

Resolución SENTENCIA

Número 7

Año 2010

Dictada por SALA DE JUSTICIA

Asunto Recurso de apelación nº 21/09, interpuesto contra la sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A 29/06, del ramo de Entidades Locales (Ayuntamiento de Zahínos), Badajoz.

Resumen Doctrina La Sala de Justicia recuerda la naturaleza del recurso de apelación que por ser un recurso ordinario permite al Tribunal de apelación la posibilidad de interpretar y aplicar las 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.

Señala también la Sala que en base al principio *iura novit curia*, puede traer a colación la normativa que sea aplicable al caso concreto a pesar de que no haya sido alegada por las partes.

Señala la Sala que es jurídicamente inaceptable pretender equiparar la pérdida de una subvención, con las consiguientes penalidades económicas que tal pérdida lleva aparejadas, con un acto de renuncia voluntaria a la subvención.

Continúa afirmando la Sala que la revocación de una subvención otorgada a un Ayuntamiento no supone per se la existencia de un alcance a pesar del obligado reintegro. Una cosa es que la subvención se encuentre bien revocada por la Administración concedente, y otra cosa que esa falta de ingresos, derivada de la precitada revocación, dé lugar a un supuesto de alcance.

La Sala entiende que no puede apreciarse culpa grave en la conducta del Alcalde, que no ordenó en el momento debido los pagos de las cotizaciones de la Seguridad Social a los trabajadores, tal y como exigía la subvención concedida, debido a que los servicios municipales competentes no pusieron en su conocimiento la procedencia de ordenar dichos pagos, así como de las consecuencias que para la Corporación municipal pudieran derivarse de su incumplimiento.

La Sala señala que se produce indefensión por el contenido incongruente de la sentencia de instancia en la que se apreció la existencia de alcance apartándose de la causa petendi sustentadora de la pretensión del actor público, incurriendo en incongruencia *extra petitum*.

Asimismo, la Sala entiende que las bases de Ejecución del Presupuesto no pueden ser consideradas como autorización por parte del Pleno Corporativo para el pago de unos incentivos y que el mero hecho de la existencia de crédito en una partida presupuestaria no equivale a una autorización para gastarlo.

Finalmente, la Sala recuerda que la entidad perjudicada tiene derecho al interés legal sobre el importe de los daños y perjuicios causados desde el día en que se irroguen los perjuicios.

Fecha 15/03/2010

Ponente Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz

Sala de justicia Excmos. Sres.:
D. Rafael María Corona Martín.- Presidente

Texto

En Madrid, a quince de marzo de dos mil diez.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. que se han indicado, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº 29/06, del Ramo de Entidades Locales, Badajoz, seguidos contra Don Antonio C. C., fallados en primera instancia por la Consejera de Cuentas Excm. Sra. D^a. Ana María Pérez Tórtola. Ha sido parte apelante la Procuradora Doña Virginia A. S., en nombre y representación del precitado Sr. C. C.; ha sido parte apelada el actor público, Don Juan José T. C., representado por el Procurador Don Manuel M. de P. N.. El Ministerio Fiscal se ha adherido al recurso interpuesto.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos del procedimiento de reintegro nº 29/06, del ramo de Entidades Locales, Badajoz, seguido como consecuencia de la demanda interpuesta por Don Juan José T. C., representado por el Procurador Don Manuel M. de P. N. y defendido por el Letrado Don Juan Jesús M. M., contra Don Antonio C. C., se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2008, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

1º) Se estima parcialmente la demanda interpuesta contra Don Antonio C. C. por el Actor Público Don Juan José T. C. y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

A) Se cifra en 333.236,45 euros el principal del alcance ocurrido en el Ayuntamiento de Zahínos.

B) Se declara responsable contable directo del mismo a Don Antonio C. C.

C) Se condena al declarado responsable contable directo al pago de la suma de 333.236,45 euros, así como al pago de los intereses devengados hasta la total ejecución de esta Sentencia y que, hasta la fecha, ascienden a 97.874,95 euros.

D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta de la contabilidad del Ayuntamiento de Zahínos.

2º) No se hace expresa imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- La anterior Sentencia contiene, entre otros, los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- Don Antonio C. C. tomó posesión como Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos en el año 1999, renovando su mandato en el año 2003. Don Juan José T. C., funcionario de administración local con habilitación nacional, prestó servicios en el Ayuntamiento de Zahínos desde el 20 de mayo de 1980, ostentando el cargo de Secretario-Interventor cuando se produjeron los hechos objeto del presente proceso.

SEGUNDO.- Con fecha 2 de octubre de 2000 le fue concedida al Ayuntamiento de Zahínos, por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal del INEM de Badajoz, la subvención 0615900BC01 por importe de 328.032,40 euros, para la contratación de trabajadores desempleados para la realización de la obra de interés general y social de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles.

El Ayuntamiento de Zahínos ingresó en la Tesorería General de la Seguridad Social de Badajoz en plazo reglamentario las cuotas de los trabajadores de A. correspondientes a los períodos 05/2001 y 06/2001, incumpliendo la obligación de ingreso en plazo reglamentario de los períodos 03/2001 y 04/2001 (folio 46 de la pieza separada de prueba de la parte actora).

Con fecha 27 de noviembre de 2001 se inició el procedimiento de reintegro de la referida subvención, al haber transcurrido el plazo legal para la justificación del gasto realizado, otorgándose al Ayuntamiento un plazo de quince días para su reintegro o para que, en su caso, formulase las alegaciones oportunas. Transcurrido el plazo otorgado y no habiéndose producido ninguna de las dos circunstancias, la Dirección Provincial del INEM acordó el reintegro de la subvención, con fecha 24 de abril de 2002, que fue notificada al Ayuntamiento de Zahínos el 29 del mismo mes.

Con fecha 31 de octubre de 2002, fuera del plazo establecido, el Ayuntamiento presentó el recurso de alzada nº 7837/02 contra la referida resolución, que fue desestimado con fecha 3 de marzo de 2003 (folios 4 y 5 de la pieza separada de prueba de la parte demandada).

Consta en el informe del Secretario del Ayuntamiento de Zahínos de 4 de enero de 2006 (folio 2 a 18 del anexo II), que el reintegro de dicha subvención se realizó a través de retenciones en las entregas a cuenta de la participación que el Ayuntamiento tiene en los tributos del Estado.

(...)

QUINTO.- Con fecha 1 de octubre de 2001 se libró el cheque 2376470.5 a nombre de Doña María Isabel P. P. por importe de 400.000 Pts. (folio 113 anexo I).

Con fecha 30 de octubre de 2001 se remite a Don José A. P. P., por el Alcalde 400.000 Pts., en concepto de entrega a cuenta por facturas pendientes por suministro de áridos para obras municipales, junto con el recibí firmado (folios 111 y 112 anexo I).

Con fecha 16 de noviembre de 2001 se libra mandamiento de pago por importe de 400.000 Pts. a favor de Doña María Isabel P. P., mencionando expresamente el talón nº 627/3, por la entrega a cuenta por adquisición de áridos para obras municipales, firmado por el Secretario, el Alcalde y con el recibí de Don José A. P. P. (Folio 115 anexo I).

Con fecha 3 de octubre de 2001 el Secretario del Ayuntamiento presenta Informe de reparos en el que hace constar la existencia de una irregularidad grave por la disparidad entre un mandamiento de pago, su oficio de remisión y la titularidad del talón bancario. En concreto señala que el 1 de octubre de 2001 se extendió mandamiento de pago y oficio de remisión para el abono a Don José A. P. P. de 400.000 Pts., en concepto de ?entrega a cuenta por suministro de arena y grava para obras municipales?, que se hace efectivo con igual fecha e importe mediante el talón nº 2376470.5 a nombre de Doña María Isabel P. P., con la que el Ayuntamiento no guarda relación alguna (folio 110 anexo I).

Con fecha 5 de noviembre de 2002 se libra mandamiento de pago por importe de 2.650,41 euros a favor de Doña María Isabel P. P., mencionando expresamente el talón nº 330/4, sin que conste en el mismo el motivo de su expedición, firmado por el Secretario, el Alcalde y con el recibí firmado. Adjunto al citado mandamiento consta fotocopia del DNI de la anteriormente citada, así como justificantes de 49 horas de camión firmadas por Miguel A. los días 4,5,6,7,8 y 11 de marzo y 1 de abril de 2002 (folio 114 anexo I, folio 64 anexo II y folio 8 anexo III).

En comparecencia de 4 de enero de 2006 ante el Alcalde y el Secretario del Ayuntamiento de Zahínos, Don José Antonio P. P. declaró, en relación con los pagos efectuados por el Ayuntamiento de Zahínos a Doña Isabel P. P. por suministros de arena y grava, que "por diferentes razones en las fechas en cuestión (en las que se realizó el pago) se encontraba fuera del municipio de Zahínos, atendiendo a su negocio y, por ello, autorizó a su hermana Doña María Isabel P. para que cobrara del Ayuntamiento de Zahínos los suministros y servicios realizados, comunicando al Sr. Secretario del Ayuntamiento (Juan José T. C.) este hecho. Y que por ello, da por pagada las obligaciones que el Ayuntamiento de Zahínos tenía con él. Y que no ha interpuesto ni va a interponer reclamación alguna al Ayuntamiento de Zahínos por aquellos servicios ya que él los considera convenientemente pagados, habiendo servido como intermediaria y representante su propia hermana Doña. María Isabel P. P." (folio 73 anexo II).

(...)

DÉCIMO.- Con fecha 24 de mayo de 2004 se dictó Decreto por el Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos en el que se acordó ?...dadas las presentes circunstancias de este Ayuntamiento en que el Secretario Interventor está suplenido provisionalmente de funciones, y además de las funciones normales algunos empleados deben afrontar las tareas propias de la Secretaria-Intervención. RESUELVO: 1º.- Asignar un complemento de productividad a Don José Eugenio D. P. de 550 euros y a Don Pedro Antonio I. C. de 350 euros mientras duren las tareas extraordinarias que se les tienen asignadas? (Folio 135 del anexo II).

Con fecha 1 de julio de 2004 se dictó, en los mismos términos que el anterior, otro Decreto por el Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos asignando un complemento de productividad de 350 euros a Don Julián M. S. y a Doña Prudencia S. T. (Folio 136 del anexo II).

Constan en autos, folios 120 a 134 del anexo II, las nóminas de Don Pedro Antonio I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T., en las que se consigna que percibieron 2.800 euros, en concepto de complemento de productividad, según el siguiente desglose:

TRABAJADOR	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTBRE
Pedro I. C.	350 ?	350 ?	350 ?	350 ?	-----
Prudencia D. S.	-----	-----	350 ?	350 ?	-----
Julián M. S.	-----	-----	350 ?	350 ?	-----

Con fecha 8 de noviembre de 2004 Don Juan José T. C., Secretario de la Corporación, remitió escrito al Alcalde en el que solicitó le comunicara las actuaciones seguidas para la devolución de los complementos de productividad asignados desde mayo de 2004 a Don Pedro Antonio I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T., por importe de 350 euros, manifestando que con fecha 7 de octubre de 2004 presentó escrito de reparos (no sometido a la consideración del Pleno) sobre la ilegalidad de que los citados funcionarios percibieran el referido complemento(Folio 173 del anexo I).

El Secretario del Ayuntamiento de Zahínos manifestó, en su informe de 4 de febrero de 2008, que no se había encontrado otra documentación complementaria en la que se expresaran los trabajos extraordinarios desempeñados por los mencionados trabajadores, ni la indicación de fechas y horarios diferentes a sus tareas habituales realizadas. Asimismo manifestó que tras haber consultado el correspondiente libro de registro de entrada de documentos del Ayuntamiento desde el 18/03/2004 hasta el 30/09/2004, no se había encontrado registro alguno que aludiera a solicitud de vacaciones realizada

por estos funcionarios?.

TERCERO.- La Sentencia recurrida se basa, entre otros, en los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

?SEGUNDO.- La pretensión de responsabilidad contable planteada por el actor público, Don Juan José T. C., se concreta en que sea declarada la existencia de un perjuicio en los fondos públicos del Ayuntamiento de Zahínos cifrado en 532.980,82 euros, y responsable contable directo del mismo Don Antonio C. C., Alcalde del citado Ayuntamiento cuando se produjeron los hechos.

Alega la parte actora ?tal como se ha adelantado en los antecedentes de la presente resolución- que el referido importe deriva de las siguientes irregularidades:

1) 339.499,31 euros correspondientes a la pérdida por parte del Ayuntamiento de Zahínos de una subvención otorgada para la realización de obras de "Adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles".

Alega que la causa de este perjuicio económico estriba en el impago de varias mensualidades de cuotas sociales de los trabajadores al A., pese a que el Ayuntamiento de Zahínos había recibido previamente del INEM los fondos destinados tanto al pago de las nóminas como de las cotizaciones sociales, lo que llevó consigo que se le reclamara el reintegro de la subvención.

Manifiesta que Don Antonio C. C. dispuso que los fondos recibidos se destinaran a otros gastos, con lo que llegada la hora de abonar tales cotizaciones ya no hubo fondos para realizarlo, extremos que han sido reconocidos por el demandado en sus escritos y corroborados por la Secretaría-Intervención en su Informe.

(...)

4) 5.054,45 euros, correspondientes a los pagos efectuados a Doña María Isabel P. P. por suministro de arena y grava, efectuados por el hermano de ésta, Don José Antonio P. P.

Alega que se da por sentado que una persona, sin relación alguna con una entidad pública, puede percibir fondos públicos adeudados a otra persona. Señala que la explicación dada por el Sr. P. P. sobre el hecho de no percibir él mismo el talón bancario no puede ser más pueril e inveraz, ya que se documenta que dicho talón le fue remitido por correo al domicilio de ambos hermanos P. P., en la localidad de Oliva de la Frontera.

Alega que Doña María Isabel P. es receptora de un talón por importe de 400.000 pesetas, contra mandamientos y facturas por suministros realizados por su hermano, y además titular de un mandamiento de pago de fecha 5 de noviembre de 2002, por importe de 2.650,11 euros, con lo que en los años 2001 y 2002 esta señora recibió del Ayuntamiento de Zahínos un total de 5.054,45 euros que no le correspondían.

También señala que acordaron fraccionar los cobros de las facturas y pagar parte de ellas mediante talones a favor de la Sra. P. P., con objeto de eludir las obligaciones tributarias del proveedor, al no alcanzar los 3.000 euros, cifra en las que se encuentra el límite para que la entidad local pagadora declare, en el modelo fiscal 347 de "Operaciones con Terceros" , sus pagos a favor de este proveedor.

(...)

8) 5.000 euros por la percepción por tres trabajadores municipales de un incentivo de productividad.

Alega que el hecho de asignar 350 euros mensuales a determinados empleados municipales constituye el establecimiento de una retribución complementaria periódica sin el acuerdo del Pleno, por lo que los Decretos de la Alcaldía que establecieron esta retribución carecen de apoyo legal, sin que conste qué tareas se retribuyeron, ni a qué obedecía la gratificación asignada a estas personas.

Alega que se abonaron las gratificaciones desde el momento del inicio del expediente disciplinario al Secretario-Interventor hasta la reincorporación del mismo a su plaza, habida cuenta de que los Sres. I. C., M. S. y S. T. tendrían que prestar declaración en el citado expediente.

Finalmente manifiesta que es un hecho irrelevante que los 350 euros mensuales abonados se reflejaran en sus nómina, habiéndose percibido por alguno de los empleados incluso cuando disfrutaba de su mes de vacaciones estivales.

(...)

9) (...)Concluye finalmente la parte actora que conforme a lo expuesto, el Sr. C. C. debe ser condenado, como responsable contable directo de un alcance, que cifra en la cantidad total de 532.980,82 euros, al reintegro de dicho importe al Ayuntamiento de Zahínos, más los intereses legales y costas del procedimiento.

(...)

TERCERO.- La representación de Don Antonio C. C. alega que cada uno de los hechos de la demanda contiene una irregularidad que entiende el actor imputable a la conducta activa u omisiva y negligente del demandado, pero que aun cuando se hubieran producido realmente, no provocarían la referida responsabilidad por alcance, ya que no se dan los requisitos que viene exigiendo reiteradamente este Tribunal para determinar ese tipo de responsabilidad.

Alega que no consta acreditada la disparidad de criterio que el demandante, Don Juan José T. C., Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Zahínos durante el periodo en que ocurrieron los hechos, mantenía respecto a la gestión económico-financiera de la Corporación. Alega que llama la atención que entre la documentación aportada no figure observación, ni reparo o informe técnico alguno respecto a

concretos actos de gestión, intervención, administración, custodia o manejo de bienes que Don Juan José T. C. emitiera en el ejercicio de sus funciones durante el citado período de tiempo. Recuerda, además, que el acta de liquidación provisional dictada en las Actuaciones Previas fue negativa.

Respecto de la primera irregularidad, correspondiente a la pérdida por el Ayuntamiento de una subvención por importe de 339.499,31 euros, aduce que el gasto fue realizado, según se acredita en las nóminas de los trabajadores, cotizaciones sociales y facturas materiales, si bien se reintegró la subvención como consecuencia de la resolución del INEM, no apreciándose conducta ilegal del demandado en el manejo de los caudales públicos, ni responsabilidad o irregularidad imputable al mismo de ningún tipo.

(...)

En cuanto a los pagos efectuados a Doña María Isabel P. P., por suministros de arena y grava, alega que no tienen relevancia para esta Jurisdicción, que no se plantea que los citados suministros fueran irreales o innecesarios y tampoco que no se realizaran, o que fueran a otro destino ajeno al ámbito o gestión de obras municipales. Manifiesta que están pagados, obrando en autos la extinción y justificación de esa deuda por sus suministradores, por lo que no hay daño ni alcance, produciendo su devolución, en caso de llevarse a cabo, un enriquecimiento injusto para la Corporación.

Esgrime también que se expidió mandamiento de pago, intervenido por el denunciante, sin que conste reparo alguno, a favor de Doña María Isabel P. P., por la cantidad de 2.650,41 euros, al que se une documentación justificativa del gasto y de la recepción de los pedidos abonados, en los que sí consta el nombre de Don José Antonio P. P. como empresa suministradora.

Alega que, por lo tanto, aun cuando existe una diversidad entre el suministrador o prestador de servicios y la persona a cuyo nombre se emiten los mandamientos y se efectúa el pago, aquél autorizó a su hermana Doña María Isabel P. P. para que cobrara del Ayuntamiento de Zahínos los suministros y servicios realizados, comunicando al Sr. Secretario del Ayuntamiento este hecho, dando por pagadas las facturas que la Corporación tenía con él, por lo que no existe irregularidad alguna que origine responsabilidad contable.

(...)

En cuanto a la acusación de que tres trabajadores municipales han percibido un incentivo de productividad irregular (irregularidad novena-), manifiesta que carece de todo fundamento objetivo dicha alegación gratuita y polémica del demandante, que tampoco cabe depurar en esta sede jurisdiccional, habiéndose llevado a cabo las referidas asignaciones dinerarias de conformidad con los correspondientes Decretos de Alcaldía, que no fueron en ningún caso impugnados, sin que tampoco conste reparo alguno en relación con los mismos.

(...)

Finalmente el demandado alega que la parte actora no ha probado ni cuantificado el perjuicio económico, ni ha aportado argumentos para alterar la valoración de la Delegada Instructora, sin que concurra ninguno de los requisitos legalmente previstos para que pueda declararse su responsabilidad contable en los presentes hechos.?

(...)

CUARTO.- El Ministerio Fiscal solicitó, en el acto de la audiencia previa, la desestimación de la demanda por inexistencia de responsabilidad contable, no compareciendo el día del juicio.

QUINTO.- El artículo 72 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que: ?1.A efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas?.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, al señalar en la Sentencia de 13 de febrero de 1996 que se entiende por alcance ?el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo los caudales o efectos públicos. No rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que éstos arrojen, no efectuar ingresos a que se esté obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicándolos a usos propios o ajenos, etc.. son todos supuesto de alcance?.

SEXTO.- En cuanto a la definición legal de responsabilidad contable, se encuentra en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, según el cual: ?El que 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 y perjuicios causados?. En este sentido, la Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, siguiendo la doctrina emanada de la Sala de Justicia, estableció en su artículo 49.1 cuáles pueden ser las pretensiones de responsabilidad que pueden ser conocidas por la jurisdicción contable, según el cual: ?La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector?.

Por tanto, para que una determinada acción constitutiva de alcance sea generadora de responsabilidad

contable ha de reunir los siguientes requisitos (por todas Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 30 de junio de 1992) ?a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.- b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.- c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.- d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave.- e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.- f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.?

SÉPTIMO.- En el ámbito de la jurisdicción contable es de aplicación el principio de carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo segundo establece que corresponde al actor ?la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda?, e incumbe al demandado, según el párrafo tercero del mismo artículo, ?la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan ,extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior?:

A ello se une, como establece la Sala de Justicia de este Tribunal, entre otras en la Sentencia 13/2006, que el principio del ?onus probandi? establecido en el citado artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según ha reiterado el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), ?parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos», lo que supone, según la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que ?las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quién la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados?; por tanto, únicamente si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio, habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de prueba fueran soportados por aquél a quien le correspondía la carga de probar.

En el presente caso corresponde, por tanto, a la parte demandante probar que se ha producido un descubierto del que se deriva, por aplicación de los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública Municipal los daños y perjuicios causados, siempre que se den los demás requisitos configuradores de la responsabilidad contable.

Por lo que respecta al demandado, le corresponde probar los hechos que impidan, desvirtúen o extingan la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que no existió realmente saldo deudor injustificado o que falta alguno de los requisitos que la ley exige para que pueda imputársele responsabilidad contable.

OCTAVO.- Habiendo solicitado el reintegro la parte actora de diversas cantidades, procede examinar las irregularidades correspondientes a cada una de ellas por su orden, para declarar si se ha producido un alcance y si el demandado debe ser declarado responsable contable del mismo.

Reclama la parte actora en primer lugar 339.499,31 euros correspondientes a la pérdida por parte de la Corporación de una subvención, otorgada para la realización de obras de "Adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles", alegando que la causa de este perjuicio económico estriba en el impago de varias mensualidades de cuotas sociales del A., pese a que el Ayuntamiento de Zahínos había recibido previamente del INEM los fondos destinados tanto al pago de las nóminas como de las cotizaciones sociales, destinándose dichas cantidades al pago de otros gastos de la Corporación, lo que llevó consigo que el INEM le reclamara el reintegro de la subvención.

Con fecha 2 de octubre de 2000 le fue concedida al Ayuntamiento de Zahínos por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal del INEM de Badajoz la subvención 0615900BC01 por importe de 328.032,40 euros, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de la obra de interés general y social ?Adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?.

Con fecha 27 de noviembre de 2001 se inició el procedimiento de reintegro de la referida subvención, al haber transcurrido el plazo legalmente establecido para la justificación del gasto realizado, otorgando a la Corporación un plazo de quince días para el reintegro de dicho importe o para que, en su caso, presentara los documentos que se le requerían o formulase las alegaciones oportunas.

Transcurrido el citado plazo, y no realizando actuación alguna la Corporación, la Dirección Provincial del INEM dictó resolución acordando el reintegro de la subvención el 24 de abril de 2002, que fue notificada a la Corporación el 29 del mismo mes, siendo recurrida en alzada con fecha 31 de octubre de 2002 y desestimado el recurso con fecha 3 de marzo de 2003, al haber sido interpuesto fuera del plazo legalmente establecido.

El reintegro de dicha subvención se realizó a través de retenciones en las entregas a cuenta de la participación que el Ayuntamiento tiene en los tributos del Estado, lo que dio lugar a un nuevo proceso en el que la Corporación fue asistida por la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Badajoz.

Está, por lo tanto, acreditado en autos que el Ayuntamiento de Zahínos percibió una subvención por importe de 328.032,40 euros; que le fue reclamada cierta documentación justificativa de la misma; que se acordó el reintegro de la totalidad de la subvención por el órgano concedente ante la no remisión de dichos justificantes; y que se llevó a cabo su devolución mediante retenciones en las entregas a cuenta en la participación en tributos del Estado.

Alegan las partes a la devolución de la subvención de su origen en la resolución de las cotizaciones sociales, manifestando, además, la parte actora que el motivo de dicha falta de pago fue el abono de otros gastos de la Corporación ordenados por el Sr. C. C., lo que impidió que se pudieran abonar las cotizaciones sociales de varios trabajadores y, en consecuencia, justificar su pago en plazo.

Aparte de lo ya apuntado conviene tener en consideración lo siguiente:

a) Consta en relación con esta cuestión en autos el acta de la sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Zahínos de 22 de septiembre de 2004, en la que se señala que el motivo de la devolución de la subvención fue el impago durante varios meses a la seguridad social de las cotizaciones correspondientes al A. (folio 165 de las actuaciones previas).

b) Consta asimismo en autos, folio 11 del anexo I, informe del Secretario-Interventor, Don Juan José T. C., de 15 de diciembre de 2003, en el que pone de manifiesto que las cotizaciones de la Seguridad Social de los meses de marzo a junio de 2001 no pudieron ser atendidas en los plazos señalados dada la ausencia de liquidez en los fondos municipales durante dichas fechas, al haberse dispuesto para otros gastos de la reserva de créditos del INEM, celebrándose en julio de 2002 un convenio de aplazamiento y pago fraccionado de los débitos del Ayuntamiento, entre los que se encontraban dichas cotizaciones.

c) Finalmente consta en el escrito remitido por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal del INEM de Badajoz, de 13 de junio de 2007, que el ingreso de las cotizaciones a la seguridad social por los trabajadores contratados no fue justificado, desconociendo si se ingresaron o no las cotizaciones (folio 34 de la pieza separada de prueba de la parte actora).

Entre los principios que integran el funcionamiento contable de las arcas municipales se encuentran los principios de unidad de caja y de no afectación. En este sentido el artículo 146.2 de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (así como el artículo 165.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y deroga el referido precepto) establece que los recursos de las Entidades Locales y de cada uno de sus Organismos Autónomos y Sociedades Mercantiles, se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo en el caso de ingresos específicos afectados a fines determinados. Dispone asimismo el artículo 40 de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (y el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo) que las subvenciones de toda índole que obtengan las Entidades locales, con destino a sus obras y servicios, no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquéllas para las que fueron otorgadas, salvo, en su caso, los sobrantes no reintegrables cuya utilización no estuviese prevista en la concesión.

La afectación a fines específicos a que se refiere el citado precepto, no puede entenderse en el sentido de que el numerario ingresado en tesorería procedente de estos recursos deba utilizarse exclusivamente para atender los pagos derivados de la ejecución de los gastos a que estén afectos. La afectación debe predicarse respecto de los recursos financieros en sentido amplio, no del numerario propiamente dicho, es decir, el dinero una vez ingresado en cuenta podrá destinarse a uno u otro pago, como bien fungible que es, debiendo exclusivamente asegurarse que en el momento en que sea necesario disponer de los recursos afectos, haya suficiente numerario para hacerlos efectivos, bien sea con fondos existentes en caja o mediante la realización de operaciones financieras que habiliten los fondos necesarios para ello, cobrando especial importancia en este sentido el artículo 168 de la Ley de Haciendas Locales, actualmente derogado, y el artículo 187 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo antes citado, referentes al plan de disposición de fondos de tesorería, así como el artículo 5 del Real Decreto 1174/1987, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, en el que se dispone que corresponderá a la tesorería la formación de los planes y programas de tesorería, distribuyendo en el tiempo las disponibilidades dinerarias de la entidad para la puntual satisfacción de sus obligaciones, atendiendo a las prioridades legalmente establecidas, conforme a las directrices de la Corporación.

Por lo tanto, en el presente caso, el hecho de que no se haya mantenido en cuenta el importe de la subvención recibida hasta el abono de la totalidad de las cotizaciones sociales, y que mientras tanto se haya destinado el importe percibido por el Ayuntamiento para el abono de otros gastos de la Corporación no puede entenderse como demostrativo de la existencia de un perjuicio a los fondos públicos del Ayuntamiento.

Sí lo es, en cambio, el hecho de que el Ayuntamiento de Zahínos haya tenido que reintegrar la subvención por no haber justificado, en el plazo legalmente previsto, el abono a la Tesorería General de la Seguridad Social de Badajoz de las cotizaciones sociales de ciertos trabajadores, correspondientes a los períodos 03/2001 y 04/2001.

La devolución de la subvención supone para el Ayuntamiento la pérdida de una cantidad a la que tenía derecho (razón por la que dicha ayuda se le concedió en su momento). Ello implica un menoscabo en el patrimonio municipal, al que se ha privado de una suma de dinero que, habiendo ingresado en el mismo legítimamente, se tuvo que detraer de éste como consecuencia de una gestión irregular.

Pero además, dicho impago y su falta de justificación no es el único motivo por el que se acordó el reintegro de la subvención y sus intereses, como figura en el propio escrito de Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal del INEM de Badajoz, de 13 de junio de 2007.

Los motivos del reintegro de la subvención constan realmente en el requerimiento de 27 de noviembre de 2001, obrante en autos al folio 3 del anexo I, en el que se le otorgó al Ayuntamiento de Zahínos un plazo de quince días para reintegrar la subvención, presentar alegaciones o aportar los siguientes documentos:

- Certificado de pago final.
- Informe fin de obra.
- Nóminas individuales firmadas por los trabajadores.

- Boletines de cotización TC1 y TC2.

- Ofertas de empleo.

- Justificante de haber efectuado la transferencia correspondiente en caso de no haberse utilizado la totalidad de la subvención.

Transcurrido el citado plazo, y ante la falta de actuación alguna de la Corporación, fue cuando se acordó el reintegro de la referida subvención, al no haberse presentado los documentos requeridos ni realizado alegación alguna al respecto.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede declarar la existencia de un menoscabo en los fondos públicos de la Corporación, al haberse reintegrado por el Ayuntamiento de Zahínos, por incumplimiento de los requisitos legalmente previstos, la subvención percibida para la contratación de trabajadores desempleados para la obra "adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles".

El importe del alcance debe quedar fijado, conforme a lo establecido en el artículo 60, apartado primero, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y teniendo en cuenta que la cantidad reclamada por la parte actora es el principal de la subvención, en la cantidad de 328.032,40 euros. Respecto de los intereses de demora abonados por el Ayuntamiento, por la devolución de la subvención, no consta debidamente acreditado en autos ni su importe ni su pago, no habiendo sido tampoco reclamados por la parte actora, no procediendo en consecuencia formar parte de la partida de alcance en el presente caso.

(...)

UNDÉCIMO.- En cuarto lugar, reclama la parte actora la cantidad de 5.054,45 euros, correspondientes a los pagos efectuados a Doña María Isabel P. P. por suministro de arena y grava realizados por su hermano, al ser la perceptora de un talón por importe de 400.000 pesetas y la titular de un mandamiento de pago por importe de 2.650,11 euros, con el fin de fraccionar los pagos para eludir las obligaciones tributarias del verdadero proveedor.

En relación con la citada irregularidad consta en autos acreditado lo siguiente:

1) Con fecha 1 de octubre de 2001 se libra el cheque 2376470.5 a nombre de Doña María Isabel P. P. por importe de 400.000 Pts.

2) El 30 de octubre de 2001 el Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos remite a Don José A. P. P. oficio en el que se hace constar que se le envía el talón nº 627/3 por importe de 400.000 Pts, en concepto de entrega a cuenta por facturas pendientes por suministro de áridos para obras municipales.

3) Con fecha 16 de noviembre de 2001 se libra mandamiento de pago por importe de 400.000 Pts. a favor de Doña María Isabel P. P., como entrega a cuenta por adquisición de áridos para obras municipales, firmado por el Secretario, el Alcalde y con el recibí por Don José A. P. P., en el que consta el talón nº 627/3.

4) El 3 de octubre de 2001 el Secretario del Ayuntamiento presenta "Informe de Reparos", en el que hace constar la existencia de una irregularidad grave por la disparidad entre un mandamiento de pago, su oficio de remisión y la titularidad del talón bancario. En concreto señala que el 1 de octubre de 2001 se extendió mandamiento de pago y oficio de remisión para el abono a Don José A. P. P. de 400.000 Pts., en concepto de "entrega a cuenta por suministro de arena y grava para obras municipales", que se hace efectivo con igual fecha e importe mediante el talón nº 2376470.5 a nombre de Doña María Isabel P. P., con la que el Ayuntamiento no guarda relación alguna.

5) Finalmente, el 5 de noviembre de 2002 se libra nuevo mandamiento de pago por importe de 2.650,41 euros a favor de Doña María Isabel P. P., mediante talón nº 330/4, sin que conste en el mismo el motivo de su expedición, firmado por el Secretario, el Alcalde y con el recibí firmado. Adjunto al citado mandamiento consta fotocopia del DNI de la anteriormente citada, así como justificantes de 49 horas de camión firmadas por Miguel A. los días 4, 5, 6, 7, 8 y 11 de marzo y 1 de abril de 2002 por el mencionado importe.

Es decir, consta en autos acreditada la existencia de dos mandamientos de pago a favor de Doña María Isabel P. P., uno de 16 de noviembre de 2001, por importe de 400.000 Pts, y otro de 5 de noviembre de 2002, por importe de 2.650,41 euros.

Respecto del primero, aun cuando la fecha del cheque es anterior al mandamiento de pago, nos encontramos ante el mismo hecho, como se pone de manifiesto no sólo en el Informe de reparos del Secretario de 3 de octubre de 2001, sino también en la comparecencia de 4 de enero de 2006 de Don José Antonio P. P. ante el Alcalde y el Secretario del Ayuntamiento de Zahínos, en la que en relación con los pagos efectuados por el Ayuntamiento a Doña Isabel P. P. declaró que "por diferentes razones en las fechas en cuestión (en las que se realizó el pago) se encontraba fuera del municipio de Zahínos, atendiendo a su negocio y, por ello, autorizó a su hermana Doña María Isabel P. para que cobrara del Ayuntamiento de Zahínos los suministros y servicios realizados, comunicando al Sr. Secretario del Ayuntamiento (Juan José T. C.) este hecho. Y que por ello, da por pagada las obligaciones que el Ayuntamiento de Zahínos tenía con él. Y que no ha interpuesto ni va a interponer reclamación alguna al Ayuntamiento de Zahínos por aquellos servicios ya que él los considera convenientemente pagados, habiendo servido como intermediaria y representante su propia hermana Doña. María Isabel P. P."

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente referido en relación con el importe de 400.000 Pts., así como las declaraciones obrantes en autos, su importe se corresponde con una entrega a cuenta a Don José Antonio P. P., aun cuando el mandamiento de pago y el cheque fueron librados a favor de su

hermana Doña María Isabel P. P.. Los citados documentos se deberían haber librado a favor del primero y no del segundo, pero además, con independencia de dicho hecho y de la infracción jurídica que ello podría suponer, el mandamiento de pago citado se libró como "entrega a cuenta por adquisición de áridos para obras municipales", abonándose el correspondiente importe por el cheque en cuestión, sin que hasta la fecha conste acreditado que se haya justificado la realización de los trabajos relacionados con el mismo, ni la devolución del mencionado importe.

En consecuencia, en relación con el primer mandamiento de pago, procede declarar la existencia de un alcance por importe de 400.000 Pts. (2.404,05 euros), al concurrir los requisitos legamente establecidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con los artículos 49 y 72 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ya que se ha producido una salida de fondos sin contraprestación acreditada, lo que constituye un saldo deudor injustificado generador de responsabilidad contable.

Respecto del segundo mandamiento de pago por importe de 2.650,41 euros, el mismo fue emitido a favor de Doña María Isabel P. P. en noviembre de 2002, sin mención expresa del motivo que justificara su libramiento, con indicación del talón, y con el recibí firmado. Conforme consta en el informe del Secretario de 4 de enero de 2006, al citado mandamiento de pago se adjuntaron varias fotocopias de documentos justificativos del gasto y de la recepción de los pedidos, que se correspondan con 49 horas de camión de marzo y abril de 2002 de Don José A. P. P., constando en ellos la firma de Don Miguel A., personal del Ayuntamiento en la fecha en que se produjeron los hechos, como pone de manifiesto el Secretario de la Corporación en su informe de 4 de enero de 2008.

Por lo tanto, en relación con este segundo mandamiento de pago, está acreditado en autos que el trabajo que dio origen al mismo se llevó a cabo, constando su justificación documental, lo que dio lugar a que se abonara el talón nº 330/4, no habiéndose producido un pago duplicado ni existiendo a día de hoy reclamación alguna por dicho concepto.

Debe aclararse, por otra parte, en relación con el hecho de que los citados documentos se libraran a favor de la hermana de Don José A. P. P., que ello resulta irrelevante a los efectos de la responsabilidad contable por alcance en el presente caso. Al haber quedado acreditada la existencia de alcance respecto al primer mandamiento y la ausencia de alcance respecto al segundo, (no constituye cuestión prejudicial administrativa que deba ser resuelta por esta Consejera al amparo del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas) la determinación de si fue o no ajustada a Derecho la actuación de la Sra. P. P. en representación de su hermano, y la consecuente emisión de los documentos a nombre de la misma no es cuestión que ofrezca en el presente caso más relevancia que la que se deduce de lo dicho, en tanto en cuanto no se hace preciso para declarar la existencia del alcance en un caso y de inexistencia en el otro pronunciarse, siquiera a efectos prejudiciales, acerca de la validez de los procedimientos seguidos en la emisión de los mandamientos cuya regularidad es discutida.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto respecto de los pagos efectuados a Doña María Isabel P. P. por suministro de arena y grava, procede declarar exclusivamente la existencia de un alcance por el importe del primer mandamiento de pago a que nos hemos referido, que asciende a la cantidad de 400.000 Pts. (2.404,05 euros).

(...)

DECIMOSEXTO.- Reclama a continuación la parte actora la cantidad de 5.000 euros por la percepción indebida de un incentivo de productividad por tres trabajadores municipales, Don Pedro Antonio I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T., al ser una retribución complementaria periódica sin que el Pleno fuera siquiera conocedor de la misma, careciendo los Decretos de la Alcaldía en que se acordaron de apoyo legal, y sin que conste qué tareas se retribuyeron, ni a qué obedecía la gratificación asignada a estas personas, percibiéndose incluso en los períodos de vacaciones en algunos casos.

En relación con la referida irregularidad debe hacerse constar lo siguiente:

1) Con fecha 24 de mayo de 2004 el Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos dictó un Decreto por el que acordó asignar un complemento de productividad a Don José Eugenio D. P. de 550 euros y a Don Pedro Antonio I. C. de 350 euros.

2) Con fecha 1 de julio de 2004 se dictó, en los mismos términos que el anterior, otro Decreto por el Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos asignando otro complemento de productividad a Don Julián M. S. y a Doña Prudencia S. T. por importe de 350 euros.

3) Don Pedro Antonio I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T. percibieron en el año 2004, en concepto de complemento de productividad, el importe total de 2.800 euros, según el siguiente desglose mensual:

TRABAJADOR	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
P. I. C.	350 ?	350 ?	350 ?	350 ?	-----
P. D. S.	-----	-----	350 ?	350 ?	-----
Julián M. S.	-----	-----	350 ?	350 ?	-----

4) Conforme señala el Secretario del Ayuntamiento de Zahínos, en su informe de 4 de febrero de 2008,

no consta la existencia de vacaciones realizada por los referidos trabajadores desde el 18/03/2004 hasta el día 30/09/2004. Tampoco se ha aportado a los autos prueba alguna que acredite que a los citados trabajadores les fuera abonado complemento de productividad alguno durante sus vacaciones.

5) Con fecha 8 de noviembre de 2004 Don Juan José T. C., Secretario de la Corporación, remitió escrito al Alcalde en el que le solicitó que le comunicara las actuaciones seguidas para la devolución de los complementos de productividad asignados desde mayo de 2004 a los tres trabajadores antes referidos. En el citado escrito manifestó que con fecha 7 de octubre de 2004 presentó escrito de reparos (no sometido a la consideración del Pleno) sobre la ilegalidad de los citados abonos.

6) Debe finalmente precisarse que dados los términos en que ha sido planteada la demanda, no se reclama por la parte actora el complemento de productividad que le fue abonado a Don José Eugenio D. P., sino exclusivamente el correspondiente a Don Pedro Antonio I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T.

Los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, regulan los conceptos que comprenden la estructura del sistema retributivo de los funcionarios, así como los criterios generales para la determinación de su cuantía. Estos preceptos tienen la consideración de bases del régimen estatutario de todos los funcionarios públicos y, en consecuencia, son aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la mencionada Ley 30/1984.

Por otra parte, el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, siguiendo los criterios de la legislación básica sobre Función Pública, estableció que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrían la misma estructura y cuantía que las establecidas con carácter general para toda la Función Pública, así como que las retribuciones complementarias se debían atener a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos, si bien su cuantía global podría ser fijada por el Pleno de la Corporación, dentro de los límites máximos y mínimos que se establecieran por el Estado. Estos límites se regularon, precisamente, en el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, sobre el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local.

De acuerdo con el artículo 1 del citado Real Decreto, ¿los funcionarios de Administración Local sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984?, distinguiendo la citada ley entre retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias) y complementarias (complemento de destino, específico, de productividad y gratificaciones).

Por lo que se refiere al complemento de productividad, tanto el artículo 23.3 c) de la Ley 30/1984, de la Función Pública, con carácter general, como el artículo 5.1 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, en el ámbito local, disponen que ¿el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo?, añadiendo el apartado 2 del citado artículo que ¿la apreciación de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo?.

En materia de retribuciones, tenemos que acudir también a lo dispuesto en los artículos 21 y 22, de la Ley de Bases del Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, en relación con los artículos 41 y 50 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, para delimitar las competencias atribuidas a cada órgano. Dispone en este sentido este último artículo que le corresponde al Pleno de la Corporación ¿La fijación de la cuantía global de las retribuciones complementarias, dentro de los límites máximos y mínimos y demás prescripciones establecidas en las normas estatales de desarrollo del artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.? y al Alcalde, conforme al artículo 41, ¿la asignación individualizada del complemento de productividad y de las gratificaciones, conforme a las normas estatales reguladoras de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales.?

Asimismo, el Real Decreto 861/1986, de 25 abril, en su artículo 5, dispone que corresponde al Pleno de cada Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de complemento de productividad a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7,2, b), de dicha norma, y al Alcalde la distribución de dicha cuantía entre los diferentes programas o áreas y la asignación individual del complemento de productividad, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril.

En el presente caso, constan en autos sendos Decretos del Alcalde, en los que expresamente se acordó abonar a determinados trabajadores un complemento de productividad de 350 euros ¿dadas las presentes circunstancias de este Ayuntamiento en que el Secretario Interventor está suspendido provisionalmente de funciones, y además de las funciones normales algunos empleados deben afrontar las tareas propias de la Secretaria-Intervención.?. En los citados Decretos se hizo constar también expresamente que se abonaría dicho complemento ¿mientras duren las tareas extraordinarias que se les tienen asignadas?.

Las citadas resoluciones dieron lugar a que se abonara la cantidad total de 2.800 euros, en concepto de complemento de productividad a los tres trabajadores del Ayuntamiento antes citados, sin que conste en relación con esta asignación ningún otro documento.

Aun cuando al Alcalde de la Corporación le corresponda la distribución del complemento de productividad, ésta debe llevarse a cabo, conforme al artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 abril, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, a quien corresponde además determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de dicho complemento. No consta en cambio en autos la existencia de acuerdo alguno del Pleno en relación con dicho complemento.

Los únicos documentos que justifican la percepción del mencionado complemento y el importe a abonar a los correspondientes trabajadores son los Decretos antes referidos. Aun cuando en los mismos se especificó expresamente que se adoptaban por las circunstancias especiales por las que atravesaba la Corporación, que obligaban a que algunos empleados debieran afrontar las tareas propias de la Secretaría-Intervención, y que el complemento se les abonaría mientras durasen las tareas extraordinarias que se les asignaban, la realidad es que dichas especificaciones no dejan de ser genéricas y no demuestran la existencia de una labor concreta desarrollada efectivamente por cada uno de los trabajadores que justifique su percepción, sino el reconocimiento de abono de un complemento de productividad "pro futuro" por un trabajo todavía no realizado.

No consta en autos documentación complementaria alguna en relación con dichos abonos, con excepción de las alegaciones realizadas por las partes en sus escritos y en el acto del juicio. Es decir, no consta ningún documento que especifique los trabajos extraordinarios desempeñados por los mencionados trabajadores con posterioridad a los citados Decretos, ni la existencia de delegación alguna de funciones, ni la indicación de fechas y horarios para la realización de competencias diferentes de las que habitualmente tenían encomendadas. Sólo consta como hecho reconocido por las partes que el citado complemento se abonó a los tres trabajadores hasta que el demandante se reincorporó a su puesto de Secretario-Interventor.

Conforme se recoge entre otras en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de junio de 2002, la facultad de autoorganización de un Ayuntamiento no le exime de la sumisión al Derecho así, ? aludiendo al conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas y aun entrando de lleno en lo que se denominan facultades discrecionales públicas, es lo cierto que queda sometida, como toda potestad, a la legalidad, sin que los poderes para ordenar la organización pueden constituir, so pretexto de que estamos ante una facultad reconducida al ámbito doméstico, un coto exento de la sumisión al Derecho, pues tal proceder y concepción sería contrario a los artículos 9.1 y 103.1 de la CE?.

Por lo tanto, aunque el Alcalde del Ayuntamiento ostenta unas amplias facultades concedidas por la Ley, las mismas no son atribuciones ilimitadas, sino que tienen unos contornos precisos, siendo necesario para que dichas atribuciones amparen un acto discrecional que estén adecuadamente justificadas, de tal manera que den cobertura jurídica a su abono.

El complemento de productividad, como se puso de manifiesto anteriormente, está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, debiendo apreciarse la productividad en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo (artículo 23.3 c. de la Ley 30/1984, de la Función Pública, y artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril).

Como se recoge en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio y 11 de septiembre de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 1999, de Castilla la Mancha, de 22 de septiembre de 2000, y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo de 24 abril de 2007, el citado complemento no es una percepción de carácter objetivo en relación al puesto que se desempeña, sino que para su abono es preciso la concurrencia de las circunstancias que se dejan indicadas. Al tener carácter de retribución complementaria, a diferencia de las retribuciones básicas, que son iguales y uniformes para todos los funcionarios de cada grupo en todas las Administraciones Públicas (artículo 24.1 de la Ley 30/1984 y 93.1 de la Ley 7/1985 en el ámbito local), no ostenta precisamente un carácter automático, y su cuantía global no puede exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano, que se determinará en la Ley de Presupuestos, cuyo límite debe respetarse en todo caso, como medida dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (Sentencias del Tribunal Constitucional 96/1990, de 24 de mayo, 237/1992, de 15 de diciembre, y 83/1993, de 8 de marzo).

Como acertadamente se recoge entre otras en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo de 24 abril de 2007, el reconocimiento del derecho a percibir el complemento de productividad no puede llevarse a cabo en ningún caso con carácter anticipado al cumplimiento de un doble requisito: el desempeño efectivo del trabajo y que en ese desempeño haya concurrido un "especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa". No puede pretenderse el reconocimiento de abono de ese complemento de productividad "pro futuro", como sucede en el presente caso al dictarse los mencionados Decretos, por un trabajo todavía no realizado, pues ello vendría a constituir un juicio anticipado de que en el desempeño posterior del trabajo concurre ese "especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa". La apreciación de dicha concurrencia, aun cuando puede tener cierta discrecionalidad, está sometida también al control judicial, y sólo puede hacerse en relación a un periodo de tiempo ya transcurrido, y por tanto sujeto a valoración, pero nunca con anterioridad a un periodo aún por transcurrir.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993, 11 de septiembre de 1993 y 1 de junio de 1987, señalan que anteponer las circunstancias objetivas, utilizándolas para la cuantificación convencional generalizada del complemento de productividad, en la confianza de que su «buena fe» producirá resultados equivalentes en la productividad individual, es un argumento que no puede ser tomado en consideración, porque desnaturaliza la esencia y finalidad de este complemento de productividad. Al estar el citado complemento cuantificado en función de un rendimiento superior, no debe producirse su aplicación por un mero automatismo entre correlación y equiparación y en base exclusivamente a una descripción de funciones y cometidos equivalentes, siendo necesaria su concurrencia efectiva en cada caso concreto y por lo tanto de forma individualizada.

Resumiendo, en el presente caso no se ha probado que el complemento abonado a los referidos trabajadores haya retribuido un especial rendimiento, la actividad extraordinaria o el interés e iniciativa de dichos trabajadores durante el tiempo en que lo percibieron. Tampoco está acreditado que el complemento de productividad se haya fijado en función de circunstancias objetivas contrastables. De

hecho, aun cuando se declaró el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de junio de 1987, existe una cierta discrecionalidad en la asignación según las circunstancias de cada caso, en el presente no constan ni tan siquiera las funciones, cometidos o responsabilidades que realmente asumieron dichos trabajadores, ni ningún otro elemento de juicio que permita concluir a esta Juzgadora que el complemento asignado se corresponda con un trabajo efectivo asumido.

Resta por añadir que de los tres trabajadores a quienes se asignó el complemento de productividad, dos eran funcionarios, Don Pedro Antonio I. C. y Doña Prudencia S. T., y un tercero personal laboral, Don Juan M. S.

La normativa anteriormente citada es de aplicación exclusivamente a los funcionarios públicos, no procediendo por lo tanto, conforme a lo anteriormente expuesto, el abono de dicho complemento a Don Pedro Antonio I. C. y Doña Prudencia S. T., dados los términos y forma en que se acordó.

En cuanto a Don Juan M. S., al ser personal laboral, el mismo se rige por su propia normativa, es decir, por el Estatuto de los Trabajadores, por el contrato de trabajo firmado, las disposiciones correspondientes al mismo en función de su clase, así como por el convenio colectivo que en su caso le sea de aplicación. En relación con dicho trabajador y conforme a lo anteriormente expuesto, no se ha aportado a los autos ningún documento por el demandado que acredite que Don Juan M. S. tuviera derecho a la percepción de un complemento de productividad, ni el cumplimiento de los requisitos exigibles para su percepción, no siendo suficiente por lo tanto para acordar su abono un Decreto del Alcalde.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede declarar la existencia de un alcance por importe de 2.800 euros en los fondos públicos del Ayuntamiento de Zahínos, correspondiente al abono del complemento de productividad en los meses de mayo a agosto de 2004 a los trabajadores de la Corporación antes citados.

(...)

DECIMOCTAVO.- Una vez examinada cada una de las irregularidades puestas de manifiesto por al parte actora y declarada la existencia de un alcance por importe total de 333.236,45 euros de principal, la cuestión se centra en dilucidar si resulta o no constitutivo de responsabilidad contable, y si la misma es imputable al demandado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, apartado b), 15, apartado 1, y 38, apartado 1, de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo, en relación con lo preceptuado en el artículo 49, apartado 1, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y con las Sentencias de la Sala de Justicia de 29 de diciembre de 2004, 13 de marzo de 2005 y 26 de marzo de 2005 antes referidas.

La Ley de Bases del Régimen Local 7/85, en su artículo 21, establece que corresponden entre otras atribuciones al Alcalde las funciones de dirigir el gobierno y la administración municipal; representar al Ayuntamiento; dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales; el desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponiendo de los gastos dentro de los límites de su competencia; distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas, el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno; así como las demás que expresamente le atribuyan la leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, en su artículo 41, desarrolla las funciones anteriormente referidas, señalando entre otras que al Alcalde le corresponde dirigir, impulsar e inspeccionar las obras y servicios cuya ejecución o realización hubiese sido acordada, recabando los asesoramientos técnicos necesarios; exigir a todos los obligados el exacto y diligente cumplimiento de los servicios o cargas de carácter público; la contratación y concesión de obras, servicios y suministros; disponer de los gastos dentro de los límites de su competencia y los expresamente previstos en las bases de ejecución del Presupuesto; desarrollar la gestión económica municipal conforme al Presupuesto aprobado y rendir cuentas a la Corporación de las operaciones efectuadas en cada ejercicio económico; aprobar las facturas que correspondan al desarrollo normal del Presupuesto y que hubieran sido recibidas por los Servicios de Intervención, así como la asignación individualizada del complemento de productividad y de las gratificaciones, conforme a las normas estatales reguladoras de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales.

Por su parte, los artículos 165 y siguientes de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, y los artículo 52 y siguientes del Real Decreto 500/1990 de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo I del Título VI de la citada Ley en materia de presupuestos, vigentes cuando sucedieron los hechos, establecen que la gestión de los gastos de las Entidades Locales se realizará a través de las fases de autorización del gasto, disposición o compromiso, reconocimiento y liquidación de la obligación, y ordenación del pago. Asimismo, en los artículos 194 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales se regula la función de intervención, y en los artículos 175 y siguientes la de tesorería de las entidades locales, también reguladas en el Real Decreto 1174/ 87, por el que se establece el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

De los citados preceptos se deduce que una vez autorizado, comprometido, reconocido y liquidado el gasto, y ordenado el pago correspondiente, le corresponde al Interventor la fiscalización o intervención previa del acto o expediente que dé lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, así como la intervención formal de la ordenación del pago y la intervención material del pago, siendo éste competencia del tesorero.

En consonancia con lo anterior, el artículo 169 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los Interventores de las Entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que

autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente.

En el mismo sentido, y con carácter general, se pronuncia el artículo 142, párrafo 1º, del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988, vigente cuando sucedieron los hechos, al establecer que: ? Están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública, además de las autoridades y funcionarios que adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla, los Interventores y ordenadores de pagos con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusable, que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución.?

A la vista de la normativa expuesta, resulta patente que en el proceso de disposición de fondos públicos corresponde al ordenador del gasto y al ordenador del pago la función directiva y ejecutiva en materia de contratación y reconocimiento de obligaciones, así como de impulso del proceso de satisfacción de las mismas, teniendo el Interventor la responsabilidad de controlar que tanto los gastos como los pagos ordenados se ajustan a la legalidad aplicable, pudiendo en el ejercicio de sus funciones presentar las notas de reparo que en su caso procedan, tratando de evitar que en el ciclo presupuestario se produzca cualquier clase de infracción normativa, siendo función del Tesorero, conforme al artículo 5 del Real Decreto 1174/1987, el manejo y custodia de los fondos públicos, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, siendo competencias del mismo, entre otras, las de realizar los cobros y pagos correspondientes, de conformidad con las disposiciones legales y organizar la custodia de los fondos, valores y efectos, autorizando junto con el ordenador de pagos y el interventor los cheques y demás órdenes de pago que se giren contra las cuentas abiertas en los bancos y cajas correspondientes.

Una vez declarada la existencia de un menoscabo por importe de 333.236,45 euros en los fondos de la Corporación, procede entrar a valorar la conducta del demandado, sin que esta Consejera pueda pronunciarse en relación con la participación del Secretario-Interventor u otras personas de la Corporación en relación con los presentes hechos, dados los términos en que ha sido planteada la demanda, al haberse ejercitado la acción exclusivamente contra Don Antonio C. C., Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos cuando se produjeron los hechos.

Tampoco puede olvidarse en este sentido que, como ya he señalado por la Sala de Justicia en numerosas resoluciones, por todas la Sentencia 12/2006 y la Sentencia 31/2004, ?el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias?. A este respecto hay que recordar que es reiterada la doctrina de la Sala de Justicia que considera que las deficiencias organizativas, puestas de manifiesto en el presente caso por ambas partes, lejos de ser una causa de exoneración de la obligación del gestor de los fondos públicos de gestionarlos con la diligencia debida, refuerza el deber de diligencia, en cuanto siendo consciente de tal situación debería haber extremado su cuidado para evitar el resultado dañoso en cuanto el riesgo era previsible debido, precisamente, a esa deficiente organización.

Para que se pueda imputar responsabilidad contable al demandado no basta con su actuación negligente, sino que es preciso que su conducta pueda calificarse como gravemente negligente, en cuyo caso se constituiría en causa eficiente del daño, en cuanto el mismo no se habría producido sin la concurrencia de aquélla.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 1994, considera que es culposa una conducta que genera un resultado socialmente dañoso y que, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados, es objeto de reprobación social. Por su parte, la Sala de Justicia, en diversas resoluciones, como la Sentencia 1/2007 y la 16/04, tomando como referencia el carácter socialmente dañoso que supone el menoscabo a la integridad de los fondos públicos, ha manifestado que al gestor público se le debe exigir una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, disponiendo en la primera de ellas que en el ámbito de la jurisdicción contable ?la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas que incumbe a todo gestor de fondos públicos deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprochable.?

La negligencia o culpa leve es predicable de quien omite las cautelas que, no siéndole exigibles, adoptaría una persona muy reflexiva o extremadamente cauta, mientras que la grave es predicable de quien omite las exigibles a una persona normalmente prudente, así señala la Sala de Justicia en la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 que "nos sitúa en el contexto del descuido inexcusable en personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación", las cuáles habrían enervado el daño producido.

En el presente caso, el demandado, Don Antonio C. C., ostentaba el cargo de Alcalde de la Corporación en el período en que se produjeron las irregularidades antes citadas, estando encargado, en consecuencia, del manejo y custodia de los fondos públicos del Ayuntamiento.

En su condición de gestor de fondos públicos del citado Ayuntamiento, y por lo tanto de órgano con competencia en el proceso de gastos y pagos, debía en unos casos realizar y en otros comprobar que las actuaciones llevadas a cabo en la Corporación se ajustaban a lo legalmente dispuesto, adoptando asimismo las medidas necesarias para salvaguardar los derechos y fondos del Ayuntamiento.

En particular:

A) Don Antonio C. C., en relación con el alcance en los fondos públicos de la citada Corporación por importe de 328.032,40 euros, correspondientes a la subvención percibida para la contratación de trabajadores desempleados para la ?adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?, ante el

requerimiento de 27 de noviembre de 2001, recibido en el Ayuntamiento el 3 de diciembre del mismo año, en el que se le otorgó a la Corporación un plazo de quince días para aportar ciertos documentos, reintegrar la subvención o presentar las alegaciones que considerase oportunas, no aportó ni las cotizaciones a que nos referimos anteriormente, ni el resto de documentos antes citados. Tampoco consta en autos que diera orden alguna al respecto en este sentido, y sí consta en cambio acreditado el hecho de que no se habían abonado a dicha fecha las cotizaciones sociales de varios trabajadores relacionados con dicha subvención.

Tampoco consta acreditado en autos que Don Antonio C. C. realizara alegación alguna que tuviera por finalidad dar explicación al INEM del motivo de la falta de dicha documentación, ni ninguna otra tendente a retrasar o paralizar el proceso de reintegro de la subvención, pese a que se otorgó al Ayuntamiento un plazo para ello y la cuantía de la misma era muy elevada teniendo en cuenta los presupuestos de la Corporación.

El citado incumplimiento dio lugar a que se acordara con fecha 22 de abril de 2002 el reintegro de la subvención. Resolución que le fue notificada a la Corporación con fecha 29 de abril del mismo año, en la que constaba expresamente el plazo de un mes para interponer recurso de alzada, si bien, el Sr. C. C., encargado de la representación y defensa de la Corporación, así como del ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en las materias de su competencia, interpuso el citado recurso con fecha 31 de octubre de 2002, es decir, más de seis meses después de su notificación al Ayuntamiento, lo que dio lugar a que con fecha 3 de marzo de 2003 se declarase fuera de plazo.

Pues bien, atendiendo a las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta la diligencia cualificada exigible al Alcalde, quien tiene a su cargo la gestión de fondos de titularidad pública de la Corporación, así como el resto de atribuciones a que anteriormente nos hemos referido, cabe afirmar que el demandado, conforme a un juicio racional del riesgo, debió prever que podía producirse un menoscabo en los fondos públicos ante una actuación como la llevada a cabo en relación con la gestión de la mencionada subvención, por lo que debe ser calificada su conducta como gravemente negligente, al omitir las prevenciones normalmente exigibles atendidas las circunstancias concurrentes.

B) Respecto de la cantidad de 2.404,05 euros, correspondiente a los pagos efectuados a Doña María Isabel P. P. por suministro de arena y grava, su importe se corresponde con una entrega a cuenta a Don José Antonio P. P., aun cuando el mandamiento de pago y el cheque fueron librados a favor de su hermana Doña María Isabel P. P. Con independencia de si dichos documentos se debieron librar a favor de uno u otro, y de la infracción jurídica que ello pudiera suponer, como ya se puso de manifiesto anteriormente, el mandamiento de pago se libró como ?entrega a cuenta por adquisición de áridos para obras municipales?, abonándose el correspondiente importe mediante cheque, sin que el demandado haya realizado actuación alguna tendente a la recuperación de dicho importe, aun cuando dichos hechos se remontan al año 2001 y no se ha justificado la realización de los trabajos relacionados con el mismo, ni se ha procedido voluntariamente a su devolución, máxime cuando el Secretario-Interventor presentó un reparo sobre el pago indebido de dichas cantidades.

Por lo tanto, atendiendo a las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta asimismo la diligencia cualificada exigible al Alcalde, de conformidad con lo anteriormente expuesto, sus atribuciones en el proceso de disposición de fondos, y que ni realizó ni supervisó la devolución del mencionado anticipo, su conducta debe ser calificada como gravemente negligente, al omitir las prevenciones normalmente exigibles, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso.

C) Finalmente, por lo que se refiere al importe de 2.800 euros, abonados a los trabajadores Don Pedro I. C., Don Julián M. S. y Doña Prudencia S. T., en concepto de complemento de productividad, basta con remitirnos a lo anteriormente expuesto en relación con los artículos 21 y 22 de la Ley de Bases del Régimen Local, artículos 41 y 50 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y al artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 abril, respecto de las competencias del Alcalde, a quien le asignan la distribución individual del complemento de productividad, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, así como a lo ya expuesto en relación con las Sentencias del Tribunal Constitucional de 1 junio 1987, del Tribunal Supremo de 14 de julio y 11 de septiembre de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de junio de 2002 y de 28 de abril de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 22 de septiembre de 2000, y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo, de 24 abril de 2007, en relación con las circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo que deban presidir la apreciación de la productividad para asignar dicho complemento, para declarar asimismo la existencia de negligencia grave en el proceder del demandado, por el incumplimiento de la citada normativa al asignar dicho complemento indebidamente a los referidos trabajadores.

En cuanto a la necesaria relación de causalidad entre la actuación del Alcalde y el perjuicio efectivamente causado al Ayuntamiento, para declarar su responsabilidad contable en relación con el alcance, solo cabe decir que se aprecia, conforme a lo expuesto anteriormente, la ?conexión directa? a que se refiere la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en diversas Sentencias, por todas las de 10 y 30 de julio de 1992 y 24 de Septiembre de 1998, sin que se haya acreditado la existencia de ninguna circunstancia externa de fuerza mayor que haya interrumpido tal nexo causal.

Por todo ello, al concurrir los requisitos que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y la Ley de Funcionamiento exigen para que pueda exigirse responsabilidad contable al demandado, Don Antonio C. C., Alcalde del Ayuntamiento de Zahínos cuando se produjeron los hechos, responsabilidad que además debe calificarse de directa de acuerdo con el artículo 42.1 de la citada Ley Orgánica, procede declararle responsable contable directo de un alcance en los fondos públicos de la Corporación, cifrado en la cantidad de 333.236,45 euros de principal, al haber dado ocasión con su actuación gravemente negligente, al no haber adoptado las medidas necesarias y adecuadas que tenía atribuidas, a que se produjera un perjuicio en los fondos públicos de la Corporación, existiendo la necesaria relación de causalidad entre la actuación desplegada por el demandado y el daño ocasionado a los fondos públicos, sin que esta Consejera pueda, como ya manifestó anteriormente, entrar a valorar la participación de

otras personas en dicho menoscabo, al no haber sido demandadas en el presente proceso.

DECIMONOVENO.- En cuanto a los intereses, declarada la existencia de un alcance por el importe total de 333.236,45 euros, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 71.4.e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas procede, a los efectos exclusivamente de determinar su importe, fijar como dies a quo las siguientes fechas:

1) Por la cantidad de 328.032,40 euros el 24 de abril de 2002, fecha en que el INEM acordó el reintegro de la subvención por el Ayuntamiento de Zahínos.

2) Por la cantidad de 2.404,05 euros el 1 de octubre de 2001, fecha en que se libró el cheque por el mencionado importe.

3) Por la cantidad de 2.800 euros, las fechas en que se llevaron a cabo los abonos de los correspondientes complementos de productividad (mayo-agosto 2004).

En cuanto al dies ad quem, el mismo debe quedar fijado en la fecha de la completa ejecución de la presente resolución, procediendo aplicar para el cálculo de los intereses sobre el importe del alcance los tipos legalmente vigentes el día que se consideren producidos los daños y perjuicios, ascendiendo el importe total de los mismos hasta el momento a la cantidad de 97.874,95 euros.

VIGÉSIMO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado en los anteriores Fundamentos de Derecho y al haberse estimado parcialmente la demanda procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.4.g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, en relación con el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hacer especial imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.?

CUARTO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, mediante escrito presentado el 23 de febrero de 2009 en el Registro General de este Tribunal, la Procuradora Doña Virginia A. S., en nombre y representación del Don Antonio C. C., interpuso recurso de apelación solicitando la revocación de la sentencia de instancia con base en los razonamientos que ahora damos por reproducidos.

QUINTO.- Por providencia de 2 de marzo de 2009 la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal tuvo por interpuesto en tiempo y forma legal el recurso y dio traslado a las demás partes procesales para que compareciesen y pudiesen formalizar su oposición al mismo.

SEXTO.- Mediante escrito de 20 de marzo de 2009, el Procurador de los Tribunales Don Manuel M. de P. N., actuando en nombre y representación de Don Juan José T. C., vino a formular oposición al recurso deducido de contrario, sobre la base de las alegaciones que luego se expondrán, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida por entenderla ajustada a Derecho. Por su parte, el Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2009, evacuando el traslado conferido por la Providencia de 2 de marzo anterior, vino a adherirse al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Antonio C. C., interesando la revocación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 14 de abril de 2009 se acordó admitir los dos citados escritos, uniéndolos a los autos y dar traslado de los mismos a las partes, así como conceder al apelante un plazo de diez días para que si interesare a su derecho pudiera oponerse a la adhesión planteada por el Ministerio Público.

OCTAVO.- Mediante escrito de 22 de abril de 2009, la representación procesal de Don Juan José T. C. formuló oposición a la adhesión del Fiscal al recurso de apelación interpuesto. Por su parte, el apelante, mediante escrito de 14 de abril de 2009, con entrada en el Registro General de este Tribunal el 29 de abril siguiente, manifestó que, lejos de oponerse a la adhesión formulada por el Ministerio Fiscal, muestra su conformidad con la misma.

NOVENO.- Por Providencia de 4 de mayo de 2009, la Excm. Sra. Consejera del Departamento Primero de Enjuiciamiento acordó elevar las actuaciones a la Sala de Justicia a los efectos legales oportunos.

DÉCIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Providencia de 8 de junio de 2009, se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 21/09, nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz, y encontrándose concluso el presente recurso, que se pasasen los autos al Consejero Ponente a fin de que se preparase la pertinente resolución.

UNDÉCIMO.- Por Providencia de 9 de diciembre de 2009, esta Sala acordó señalar para votación y fallo del recurso interpuesto el día 14 de diciembre de 2009, a las 10.30 horas.

DUODÉCIMO.- En la tramitación de este recurso se ha observado las prescripciones legales establecidas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación, rollo nº 14/07, es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento.

SEGUNDO.- La representación procesal de D. ANTONIO C. C. impugna, mediante el presente recurso, el Fallo de la Sentencia de instancia, de 30 de diciembre de 2009, alegando, con carácter general, la falta de concurrencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable establecidos, en una interpretación conjunta, por los artículos 2.b), 15.1, 38 y 40 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento, y sistemáticamente exigidos por la doctrina emanada de Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas para poder apreciar la existencia de esta clase de responsabilidad. Específicamente, respecto de cada uno de los supuestos de hecho por los que ha sido condenado en la Sentencia de instancia, fundamenta el recurrente su pretensión impugnatoria sobre la base de los siguientes motivos:

1) En relación con la subvención 0615900BC01 por importe de 328.032,40 euros, concedida al Ayuntamiento de Zahinos, por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal del INEM de Badajoz, mediante Resolución de fecha 2 de octubre de 2000, para la contratación de trabajadores desempleados para la realización de la obra de interés general y social ?adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?, que el Ayuntamiento zahinero se vio obligado a reintegrar como consecuencia del incumplimiento de la obligación de ingreso en plazo reglamentario de las cuotas sociales de ciertos trabajadores, correspondientes a los períodos 03/2001 y 04/2001, manifiesta la representación procesal del apelante, por un lado, que, amén de que la ?situación documental, económica y administrativa que se vivía en el Ayuntamiento de Zahinos en la época en la que acontecieron los hechos (...) era caótica, crónica y se arrastraba de años atrás?, y que la formación académica de su mandante ?y de los demás miembros de la Corporación- era escasa, por no decir nula, era el actor público, como Secretario-Interventor, ?quien de facto, y como director de los servicios municipales, según establece el Art. 1.3 del RD 1187/1987, 18 de septiembre, por el que se aprueba el Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de carácter nacional, quien tenía la responsabilidad de gestionar las subvenciones, realizar pagos y era quien impulsaba y dirigía los servicios administrativos, económicos y contables del Ayuntamiento.?. Por otro lado, alega el apelante, en el presente caso no puede hablarse de la existencia de un alcance en los fondos públicos, argumentando en apoyo de esta alegación, entre otras razones, que: A.- ?la devolución de una subvención, en cuanto técnica de fomento no supone nunca un perjuicio económico. Más bien estamos ante la polémica de la no existencia de beneficio?; B.- que ?en cuanto derecho la subvención está sometida a la facultad de decisión del gestor público o privado, que igual que decidió en su día solicitarla, puede decidir su renuncia (expresa o tácita) y no por ello causaría perjuicio alguno, sino en todo caso, sería una opción más, que según que óptica política podría ser discutible desde el punto de vista del beneficio, pero nunca del perjuicio.?, y en esta misma línea argumental añade que ?concluir que el reintegro o devolución de una subvención o anticipo de ésta es un perjuicio susceptible de ser calificado como alcance, sería tanto como afirmar que no cabe optar, y que existe una obligación de todos los entes públicos de solicitar todas las subvenciones y no cabe la renuncia o devolución de ninguna de ellas?; C.- que en el presente caso debe partirse del principio de unidad de la actuación administrativa, de modo que el importe de la subvención que el Ayuntamiento de Zahinos hubo de devolver a la administración concedente (I.N.E.M.) ?no ha salido del circuito público?, por lo que no puede hablarse de un perjuicio económico para el sector público, de donde el apelante infiere que el cumplimiento de la obligación de reintegro a la que condena ?a un particular? la sentencia recurrida produciría ?un enriquecimiento injusto del sistema de administraciones públicas, de esa unidad de administraciones públicas o, si se quiere, del Sector Público?, el cual ?ve multiplicado por dos sus caudales en cuanto a esta subvención?; D.- que no puede serle imputada al apelante responsabilidad contable alguna derivada del controvertido reintegro de la subvención, ya que aquél se condujo en todo momento con la diligencia exigible a un buen padre de familia, siendo que cualquier responsabilidad de esta naturaleza habría de ser imputada, en todo caso al Secretario-Interventor, ejercitante de la acción pública, responsable de la caótica situación del Ayuntamiento y que se concretaba en ?retraso contable crónico, imprecisión de la deuda, caos documental y administrativo, dirección plena del personal por el Sr. Secretario-Interventor...?, a lo que se unía la ?(...) falta de plan de disposición de fondos y distribución de los mismos por el Tesorero (...)?, añadiendo, además respecto de este último extremo que, de acuerdo con el artículo 196.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales ?debe entenderse invocado el artículo 177.1.c) de la entonces vigente Ley 39/1988, de Haciendas Locales-, ?la obligación de distribuir en el tiempo las disposiciones dinerarias para la satisfacción de las cotizaciones a la Tesorería General de la Seguridad Social, cuya falta de pago tuvieron como consecuencia la devolución del anticipo de subvención al INEM?, está atribuida ?de forma inconfundible al Tesorero?. En íntima relación con lo anterior; esto es, la imposibilidad de imputación de culpa o negligencia grave a su mandante, la representación procesal del recurrente aduce que ?tampoco es exigible a un buen padre de familia, contar bien los plazos de un recurso de alzada y, ni siquiera conocerlos, máxime cuando actuó confiado en que estos documentos se realizaban por una persona a la que se le presupone toda la formación necesaria para hacerlo, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento y, posteriormente la Asesoría Jurídica de la Excma. Diputación Provincial de Badajoz, y máxime también cuando la ley no establece que el recurso sea preceptivo, ni tampoco garantiza su interposición que el Ayuntamiento hubiere mantenido los fondos de subvención que les anticiparon?; E.- que no procede en caso alguno la condena a reintegrar al Ayuntamiento de Zahinos la totalidad del importe de la subvención, porque ?la obra (para la ejecución de la cual se concedió la subvención) existe y es constatable?, motivo por el cual, insiste el impugnante, el reintegro al que le condena la sentencia apelada ?generaría un enriquecimiento injusto?; y F.- Por último, y ya en sede del petitum del recurso deducido, la representación procesal del apelante solicita de esta Sala que, con carácter subsidiario a la revocación de la sentencia recurrida en lo relativo a la condena al pago de la cantidad a la que ascendió la subvención reintegrada al I.N.E.M., ?para no incurrir en enriquecimiento injusto? el importe de dicha cantidad se aminore ?en todas aquellas sumas que de forma efectiva y probada, hubieran sido destinadas al pago de las obras de <Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles>?.

2) Respecto a la supuesta existencia de alcance en relación con el abono de un talón por importe de 400.000 ptas. (2.404,05 ?) a D^a M^a Isabel P. P. por un suministro de grava y arena realizado por su hermano, Don José Antonio P. P., al Ayuntamiento de Zahinos, aduce la representación procesal del impugnante, tras insistir nuevamente en la caótica situación económica contable y administrativa del Ayuntamiento zahinero, lo siguiente. A.- que la Sentencia apelada peca de incongruencia al condenar al recurrente como responsable contable de un alcance producido por el pago de la citada cantidad a la Sra. P. P. al no constar acreditado en autos que ese pago corresponde a la efectiva realización de un suministro de grava y arena por su hermano, por cuanto lo único que arguye el actor público en su demanda ?motivo por el cual solicitaba del juzgador de instancia la condena del demandado al reintegro de 5.054,45 ?, importe al que ascendieron los dos mandamientos de pago librados a favor de D^a M^a Isabel P. P., el primero de 400.000 ptas (2.404,05 ?), y el segundo de 2.650,11 ?- es que los pagos realizados por el Ayuntamiento de Zahinos en concepto de suministro de grava y arena, lo fueron a persona distinta del suministrador y que, por ende, no tenía relación contractual alguna con la administración pagadora, pero lo que en ningún caso ha sido cuestionado por el demandante ?es que se haya producido una duplicidad en el cobro de facturas y, mucho menos, se polemiza acerca de si los

materiales fueron entregados o no?; por tanto, al resolver la Sentencia de instancia en el sentido indicado incurre en incongruencia, generadora de indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución, al no haber tenido el recurrente oportunidad de defenderse de imputación alguna en este sentido, toda vez que la cuestión no ha sido suscitada por el actor público en la demanda ni, posteriormente, en la audiencia previa ni en el acto del juicio; y B.- que, con independencia de lo anterior, el Secretario-Interventor, hoy actor público, tuvo perfecto conocimiento de los pagos realizados a la Sra. P. P. y del concepto por el que fueron realizados, habiendo firmado los correspondientes mandamientos sin formular reparo alguno.

3) En lo atinente a la indebida percepción de un incentivo de productividad por tres trabajadores municipales la representación procesal del recurrente, Don Antonio C. C., además de recordar, una vez más, la caótica situación del Ayuntamiento del que era Alcalde-Presidente al tiempo de producirse los hechos, alega: A.- que dichas percepciones en concepto de incentivo de productividad vinieron a retribuir los servicios prestados por estos funcionarios para tratar de solventar la situación provocada por la suspensión provisional de funciones del entonces Secretario-Interventor titular, hoy actor público, Don Juan José T. C., como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado contra él; B.- que los Decretos de Alcaldía por los que se aprobaron los incentivos fueron dictados durante el tiempo en el que el Secretario-Interventor titular se encontraba en situación de suspensión de funciones, por lo que el Alcalde-Presidente no pudo contar con el asesoramiento jurídico del expedientado; C.- que los trabajos extraordinarios que los incentivos venían a retribuir ¿suplir la ausencia del Secretario-Interventor expedientado- fueron efectivamente realizados, y prueba de ello es que dejaron de percibirse en cuanto se reincorporó el Sr. T. C.; D.- que el funcionario que desempeñó durante la suspensión del Sr. T. C. las funciones de Secretario-Interventor no formuló reparo alguno respecto al pago de estos incentivos, y que el reparo del Sr. T. C. no puede ser considerado tal reparo puesto que se produjo con posterioridad a los pagos controvertidos; E.- que la Sentencia recurrida niega la existencia de autorización del Pleno de estos incentivos, pero ¿dicha autorización existe en las Bases de Ejecución del Presupuesto General de la Entidad para 2004 y tampoco se ha discutido en el proceso que no existiera consignación presupuestaria para realizarlo?; y F.- termina invocando el Artículo 37.1.b) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril,) según el cual serán objeto de negociación ??la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios?? y lo relaciona con la ?libertad de pactos? para justificar la corrección y legalidad de las retribuciones controvertidas.

4) Por último, en lo que se refiere a la condena al pago de los intereses por importe de 97.874,95 €, recogida en la letra C), del pronunciamiento 1º) del Fallo de la Sentencia recurrida, la representación procesal del apelante manifiesta la improcedencia de tal pago por dos órdenes de razones: A.- ¿En primer lugar, porque en todo caso se trata de una reclamación global de 533.442,17 € en los términos que se deducen de la demanda, y la cuantía de condena es inferior. No hay separación de contrario por concepto, sino reclamación global en su Súplica.?, y continúa argumentando el apelante que ?No puede haber condena de intereses legales respecto de una deuda ilíquida ?que sólo aparece en la Sentencia- y en esos términos hay que considerar el planteamiento rector.?, para concluir que ?En otro caso, nuevamente habría ido más allá de las pretensiones del actor concurriendo en incongruencia <ultra petita>.?. B.- En segundo lugar, ¿porque la propia devolución de la subvención genera unos intereses que eventualmente habrán sido reclamados a la Corporación, pero que no constan en las actuaciones, ni han sido referidos ni probados por nadie. Esa cantidad (...) puede generar también un enriquecimiento sin causa al exigirse ?y pagarse-más cantidad por intereses de la que realmente se hubiera pagado o reclamado (debe entenderse, por el I.N.E.M.) a la Corporación.?.

TERCERO.- Para resolver la cuestión sometida a debate hay que partir de la naturaleza del recuso de apelación que por ser un recurso ordinario, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones (por todas las Sentencias 124/83, 24/85, 145/87 y 194/90), permite al Tribunal de apelación la posibilidad de interpretar y aplicar las 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.

Por tanto, sobre la base de la naturaleza del recurso de apelación que permite un novum iudicium, puede esta Sala de apelación valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal de apelación para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de Derecho.

Ahora bien, frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será preciso desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario.

CUARTO.- Entrando a conocer de los concretos motivos impugnatorios recogidos en el recurso, el apelante plantea, en primer lugar, la improcedencia de la condena a pagar al Ayuntamiento de Zahinos la cantidad de 328.032,40 €, cantidad que éste a su vez hubo de reintegrar al I.N.E.M. por falta de justificación de la subvención concedida por ese importe al Ayuntamiento zahinero, con fecha 2 de octubre de 2000, en el marco del A. (Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agraria), para la financiación de los costes salariales de los trabajadores que habían de ser contratados para la ejecución/realización de la obra ?adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?.

En relación con este extremo, y antes de entrar a analizar cada una de las concretas alegaciones que respecto de él se plantean en el recurso de apelación, es necesario aclarar dos cuestiones que parecen inducir a error de forma reiterada al impugnante, la primera de ellas no es otra que la de cuál es la causa de la condena al reintegro de la cantidad 328.032,40 € que se contiene en la sentencia de instancia; la segunda, igualmente importante e íntimamente relacionada con la anterior, es la de cuál era la finalidad última para la cual fue concedida por el I.N.E.M. la subvención que hubo de ser reintegrada por el Ayuntamiento de Zahinos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, en efecto, el apelante da a entender en su

recurso que la sentencia recurrida es condenando al reintegro de la subvención concedida por el I.N.E.M. como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones de la Seguridad Social de determinadas mensualidades del ejercicio 2001 de varios trabajadores del A. contratados para la realización de la obra de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?, de modo que en caso de realizarse ese reintegro al Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto para el sistema de administraciones públicas?, toda vez que el I.N.E.M. ya le ha sido reintegrado el importe de dicha subvención y las obras para las que la subvención fue concedida fueron efectivamente realizadas, motivo por el cual no puede apreciarse daño alguno en los fondos públicos. Pues bien, la realidad es que en el presente caso, efectivamente el I.N.E.M. no ha sufrido perjuicio económico alguno por cuanto le ha sido reintegrado el importe de la subvención que había concedido -motivo por el cual no forma parte, evidentemente, de la relación jurídico-procesal entablada en la presente litis-. Y tampoco es menos cierto que la obra de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles? fue efectivamente realizada, y los fondos aplicados a dicha realización estén plenamente justificados? cuestión ésta, por lo demás, incontrovertida en este procedimiento-; es decir, en ningún caso se cuestiona la posible existencia de un saldo deudor injustificado en los fondos municipales que se destinaron a sufragar la obra de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?.

Dicho lo anterior, esta Sala debe precisar, desde ahora, las dos cuestiones señaladas, en aras de delimitar los términos del debate procesal que en esta sede impugnatoria vienen a ventilarse. Así, en primer lugar, resulta evidente que la causa determinante de la obligación de reintegro a la que condena al apelante la Sentencia recurrida es la causación por éste de un perjuicio patrimonial en las arcas del Ayuntamiento de Zahinos ocasionado por el reintegro de la subvención a que se vio obligado el citado Ayuntamiento como consecuencia de la conducta del apelante, y que se tradujo en una sensible reducción de los ingresos derivados de la participación de la Corporación zahinera en los tributos del Estado durante varios ejercicios, al incumplir las obligaciones inherentes a su cargo como ordenador de pagos de la Corporación municipal, en relación con las cotizaciones de la Seguridad Social de determinadas mensualidades del ejercicio 2001 de varios trabajadores del A. contratados para la realización de la obra de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles?, incumplimiento que dio lugar a la obligación de reintegrar la totalidad del importe de la subvención al concedente - el I.N.E.M. -, con grave quebranto para la Hacienda Municipal, por cuanto habiendo sido ya aplicado dicho importe a atenciones distintas del cumplimiento de las condiciones y fines de la subvención, esto es, satisfacer los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social, para poder acometer el reintegro al I.N.E.M. el Ayuntamiento de Zahinos tuvo que alcanzar un acuerdo con la Agencia Estatal de Administración Tributaria consistente en que por ésta se practicasen anualmente retenciones en las entregas a cuenta de la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado hasta la total satisfacción de la deuda de la Corporación con el I.N.E.M.. En resumen, la Sentencia de instancia no condena al apelante al reintegro de la subvención concedida por el I.N.E.M., sino al resarcimiento de los daños causados por aquél a la Hacienda zahinera, que se materializaron en una sensible reducción de uno de sus elementos integrantes -la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado-, como consecuencia directa de su conducta.

En segundo lugar, la representación procesal de Don Antonio C. C. alega de forma reiterada que la obra de adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles? fue efectivamente realizada; esto es, física o materialmente ejecutada, ignorando u obviando, un hecho de extrema relevancia para sus pretensiones impugnatorias como es el de la finalidad última para la que la controvertida subvención fue concedida por el I.N.E.M. . Y es que, si bien ninguna de las partes ha invocado en apoyo de sus pretensiones -ni en la primera instancia, ni en esta de apelación- la normativa reguladora de la subvención de referencia, esta Sala, en aplicación del principio iura novit curia puede y debe traer a colación dicha normativa, para fundamentar, este concreto extremo. Así, la reiterada subvención fue concedida por el I.N.E.M. al Ayuntamiento de Zahinos de acuerdo con lo prevenido en la Orden de 26 de octubre de 1998, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de colaboración con las Corporaciones Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social? -Orden Ministerial que, a su vez, fue desarrollada por Resolución de 30 de marzo de 1999, del Instituto Nacional de Empleo-. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la meritada Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de octubre de 1998, ?Será objeto de la subvención regulada en la presente norma subvencionar los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales (?)?y, en íntima relación con el anterior precepto, el artículo 3 de la misma norma reglamentaria especifica en su apartado 1 que ?Las subvenciones a otorgar se destinarán a la financiación de los costes salariales de los trabajadores que, (?), sean contratados para la ejecución de las obras y servicios de interés general social?, añadiendo a continuación, en su apartado 2, que ?La cuantía de la subvención (?) será la necesaria para sufragar los costes salariales totales, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos (?)?. A la vista de los preceptos transcritos resulta evidente que el pago de los salarios y de las cotizaciones sociales de los trabajadores desempleados contratados en el marco del A., lejos de constituir un simple requisito más para el disfrute de la subvención, era su objetivo. En conclusión, por lo que se refiere a esta segunda cuestión, el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones sociales de varios trabajadores correspondientes a determinadas mensualidades, contravino directa e inmediatamente la normativa rectora de la subvención percibida por el Ayuntamiento de Zahinos.

QUINTO.- Sentado lo anterior, procede hacer referencia a las demás concretas alegaciones realizadas por la representación procesal del Sr. C. C. respecto al pronunciamiento de la Sentencia de Instancia condenando a su mandante a reintegrar al Ayuntamiento de Zahinos la cantidad de 328.032,40 €, en relación con las cuales debe señalarse lo siguiente:

· Arguye en primer lugar el apelante que ?la devolución de una subvención, en cuanto técnica de fomento no supone nunca un perjuicio económico. Más bien estamos ante la polémica de la no existencia de beneficio?. Respecto a este aserto, baste señalar que la ?devolución? de la subvención, no fue un acto voluntariamente acordado por la Corporación Municipal, porque implicara una mayor carga o sacrificio

adicional al Ayuntamiento, sino la consecuencia lógica de la obligación de reintegro declarada en resolución administrativa dictada por la Administración concedente, como consecuencia del incumplimiento por el recurrente de la obligación de pago de las cotizaciones sociales a las que se viene haciendo referencia; resolución que además devino firme y, en consecuencia, inatacable en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, toda vez que no fue recurrida dentro del plazo legalmente establecido. Así lo recoge la Sentencia apelada en el ya citado Fundamento de Derecho DECIMOCTAVO donde se dice que "Tampoco consta acreditado en autos que Don Antonio C. C. realizara alegación alguna que tuviera por finalidad dar explicación al INEM del motivo de la falta de dicha documentación, ni ninguna otra tendente a retrasar o paralizar el proceso de reintegro de la subvención, pese a que se otorgó al Ayuntamiento un plazo para ello y la cuantía de la misma era muy elevada teniendo en cuenta los presupuestos de la Corporación.

El citado incumplimiento dio lugar a que se acordara con fecha 22 de abril de 2002 el reintegro de la subvención mediante Resolución que le fue notificada a la Corporación con fecha 29 de abril del mismo año, en la que constaba expresamente el plazo de un mes para interponer recurso de alzada, si bien, el Sr. C. C., encargado de la representación y defensa de la Corporación, así como del ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en las materias de su competencia, interpuso el citado recurso con fecha 31 de octubre de 2002, es decir, más de seis meses después de su notificación al Ayuntamiento, lo que dio lugar a que con fecha 3 de marzo de 2003 se declarase fuera de plazo.

Por lo que respecta a la afirmación de que el reintegro de la subvención -que la representación procesal del Sr. C. C. denomina "devolución"-, nunca puede suponer un perjuicio económico sino, y en todo caso, una "pérdida de beneficio", esta Sala de Justicia, confirma los pronunciamientos que, al respecto, se hacen en la Sentencia de instancia. Y ello porque, lejos de lo que afirma el recurrente "y dejando a un lado el hecho de que este razonamiento del apelante encuadraría su propia conducta dentro de la previsión contenida en el artículo 1106 del Código Civil-, no nos encontramos aquí ante el supuesto de que el Ayuntamiento de Zahinos hubiese solicitado una subvención para la realización de un determinado fin y, posteriormente, convenientemente valorada la oportunidad de dicha solicitud o los eventuales inconvenientes de atender, a través de la vía subvencional, la satisfacción de la necesidad o al cumplimiento de la finalidad públicas para las cuales fue solicitada, el Pleno de la Corporación hubiese acordado por motivos de política económica la renuncia a dicha subvención y en consecuencia, su devolución al concedente; en ese hipotético supuesto sí podría hablarse de inexistencia de perjuicio y, en su caso, de una pérdida de beneficio. Y es que, antes bien, en el supuesto de autos, lo sucedido es que el Ayuntamiento de Zahinos solicitó y obtuvo una subvención con reconocimiento de derechos en el presupuesto municipal para la "financiación de los costes salariales de los trabajadores que, (?), sean contratados para la ejecución de las obras y servicios de interés general social" -en el caso de autos la obra "adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles"-, con la obligación de satisfacer "los costes salariales totales, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos (?)" durante el tiempo en que prestasen sus servicios laborales, e incumplió esta última obligación. Ante el incumplimiento del Ayuntamiento perjudicado, el I.N.E.M., concedente de la subvención, acordó el reintegro total de la misma, de forma coactiva como es lógico, en caso de que el Ayuntamiento no presentase, en el plazo que a tal efecto le fue concedido, la documentación justificativa del cumplimiento de los fines y condiciones de la subvención, cosa que por los motivos expuestos la Corporación no podía hacer, habida cuenta de la falta de ordenación del pago de las cotizaciones sociales.

· Igualmente debe ser rechazada la alegación formulada por la representación procesal del Sr. C. C. consistente en que "en cuanto derecho la subvención está sometida a la facultad de decisión del gestor público o privado, que igual que decidió en su día solicitarla, puede decidir su renuncia (expresa o tácita) y no por ello causaría perjuicio alguno, sino en todo caso, sería una opción más, que según que óptica política podría ser discutible desde el punto de vista del beneficio, pero nunca del perjuicio.". Y ello, porque como ya se ha indicado antes, en el presente caso no nos encontramos ante un acto de "renuncia" a una subvención, como pretende el recurrente, sino ante la pérdida de la subvención por el incumplimiento culpable de una de las condiciones impuestas para su concesión, amén de que la pretendida renuncia debería haber sido acordada por el órgano competente, el Pleno de la Corporación, de forma precisa, clara y terminante (como reiteradamente viene exigiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; por todas la STS de 23 de febrero de 1974) y con observancia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (no puede olvidarse la previsión contenida en el artículo 6.2 del Código Civil de que "La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"); por tanto, pretender equiparar la pérdida de una subvención, con las consiguientes penalidades económicas que tal pérdida lleva aparejadas, con un acto de renuncia voluntaria a la subvención es jurídicamente inaceptable de todo punto. Y continuando con la alegación del apelante de que "concluir que el reintegro o devolución de una subvención o anticipo de ésta es un perjuicio susceptible de ser calificado como alcance, sería tanto como afirmar que no cabe optar, y que existe una obligación de todos los entes públicos de solicitar todas las subvenciones y no cabe la renuncia o devolución de ninguna de ellas", baste decir que se trata de un aserto no sólo insostenible desde un punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista lógico, por cuanto se trata de un sofisma tan deficientemente construido que no precisa de refutación lógica alguna por parte de esta Sala.

· Por lo que se refiere a la alegación del impugnante de que el importe de la subvención que el Ayuntamiento de Zahinos hubo de devolver a la administración concedente (I.N.E.M.) "no ha salido del circuito público", por lo que no puede hablarse de un perjuicio económico para el sector público, de donde el apelante infiere que el cumplimiento de la obligación de reintegro a la que condena "a un particular" la sentencia recurrida produciría "un enriquecimiento injusto del sistema de administraciones públicas, de esa unidad de administraciones públicas o, si se quiere, del Sector Público", el cual "ve multiplicado por dos sus caudales en cuanto a esta subvención", debe ser igualmente rechazada por esta Sala de Justicia. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba, la obra "adecuación cementerio, calzada y abastecimiento de calles", fue ejecutada por el Ayuntamiento de Zahinos y en ningún momento el demandante ha cuestionado la efectiva ejecución de la obra; por otro lado, el I.N.E.M. se ha visto reintegrado del importe total de la subvención que en su día concedió para la ejecución de dicha obra, luego tampoco el Instituto ha sufrido menoscabo alguno en sus fondos. Pero

olvida la representación procesal del Sr. C. C. el perjuicio económico que ha sufrido el Ayuntamiento de Zahinos como consecuencia de haber tenido que devolver en su totalidad la subvención que, para financiar la ejecución de la reiterada obra, le concedió en su día el I.N.E.M., todo ello debido a la falta de pago de las cotizaciones sociales de determinados trabajadores, pese a ser ésta parte integrante esencial junto con el abono de los demás costes salariales de los trabajadores desempleados contratados para la ejecución de la obra de continua referencia- de la finalidad para la que fue concedida la subvención.

· Lo anterior, unido al hecho de que el importe de la subvención ya había sido gastado por el Ayuntamiento de Zahinos -cabe suponer que, al menos parcialmente, en el cumplimiento de los fines de la subvención, pero también en parte para la satisfacción de necesidades distintas de aquellas para las que la ayuda fue concedida, contraviniendo de esta forma el tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, vigente cuando se produjeron los hechos, y 12.3 de la ya citada Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de octubre de 1998-, determinó la necesidad de que para poder proceder al reintegro de la subvención se tuviese que acudir a la fórmula de la compensación de la deuda con la participación del Ayuntamiento en los tributos del Estado a lo largo de varios ejercicios, con grave quebranto para la Hacienda municipal. Y es que no cabe desconocer que, de acuerdo con el artículo 2.1. de la meritada Ley 39/1988 La Hacienda de las Entidades locales estará constituida por los siguientes recursos: (?) c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas; d) Las subvenciones. (?)? , y que, a mayor abundamiento, el antes citado artículo 40 de ese mismo cuerpo normativo, tras señalar que Las subvenciones de toda índole que obtengan las Entidades locales con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquellas para las que fueron otorgadas (?)?, añade en su apartado 2 que para garantizar lo anterior (?) las Entidades públicas otorgantes de las subvenciones podrán verificar el destino dado a las mismas. Si (?) resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que fueron se hubieran concedido, la Entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que tuviere derecho la Entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que haya lugar?. Además de lo acabado de exponer, debe reiterarse la falta de ejercicio de las posibles acciones legales para la defensa de los intereses municipales (artículos 21.1.k) de la Ley 7/1985 y 41.22. del Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), que privó a la Corporación Municipal de toda posibilidad de defensa frente a la reclamación de reintegro de la totalidad de la subvención acordada por el I.N.E.M., siquiera para conseguir de éste una minoración de la cuantía a devolver, en aplicación del principio de proporcionalidad, habida cuenta del importe que sí fue aplicado al cumplimiento de los fines para los que la ayuda fue concedida; esto es, ex artículo 1 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de octubre de 1998, subvencionar los costes laborales para la contratación de trabajadores desempleados para la ejecución de obras o servicios de interés general y social en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales (?)?.

En definitiva, la falta de pago de las cotizaciones sociales de continua referencia produjo un perjuicio en la Hacienda municipal, perfectamente cuantificado y que se materializó en una sensible disminución de los ingresos procedentes de la participación de la Entidad Local perjudicada en los tributos del Estado, de forma continuada y a lo largo de varios ejercicios, hasta la total satisfacción de lo debido al concedente de la subvención.

Pero lo que debe sustanciar esta Sala, dentro del ámbito de competencias de la jurisdicción contable, es si el posible quebranto patrimonial producido en el Ayuntamiento de Zahinos es susceptible de generar la responsabilidad contable de la que entiende aquélla. Y es que, como ha tenido oportunidad de reiterar esta Sala en numerosas ocasiones, desde su Autode 13 de marzo de 1987, no todo daño en los fondos públicos da lugar al nacimiento, necesariamente, de esta responsabilidad. Y, en la presente controversia, no entendemos que se produzcan las circunstancias que la legislación propia del Tribunal contempla para el nacimiento de un alcance.

Así, el art. 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece que debe entenderse por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas?. Pues bien, en el presente caso no se detecta la existencia de ningún tipo de saldo deudor no justificado. De hecho, lo que ocurrió fue que el Ayuntamiento de Zahinos obtuvo, eso sí, una sensible disminución de los ingresos procedentes de los tributos del Estado, de forma continuada y a lo largo de varios ejercicios, hasta la total satisfacción de lo debido, como consecuencia de la revocación de la subvención. Pero una cosa es que la subvención se encuentre bien revocada por la Administración concedente, y otra cosa que esa falta de ingresos, derivada de la precitada revocación, dé lugar a un supuesto de alcance.

En definitiva, la finalidad última para la que se otorgó la subvención fue cumplida, en la medida en que se pagaron los costes salariales de trabajadores desempleados que se contrataron para la ejecución de la obra Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles?, la cual es indubitado que se ejecutó, sin perjuicio de que es también hecho no controvertido que se dejaron de pagar las cuotas de la seguridad social de los periodos 3/2001 y 4/2001 así como, tal como consta en la sentencia de instancia, que en julio de 2002 se celebró un convenio de aplazamiento y pago fraccionado de los débitos del Ayuntamiento, entre los que se encontraban las referidas cotizaciones impagadas. Ahora bien, tal como se desprende del requerimiento de 27 de noviembre de 2001, el INEM solicitó al Ayuntamiento una serie de documentos (certificado de pago final, informe fin de obra, nóminas individuales?) y el Ayuntamiento no presentó ninguno de ellos ni hizo alegación alguna, por lo que exigió el reintegro de la subvención.

Por tanto, nos encontramos con el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la obligación de justificar en plazo la realización de la finalidad última para la que la subvención fue concedida pero se trata de un incumplimiento meramente formal en cuanto ha quedado acreditado, tal como ha sido expuesto, que la finalidad para la que se concedió la subvención fue cumplida. En consecuencia, considera esta Sala de Justicia que no se ha ocasionado saldo deudor injustificado alguno en los fondos del Ayuntamiento por lo que procede revocar, en este punto la declaración de alcance efectuada por la

SEXTO.-A mayor abundamiento de lo expuesto en el apartado anterior, y aunque se hubiera producido un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Zahinos, procede manifestar que, el recurrente Sr. C. C. invocó también, en su escrito de apelación, la ausencia, en cualquier caso, de dolo y negligencia grave en los hechos que se sustancian en la presente controversia, por lo que esta Sala considera pertinente efectuar unas consideraciones adicionales sobre dichas alegaciones.

En efecto no cabe desconocer que, como acertadamente señala la Sentencia impugnada, era al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zahinos a quien, de acuerdo con la normativa reguladora del Régimen Local correspondía la ordenación del pago de las cotizaciones sociales de continua referencia; pero, de la misma manera, tampoco resulta posible desconocer que en los presentes autos no ha resultado probado, que el recurrente, Sr. C. C., tuviese conocimiento puntual de los concretos momentos en los que habría tenido que proceder a la ordenación del pago de dichas cotizaciones, de acuerdo con el procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos de la Corporación. No consta acreditado en autos que los servicios municipales competentes pusiesen en conocimiento del apelante la procedencia de ordenar los pagos de los referidos conceptos, por lo que si bien no puede dejar de apreciarse el incumplimiento por parte del apelante de su obligación de ordenar dichos pagos, no es menos cierto que dicho incumplimiento vino claramente determinado por el inadecuado cumplimiento de sus respectivas funciones por parte de los servicios municipales competentes.

Con lo anterior quiere decirse que, y este extremo no admite discusión, al Alcalde-Presidente de la Corporación le era exigible el cumplimiento de la obligación de ordenar el pago que ex lege le venía atribuida por razón de su cargo, pero también debe concluirse que, en el concreto caso de autos, los servicios municipales competentes tendrían que haber ilustrado oportunamente al hoy recurrente, no ya acerca de su obligación de ordenar el pago de las cotizaciones sociales de referencia, así como de las consecuencias que para la Corporación municipal pudieran derivarse de su incumplimiento, sino de los concretos momentos en los que dicha obligación, por ser de tracto sucesivo, debía ser cumplida.

En el caso de autos, no ha sido probado por el actor, no ya que esa actuación de los servicios municipales competentes tuviese lugar de manera más o menos diligente, sino, simplemente, que se llegase a producir. Y es, precisamente, esa inacción por parte de los meritados servicios municipales a la hora de poner en conocimiento del ordenador de pagos ?el Presidente de la Corporación Municipal, hoy recurrente-, los concretos momentos en que la obligación de pago de las cotizaciones sociales de los trabajadores empleados en la obra?Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles?, había de ser cumplida ?antes, lógicamente, del vencimiento de los correspondientes plazos periódicos- la que determina la imposibilidad de imputar al Sr. C. C. una responsabilidad contable de carácter directo, ya que la exigibilidad de una conducta distinta de la observada por él quedaría excluida por la conducta de los servicios municipales competentes, necesaria para, con su actuación, haber propiciado un distinto proceder por parte del impugnante. Una prueba incontestable de lo anterior es que desatendido el pago de las cotizaciones sociales de los trabajadores empleados en el marco del A. para la realización de la obra de continua referencia, correspondientes al mes de marzo de 2001, en ningún momento el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zahinos fue advertido de que había incumplido su obligación de ordenar el pago de la obligación contraída con el I.N.E.M., ni de las consecuencias que dicho incumplimiento podría llevar aparejadas para la Hacienda Municipal.

La falta de acreditación del conocimiento por el entonces Presidente de la Corporación Municipal, de las circunstancias señaladas, no hace sino excluir dicha posibilidad de imputarle en esta sede una responsabilidad contable de carácter directo. Un diligente funcionamiento de los servicios municipales, presumiblemente habría, al menos, evitado el subsiguiente incumplimiento obligacional que también se produjo en el siguiente mes (abril) del mismo año.

No consta, en resumen, acreditado en autos, que al apelante le fuese oportunamente comunicada la necesidad de ordenar los pagos de las cotizaciones sociales en las mensualidades en las que dichos pagos fueron desatendidos; si tal circunstancia le hubiese sido comunicada y él hubiese incumplido su obligación de forma voluntaria, esto es, dolosa, o bien de forma involuntaria, pero culpable o gravemente negligente habida cuenta de su conocimiento de la proximidad del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación, al recurrente le sería exigible una responsabilidad contable directa derivada de su conducta por concurrir en ella el elemento subjetivo ?bien a través de la figura del dolo, bien a través de la de la culpa grave- imprescindible para generar esa clase de responsabilidad, pero no concurriendo el elemento subjetivo de la responsabilidad contable en los términos expuestos, sólo cabría apreciar en la conducta del Sr. C. C. una negligencia que necesariamente ha de ser calificada como leve, y que no sería predicable tanto al incumplimiento de la obligación de ordenar el pago de las cotizaciones sociales correspondientes a las mensualidades de referencia, como a una falta de diligencia en el cumplimiento de su deber como Alcalde-Presidente de dirigir, impulsar e inspeccionar las obras y servicios cuya ejecución o realización hubiese sido acordada, prevenido en los artículos 21 de la Ley 7/85, de Bases del Régimen Local, 24 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, y 41 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 28 de noviembre de 1986.

Por todo lo anterior, debe concluirse que la conducta observada por el recurrente, Sr. C. C., en relación con la ordenación del pago de las tan reiteradas cotizaciones sociales, no reuniría los requisitos necesarios para que le pueda ser atribuida una responsabilidad contable de carácter directo-dolo, culpa o negligencia grave.

SÉPTIMO.- Alega el recurrente, en segundo lugar, y en otro orden de cosas, en lo que respecta a la pretensión impugnatoria de la declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el abono de un talón por importe de 400.000 ptas (2.404,05 ?) a D^a M^a Isabel P. P. por un suministro de grava y arena realizado por su hermano, Don José Antonio P. P., al Ayuntamiento de Zahinos, que la Sentencia apelada incurre en incongruencia al condenar al recurrente como responsable contable de un alcance producido por el pago de la citada cantidad a la Sra. P. P. al no constar acreditado en autos que ese pago correspondiera a la efectiva realización de un suministro de grava y arena por su hermano,

cuando lo único que arguye el actor público en su demanda ?motivo por el cual solicitaba del juzgador de instancia la condena del demandado al reintegro de 5.054,45 ?, importe al que ascendieron los dos mandamientos de pago librados a favor de D^a M^a Isabel P. P., el primero de 400.000 ptas (2.404,05 ?), y el segundo de 2.650,11 ?- es que los pagos realizados por el Ayuntamiento de Zahinos en concepto de suministro de grava y arena, lo fueron a persona distinta del suministrador y que, por ende, no tenía relación contractual alguna con la administración pagadora, pero que lo que en ningún caso ha sido cuestionado por el demandante ?es que se haya producido una duplicidad en el cobro de facturas y, mucho menos, se polemiza acerca de si los materiales fueron entregados o no?; por tanto, al resolver la Sentencia de instancia en el sentido indicado incurre en incongruencia, generadora de indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución, al no haber tenido el recurrente oportunidad de defenderse de imputación alguna en este sentido, toda vez que la cuestión no ha sido suscitada por el actor público en la demanda ni, posteriormente, en la audiencia previa ni en el acto del juicio.

En atención lo expuesto, esta Sala de Justicia no puede sino estimar este motivo de apelación, por cuanto, la causa de la pretensión objeto de la demanda deducida por el actor público, en relación con este concreto extremo ?la condena al Sr. C. C. al reintegro de 5.054,45 ?, importe al que ascendieron los dos mandamientos de pago librados a favor de D^a M^a Isabel P. P., el primero de 400.000 ptas (2.404,05 ?), y el segundo de 2.650,11 ?- no es sino la falta de relación contractual existente entre la Corporación perjudicada y la Sra. P. P.; mientras que la ratio decidendi del pronunciamiento condenatorio de la Sentencia de instancia en relación con esta pretensión del demandante es que no consta acreditado en autos que ese pago respondiera a la efectiva realización de un suministro de grava y arena por su hermano, Don José Antonio P. P.. De esta forma, la Sentencia impugnada se aparta manifiestamente de la causa petendi sustentadora de la pretensión del actor público, incurriendo, en efecto, en una incongruencia extra petitum ?que no ex silentio, puesto que no deja sin resolver la pretensión expresamente formulada por la parte actora- proscrita por el artículo 24 de la Constitución, en contra de los principios dispositivo y de justicia rogada, que presiden esta jurisdicción contable, generando, de esta forma, una situación de indefensión a la parte demandada al haber incluido el juzgador de instancia pronunciamientos en la resolución recurrida relativos a hechos jurídicamente relevantes para el proceso sobre los que ninguna de las partes pidió que se manifestase, y sobre los cuales el demandante no ha tenido la oportunidad de defenderse (por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 172/1994, de 7 de junio, y 111/1997, de 3 de junio).

Dicho lo anterior, resulta irrelevante para esta Sala de Justicia el conocimiento o participación que el Secretario-Interventor municipal, actor público en el procedimiento de reintegro de referencia, pudiere haber tenido en los meritados pagos realizados a la Sra. P. P.

OCTAVO.- El tercer motivo impugnatorio esgrimido por la representación procesal de Don Antonio C. C. ? referente al pronunciamiento condenatorio contenido en la Sentencia apelada, por la indebida percepción de un incentivo de productividad por tres trabajadores municipales- no puede sino ser rechazado en todos sus términos esta Sala de Justicia, y ello, por los siguientes órdenes de motivos:

- Porque frente a la afirmación hecha por la representación procesal del recurrente de que dichas percepciones en concepto de incentivo de productividad vinieron a retribuir los servicios prestados por estos funcionarios para tratar de solventar la situación provocada por la suspensión provisional de funciones del entonces Secretario-Interventor titular, hoy actor público y apelado, Don Juan José T. C., como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado contra él, no consta en autos acreditado este extremo, como así se señala expresamente en la Sentencia de instancia, por lo que debe decaer este intento del recurrente de introducir este argumento por la vía del presente recurso.

- Porque la alegación del apelante de que los Decretos de Alcaldía por los que se aprobaron los incentivos fueron dictados durante el tiempo en el que el Secretario-Interventor titular se encontraba en situación de suspensión de funciones, motivo por el cual el Alcalde-Presidente no pudo contar con el asesoramiento jurídico del expedientado, presenta una incoherencia insalvable con el anterior aserto de que los controvertidos incentivos de productividad percibidos por tres funcionarios, fueron abonados precisamente por suplir en sus funciones ? entre ellas el asesoramiento en derecho- al Secretario-Interventor entonces expedientado, ya que de haber sido así tendrían que haber podido asesorar al Alcalde-Presidente en relación con los meritados Decretos.

- Porque en lo atinente a la afirmación del apelante de que la mejor prueba de que los trabajos extraordinarios que los incentivos venían a retribuir ?suplir la ausencia del Secretario-Interventor expedientado- fueron efectivamente realizados, es que dejaron de percibirse en cuanto se reincorporó el Sr. T. C., sólo cabe señalar que las controvertidas retribuciones extraordinarias, en efecto, dejaron de ser percibidas por los tres empleados beneficiarios de ellas, tan pronto como el actor público se reincorporó a su puesto y pudo formular, ante la improcedencia de su abono, el correspondiente reparo.

- Porque en lo que hace a la alegación de que el funcionario que desempeñó durante la suspensión del Sr. T. C. las funciones de Secretario-Interventor no formuló reparo alguno respecto al pago de estos incentivos; por un lado, sorprende a esta Sala que el apelante acuda a esta argumentación, después de haber argüido, como se acaba de indicar, que los Decretos de Alcaldía por los que se aprobaron los incentivos fueron dictados durante el tiempo en el que el Secretario-Interventor titular se encontraba en situación de suspensión de funciones, por lo que el Alcalde-Presidente no pudo contar con el asesoramiento jurídico del expedientado. Por otro lado, y sin que esta Sala de Justicia haya de entrar en mayores valoraciones al respecto, no debe perderse de vista que el funcionario que desempeñó durante la suspensión del Sr. T. C. las funciones de Secretario-Interventor y no formuló reparo alguno respecto al pago de los controvertidos incentivos, era uno de sus beneficiarios.

- Porque, en relación con la alegación del recurrente de que el reparo formulado por el Sr. T. C. no puede ser considerado tal reparo puesto que se produjo con posterioridad a los pagos controvertidos, baste señalar, pese a su obviedad, y con la única finalidad de dar aquí contestación a cada una de las cuestiones suscitadas por la representación procesal del Sr. C. C. con la finalidad de defender los derechos de su mandante, que difícilmente podría haber formulado reparo alguno el Sr. T. C. habida cuenta de que en el momento de producirse los hechos objeto de su ulterior reparo se encontraba

suspendido de empleo y sueldo.

· Y, por último, respecto a los argumentos aducidos por la representación procesal del recurrente cuando, por un lado, dice que la Sentencia recurrida niega la existencia de autorización del Pleno de estos incentivos, pero ¿dicha autorización existe en las Bases de Ejecución del Presupuesto General de la Entidad para 2004 y tampoco se ha discutido en el proceso que no existiera consignación presupuestaria para realizarlo?, ignora el recurrente que las Bases de Ejecución del Presupuesto no pueden ser consideradas como tal autorización por parte del Pleno Corporativo ¿aunque sea a este órgano municipal a quien corresponde su aprobación-, y que el mero hecho de la existencia de crédito en una partida presupuestaria no equivale, ni mucho menos, a una autorización para gastarlo; no puede desconocerse que, de acuerdo con el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, ¿ Los presupuestos generales de las entidades locales constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad, y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local correspondiente.¿ (en idénticos términos, el artículo 143 de la Ley 39/1988).

Por otro lado, cuando dice que de acuerdo el artículo 37.1.b) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril,) ¿¿la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios?? y lo relaciona con la ¿libertad de pactos? para justificar la corrección y legalidad de las retribuciones controvertidas, teniendo en cuenta que el precepto invocado se refiere al derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos (Capítulo IV, del Título III, de la meritada Ley 7/2007), esta Sala de Justicia ¿amén de ilustrar al recurrente acerca del hecho de que el cuerpo normativo que invoca no había sido siquiera aprobado al tiempo de producirse los hechos aquí controvertidos- no acierta a comprender la relación que pudiere guardar el meritado precepto y la invocada ¿libertad de pactos?, con el hecho de que por parte del recurrente se ordenase el pago de unos complementos salariales contraviniendo la legalidad aplicable.

Lo anteriormente expuesto, unido a la inatacable exposición lógica y jurídica contenida en los FUNDAMENTOS JURÍDICOS DECIMOSEXTO y DECIMOCTAVO de la Sentencia impugnada, a los cuales nos remitimos en su integridad, no pueden llevar a esta Sala, como ya se ha adelantado más arriba, sino a desestimar la pretensión impugnatoria del recurrente.

NOVENO.- Por último, en lo que se refiere a la condena al pago de los intereses por importe de 97.874,95 €, (recogida en la letra C), del pronunciamiento 1º) del Fallo de la Sentencia recurrida, la representación procesal del apelante, Don Antonio C. C., impugna la improcedencia de tal pago por dos órdenes de razones: A.- ¿En primer lugar, porque en todo caso se trata de una reclamación global de 533.442,17 € en los términos que se deducen de la demanda, y la cuantía de condena es inferior. No hay separación de contrario por concepto, sino reclamación global en su Súplica.¿, y continúa argumentando el apelante que ¿No puede haber condena de intereses legales respecto de una deuda ilícita ¿que sólo aparece en la Sentencia- y en esos términos hay que considerar el planteamiento rector.¿, para concluir que ¿En otro caso, nuevamente habría ido más allá de las pretensiones del actor concurriendo en incongruencia <ultra petita>.¿; B.- En segundo lugar, ¿porque la propia devolución de la subvención genera unos intereses que eventualmente habrán sido reclamados a la Corporación, pero que no constan en las actuaciones, ni han sido referidos ni probados por nadie. Esa cantidad (...) puede generar también un enriquecimiento sin causa al exigirse ¿y pagarse-más cantidad por intereses de la que realmente se hubiera pagado o reclamado (debe entenderse, por el I.N.E.M.) a la Corporación.¿.

Por lo que respecta estas alegaciones del recurrente (y dejando a un lado su evidente error o confusión en relación con carácter líquido o ilícito de las deudas), esta Sala de Justicia tiene que realizar, nuevamente, un pronunciamiento desestimatorio de aquéllas por dos razones evidentes. La primera es que el actor solicitó expresamente en su demanda la condena al abono de los intereses legales correspondientes a las sumas cuyo reintegro se exigía al Ayuntamiento de Zahinos; el hecho de que la Sentencia de instancia, aquí apelada, solo estimase algunas de las pretensiones deducidas por el actor público en su demanda, en nada empece la condena al pago de los intereses legales correspondientes a las demás cuantías a las que ascienden los perjuicios causados al Ayuntamiento de Zahinos, reclamadas por el actor y respecto de las cuales la resolución recurrida sí fue estimatoria. La segunda razón es que el régimen jurídico de los perjuicios irrogados a los fondos públicos previene ex lege que la Entidad perjudicada ¿tiene derecho al interés legal sobre el importe de los alcances malversaciones, daños y perjuicios a sus bienes y derechos desde el día que se irroguen los perjuicios? (artículo 181.2, en relación con el 17.1, ambos de la Ley 47/2003, General Presupuestaria ¿en idénticos términos a los prevenidos en los artículos 145.2 y 36.1 del ya derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre-). Y es precisamente como consecuencia de ese especial régimen jurídico de los derechos de la Hacienda Pública ¿en este caso, municipal-, por lo que el artículo 71.4ª. de la Ley 7/1988, de Funcionamiento de este Tribunal, previene que ¿La sentencia condenatoria contendrá, en su parte dispositiva, las siguientes especificaciones: e) La condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios.¿.

Por lo demás, habiendo sido estimados dos de los motivos impugnatorios esgrimidos por el recurrente, debe entenderse que, como es lógico, la condena al pago de los intereses queda contraída exclusivamente a los correspondientes al importe del alcance (2.800 €) del que sí se le considera responsable contable directo.

DÉCIMO.- Como consecuencia de todo lo razonado en los precedentes Fundamentos de Derecho, no procede sino estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Virginia A. S., en nombre y representación de Don Antonio C. C., contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2008, en lo relativo a los motivos primero ¿declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el perjuicio patrimonial sufrido por el Ayuntamiento de Zahinos como consecuencia de la devolución de la subvención- y segundo -la declaración de responsabilidad contable por alcance en relación con el abono

de un talón por importe de 400.000 ptas (2.404,05 ?) a Dª Mª Isabel P. P. por un suministro de grava y arena realizado por su hermano, Don José Antonio P. P., al Ayuntamiento de Zahinos- de dicho recurso.

UNDÉCIMO.- Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia procede, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de aplicación por lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, su no imposición a la parte apelante, al haber sido parcialmente estimado el recurso de apelación interpuesto.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, LA SALA ACUERDA el siguiente:

III.- FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Virginia A. S., en nombre y representación de Don Antonio C. C., contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance nº 29/06, del Ramo de Entidades Locales, Badajoz, cuya parte dispositiva debe quedar redactada así:

1º) Se estima parcialmente la demanda interpuesta contra Don Antonio C. C. por el Actor Público Don Juan José T. C. y se formulan, en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

A) Se cifra en 2.800 euros el principal del alcance ocurrido en el Ayuntamiento de Zahínos.

B) Se declara responsable contable directo del mismo a Don Antonio C. C.

C) Se condena al declarado responsable contable directo al pago de la suma de 2.800 euros, así como al pago de los intereses devengados hasta la total ejecución de esta Sentencia y que se calcularan en dicha ejecución.

D) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta de la contabilidad del Ayuntamiento de Zahínos.

2º) No se hace expresa imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.

Sin costas en la presente apelación.-

Así lo acordamos y firmamos. Doy fe.-

Voces

DAÑO; SUBVENCIÓN; INCONGRUENCIA; INTERÉS LEGAL; RECURSO DE APELACIÓN; INCENTIVOS

Situación actual

FIRME