguntas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 372 de la citada Ley.

En el presente caso, la prueba del interrogatorio de testigos fue propuesta por los demandados y admitida en la audiencia previa, acordándose que las declaraciones de los testigos se harían por exhorto, solicitándose el auxilio judicial al juzgado competente. En el acta de esta audiencia previa (folio 767 del Tomo V de la pieza principal) consta que se requiere a la parte demandante para que presente las preguntas por escrito para el auxilio judicial en el plazo de tres días, pudiendo intervenir en el juzgado del auxilio judicial junto con el resto de las partes en la práctica de dicha prueba. De esta manera, lo previsto en el artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se cumplió únicamente respecto a la parte que propuso la prueba pero no respecto a los demandados y al Ministerio Fiscal, a quienes no se dio plazo para que presentaran una lista de preguntas.

Sin embargo, tanto en la audiencia previa como en el exhorto dirigido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera, se interesó que el Juzgado notificara el día y la hora en que se iba a practicar la prueba tanto al Ministerio Fiscal como a los representantes procesales de la parte demandante y de la parte demandada para que pudieran intervenir en el interrogatorio, conforme a lo previsto en los artículos 174 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo momento, la representación de los apelantes ha reconocido que tuvo

conocimiento de la fecha y hora en que iba a practicarse la prueba testifical a pesar de que en el escrito del recurso de apelación manifiesta que ese conocimiento fue casual y que no fue citada para la práctica de la prueba testifical. Esta alegación no sólo no fue realizada en la instancia sino que, además, el motivo en el que los apelantes fundamentaron la indefensión alegada es que no se les dio traslado del pliego de preguntas presentado por la parte apelante.

Si bien es cierto que, en principio, podría entenderse que el hecho de no dar plazo a los demandados para que presentaran la lista de preguntas a formular a los testigos en el interrogatorio que se iba a celebrar por auxilio judicial constituye una infracción del artículo 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es claro que esta infracción procesal no significó un perjuicio real y efectivo para los intereses de los demandados puesto que ha quedado acreditado que tuvieron la oportunidad de acudir al acto de la prueba para formular preguntas a los testigos.

A mayor abundamiento y en relación con el concepto de indefensión, esta Sala de Justicia ha declarado, entre otras, en la [sentencia 8/2006, de 7 de abril](#) que "La doctrina general del Tribunal Constitucional, para apreciar la existencia de indefensión con relevancia constitucional, como el apelante pretende, exige, en relación con la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 de la Constitución, que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado. La doctrina de esta Sala de Justicia también ha tratado de manera unánime esta cuestión (por todas, [Sentencia de 5 de mayo de 1994](#)), con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 155/88, 31/89, 145 y 196/90 de ese Tribunal). Esta Sala ha declarado que la indefensión es una noción material, que para que tenga relevancia ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas: de una parte, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 145/86, de 24 de noviembre, fundamento jurídico tercero); de otra, la indefensión prohibida en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la simple infracción de las normas procesales (Sentencia 102/87, de 17 de junio, fundamento jurídico segundo), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, fundamento jurídico cuarto) y, finalmente, que el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, fundamento jurídico quinto). En este caso, la invocación genérica de vulneración de la tutela judicial efectiva hecha por el apelante, no reúne los requisitos exigidos para producir los efectos que el recurrente pretende. No se puede considerar que se haya desequilibrado la posición de las partes de forma que se hubiese ocasionado para el apelante indefensión durante el proceso, ni se produjo un perjuicio real a la defensa del afectado que rompió el equilibrio procesal entre las partes."

De acuerdo con esta doctrina, la existencia en este caso de una infracción procesal no ha causado indefensión material a los apelantes puesto que no ha minorado sus posibilidades de defensa, máxime cuando la indefensión alegada no se ha fundamentado en dicha infracción procesal. Todo ello teniendo en cuenta lo mencionado en el fundamento jurídico anterior respecto a la necesidad de que el recurso de apelación se resuelva dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, los apelantes motivan su recurso en el hecho de que las cantidades cobradas a diversos quiosqueros o ventorrilleros por la ocupación de la vía pública del municipio, con anterioridad al 1 de enero de 2004, no tenían el concepto de tasas y, por lo tanto, el carácter de ingresos de derecho público puesto que hasta la citada fecha no entró en vigor la Ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial en la ocupación de la vía pública. Asimismo, esta parte considera que estos ingresos tampoco pueden considerarse como de derecho privado, porque en ningún caso existió la intención de los quiosqueros de realizar una donación, ni hubo una percepción o aceptación de la cantidad por el Ayuntamiento en concepto de donatario, por lo que no se puede calificar este ingreso como una donación.

De todo ello, la representación de los apelantes concluye la inexistencia de responsabilidad contable por los ingresos y gastos realizados antes de la indicada fecha de 1 de enero de 2004, por no haber existido perjuicio alguno a las arcas municipales, ni tampoco dolo, culpa o negligencia graves en la conducta de los condenados. Por este motivo, entiende que, de estimarse esta alegación, el importe del alcance quedaría reducido a 1.250,17 €.

Tanto el Ministerio Fiscal como la representación del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua se oponen a la estimación del recurso por este motivo, poniendo de manifiesto que el letrado de los demandados reconoció en el acto del juicio que los ingresos realizados en la cuenta de Caja Canarias tenían el carácter de fondos públicos.

Efectivamente, en el escrito de contestación a la demanda, la representación de los demandados ya planteó esta alegación en la que negaba el carácter de fondos públicos de los ingresos percibidos en la cuenta de Caja Canarias, pero consta también en la grabación del juicio que el letrado de la parte demandada aceptó que los fondos objeto de este procedimiento tenían la naturaleza de fondos públicos, cuando hizo alusión a que algunos de los requisitos determinantes para la exigencia de responsabilidad contable sí se daban en el presente procedimiento, como era la existencia de fondos públicos. Este reconocimiento fue recogido por la sentencia de instancia que, en su fundamento de derecho cuarto, consideró que "Con esta afirmación ha desaparecido la controversia planteada respecto a esta cuestión entre las partes, ya que, tanto el Ayuntamiento demandante, como la representación de los demandados y el propio Ministerio Fiscal han coincidido en considerar que el dinero empleado en los diversos pagos objeto del litigio tiene naturaleza de fondos públicos."

En todo caso, a pesar de este reconocimiento, y dado que en esta segunda instancia la representación de los apelados alega de nuevo que los fondos objeto de este procedimiento no tienen el carácter de fondos públicos, se hace preciso reiterar las razones que permiten calificar estos ingresos como caudales públicos.

Tal y como consta en los hechos probados de la sentencia apelada, sin que esta circunstancia haya sido negada por ninguna de las partes, en la cuenta nº 2065-0052-60-3000018667 de la entidad Caja Canarias, cuyos titulares eran D. Juan Ignacio M. H. y D. Francisco Javier R. C., se practicaban ingresos derivados, principalmente, de la colocación de kioscos y ventorrillos en la vía pública durante las fiestas municipales de la Villa de Hermigua. Consta asimismo que los titulares de dicha cuenta eran, respectivamente, Concejal- Tesorero y Primer Teniente de Alcalde y Concejal del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua.

Los ingresos realizados en la citada cuenta procedían por tanto del aprovechamiento especial de la vía pública que se realizaba por determinadas personas con ocasión de las fiestas municipales y previa autorización del Ayuntamiento. Dichos ingresos estaban por ello destinados a entrar en las arcas del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua y además eran realizados en una cuenta cuya titularidad ostentaban dos concejales del Ayuntamiento. Por otra parte, los demandados han reconocido que dichos ingresos fueron empleados para pagar determinados gastos relacionados con la celebración de las fiestas de la localidad, si bien la falta de justificación de parte de los pagos determinó que los apelantes fueran condenados como responsables directos del alcance.

La representación de los apelantes ha negado el carácter de fondos públicos de estos ingresos basándose fundamentalmente en que, hasta que el día 1 de enero de 2004 entró en vigor la ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial en la ocupación de la vía pública, los ingresos recaudados por ese concepto no podían considerarse tasas y por lo tanto no eran fondos públicos. Añade esta parte que en ningún caso se podía proceder legalmente al cobro de cantidad alguna por la ocupación de la vía pública hasta la entrada en vigor de la ordenanza fiscal, de acuerdo con lo previsto por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Sin embargo, a pesar de que hasta la citada fecha no se aprobara la ordenanza que dio soporte legal a la exigencia de la tasa, el hecho es que esos ingresos se realizaron por los quiosqueros o ventorrilleros con motivo de la ocupación de la vía pública, que los ingresos tuvieron lugar en una cuenta a nombre de dos concejales del Ayuntamiento y que el dinero ingresado se empleó en el pago de obligaciones del propio Ayuntamiento. Por todo ello, no cabe duda que esos ingresos pasaron a formar parte del patrimonio municipal, con independencia de su consideración o no como tasas o como ingresos de naturaleza pública o privada. Tampoco es relevante para la consideración de estos ingresos como caudales públicos el hecho de que los concejales estuvieran o no facultados para la recaudación de esos fondos o que la cuenta en que se realizaran los ingresos fuera el instrumento adecuado para su recaudación, sino que lo decisivo es que el dinero estaba destinado a ingresar en el patrimonio municipal dado que la razón de su percepción era la ocupación de la vía pública.

En este sentido, cabe recordar que, como recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 y de 30 mayo de 1994, existen criterios de carácter general para saber cuando un caudal tiene carácter de público, es decir "dos conceptos jurídicos para resolver la cuestión: 1) El destino o afectación de la cosa o suma, siendo suficiente su destino en entrega, sin que sea preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos; y 2) El carácter de funcionario, que como persona individual actúa en nombre y por cuenta de la Administración. Esta ha de actuar a través de las personas físicas que tienen como misión hacerlo en su nombre. Si dicha persona o funcionario recibe cosa o cantidad destinada al ente en cuyo nombre ejerce su función, no es él quien la posee, sino que es la Administración la que la recibe a través de su funcionario, que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquélla."

La doctrina jurisprudencial, pues, ha dado en definir los caudales públicos como todos aquellos que hayan llegado a poder del funcionario en razón de las funciones que normalmente desempeña, pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero o los efectos a la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado «sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario Público», existiendo numerosas sentencias del Tribunal Supremo en tal sentido, entre otras las de 17 enero 1966, 23 diciembre 1967, 20 octubre 1970, 29 febrero 1988, 22 mayo 1990, 14 mayo 1992 y 27 mayo 1993.

Recoge asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 que "La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 examina la cuestión desde el punto de vista civilístico, afirmando que la Administración no es meramente un depositario de unos fondos privados, sino que por efecto del artículo 1768 del Código Civil cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada el contrato pierde el concepto de depósito y se deben aplicar las reglas del préstamo o comodato, y aun cuando ese permiso no se presume (artículo 1768) es evidente que su entrega de dinero o cosa fungible sin reservas importa una autorización otorgada mediante un acto concluyente, por lo tanto la operación jurídica que se establece en los giros postales se debe regir, como ocurre en la práctica de las operaciones bancarias de transferencia, por el principio establecido en el artículo 1753 del Código Civil, que dispone que el que recibe dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor (en el caso del giro a la entrega a un tercero) otro tanto de la misma especie y calidad".

El requisito de que el funcionario tenga a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos públicos, ha sido interpretado de modo flexible por la Jurisprudencia, conforme se recoge, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2001, por imponerle así una mejor protección del bien jurídico mediante la punición de esta conducta, que no sólo abarca la indemnidad del patrimonio público, sino sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios. De acuerdo con esta

interpretación, y conforme se recoge en la referida sentencia de 19 de septiembre de 2001, "no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público. Así en la expresión -que tenga a su cargo- se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismo, y significa no solo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario, entre otras STS de 1 de diciembre de 2000".

En el mismo sentido, aunque en términos algo diferentes se pronuncia también la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, en la que se establece que "ninguna duda cabe de que constituyen caudales públicos los bienes o derechos de que sea titular la entidad pública de que se trate; pero también lo son aquellos que, perteneciendo a particulares, quedan adscritos a la Administración, o a alguno de los servicios públicos que presta a los ciudadanos, de modo tal que el funcionario correspondiente adquiere unos deberes de vigilancia y custodia que, si son infringidos, originan la correspondiente responsabilidad de la Administración.

Como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1979, para que un objeto de un particular pase a formar parte de los caudales de la Administración es necesario que concurren tres requisitos: 1.º Incorporación a las actividades que la Administración desempeña. 2.º Vinculación a un funcionario o unos funcionarios públicos que adquieren unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto. 3.º Que la infracción de tales deberes origine la responsabilidad de la entidad pública.”

En consecuencia, los ingresos realizados en la cuenta de Caja Canarias por los quiosqueros y ventorrilleros deben considerarse caudales públicos, lo que fundamenta la desestimación de este segundo motivo del recurso.

OCTAVO.- Por último, la representación de los apelantes solicita la estimación del recurso por entender que los gastos producidos a partir del 1 de enero de 2004 y que la sentencia califica como no justificados, sí se han justificado suficientemente a través de las declaraciones juradas de cada uno de los perceptores. En algunos casos se han adjuntado además facturas del servicio realizado, si bien la exigencia de factura no era la práctica habitual en el momento de realizar los pagos mediante la entrega de cheque. Para fundamentar esta alegación, esta parte se remite de nuevo a la documentación aportada en la instancia.

Por el contrario, tanto el Ministerio Fiscal como la representación del Ayuntamiento estiman que la documentación aportada por los demandados no acredita de forma convincente la prestación de los servicios que originaron los pagos realizados por los apelantes.

En este sentido se pronunció la sentencia apelada, que en su fundamento jurídico quinto valoró la documentación aportada por los demandados y concluyó lo siguiente:

”Revisada la documentación aportada, se observa, con respecto al ejercicio 2003, que no se acredita la identidad de los beneficiarios de los cheques, se aportan facturas que carecen de número o son ilegibles, con las que no es posible acreditar que los gastos efectuados tuvieran por objeto sufragar una finalidad propia de la Corporación, no coincidiendo el importe de las facturas aportadas con el de los cheques emitidos. Así, se expiden dos cheques cuyo importe es idéntico, el mismo día, existiendo declaración bajo responsabilidad de una persona sobre su recepción, que, sin embargo, no acredita la representación que ostenta para percibir las cantidades. Con respecto al ejercicio 2004 se siguen sin acreditar la identidad de los beneficiarios de los cheques emitidos, ni la finalidad para la que se realizó el gasto, aportándose facturas no expedidas a favor del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua ni de la Comisión de Fiestas, alguna de ellas sin número, e incluso sin fecha, correspondientes otras a comercios de ropa que nada acreditan el gasto en una actividad propia del Ayuntamiento y cuyo importe no coincide con los cheques emitidos. Con respecto al año 2005, continua sin considerarse justificado el cheque por importe de 405,60 €, ya que el titular de la factura no coincide con el que consta en el concepto del recibí y la persona que firma el mismo no acredita en calidad de qué lo hace. Por lo que se refiere a año 2006, una de las facturas aportadas carece de número y no se expide a favor del Ayuntamiento ni de la Comisión de Fiestas y el importe del cheque aportado no coincide con ninguna de las otras facturas emitidas.

Por lo que se refiere a las declaraciones juradas, estas fueron impugnadas expresamente por la parte actora, tanto las presentadas junto a la contestación a la demanda como con posterioridad a ella, así como, también, las aportadas en el acto de la audiencia previa, alegando que se tratan de documentos de parte, realizados unilateralmente mediante un modelo genérico, y a posteriori de la incoación del expediente de reintegro por alcance, debiendo, por tanto, acreditar las circunstancias alegadas mediante ratificación en la pertinente prueba testifical. El artículo 326 de la L.E.C., al regular la fuerza probatoria de los documentos privados, recoge en su número 2. que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, la parte que lo ha propuesto podrá proponer el medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y, si no se hubiese propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Examinadas las declaraciones bajo responsabilidad de los firmantes, este juzgador ha de rechazar la eficacia de las mismas para explicar las cantidades que se consideran pendientes de acreditación, pues los documentos que pretenden evidenciar los pagos de los movimientos de la cuenta no revisten la consideración de facturas que sirvan para validar dichos pagos, que, aún pudiendo tener hipotética relación con la gestión y organización de los festejos celebrados en la Villa de Hermigua, se hicieron al

margen de la aprobación, el control y la contabilización de las áreas correspondientes del Ayuntamiento y con la finalidad, como se indica en la contestación a la demanda, de que sirviera de medio ágil de pago de los gastos que la organización de dichas fiestas ocasionaba. Sin embargo, ha de considerarse que la existencia de esta cuenta paralela no originaba más que confusión, ya que de la documentación aportada por el Ayuntamiento obrante a los folios 94 y ss de las Actuaciones Previas se observa que determinados bienes y servicios referidos a las fiestas locales fueron abonados a través del propio Ayuntamiento, produciéndose una dualidad en el procedimiento para la gestión de los fondos referidos a las fiestas, de difícil justificación, ya que, tales bienes y servicios abonados a través del propio Ayuntamiento se encontraban sometidos al seguimiento y control preceptivo de ingresos y gastos y, por el contrario, los gestionados por medio de la cuenta abierta en la entidad Caja Canarias a nombre de DON JUAN IGNACIO M. H. y de DON FRANCISCO JAVIER R. C. escapaban de todo control, cobrando especial significación el hecho de que el Sr. M. H. tuviera el cargo de Tesorero de la Corporación y el Sr. R. C. el de Concejal de festejos, lo que determina que, precisamente por los cargos desempeñados en el Ayuntamiento, sin ninguna duda, tenían pleno conocimiento del procedimiento que debería haber sido utilizado para sufragar los gastos y pagos dimanantes de las fiestas municipales, que requerían, además de la presentación de la correspondiente factura, que el pago de la misma fuera aprobado.”

Como ya se señaló con anterioridad, frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario. Sin embargo, en este caso, la parte apelante se limita a remitirse a la documentación presentada junto con la contestación a la demanda sin desvirtuar los argumentos de la sentencia de instancia que fundamentaron la decisión condenatoria, al entender determinados gastos como injustificados. Reiteran los apelantes que, transcurridos cinco años desde los hechos, no resultaba lógico solicitar facturas a la cada uno de los perceptores de las cantidades pagadas con cargo a la cuenta de Caja Canarias cuyos titulares eran los Sres. M. H. y R. C.. Pero, más allá de esta alegación, continúan sin justificar por qué no se exigieron las facturas en el momento de realizar el pago y aportan en su lugar declaraciones juradas cuya eficacia ya fue rechazada en la instancia.

En definitiva, las alegaciones de los apelantes no justifican que esta Sala realice una nueva valoración de la prueba puesto que ninguno de los hechos probados ha sido rebatido por la parte recurrente, que tampoco ha introducido en esta instancia elemento alguno que otorgue mayor veracidad a los documentos ya aportados junto con la contestación a la demanda y en la audiencia previa.

No debe olvidarse, además, que esta Sala de Justicia ha reiterado (por todas, Sentencia 22/1992, de 30 de septiembre), que "todos los pagos procedentes del erario público, independientemente de su destino y de la persona que los ordena, han de estar suficientemente respaldados por una justificación... y dicha justificación no puede quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos... sino que ha de acomodarse en tiempo y forma a lo legal y reglamentariamente establecido, de tal suerte que los documentos que sirven de soporte a los pagos deben correr unidos a su cuenta de referencia bien inmediatamente, bien dentro de los plazos de su permitida justificación, y han de observarse, para que puedan ser estimados como tales, una serie de requisitos formales, todos ellos inexcusables, que despejen cualquier género de duda sobre la adecuada tramitación de los mismos".

NOVENO.- Para finalizar esta fundamentación, dada la técnica empleada en el recurso por la representación de la parte apelante, consistente en la repetición de los argumentos planteados en la contestación a la demanda o de cuestiones ya resueltas en la primera instancia, procede recordar de nuevo que esta Sala ha declarado, entre otras, en las [Sentencias de 29 de septiembre de 1999, 17 de septiembre de 2002, 8 de octubre y 23 de diciembre de 2003](#), que salvo circunstancias fácticas concretas, debidamente valoradas, o jurídicas limitativas o vulneradoras de derechos fundamentales, la valoración de la prueba llevada a cabo con apoyatura en criterios de crítica racional es competencia del juzgador de instancia y, por ello, frente al juicio valorativo que la resolución impugnada contenga, no pueden sin más, ni mucho menos, prevalecer meras alegaciones de parte, máxime si sólo se basan en simples apreciaciones subjetivas carentes de soportes documentales y probatorios racionales y fehacientes y son reiteraciones de los argumentos de la demanda.

En particular y respecto a esta última cuestión, esta Sala ha rechazado en varias ocasiones que el recurso de apelación se limite a reproducir alegaciones ya formuladas en la primera instancia. Entre otras, la [sentencia 1/04, de 4 de febrero](#) señala que "En este sentido, el recurrente únicamente ha reproducido la alegación efectuada en primera instancia, pero conviene ahora matizar que la técnica de reproducir las alegaciones hechas en la instancia no es, en general, modo de actuación jurídicamente aceptable, según ha tenido ocasión de sostener la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1991, de 20 de junio de 1990, y por esta Sala de Justicia, en [Sentencia del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 93/87, de 24 de febrero de 1994](#), etc.); porque, en efecto, la segunda instancia responde a la necesidad de depuración de los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión versa o tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional o sentencia dictada por el órgano judicial a quo, y por ello exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar -en virtud de un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que ésta debió tener en cuenta -y en general así ocurre- los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición."

En consecuencia, procede desestimar el recurso presentado dado que su argumentación no sólo no ha desvirtuado ninguno de los fundamentos de la sentencia impugnada sino que en muchos casos los ha ignorado, reiterando los argumentos ya planteados en la contestación a la demanda y rechazados por la sentencia recurrida.

DÉCIMO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Juan Ignacio M. H. y Don Francisco Javier R. C., contra la sentencia de 16 de diciembre de 2010, dictada por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance Nº C-11/09-0, que queda confirmada en todos sus efectos.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, es procedente, por aplicación del artículo 139.2 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 80.3 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la imposición de las mismas a la parte apelante, dado que a juicio de esta Sala no concurren circunstancias excepcionales que permitan aplicar otro criterio que el general del vencimiento.

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

III.- FALLO

LA SALA ACUERDA:

1º. - Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Juan Ignacio M. H. y Don Francisco Javier R. C., contra la sentencia de 16 de diciembre de 2010, dictada por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance Nº C-11/09-0, que queda confirmada en todos sus efectos.

2º.- Imponer las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas, con la indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, dado el límite cuantitativo establecido en el artículo 81.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con lo dispuesto en el artículo 86.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así lo acordamos y firmamos; doy fe.

RECURSO DE APELACIÓN; INDEFENSIÓN; TESTIFICAL; FONDOS PÚBLICOS

Síntesis

Testifical por auxilio judicial: no indefensión. Concepto caudales públicos. Justificación de los pagos. Naturaleza recurso de apelación.