

STCu 13/2009 de 29-06-2009
SALA DE JUSTICIA

Recurso de apelación Nº 55/08, Procedimiento de Reintegro Nº B-25/06
Ramo: Comunidades Autónomas (F. de la G. de C.).
Provincia: Barcelona

PONENTE: Excma. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola

Excmos. Sres:

D. Rafael María Corona Martín.- **Presidente**

D. Felipe García Ortíz.- **Consejero**

Doña Ana María Pérez Tórtola.- **Consejera**

TEXTO:

En Madrid a veintinueve de junio de dos mil nueve.

La Sala de Justicia del Tribunal de cuentas, constituida por los Excmos. Sres. Consejeros expresados al margen, en virtud de la potestad conferida por la Soberanía Popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas integrada por los Excmos. Sres. al margen referenciados, ha visto los presentes recursos de apelación en ambos efectos, interpuestos contra la Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2008, recaída en los autos del procedimiento de reintegro por alcance Nº B-25/06, seguidos en el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.

Han sido parte en el recurso, como apelantes, el Ministerio Fiscal, Don Antonio H. H. y Don Enric R. S., los dos últimos representados por el Procurador de los Tribunales Don Francisco V. M.-C. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso formulado por el Sr. H. H. La representación legal de F. de la G. de C. se opuso a los tres recursos de apelación formulados; la Procuradora de los Tribunales Doña María del Carmen O. C., actuando en nombre y representación de D. Miguel LL. V., se opuso al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; la representación legal del Sr. H. H. se opuso tanto a la apelación del Fiscal como a la planteada por Don Enric R. S.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice:

"EL CONSEJERO DE CUENTAS ACUERDA el siguiente

IV. FALLO

ESTIMAR parcialmente la demanda deducida por el representante procesal de F. DE LA G. DE C., a la que parcialmente se ha adherido el Ministerio Fiscal, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la Entidad Pública Empresarial F. DE LA G. DE C. el de DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (2.631.843,75 €).

SEGUNDO.- Declarar como responsables contables directos del alcance a D. ENRIC R. S. y a D. ANTONI H. H. Al primero de ellos, D. ENRIC R. S., por un importe de UN MILLÓN SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (1.078.851,10 €); y al segundo de ellos, D. ANTONI H. H., por un importe de UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS (1.552.632,04 €).

TERCERO.- Condenar a D. ENRIC R. S. y a D. ANTONI H. H., al reintegro de la suma en que se cifra el alcance, para cada uno de ellos.

CUARTO.- Condenar a D. ENRIC R. S. y a D. ANTONI H. H., al pago de los intereses de sus respectivos alcances, según lo establecido en el Fundamento de Derecho Decimotercero de esta resolución.

QUINTO.- No hacer expresa mención sobre condena en costas en el presente procedimiento.

SEXTO.- Ordenar la contracción del importe en que se cifra el alcance en las cuentas de la Entidad Pública F. DE LA G. DE C., según las normas contables al efecto."

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene los siguientes hechos probados:

"II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 28 de febrero de 1991, el entonces Director de la Empresa Pública F. DE LA G. DE C. -DON ENRIC R. S.- firmó con determinados altos empleados -los miembros del llamado «Comité de Dirección Amplio»- unos contratos por los que se comprometía a abonar determinadas cantidades en concepto de complemento de pensiones de jubilación; para ello se procedió a la creación de un Fondo de Previsión, cuya gestión se encomendó a una entidad externa.

SEGUNDO.- El 10 de abril de 1991 se firmó, ligado a los contratos descritos en el Hecho Primero, con efectos del 28 de febrero anterior, un contrato de administración de fondos de preprimas de prestación determinada y base no contributiva -CAF- bajo la forma de plan colectivo de jubilación, a favor de los directivos de la entidad, entre F. DE LA G. DE C., representada por el Presidente de su Consejo de Administración (Don Albert V. G.), y la

compañía de Seguros «W. S. de S. sobre la V., S.A.». El tomador del contrato era F. DE LA G. DE C., e inicialmente, en el Anexo, se designaron los trece partícipes iniciales. Dicho contrato cubría las causas de baja como muerte, invalidez y rescate individual por baja del partícipe en la empresa, así como la constitución de un patrimonio afecto a un grupo de partícipes mediante las aportaciones que hacía F. DE LA G. DE C., que se complementaban con sus rendimientos financieros.

En el año 1993, y tras el dictamen realizado por una Asesoría Jurídica externa, se modificó el hecho causante del derecho a la percepción individual del Fondo; F. DE LA G. DE C., modificó las condiciones que darían lugar al cobro de las cantidades previstas para los partícipes, convirtiendo la causa de cobrar en un premio a la dedicación y permanencia, en función del número de años trabajado. Dicho premio debería hacerse efectivo mediante pago único o fraccionado, en el momento en el que el empleado causara baja en la entidad por cualquier motivo, a excepción del despido declarado procedente, siempre y cuando hubiera permanecido al menos cinco años en la empresa.

Por otro lado, el contrato de administración de fondos con W. preveía que fueran a cargo de la empresa las aportaciones anuales al mismo. Durante el periodo de vigencia del Fondo, las primas satisfechas por F. DE LA G. DE C. a la Compañía de Seguros W. ascendieron a CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTAS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESETAS (452.242.984,- pts.), equivalentes a DOS MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL TREINTA Y CINCO EUROS CON OCHO CÉNTIMOS (2.718.035,08 €)

TERCERO.- Al final de cada ejercicio, la Sociedad Administradora del Fondo remitía a F. DE LA G. DE C. el listado que especificaba el saldo individual que correspondía a cada uno de los partícipes. Durante la vigencia del CAF, se fueron abonando las indemnizaciones a sus beneficiarios según se iba produciendo su baja en la empresa. El circuito financiero, (según se desprende de la documentación unida al expediente administrativo de actuaciones previas) consistía, en líneas generales, en la previa financiación por W. del importe bruto a percibir por el partícipe y el consiguiente ingreso en las cuentas de Tesorería de F. DE LA G. DE C., para que luego la empresa satisficiera los derechos económicos del partícipe.

El 30 de junio del año 2000, el entonces Presidente de F. DE LA G. DE C., Sr. H. H., hoy demandado, resolvió el contrato con W., rescatando el fondo, dado que los derechos consolidados de los partícipes eran superiores al importe del fondo constituido. Dicho fondo se repartió entre los cuatro últimos beneficiarios.

Las cantidades pagadas a los partícipes, expresadas en pesetas, fueron las siguientes:

...FECHA.....	BENEFICIARIOS.....	CAUSA.....	IMPORTE EN PTAS.
29/01/1993.....	Llorenc L. P.....	BAJA.....	19.171.253,-
03/12/1993.....	Tomas F. R.....	BAJA.....	3.138.693,-
31/03/1994.....	Andreu R. M.....	BAJA.....	42.357.519,-

29/10/1997.....Enric D. S.....BAJA.....8.044.992,-
 29/10/1997.....Eduard B.G.....BAJA.....6.479.452,-
 29/10/1997.....Josep O. C.....BAJA.....3.631.474,-
 22/12/1997.....Josep Lluís S S...BAJA.....17.420.000,-
 25/02/1999.....Enric R. S.....BAJA.....178.065.720,-
 12/04/2000.....Victor C. N.....BAJA.....14.406.974,-
 23/05/2000.....Josep Lluís P. I...BAJA.....76.059.189,-
 24/07/2000.....Miguel LL. V.....BAJA.....37.455.506,-
 27/07/2000.....Antoni H. H.....LIQUIDACIÓN.....46.320.431,-
 27/07/2000.....Josep Lluís A. P...LIQUIDACIÓN.....48.129.570,-
 27/07/2000.....Albert T. F.....LIQUIDACIÓN.....17.510.600,-
 27/07/2000.....Josep V.C.....LIQUIDACIÓN.....18.453.964,-
 TOTAL.....5.36.645.337,-

La diferencia entre la totalidad de las primas pagadas (452.242.984,- pts.) y la cantidad total repartida (536.645.377,- pts.) correspondió a los ingresos financieros generados a lo largo de los nueve años de vigencia del Fondo. Las referidas cantidades fueron satisfechas a los beneficiarios por F. DE LA G. DE C.. La cantidad pagada a Don Josep Lluís S. S., el 22 de diciembre de 1997, compensó la cantidad que le hubiera correspondido por la indemnización debida a un despido considerado como improcedente por un Juzgado laboral (17.420.000,- pts.).

CUARTO.- DON ENRIC R. S., durante el período comprendido entre 1994 y 1999 ordenó a su favor el pago de dietas no justificadas, por un importe de 6.540.000,- pts., de las que UN MILLÓN CUATROCIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (1.440.000 pts.), equivalentes a OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (8.654,57 €), fueron abonadas con posterioridad al 20 de marzo de 1998, según el siguiente detalle:

CONCEPTO.....	Número.....	Importe.....	Número.....	Importe en
.....	Total.....	Total.En.....	(desde.....	Pts. (desde
.....	Pts.....	20.03.1998).....	20.03.1998)	
Reuniones con personal dirección F.G.C.....	69.....	3.560.000.....	11.....	660.000
Reuniones con el Consejero.....	17.....	920.000.....	7.....	420.000
Reuniones de trabajo con empresas y Administraciones.....	35.....	1.790.000.....	4.....	240.000
Actos Protocolarios.....	5.....	270.000.....	2.....	120.000
TOTAL.....	126.....	6.540.000.....	24.....	1.440.000

QUINTO.- Por Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de 16 de marzo de 2004, se acordó incoar un expediente de responsabilidad contable a los SRS. R., H. y LL. por la presunta comisión de unos hechos tipificados en las letras b), c), d) y g) del art. 84 del Decreto Legislativo

3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de la Generalitat de Cataluña.

Durante la tramitación del expediente se apreció que existían indicios de infracciones comprendidas en el supuesto de malversación contable del apartado a) del art. 84 de dicho Texto Refundido. Por ello, al amparo de lo previsto en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña acordó, el 27 de julio de 2004, dar traslado del expediente al Tribunal de Cuentas y suspender las actuaciones administrativas realizadas hasta esa fecha. Tal actuación fue el origen de las Diligencias Preliminares B-144/04, de las que trae causa, tras la pertinente instrucción, el presente procedimiento.

SEXTO.- *Ante el Juzgado Decano de Instrucción de Barcelona, la Fiscalía interpuso querrela contra diversos Directivos, entre los que se encontraban los tres demandados, por presuntos delitos de malversación, falsedad en documento oficial y prevaricación, instruyéndose, por el Juzgado de Instrucción nº 22 de dicha localidad, el procedimiento 2340/2007-E. No se ha dictado sentencia penal hasta el momento.*

SÉPTIMO.- *Durante el periodo en el que se cometieron los hechos, los demandados ocuparon los siguientes cargos en F. DE LA G. DE C.: DON ENRIC R. S., Director General entre el 20 de diciembre de 1979 y el 14 de septiembre de 1993; y Presidente del Consejo de Administración entre dicha fecha y el 23 de febrero de 1999. DON MIGUEL LL. V., Director General entre el 14 de septiembre de 1993 y el 30 de junio de 2001. Y DON ANTONI H. H., Presidente del Consejo de Administración desde el 23 de febrero de 1999 en adelante."*

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

"III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO.- *El Ministerio Fiscal, cuando se adhirió a la demanda, precisó que procedía aplicar el instituto de la prescripción contable a una parte de la pretensión del demandante. A tal fin, alegó que el plazo de cinco años, establecido en la legislación del Tribunal de Cuentas para la procedencia de la prescripción, debería computarse desde la iniciación, por la Generalitat de Cataluña, del expediente administrativo de la responsabilidad contable, esto es, el 16 de marzo de 2004.*

CUARTO.- *Por lo que respecta a las pretensiones expuestas por los representantes de los demandados, todas son coincidentes en la desestimación de la demanda deducida por F. DE LA G. DE C.. Las posiciones particulares referentes a cada uno de los demandados pueden resumirse de la siguiente forma:*

1º) *El representante procesal de DON ENRIC R. S. alegó: a) la excepción de falta de constitución del debido litisconsorcio pasivo necesario, ya que deberían haber sido llamados a juicio Don Alberto V., Presidente del Consejo de Administración, así como todos los miembros que formaron*

parte del mismo en el momento en que se firmaron los contratos que han dado lugar a la presente controversia; b) prescripción de la responsabilidad contable de su patrocinado, pues, desde la finalización de la relación profesional con la Empresa Pública (el 23 de febrero de 1999) hasta la notificación de la iniciación del expediente administrativo (el 26 de marzo de 2004) había transcurrido con exceso el plazo de 5 años establecido en la legislación del Tribunal de Cuentas para la prescripción de la responsabilidad contable; c) ninguna de las actuaciones desarrolladas por su patrocinado vulneraron la normativa contable y presupuestaria; en concreto, en ningún momento se superaron las limitaciones salariales establecidas por la legislación presupuestaria de la Hacienda Pública de la Generalidad de Cataluña, sin que la parte demandante haya podido probar que se rebasaran los porcentajes de incremento de la masa salarial; y d) se habían delegado en el Director General, entre otras, las facultades de nombrar, suspender o relevar de sus cargos a todos los trabajadores, fijando sus retribuciones. En el acto del juicio se adhirió a lo manifestado por el Ministerio Fiscal respecto de la prescripción, para concluir que no afectaban a su patrocinado los requisitos precisos para la exigencia de responsabilidad contable.

2º) El representante procesal de DON MIQUEL LL. V., por su parte, en su escrito de contestación a la demanda, realizó, entre otras, las siguientes alegaciones: a) los pagos anuales efectuados a la compañía de seguros estaban reflejados en la contabilidad de la empresa, como había puesto de manifiesto la Sindicatura de Cuentas de Cataluña en su Informe de 1998, sin que en ningún momento se advirtiera irregularidad en la concesión de los premios de dedicación y permanencia; b) el Consejo de Administración aprobó las cuentas anuales sin hacer ninguna salvedad sobre los pagos realizados, ni antes ni después de que su patrocinado asumiera funciones directivas; c) la parte demandante pretende proteger al Presidente del Consejo de Administración de la Entidad al no llamarle a juicio; d) la responsabilidad que se atribuye a su patrocinado lo fue, únicamente, por el pago realizado al Sr. S. S., el día 26 de enero de 1998, pero tal responsabilidad ya habría prescrito por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas por el transcurso de 5 años (finalizó el 26 de enero de 2003), cuando el expediente administrativo de responsabilidad contable fue comunicado a su patrocinado el 27 de marzo de 2004; y e) éste no realizó ninguna acción u omisión contraria a la Ley que originase menoscabo en los caudales públicos. Posteriormente, con fecha 13 de febrero de 2008, aportó un documento consistente en copia del Auto del Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona en el que se decidía el sobreseimiento provisional de su patrocinado en el proceso penal y otro firmado por F. DE LA G. DE C. y el Sr. S. S., por el cual éste último renunció a la percepción de la indemnización por despido que pudiera corresponderle, a cambio de la percepción del premio de dedicación y permanencia, cuyo potencial perjuicio se atribuye, ahora en la demanda, a su patrocinado.

3º) Finalmente, el representante procesal de DON ANTONI H. H., en su escrito de contestación a la demanda, alegó, entre otros extremos que: a) la demanda dirigida contra su patrocinado se apartó del criterio de la Sindicatura de Cuentas e incluso del de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas,

ya que su mandante no fue considerado como presunto responsable, por el Delegado Instructor, cuando levantó el Acta de Liquidación Provisional al amparo de lo previsto en el art. 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; b) hasta febrero de 1999, fecha en que fue nombrado Presidente de la Empresa, su patrocinado no tenía competencias para ordenar gastos y pagos en la misma. Y así, ni firmó los contratos individuales que daban derecho al premio, ni constituyó el fondo con la Compañía de Seguros, ni consintió su rescate parcial; tales actuaciones fueron realizadas por los SRES. R. y LL. en sus respectivas condiciones de Presidente y Director General de F. DE LA G. DE C.; c) cuando su mandante se hizo cargo de la Presidencia, ante la evidente insuficiencia financiera para hacer frente a los futuros compromisos procedió a negociar la renuncia parcial de los beneficiarios del fondo de liquidación del mismo; d) los pagos realizados durante la época en la que su patrocinado fue Presidente fueron debidos a una obligación legal previamente contraída; resaltó la diferencia existente entre la contracción de la obligación -que no fue, en su momento, competencia de su mandante- y el pago de la misma, todo ello dentro del procedimiento de gasto que rige para los entes pertenecientes al Sector público; e) la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 14 de noviembre de 2005, al enjuiciar las supuestas irregularidades en la Sociedad Estatal E. 92, ya matizó que el abono de las indemnizaciones laborales constituyó el pago de una deuda contraída por la sociedad y, en tal sentido, fue un pago debido, por lo que no era generador de responsabilidad contable; y f) concluyó que no existió dolo ni grave negligencia en la actuación de su patrocinado.

QUINTO.- Expuestas ya las posturas de las partes, y antes de entrar en el fondo del asunto, es necesario resolver las pretendidas cuestiones procesales planteadas por las partes durante todo el proceso, comenzando por la posible prejudicialidad penal. Como se ha indicado en los apartados de Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la presente resolución, desde el inicio del presente proceso contable, incluso la parte demandante ha invocado la necesidad de suspender el procedimiento por la existencia de un proceso penal que, en el momento del dictado de la presente resolución, se encuentra sólo en la fase de interposición de querrela penal por el Ministerio Fiscal por los supuestos delitos de malversación y falsedad en documento público.

El tratamiento global de la prejudicialidad viene establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca». De esta forma, inicialmente, para que procediera la suspensión de la sentencia a dictar en el presente procedimiento contable, por la existencia de un proceso penal pendiente, exigiría el cumplimiento alternativo de una de las dos condiciones: a) que no pueda prescindirse de la resolución que dicte en su día la jurisdicción penal para decidir sobre la responsabilidad contable pretendida en el actual procedimiento, b) que la

resolución penal condicione directamente el contenido de la decisión del juez de lo contable. Todo ello sin perjuicio de que exista una excepción establecida por la Ley que permita la continuación del juicio pese a la existencia de una cuestión prejudicial penal.

Por su parte, el art. 40.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al regular la prejudicialidad penal, exige la concurrencia de dos circunstancias para que pueda acordarse la suspensión del juicio: 1º) Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; 2º) Que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Importa destacar aquí que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley de Enjuiciamiento Civil exige como «conditio sine qua non» para la suspensión del procedimiento –que en el presente procedimiento contable sería la de dictar sentencia- que la decisión del Tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución del presente procedimiento contable, o que incluso condicione directamente su contenido.

En el presente caso, los hechos económicos sometidos a la consideración de este orden jurisdiccional y del orden jurisdiccional penal son idénticos: la constitución, gestión, pago y rescate de un denominado, inicialmente, Fondo de Pensiones y, posteriormente, Fondo destinado al pago de premios de permanencia en una entidad pública. Sobre tal actuación, en la que sitúa el Ministerio Público como presupuesto de hecho para basar la querrela no ha existido contradicción, pues lo combatido por las defensas de los demandados se centran en su valoración jurídica, esto es, si constituyó o no perjuicio a los caudales públicos. En efecto, la representación procesal del SR. R. admitió en su escrito de contestación a la demanda la firma del contrato con los directivos (Hecho primero); el contrato con W. (Hecho segundo); el cambio de la contingencia que dio lugar a la percepción (Hechos tercero y cuarto) y la resolución del contrato con la compañía de seguros y rescate del fondo por falta de viabilidad (Hecho sexto). En muy parecidos términos se pronunció la representación procesal del SR. H. en su escrito de contestación (Hechos segundo, tercero y cuarto). Por último, respecto a la contestación a la demanda del representante procesal del SR. LL., admite la realización de las actuaciones económicas ya citadas, si bien de cada una de ellas combate la pretendida ilegalidad postulada por la parte demandante, por cuanto entiende que no hubo, en general, ocultación a la superioridad de las contrataciones efectuadas y pagos realizados.

Existe, además, identidad en la descripción de los hechos, así como en la cuantificación de los potenciales perjuicios a los fondos públicos, que se extiende a las cantidades totales satisfechas por F. DE LA G. DE C. a los altos directivos de dicha empresa que fueron beneficiarios del citado Fondo. Sin embargo existen diferencias importantes respecto a las actuaciones a valorar por cada uno de los dos órdenes jurisdiccionales. Por una parte, el delito básico atribuido por el querellante en la vía penal es el de malversación de caudales públicos, cuya calificación corresponderá al órgano penal y siendo diferentes los criterios de enjuiciamiento respecto del

contable, ya que el ilícito de tal naturaleza puede referirse bien al alcance, bien a la malversación (ex art. 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas); en segundo lugar que no existe total coincidencia subjetiva entre los demandados en la jurisdicción contable y los querellados en la penal, ya que en la petición de apertura de juicio oral se incluyó a D. Albert V. –que no fue demandado en la jurisdicción contable- mientras que se postuló como «partícipe» –pero no como autor de un delito- en la acción de restitución a DON MIGUEL LL., que sí fue demandado en el procedimiento contable.

A mayor abundamiento, en la causa penal, se ha encontrado, también, indicios de la comisión de otro delito: el de falsedad en documento público, tipificado en el artículo 390.4 del Código Penal vigente, por «faltar a la verdad en la narración de los hechos». Y lo hace por entender que, cuando en 1993, los directivos de F. DE LA G. DE C., hoy demandados, modificaron el clausulado del contrato –que pasó a cubrir unos pretendidos premios de indemnización por permanencia en la empresa, cuando, inicialmente, se había articulado como un contrato de seguro complementario de pensiones de jubilación-, incurrieron en dicho delito de falsedad al retrotraer a 1991 los efectos del segundo de los contratos citados. Y es que la calificación que el Juez penal pueda hacer sobre la posible atribución de responsabilidad penal a los demandados, por ese presunto delito de falsedad, no afecta a la decisión que deba tomarse en este orden jurisdiccional contable. En otras palabras, el posible perjuicio para los fondos públicos va a producirse con independencia de la calificación jurídico-penal que pueda dar el Juez competente en esa materia, sobre el posible delito de falsedad.

También es necesario recordar que el art. 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, así como el art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establecen la compatibilidad entre las jurisdicciones contable y penal. La caracterización legal de la pretensión contable y consiguientemente de la responsabilidad de la misma naturaleza jurídica, de carácter patrimonial y reparatorio, determina ante el enjuiciamiento de un mismo hecho por los dos órdenes jurisdiccionales penal y contable, la no vulneración del principio general de «non bis in idem», pues resulta indudable que el mismo hecho se contempla desde diferentes perspectivas, al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción. En razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable es legalmente posible el enjuiciamiento, cada una de ellas dentro de su ámbito, dado que la prevalencia del orden penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y la autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984), pero no en lo referente a la apreciación de los hechos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1995).

En igual sentido, tanto la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han establecido, de manera reiterada y de forma unánime, dicha compatibilidad (ver Sentencia 22/2007, de 2 de noviembre de la Sala de Justicia de este Tribunal, con abundante cita, a su vez, de otras de la misma Sala, como las de 17 de octubre de 2001, 3 de marzo y 5 de abril de 2004 y 6 de octubre de 2005;

así como de las del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996, 7 de junio de 1999); y a las que podemos añadir las de 2 de julio de 2004 y de 27 de septiembre de 2006.

Tanto la inexistencia de discordancia entre los hechos económicos a juzgar por los dos órdenes jurisdiccionales, como la razón de que los criterios de valoración jurídica de las conductas de querellados y/o demandados son diferentes, determina que este órgano jurisdiccional no se ve obligado a detener el «iter» del proceso jurisdiccional hasta que se produzca el fallo del orden jurisdiccional penal. En definitiva, falta el requisito esencial exigido por el art. 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, para que entren en juego las previsiones del mismo. Es decir, que la cuestión prejudicial constituya un elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable. Este requisito fundamental para que entren en juego las previsiones de la prejudicialidad penal es también avalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de la Sala 3ª de dicho Tribunal, de fecha 13 de septiembre de 2002, declaró, expresamente, en un supuesto aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa y que se puede trasladar, sin más, al ámbito de lo contable que: «...la interposición de una querrela, por sí misma, no da lugar a la suspensión o paralización del recurso contencioso administrativo, que sólo se producirá cuando la causa penal ostente tal relieve que resulte imposible decidir sobre lo planteado en dicho recurso contencioso».

SEXTO. - Analizada y rechazada la prejudicialidad invocada por las partes, y antes de entrar en el fondo del asunto, procede analizar ahora la excepción de prescripción de la acción, alegada por los demandados y por el Ministerio Fiscal, si bien, éste último, con las matizaciones oportunas, tanto respecto del periodo en que pueda aceptarse dicha excepción, como de su repercusión en la atribución de responsabilidad contable a cada uno de los demandados.

El fundamento de la prescripción extintiva de los derechos y acciones debe buscarse en la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo. Es, pues, la obligación de dotar de certeza a las relaciones jurídicas y, por tanto, de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos (art. 9.3 de la Constitución), la verdadera razón que justifica la existencia de esta institución jurídica. De igual manera, son también razones de seguridad jurídica las que exigen que las posibles causas de interrupción figuren predeterminadas y tasadas en la Ley.

El apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, establece un plazo general de cinco años para la prescripción de las responsabilidades contables. Respecto de las causas de interrupción, el apartado 3 de la citada Disposición Adicional Tercera, establece que «el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad». Así pues, la incoación de un

expediente, cualquiera que sea su naturaleza, que tenga por objeto hechos determinantes de la responsabilidad contable, trae, como consecuencia, la interrupción del plazo de prescripción.

La parte demandante ha alegado, al margen de la situación fáctica relatada, que los demandados, por los cargos que ocupaban, no podían ignorar los informes de control financiero de la Intervención de la Generalitat de los años 1999, 2000 y 2001; ni el Informe de la misma Intervención General de 2003; ni el de la Sindicatura de Cuentas de dicho año referido al año 1996. Todos estos Informes se referían, según la Generalidad de Cataluña, a los contratos, a los pagos a los partícipes y a los efectuados a través de la entidad aseguradora; también hacían referencia, siempre según la parte actora, a las dietas ordenadas a su favor por el SR. R. S.. La parte demandante concluyó que la emisión de todos estos Informes fueron interrumpiendo el plazo de prescripción.

Tal posición fue combatida en las contestaciones a la demanda deducidas por los representantes procesales de los demandados SRS. R. y LL.. Así, invocaron, con apoyo en la Sentencia de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, de 2 de octubre de 2000, que la parte demandante no efectuó una interpretación correcta del apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Añadieron que tal precepto se introdujo por el legislador para dar respuesta a supuestos muy claramente determinados ante la aparición de indicios racionales de responsabilidad contable. Y que dichos supuestos no se dieron por la emisión de los citados Informes de control financiero de la Intervención de la Generalitat de Cataluña ni por el de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña. Finalizaron su argumentación, exponiendo que, para que una actuación procedimental tuviera efectos interruptivos, necesitaba el conocimiento formal del interesado y que la interrupción sólo se podía producir cuando las actuaciones administrativas o jurisdiccionales tuvieran por finalidad, precisamente, el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable. Pues bien, expuestos ya los hechos y todas las posturas de las partes, y para dirimir el presente debate, es preciso hacer unas precisiones sobre la naturaleza de la prescripción de la responsabilidad contable y los requisitos para su interrupción, así como hacer un examen de los objetivos y del resultado de cada uno de los referidos Informes, con relación a los hechos que constituyen el objeto de la pretensión.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado el fundamento de la prescripción (razones de seguridad jurídica) así como los requisitos para su interrupción (que se produzca por causas predeterminadas y tasadas en la Ley). Pues bien, en nuestro caso, la causa -predeterminada y tasada en el párrafo 3º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988- por la que se interrumpe la prescripción de la responsabilidad contable es «que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable». La representación de los demandados, sin embargo, pretende exigir otro requisito para la prescripción de la responsabilidad contable, no contemplado en la normativa que la regula, por una aplicación extensiva de los requisitos para la interrupción de la prescripción en materia tributaria y

sancionadora. Este requisito adicional sería el conocimiento formal de la actuación que produce la interrupción por el presunto responsable.

Es cierto que el requisito del conocimiento formal por parte del interesado en un procedimiento sancionador viene exigido expresamente por el art. 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicho requisito, también es exigido por el art. 68 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, para interrumpir la prescripción en algunos de los supuestos que contempla. Pero en ambos casos, el fundamento de esta exigencia es constituir una garantía de los administrados frente a la actuación unilateral de la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras o en el de sus facultades tributarias. Sin embargo, la exigencia de conocimiento formal por el interesado no está contemplada en nuestra legislación propia. No hay que olvidar a este respecto que la responsabilidad contable tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos (Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 6 de mayo de 1994), configurándose como «una subespecie de la responsabilidad civil» (Sentencias de la Sala de Justicia de 28 de enero de 1993 y 15 de abril de 1994) y, por lo tanto, de marcado carácter patrimonial y no sancionador. El párrafo 3º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que regula la prescripción de la responsabilidad contable, contempla como requisito para su interrupción el inicio de un procedimiento de examen de los hechos que la originan, pero no exige su conocimiento formal por los presuntos responsables contables. El régimen de la prescripción de la responsabilidad contable se asemeja, así, al régimen de la prescripción en el ámbito civil, y no al que rige en materia tributaria o sancionadora. Así, conviene recordar que el art. 1969 del Código Civil fija, para el inicio del cómputo de la prescripción en las acciones civiles, el día en que las mismas pudieron ejercitarse; por último, el art. 1973 del mismo texto legal, tampoco exige el conocimiento formal del interesado al regular las causas de interrupción de la prescripción civil.

El único requisito que contempla el párrafo 3º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, para la interrupción de la prescripción la responsabilidad contable, es el inicio de un procedimiento en el que se analicen los hechos que la pueden originar. En el caso de los hechos que son objeto, ahora, de enjuiciamiento, el Informe de control financiero de 19 de marzo de 2003 elaborado por la Subdirección General de Control de la Intervención de la Generalitat, relativo a los ejercicios de 1999, 2000 y 2001, aludió a los pagos objeto de controversia en dos ocasiones (págs. 45 y 83); pero efectuó sólo una descripción de dichos pagos, en un contexto mucho más amplio, y sin referencia alguna a la existencia de irregularidades en los mismos. Igual sucede con los Informes de control financiero de la Intervención de la Generalitat de los años 1999, 2000 y 2001. Por el contenido que tuvieron estos Informes, en relación con los hechos objeto de la presente litis, no se puede afirmar que se puedan conceptualizar como el inicio de un procedimiento de análisis de los «hechos determinantes de la responsabilidad contable», tal como exige el nº 3 de la precitada Disposición Tercera.

Sin embargo, junto al precitado Informe de 19 de marzo de 2003 elaborado por la Subdirección General de Control de la Intervención de la Generalitat existe otro, fechado el siguiente día en el que, a diferencia del anterior, sí quedó plasmado el criterio de la Intervención General de la Generalitat sobre las posibles irregularidades, entre otros extremos, de los pagos realizados por los rescates del fondo, así como a los pagos ligados a las dietas ordenadas a su favor por el SR. R. S. Este segundo Informe tuvo por objeto, precisamente, el estudio de todos los hechos determinantes de la posible responsabilidad contable que ahora se enjuicia y tuvo carácter preliminar y preparatorio para la iniciación del expediente administrativo de responsabilidad contable, del que trae causa el presente procedimiento. Este Informe sí constituye, sin duda, el inicio de un procedimiento de análisis de los hechos determinantes de la posible responsabilidad contable y debe ser considerado como causa interruptiva del plazo de prescripción, en los términos en que se pronuncia la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El último aspecto que conviene analizar, dada la insistencia que en el mismo ha realizado la parte demandante, es la posible eficacia interruptiva del plazo de prescripción que pudiera tener el Informe de la Sindicatura de Cuentas referido al año 1996. A este respecto debemos centrar el análisis en el hecho de si la mención, que dicho Informe efectúa, sobre la no aprobación por el Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C. de los contratos que son causa de la presente controversia, así como por el desconocimiento que dicho Órgano de Gobierno tuvo de las dietas ordenadas a su favor por el SR. R. S., implicaba el reconocimiento de alguna irregularidad. El art. 7.3 de la Ley 6/1984, de 5 de marzo, de Regulación de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña establece que en los Informes o Memorias se hará constar las infracciones, los abusos o las prácticas irregulares que haya observado e indicará la responsabilidad en que, a su criterio, se haya incurrido, y las medidas para exigirla, precepto que matiza, con más precisión, el art. 58 de sus Normas de Régimen Interior. Pero la falta de actuaciones posteriores por dicha Sindicatura no nos lleva a la conclusión de que la referencia efectuada en el Informe, y sólo referida al desconocimiento por el Consejo de Administración de las operaciones efectuadas, tenga la suficiente relevancia como para interrumpir el plazo de prescripción.

Todo lo anterior, además, viene avalado por el hecho de que la Sala de Justicia de este Tribunal, en su Sentencia 20/2006, de 22 de noviembre, ha recogido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista. Por el contrario, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el «animus conservandi» deberá entenderse que queda correlativamente interrumpido el «tempus praescriptionis». Por ello, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí, por el contrario, lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Esta interpretación restrictiva exige que, para acoger la prescripción, haya de

tomarse en cuenta no sólo el transcurso del tiempo, sino el «animus» del afectado, de manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo. Con ello se da a entender que, cuando no existe tal «voluntad conservativa» de la acción en los actos interruptivos, el instituto de la prescripción ha de desplegar sus efectos.

En consecuencia, la aplicación al presente caso de todas las consideraciones jurídicas anteriores, permite concluir que la interrupción de la prescripción, se produjo por el Informe de 20 de marzo de 2003 elaborado por la Subdirección General de Control de la Intervención de la Generalitat, que dejó plasmado el criterio de la Intervención General de la Generalitat sobre las posibles irregularidades que son objeto de enjuiciamiento, es decir: a) las operaciones financieras que culminaron con el pago a los beneficiarios del fondo, según iban causando baja en la empresa; b) el rescate final de las cantidades que permanecían en dicho fondo, producido el día 27 de julio de 2000; y c) la ordenación a su favor por el SR. R. S. de dietas presuntamente no justificadas. Así, sólo podrá exigirse la responsabilidad contable, por estar no prescrita, que pudiera deducirse, en su caso, y con la concurrencia de los restantes requisitos necesarios para la existencia de este tipo de responsabilidad, por las operaciones económicas y pagos realizados con posterioridad al 20 de marzo de 1998.

SÉPTIMO.- Una vez rechazada la existencia de prejudicialidad penal, así como la prescripción, en los términos temporales expuestos, hay que analizar si concurren los elementos necesarios de la responsabilidad contable. Para determinar si los presentes hechos son generadores de responsabilidad contable hay que estar a lo dispuesto en los arts. 2º.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, en relación con lo preceptuado en el art. 49.1 de la Ley 7/1998, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Sobre este particular, y tomando como referencia una interpretación conjunta de los aludidos preceptos, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha elaborado una muy reiterada doctrina, contenida, entre otras en las Sentencias 19/07, 3/05, 32/04, 27/04 y 14/04, en virtud de la cual, para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable debe reunir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos; b) que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público; d) que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; e) que el menoscabo sea efectivo en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

A la vista de ello debe partirse de la premisa de que la jurisdicción contable es la competente para conocer de los perjuicios o menoscabos que se

causen en los caudales públicos, en el presente caso los de F. DE LA G. DE C.. Dichos menoscabos han de ser reales, efectivos y evaluables económicamente, y no potenciales o contingentes, según dispone el art. 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; así lo reconoce la Sala de Justicia, desde la Sentencia de 30 de junio de 1992, al precisar que para la existencia de responsabilidad contable es necesario «que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente».

La responsabilidad contable como ha señalado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en numerosas resoluciones (por todas, la de 16 de octubre de 2007), gira en torno al concepto de fondos o caudales públicos. A estos efectos, una aproximación al concepto de fondos o caudales de naturaleza pública, desde el punto de vista del enjuiciamiento contable, se puede inferir de los arts. 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y arts. 2 y 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, así como de los preceptos equivalentes del Texto Refundido de 23 de Septiembre de 1988, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, similares a los establecidos en la Ley de Finanzas de la Generalitat de Cataluña, aprobada por Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre. La jurisprudencia atribuye, en cada caso, el carácter público de los fondos o caudales bajo tres parámetros: a) la procedencia de los bienes con los que se nutren esos fondos; b) la incorporación de esos bienes a las actividades encuadradas en el sector público; y c) la adscripción de los mismos a una finalidad general que deban cumplir (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1994, 14 de marzo de 1995 y 8 de noviembre de 1996, y Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 29 de septiembre de 1999, 2 de octubre de 2000, 30 de noviembre de 2000 y 16 de octubre de 2007).

Desde esta perspectiva, es inequívoco el carácter de fondos públicos que tienen las dietas pagadas, a su favor, por DON ENRIC R. S. -SEIS MILLONES QUINIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (6.540.000,- pts.)- gastos que fueron afrontados con cargo al Presupuesto de Explotación de la Empresa. Tampoco presenta dudas el carácter de fondos públicos de las primas anuales pagadas por F. DE LA G. DE C. por la creación y sostenimiento del Fondo -CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTAS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y CUATRO PESETAS (452.242.984,- pts.)-. En fin, las cantidades ligadas a los pagos a los beneficiarios del fondo, cuya cifra final ascendió a QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTAS TREINTA Y SIETE PESETAS (536.645.337,- pts.), gozan también del carácter de fondos públicos, al ser el resultado de los rendimientos financieros obtenidos por unos fondos, también de carácter público gestionados por una Compañía de Seguros.

OCTAVO.- *Pues bien, planteadas las pretensiones de las partes y dados los términos en los que se manifestó la demanda deducida por la Generalitat de Cataluña, así como por los tres codemandados, tanto en sus escritos iniciales, como durante todo el desarrollo del proceso, es necesario analizar, desde el inicio, la naturaleza jurídica de las aportaciones efectuadas por F.*

DE LA G. DE C. a la Compañía de Seguros W. En especial, es relevante delimitar si dichas aportaciones al fondo de previsión originaron una real salida de fondos de la Entidad pública en el momento en que ésta aportó cantidades al mismo, o por el contrario, se trataba de depósitos cuya titularidad seguía perteneciendo a dicha Entidad, hasta el momento en que se fueron produciendo los pagos a los beneficiarios individuales del Fondo constituido.

Y es que, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y la prueba incorporada a este procedimiento, resulta esencial para dirimir la posible existencia de responsabilidad contable por los hechos que se enjuician, establecer si lo que se diseñó y contrató por la dirección de F. DE LA G. DE C. fue un Plan de Previsión Social a favor de algunos de sus directivos - sometido al régimen legal propio de este tipo de planes, ya sea como uno de pensiones o como un seguro colectivo-; o si, por el contrario, lo que se diseñó y contrató por la dirección de F. DE LA G. DE C. fue la constitución de un depósito con los fondos destinados al pago de premios o complementos salariales a algunos de sus directivos y cuya administración se contrató con una empresa externa.

La naturaleza jurídica que se atribuya a este negocio tiene consecuencias importantes sobre los hechos enjuiciados, ya que, si consideramos que se constituyó un auténtico plan de previsión social, los fondos aportados por F. DE LA G. DE C. a ese plan constituyeron gasto para la sociedad desde el momento de la aportación y, en consecuencia, desde ese momento pasaron a ser titularidad de los partícipes del plan. Esto es así, tanto si el plan de previsión se instrumentalizó a través de un plan de pensiones, en cuyo caso la titularidad de los fondos del plan de pensiones correspondía ya a los partícipes desde que fueron aportados por la empresa; como si se instrumentalizó a través de un seguro colectivo, en cuyo caso el gasto para la sociedad se imputaría en el momento del pago de cada prima del seguro generando en los beneficiarios el derecho a reclamar las cantidades aseguradas, en el momento en el que reunieran los requisitos para ello.

Sin embargo, si consideramos que la operación diseñada por los directivos de F. DE LA G. DE C. consistió en la dotación de un depósito con los fondos destinados al pago de premios o indemnizaciones reconocidas en el contrato de trabajo de algunos de ellos, y cuya administración se contrató con un tercero, estos fondos depositados permanecieron bajo la titularidad de la Sociedad. En este segundo caso, el posible daño para los fondos públicos, no se produciría como en el caso anterior, en el momento de la aportación al fondo constituido, sino en el instante en que se hicieron los pagos a los beneficiarios, por concurrir las circunstancias previstas en sus contratos de trabajo.

Para decidir sobre las cuestiones planteadas en los párrafos anteriores, se debe comenzar analizando el régimen jurídico de los planes de previsión social de las empresas, para comprobar si el negocio jurídico que se diseñó por los directivos de F. DE LA G. DE C. encaja en este tipo de régimen. Los sistemas de previsión social complementaria de las empresas vienen a reconocer compromisos por pensiones con sus trabajadores, que son asumidos por la empresa, y benefician a todos o a algunos de esos

trabajadores. Estos planes de previsión se podían instrumentalizar mediante seguros, planes de pensiones, fondos internos, contratos de administración de depósito, fondos de inversión mobiliaria o a través de entidades de previsión social. Sin embargo, con la promulgación, en 1987, de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y, sobre todo, con la modificación introducida a partir de la Ley 30/95, de 6 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se obligó a las empresas que tuvieran este tipo de compromisos por pensiones con sus trabajadores a instrumentarlos a través de seguros colectivos o planes de pensiones. Es decir, desde esa fecha la Ley prohíbe a las empresas mantener los fondos de previsión social como fondos propios internos, obligando a exteriorizarlos para su integración en otros instrumentos financieros: planes de pensiones, seguros o mutualidades de previsión social. Mediante la constitución de estos planes de previsión social, las empresas cubren los compromisos por pensiones, con todos o algunos de sus trabajadores, en caso de fallecimiento, jubilación o invalidez permanente.

Existen dos grandes sistemas para exteriorizar estos compromisos: uno, el de aportación definida, en el que el compromiso de la empresa es realizar aportaciones anuales por un importe determinado, al objeto de que al llegar a su jubilación los empleados puedan obtener un complemento a la pensión pública. La forma típica de instrumentar este sistema de previsión es la constitución de Planes de Pensiones. Y, otro, el sistema de prestación definida, en el que el compromiso es que el trabajador consiga, cuando se jubile, una cantidad determinada previamente definida. La forma típica de instrumentar este sistema de previsión es a través del contrato de seguro.

Pero lo que sucedió en el presente caso no puede enmarcarse en ninguno de los supuestos anteriores. Lo que ocurrió fue que se incorporó al contrato de trabajo de algunos directivos de F. DE LA G. DE C., como una condición laboral más, el derecho a percibir, en determinadas circunstancias, un premio de dedicación y permanencia. Estos derechos deben ser considerados, en consecuencia, como auténticas retribuciones salariales diferidas en el tiempo. Por eso, para atender al pago de estas retribuciones, la empresa fue depositando las cantidades devengadas por cada uno de los trabajadores beneficiados por estas cláusulas en un fondo que denominó Fondo de Previsión. La administración de las cantidades depositadas en este fondo se contrató con una entidad externa en el llamado «contrato de administración del fondo de preprimas de prestación determinada y base no contributiva» que se celebró el 10 de abril de 1991. Con esta base contractual, al producirse para cada uno de los trabajadores la causa que daba derecho al cobro de su premio de dedicación y permanencia, la empresa administradora del depósito entregaba un cheque a F. DE LA G. DE C. con la cantidad devengada por ese trabajador para el pago de su retribución, que de este modo era satisfecha por la empresa pública.

De acuerdo con lo descrito hasta este momento se puede concluir que la operación diseñada por los directivos de F. DE LA G. DE C., aunque utilizó términos como «Fondo de previsión» o «pago de preprimas», no constituyó, ni un plan de pensiones, ni un contrato de seguro. Por el contrario, el negocio jurídico consistió en la contratación de la administración de un depósito. A esta conclusión se llega, especialmente, analizando el contenido

del contrato de 10 de abril de 1991, así como el de las cláusulas incorporadas a los contratos laborales de los directivos. En efecto, del análisis del contenido del contrato de 10 de abril de 1991, se desprende que, aunque la administración del depósito se encargó a una compañía aseguradora (se emplea terminología propia del contrato de seguro: asegurador, tomador, etc. y existe una remisión genérica a la normativa de dicha figura mercantil), el contenido del mismo no reúne los caracteres propios de un contrato de seguro sino, más bien, los de un contrato de depósito. Y es que, de su análisis, se puede concluir que no existe el riesgo, que es el elemento esencial para la existencia de un contrato de seguro. Buena prueba de ello es que, en el caso de que los rendimientos hubieran sido negativos, F. DE LA G. DE C. habría cubierto las posibles insuficiencias de las preprimas abonadas. Además, durante todo el periodo en el que estuvo constituido el Fondo, la titularidad de las denominadas preprimas nunca dejó de pertenecer a F. DE LA G. DE C.. Dicha empresa siempre tomó todas las decisiones sobre estos fondos, como lo demuestra, especialmente, el rescate del mismo al que se ha hecho referencia en el Hecho Probado Tercero de la presente resolución. La empresa F. DE LA G. DE C., como titular de los fondos, siempre pudo pedir la devolución del saldo del depósito o dejar de pagar las aportaciones llamadas preprimas, según estaba establecido en la cláusula 13ª, del contrato suscrito entre la entidad pública y la mercantil W., S.A.

Resulta muy clarificadora, a este respecto, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2001, que contiene, entre otras, las siguientes consideraciones: a) «el que el contrato de Depósito de Administración para Fondo de Pensiones, se halle sometido a la legislación de seguros, no significa que sea un contrato de seguros»; b) «la circunstancia de que el contrato de Depósito de Administración para Fondo de Pensiones utilice terminología propia de los contratos de seguro, como tomador, en lugar de depositante, o asegurador, en lugar de depositaria o gestora, o el que parte del clausulado se clasifique como condiciones generales y condiciones especiales, etc., carece de toda trascendencia, pues como dispone el artículo 24 de la Ley General Tributaria los actos o negocios jurídicos se calificarán conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados»; c) «el contrato de Depósito de Administración "per se" no es un contrato de seguros, porque la entrega de las preprimas no implica, en absoluto, que la depositaria asuma riesgo alguno. Se trata de un mero depósito irregular retribuido. Es (al depositante) al que corresponde cubrir las posibles insuficiencias de las preprimas abonadas»; d) «el dominio de las preprimas pertenece a la sociedad depositante que, en última instancia, no ha declinado de las decisiones más trascendentales, como son la posibilidad de cancelación o el derecho de rescate»; e) «la titularidad dominical de las preprimas continuaba perteneciendo al depositante. De igual modo los rendimientos que produjeron las inversiones financieras de las preprimas fueron un ingreso financiero para (el depositante)»; f) «el depositante (tomador del seguro según la terminología del contrato) puede pedir, como no podía ser menos, el rescate o devolución del saldo del Depósito de Administración. También podía dejar de pagar las aportaciones preprimas, lo cual no sería el incumplimiento de un contrato de seguros, sino del Convenio Laboral y del propio contrato de Depósito para

Administración».

En resumen, y aplicado todo ello a la controversia que ahora nos ocupa, se concluye que los fondos depositados en W. permanecieron bajo la titularidad y disposición de F. DE LA G. DE C. hasta el momento en que fueron haciéndose efectivos los pagos de esos derechos a los beneficiarios. En consecuencia, y desde el punto de vista del enjuiciamiento contable, lo que se debe valorar es si los pagos que se hicieron a los directivos de la empresa pública, con cargo al «fondo de previsión», así como el rescate final de dicho fondo fueron ajustados a Derecho. Es irrelevante, en consecuencia, la valoración jurídica que merezca la constitución de dicho fondo, así como las aportaciones que se hicieron al mismo. En efecto, F. DE LA G. DE C. nunca perdió la titularidad de dicho dinero público hasta el instante en que se efectuaron los pagos descritos en el Hecho Probado Tercero de la presente resolución. Son, por tanto, dichos pagos los que pueden, en su caso, ser generadores de responsabilidad contable, lo que tiene especial trascendencia, si dicha responsabilidad quedara probada para la determinación de los posibles responsables y del juego del instituto jurídico de la prescripción invocado por todos los demandados, así como por el Ministerio Fiscal.

NOVENO.- *Analizada la titularidad de los fondos que dieron lugar a los pagos objeto de la presente controversia durante los diferentes períodos temporales en que se produjeron las operaciones realizadas por los demandados, procede ya analizar las pretensiones concretas de las partes en defensa de sus intereses respectivos. La parte demandante, en síntesis, postula la existencia de pagos indebidos por las siguientes razones: a) incumplimiento de las limitaciones al crecimiento de la masa salarial; b) incumplimiento de la prohibición de cláusulas de indemnización por la rescisión de los contratos de Alta Dirección que había establecido el Acuerdo de Gobierno de 8 de febrero de 1994; y c) creación y mantenimiento del contrato de Administración de Fondos y de los contratos individuales con cada uno de los partícipes, omitiendo el conocimiento y aprobación del Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C..*

La Generalitat de Catalunya, tras señalar que los premios de dedicación y permanencia significaban una auténtica retribución salarial a favor de determinados directivos, pese a que se pagasen con el rescate del fondo administrado por W., añade que, en consecuencia, tales retribuciones vulneraron los límites salariales establecidos en las Leyes de Presupuestos de la Hacienda Pública de Catalunya entre los años 1992 y 2000. En su pretensión acogida, debidamente resumida, adhiriéndose a la misma, lo que con más detalle se recogió en el Acta de Liquidación Provisional, levantada el 30 de noviembre de 2005.

Por su parte, la representación procesal del demandado DON ENRIC R. S., en su contestación a la demanda, alegó que en ningún momento fueron rebasados los límites de crecimiento de la masa salarial establecidos en las Leyes presupuestarias de Catalunya, añadiendo que la parte actora no había aportado ninguna prueba de ello, y que solamente su pretensión estaba basada en el Informe de la Intervención General de la Generalitat de Catalunya de fecha 20 de marzo de 2003. Añadía, además, en contra de lo

que había manifestado la parte actora, que no eran preceptivos, en el año 1991, los Informes previos del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña. Dichos Informes vinieron exigidos por las Leyes de Presupuestos de la Hacienda autonómica sólo a partir de 1993, cuando se quisieran modificar las condiciones retributivas del personal directivo. Alega, también, que un Informe reservado de la Intervención General de la Generalitat, de fecha 18 de febrero de 2004 (que consta en autos en los folios 59 a 68 del expediente administrativo de actuaciones previas, pieza principal, anexo II), ya concluyó que en el año 1991, cuando se constituyó el fondo, no existía precepto alguno que obligase a las empresas públicas catalanas a solicitar estos Informes previos del Departamento de Economía y Finanzas.

Para dirimir la presente controversia debe partirse de lo establecido en el art. 20 de la Ley de Presupuestos de la Hacienda de Cataluña de 1991, regulador de las retribuciones del personal activo, y que era de aplicación a las empresas públicas, ya que el nº 6 de dicho artículo extendió su ámbito subjetivo de aplicación al personal al servicio de los Entes enumerados en el art. 1.1 del repetido texto legal y, por tanto, al personal al servicio de las empresas a las que se refiere el art. 4.2 de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña de 12 de julio de 1982.

Pues bien, el art. 20.3 de la citada Ley de Presupuestos dispuso que las retribuciones íntegras de los altos cargos no podrían exceder de las que resultaran de incrementar, en un 6,26%, las retribuciones de 1990; el art. 20.5 disponía, por su parte, que «las retribuciones resultantes de las normas contenidas en el apartado 3 del presente artículo se podrán adecuar, si es preciso, para asegurar que la retribución total del personal a que se refiere el citado apartado tenga la relación adecuada con el contenido de especial dificultad técnica, de dedicación, de responsabilidad, de peligrosidad o de penosidad, previo informe favorable del Consejero de Economía y Finanzas». De ello resulta que en el año 1991 (fecha en la que se crea el Fondo –primero de complemento de jubilación y luego de dedicación y permanencia- para los altos cargos), la masa salarial percibida conjuntamente por este colectivo, no podía suponer un incremento superior al 6,26% establecido en la Ley de Presupuestos para dicho año (entre los años 1992 y 2000 los porcentajes-límite de crecimiento establecidos por las respectivas Leyes de Presupuestos fueron, respectivamente, del 5%, 0%, 0%, 3,5%, 0%, 2,1%, 1,8%, 2% y 2%). Dichos porcentajes podían superarse, sin embargo, siempre que existiera un Informe favorable de la Consejería de Economía y Finanzas, a petición expresa del ente público que pretendiera remunerar a sus asalariados con cantidades superiores a los límites establecidos por la Ley.

Pero lo cierto es que, con independencia de los argumentos expuestos por la parte demandante, las normas presupuestarias a las que hemos venido haciendo referencia, no efectuaron mención alguna a que los límites de la masa salarial supusieran, también, un límite para las retribuciones individuales de cada trabajador. Y así, aunque en el caso de autos se desprende, de manera indubitada, que los porcentajes individuales de aumento de retribución de los «beneficiarios» del Fondo superaron, con creces, los límites establecidos para la masa (en el caso del SR. R. S.

llegaron a superar el 30% de incremento interanual), ello no puede ser considerado como vulneración de norma presupuestaria o contable alguna – en este caso, las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Hacienda autonómica catalana, entre los años 1991 y 2000-. En efecto, como tiene declarado el Tribunal Supremo (ver, por todas, Sentencias de 22 de febrero de 1996 y de 25 de febrero de 1998, dictadas en supuestos análogos al que ahora nos ocupa), «no puede pretenderse que dicho porcentaje se aplique inexorable e imperativamente, sino que es un tope o límite máximo de una banda de incremento salarial para cuya cuantificación y distribución exacta habrá de realizarse entre las partes la oportuna negociación colectiva».

Así, no se cumple, por el primer conjunto de argumentaciones efectuado por la parte actora, uno de los requisitos que, según unánime doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal -desde su Sentencia de 29 de julio de 1992 hasta la más reciente de 28 de mayo de 2008-, son esenciales para que pueda surgir la misma, es decir, la existencia de una infracción legal concreta que se refiera a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestario aplicables al sector público que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector. En consecuencia, no puede encontrarse en este conjunto de argumentaciones ninguna que acoja las pretensiones de condena de la parte actora, sin perjuicio de lo que indicaremos en el siguiente Fundamento de Derecho.

DÉCIMO.- *Procede abordar ahora los argumentos de la parte actora consistentes en que, según su criterio, la creación y rescate final del Fondo significó el incumplimiento de la prohibición de introducir cláusulas de indemnización en la rescisión de los contratos de Alta Dirección que había establecido un Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, de 8 de febrero de 1994, sobre indemnizaciones de directivos de entidades y empresas públicas e instituciones participadas por la Generalitat de Cataluña. Esta pretensión no ha sido especialmente combatida por los representantes procesales de los demandados.*

Dicho Acuerdo prohibió la existencia de cláusulas de indemnizaciones por rescisión de contrato en los contratos de alta dirección formalizados por las entidades y empresas públicas. Respecto al resto de contratos –es decir, los sometidos a la legislación laboral ordinaria- estableció, también, que no se podrían pactar el pago de indemnizaciones en cuantía superior a las establecidas en dicha normativa laboral. Es cierto, como ha quedado reflejado en la presente resolución, que la constitución del fondo contratado con la mercantil W. se remonta al ejercicio económico de 1991, luego modificado, en cuanto al hecho generador del pago a los partícipes, en el ejercicio económico de 1993. Es decir, con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalitat, de 8 de febrero de 1994. Pero no es menos cierto que dicho Acuerdo también previó el tratamiento que se debía otorgar a las cláusulas contractuales que amparaban el derecho a pago de indemnizaciones celebradas con anterioridad a dicha fecha.

Así, dicho Acuerdo estableció, en su punto tercero, que las entidades que tuvieran contratadas con su personal cláusulas contractuales que estuvieran

en contradicción con las prohibiciones o limitaciones que establecía dicho Acuerdo, debían comunicarlo, de manera fehaciente, a la Comisión de Coordinación Interdepartamental antes del 29 de febrero de 1994. Y debían adjuntar copia de cada contrato que contuvieran las cláusulas citadas a los efectos de que la Intervención General comprobara si era pertinente el cumplimiento de las mismas y pusiera las incidencias detectadas, tanto en conocimiento del Departamento del que dependiera la entidad pública, como de la Comisión de Coordinación Interdepartamental. Durante el periodo al que se extienden los hechos de la presente controversia, esto es, desde el 29 de febrero de 1994 –fecha del Acuerdo del Consejo de Gobierno- hasta el 27 de julio de 2000 –fecha en que se liquidó el Fondo-, los demandados ocultaron al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña la existencia de los contratos objeto de la presente controversia.

Como se ha indicado en el Fundamento de Derecho anterior, el incremento en las retribuciones de los altos directivos partícipes del Fondo, no supuso, de manera concreta, la vulneración de norma presupuestaria y contable, ya que las Leyes de Presupuestos a las que hemos venido haciendo referencia, establecieron la prohibición de incrementar la masa salarial de determinados colectivos por encima de unos porcentajes determinados, pero no prohibieron que se superasen dichos límites para cada perceptor individual. Esas Leyes, sin embargo, sí reflejaron la voluntad del legislador de mantener, por debajo de los límites citados, los incrementos salariales globales del personal al servicio de las entidades públicas. En consecuencia, y dentro de ese marco legislativo, cuando el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña prohibió la existencia de cláusulas de indemnización para los directivos que finalizaban una relación laboral con una empresa pública –cláusulas de indemnización que habían sido consideradas por los Tribunales como la percepción de salarios diferidos- estaba trasladando al campo del sector público empresarial autónomo la voluntad de contención de los gastos de personal. No hay que olvidar tampoco, que no consta en autos que los convenios colectivos de F. de la G. de C. hubieran previsto incrementos retributivos para ninguno de sus colectivos de trabajadores, requisito éste sí exigido expresamente en la normativa presupuestaria aplicable. Así, el artículo 26.2 de la Ley de Presupuestos 3/1992, de 28 de diciembre, que aprobó los de la Hacienda Pública Catalana para el ejercicio económico 1993, dispuso, expresamente, que «para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral es preciso el informe favorable del Departamento de Economía y Finanzas. Se consideran determinación o modificación de las condiciones retributivas los proyectos de convenios colectivos, las revisiones, adhesiones o extensiones de éstos, la aplicación de los convenios colectivos de ámbito sectorial y de los pactos de mejoras que modifiquen las condiciones del personal laboral y la fijación de retribuciones mediante contrato individual, sino son reguladas mediante convenio colectivo». En los mismos o análogos términos se pronunciaron también todas las Leyes de Presupuestos de la Hacienda Pública catalana de los ejercicios 1994 a 2001.

Pues bien, la actuación de los demandados debe analizarse en el contexto que venimos describiendo, es decir, en el de una política general de contención de gastos de personal, plasmada en las sucesivas Leyes de Presupuestos y que, para el subsector público empresarial exigía al menos,

la existencia de convenios colectivos que regularan los incrementos retributivos del personal de dichas empresas. Dichos convenios, además, tenían que ser conocidos por la Consejería de Economía y Finanzas de la Generalitat, que debería informar favorablemente la determinación o modificación de las condiciones retributivas del personal laboral, especialmente cuando superaban los límites fijados para los funcionarios en las respectivas Leyes de Presupuestos.

Con todo este marco legal de referencia, hay que recordar que F. DE LA G. DE C. constituyó un Fondo, inicialmente revestido bajo la forma jurídica de un denominado «contrato de seguro»; posteriormente, en 1993, y tras el dictamen de una Asesoría Jurídica externa, modificaron las causas que darían lugar al cobro de las percepciones del Fondo, por un denominado «premio a la dedicación y permanencia en el trabajo» (por este cambio de objeto y por el hecho de que se retrotrajeran los efectos del mismo a 1991, fecha de la constitución del Fondo, el Ministerio Público, en la causa penal abierta, se querelló contra los demandados por un delito de falsedad en documento público, además de por el de malversación, que se extendía al conjunto de la operación analizada); y cuando, finalmente, el 8 de febrero de 1994, el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña prohibió, expresamente, para el personal al servicio de las empresas públicas, el cobro de dichas percepciones, no cumplieron ninguno de los requisitos de derecho transitorio que dicho Acuerdo estableció, para acabar ordenando el pago de las cantidades que integraban el Fondo, incluidos los rendimientos que éste había generado, siendo, además, alguno de los más importantes beneficiarios del mismo, en términos cuantitativos, como se ha puesto de manifiesto en los Hechos Probados de la presente resolución. Así, D. ENRIC R. S. percibió, el 25 de febrero de 1999, dos días después de su cese como Presidente de F. DE LA G. DE C., la cantidad de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTAS VEINTE PESETAS (178.065.720,- pts.); D. MIQUEL LL. V., percibió, el 24 de julio de 2000, un mes después de su cese como Director General de F. DE LA G. DE C., la cantidad de TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTAS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTAS SEIS PESETAS (37.455.506,- ptas.); y, finalmente, D. ANTONI H. H., percibió, el 27 de julio de 2000, cuando decide el rescate global del Fondo, como se ha indicado en el Hecho Probado Tercero de la presente resolución, la cantidad de CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTAS VEINTE MIL CUATROCIENTAS TREINTA Y UNA PESETAS (46.320.431,- pts.).

En definitiva, y como se ha venido indicando a lo largo de la presente resolución, los pagos ordenados y producidos entre el 29 de enero de 1993 y el 24 de julio de 2000, con cargo a las cantidades que F. DE LA G. DE C. había depositado en el Fondo contratado con la mercantil W., a los altos directivos de la empresa que iban causando baja en la misma, así como los que se derivaron de la liquidación del Fondo, producida el 27 de julio de 2000, constituyeron un incumplimiento del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de 8 de febrero de 1994. Este acuerdo constituía, a estos efectos, la auténtica norma presupuestaria y contable a la que debían atenerse los responsables de la empresa pública en lo que se refiere a las limitaciones existentes para el pago de indemnizaciones. Por eso, dicho incumplimiento, de los que fueron responsables los hoy demandados,

significa que los mismos actuaron, al menos, con negligencia grave, al permitir que se abonasen unas indemnizaciones expresamente prohibidas por dicho Acuerdo.

UNDÉCIMO.- *A todo lo anterior hay que añadir el desconocimiento, por parte del Consejo de Administración de los hechos que han dado origen al presente procedimiento. En efecto, la empresa F. DE LA G. DE C., en el momento en que se cometieron los hechos, se regía por un Consejo de Administración compuesto por el Presidente, Vicepresidente y los Consejeros. El Presidente y el Vicepresidente eran nombrados por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat, a propuesta del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas. Eran miembros de dicho Consejo de Administración: cuatro Consejeros designados por diferentes Departamentos del Consejo Ejecutivo; dos Consejeros en representación de los municipios a los que daba servicio la Empresa; un Consejero en representación de la Entidad Metropolitana de Transporte; tres Consejeros especializados en gestión de empresas, y dos Consejeros en representación del personal laboral. A ellos habría que añadir el Director General quien, hasta julio de 1997, era nombrado por el propio Consejo de Administración y, desde julio de 1997 y, desde entonces, por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat, a propuesta del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas.*

De acuerdo con el art. 20 de los Estatutos, el Consejo de Administración era el máximo órgano de dirección de la empresa con amplias facultades de administración y control de su funcionamiento, teniendo específicamente encomendadas las facultades de autorización de los contratos. Por su parte, y de acuerdo con el art. 19, eran competencias del Presidente del Consejo: a) ostentar la representación de la empresa; b) convocar y dirigir el Consejo de Administración; c) proponer las directrices del plan de actuaciones; y d) decidir sobre aquellas cuestiones no reservadas al Consejo o que éste le delegare. Finalmente, y de acuerdo con el art. 22 de los referidos Estatutos, el Director dirigía los servicios y el personal de la entidad, ejerciendo las facultades ejecutivas de gestión y administración dentro de los límites y de acuerdo con las directrices del Consejo, a quien debía dar cuenta de sus actuaciones.

Descritas anteriormente las competencias de los diferentes órganos directivos de F. DE LA G. DE C., hay que recordar que la constitución del fondo –bajo la forma y apariencia de un fondo complementario de las pensiones de la Seguridad Social de los Directivos- fue efectuado el 28 de febrero de 1991 por el Sr. V. G. y por el Sr. R. S., hoy demandado, quienes eran, respectivamente, Presidente y Director General de F. DE LA G. DE C. en el año 1991. Ambos suscribieron un documento por el que se comprometieron a constituir un fondo de previsión a favor de un grupo de altos directivos de la Empresa. Posteriormente, y como consecuencia de lo acordado, Don Albert V. G., en su condición de Presidente de la F. DE LA G. DE C., suscribió, con la mercantil W. un contrato de administración de fondos, denominado «Contrato de administración de fondos de preprimas de prestación determinada y base no contributiva». Por su parte, DON ENRIC R. S., en su condición de Director de F. DE LA G. DE C., procedió a suscribir con cada uno de los partícipes –los altos directivos reseñados- los

contratos individuales en los que se plasmaron las condiciones de la constitución del fondo por F. DE LA G. DE C. y las prestaciones a percibir por los beneficiarios en los términos establecidos reiteradamente en la presente resolución.

Ha quedado probado, tras el examen de la totalidad de las actas del Consejo de Administración de los años 1991 a 2000, que dicho órgano no tuvo conocimiento formal alguno de la constitución de dicho fondo, a pesar de que, como se ha indicado anteriormente, la autorización para celebrar contratos era de su exclusiva competencia. Tampoco consta en autos que el Consejo delegara dicha competencia, ni en su Presidente, ni en ningún otro órgano directivo. Finalmente, tampoco existe constancia de que se incluyera como orden del día, en ninguna sesión del Consejo, ningún asunto relacionado con los contratos controvertidos. En consecuencia, podemos deducir que el Consejo de Administración, ni autorizó «a priori», ni ratificó «a posteriori», ninguna de las operaciones económicas ligadas a los citados contratos. Las actuaciones descritas contravinieron los arts. 19, 20 y 22 de los Estatutos de F. DE LA G. DE C..

A todo lo anterior hay que añadir que en la documentación contable que debía, anualmente, ser analizada por el Consejo para proceder a la oportuna aprobación de las cuentas de la Sociedad, tampoco figuró, de manera expresa y clara, ni la constitución del fondo, ni los subsiguientes pagos a los altos Directivos. Las cantidades que iban integrando, anualmente, dicho fondo, se reflejaban, en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, en el subepígrafe «otros gastos sociales» dentro del epígrafe de «gastos de personal». Con ello se privó al Consejo de un dato fundamental para el posible conocimiento de las actividades económicas ligadas a los hechos ahora controvertidos. En consecuencia, fue la actuación de los ahora demandados, al margen de todo conocimiento del Consejo, los que dieron lugar a los perjuicios económicos causados en los fondos de F. DE LA G. DE C..

DUODÉCIMO.- Resta sólo por analizar la pretensión de reintegro efectuada por el demandante contra DON ENRIC R. S., por una cuestión diferente a la que constituye el objeto central de la presente controversia. Como se ha señalado en el Hecho Probado Cuarto de la presente resolución, durante el período comprendido entre 1994 y 1999, el SR. R. S., siendo Presidente del Consejo de Administración, ordenó a su favor el pago de dietas, por actividades no justificadas, por un importe total de 6.540.000,- pts. (folios 52 a 254 del Anexo 1 de las actuaciones previas 4/05 y folios 1082 al 1086 del Volumen II Anexo 3 de dichas actuaciones previas).

El derecho a la percepción de dietas de los Presidentes de Consejos de Administración en el Sector autonómico de Cataluña, se hallaba regulado, con carácter general, en el Decreto 337/88, de 17 de octubre, de regularización y actualización de indemnizaciones por razón de servicios a la Generalitat de Cataluña y, más concretamente, en los Acuerdos del Consejo Ejecutivo de 29 de noviembre y 4 de diciembre de 1984, 21 de enero de 1994 y 15 de abril de 1998. Dichas normas y acuerdos regulaban la percepción de dietas derivadas de la asistencia a reuniones de los correspondientes órganos colegiados de la Administración de la Generalitat

y de sus Organismos Autónomos, de Consejos de Administración de empresas con capital o control de la Generalitat y de Consorcios en que ésta participaba. Dichos Acuerdos únicamente permitían la percepción de dietas, en el caso que nos ocupa, por la asistencia a las reuniones del Consejo de Administración. Estas normas no preveían que los miembros del Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C., pudieran percibir dietas por conceptos tales como de reuniones con personal de dirección, reuniones con Consejeros, reuniones de trabajo con «empresas y administraciones», ni por asistencia a ruedas de prensa o a actos protocolarios. Dichos conceptos son, precisamente, como ha quedado expuesto en los Hechos Probados de la presente resolución, los que pretendieron justificar, de manera indebida, la ordenación del pago a su favor, por parte del hoy demandado SR. R. S., por un importe total de SEIS MILLONES QUINIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (6.540.000,- pts.), equivalentes a TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SEIS EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (39.306,19 €)

Como ya se ha señalado en el Fundamento Jurídico Quinto, la responsabilidad contable gira en torno al concepto de fondos o caudales públicos. En el presente caso, no cabe dudar del carácter de fondo público que tenían las dietas ordenadas a su favor por el SR. R. S. Se trataba de gastos y pagos que fueron abonados con cargo al Presupuesto de Explotación de F. DE LA G. DE C., y que cumplían las condiciones que, según la Jurisprudencia señalada en el Fundamento Jurídico Séptimo, definen el carácter público de los fondos, a saber: a) la procedencia de los bienes con los que se nutren esos fondos; b) la incorporación de esos bienes a las actividades encuadradas en el sector público; y c) la adscripción de las mismas a una finalidad general que deban cumplir.

Hay que recordar, una vez más, que La Sala de Justicia de este Tribunal ha declarado en múltiples resoluciones (ver, por todas, las Sentencias 1/2006, de 22 de febrero y 4/2007, de 23 de abril), que es indiferente, al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, y su origen puede ser, tanto la ausencia de numerario, como la ausencia de su justificación. Y dicha justificación, en ningún caso puede quedar, al libre albedrío del que gestiona y maneja los caudales o fondos públicos, sino que ha de acomodarse a lo legal y reglamentariamente dispuesto, de suerte que los documentos que sirvan de soporte a los pagos realizados reúnan una serie de requisitos formales; y, además, es imprescindible que quede acreditado que el destino dado a los fondos públicos sea el legalmente adecuado.

En el presente caso, DON ENRIC R. S., en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C., no podía ignorar que la ordenación a su favor, en concepto de dietas, por las cantidades y conceptos que figuran en el Hecho Probado Cuarto, no estaba amparada por la normativa que regula este tipo de percepciones que, en este caso concreto, únicamente permitía ordenar el pago de dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración. Como consecuencia de esta actuación del SR. R. S., se ha originado un menoscabo en los fondos públicos de F. DE LA G. DE C. por importe de SEIS MILLONES QUINIENTAS

CUARENTA MIL PESETAS (6.540.000,- pts.) equivalentes a TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SEIS EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (39.306,19 €), lo que determina la existencia de responsabilidad contable, según disponen los artículos 49.1 y 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y reconoce la Sala de Justicia de este Tribunal en múltiples Sentencias desde la de 30 de junio de 1992, al precisar que para la existencia de dicha responsabilidad es necesario «que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales y evaluable económicamente».

La actuación del SR. R. S., reúne, pues, los requisitos necesarios que la reiterada doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal ha elaborado (ver, por todas, la Sentencia 19/2007, de 15 de octubre) para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable, al reunir los requisitos ya detallados en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución. En consecuencia, procede declarar al demandado DON ENRIC R. S., como responsable contable directo del alcance producido en los fondos de F. DE LA G. DE C. por la cantidad de SEIS MILLONES QUINIENAS CUARENTA MIL PESETAS (6.540.000,- pts.), equivalentes a TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SEIS EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (39.306,19 €).

Pero de esa cantidad, y de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Sexto, respecto del instituto jurídico de la prescripción, la cantidad no afectada por el mismo, ascendería sólo a UN MILLÓN CUATROCIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (1.440.000,- pts.) equivalentes a OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (8.654,57 €), correspondiente a las cantidades ordenadas a su favor por el demandado con posterioridad al 20 de marzo de 1998.

DECIMOTERCERO.- A la vista de lo hasta aquí razonado, debe declararse la existencia de un perjuicio económico en los fondos públicos de F. DE LA G. DE C.; una primera partida referida a las cantidades satisfechas a los partícipes del Fondo por un total de QUINIENAS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTAS TREINTA Y SIETE PESETAS (536.645.337,- pts.), equivalentes a TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS TRES EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (3.225.303,43 €); y una segunda, por los pagos ordenados a su favor por el SR. R. S., en concepto de dietas no justificadas, por un total de SEIS MILLONES QUINIENAS CUARENTA MIL PESETAS (6.540.000,- pts.), equivalentes a TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SEIS EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (39.306,19 €).

Ambas cantidades constituyen un alcance en los fondos públicos, en los términos definidos en el art. 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que consiste, en términos generales, en «la ausencia de numerario o de justificación de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos jurídicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas»; y ello es así porque las salidas de fondos de F. DE LA G. DE C. carecieron de un título válido para su satisfacción, tanto en lo que se refiere a los pagos anudados a las indemnizaciones abonadas

con cargo al Fondo, como en las que lo fueron cuando se produjo el rescate del mismo, como, finalmente, en las ligadas a las dietas ordenadas a su favor por el SR. R. S.. Tal alcance origina la existencia de responsabilidad contable, determinante de la obligación de resarcimiento, según establece el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas cuando determina que «el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados».

Ahora bien, como se ha argumentado en el Fundamento Jurídico Sexto de la presente resolución, debe estimarse parcialmente la prescripción de la acción, lo que implica que la responsabilidad contable haya de exigirse únicamente sobre los perjuicios generados con posterioridad al 20 de marzo de 1998. En consecuencia, no ha prescrito la responsabilidad por cuatro pagos en concepto de indemnizaciones efectuados entre el 25 de febrero de 1999 y el 24 de julio de 2000, así como el rescate global del Fondo que se realizó el 27 de julio de 2000. La suma de todos estos pagos ascendió a un importe total de CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTAS UN MIL NOVECIENTAS CINCUENTA Y CUATRO PESETAS (436.401.954,- pts.), equivalentes a DOS MILLONES SEISCIENTOS VENTIDOS MIL OCHOCIENTOS VENTIOCHO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.622.828,57 €). Tampoco ha prescrito la responsabilidad por las dietas indebidamente ordenadas a su favor por el SR. R. S., con posterioridad al 20 de marzo de 1998, que ascendieron a la cantidad de UN MILLÓN CUATROCIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (1.440.000,- pts.) equivalentes a OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (8.654,57 €). La atribución de responsabilidad, en función del periodo temporal en el que se fueron cometiendo los hechos y de los cargos que ocuparon los demandados, debe ser la siguiente:

a) A D. ENRIC R. S. se le debe atribuir responsabilidad contable por la indemnización –de la que fue el beneficiario- pagada el 23 de febrero de 1999, día en que cesa como Presidente del Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C. y primera efectuada con posterioridad al 20 de marzo de 1998 (fecha a partir de la cual, las cantidades indebidamente pagadas, no deben considerarse prescritas), por un importe de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTAS VEINTE PESETAS (178.065.720,- pts.), equivalentes a UN MILLÓN SETENTA MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS (1.070.196,53 €); así como por la indebida ordenación y percepción de dietas por importe de UN MILLÓN CUATROCIENTAS CUARENTA MIL PESETAS (1.440.000,- pts.) equivalentes a OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (8.654,57 €).

b) A D. ANTONI H. H., Presidente del Consejo de Administración de F. DE LA G. DE C., desde el 24 de febrero de 1999, se le debe atribuir responsabilidad contable, por los tres pagos en concepto de indemnización por finalización de relaciones laborales, efectuados entre el 12 de abril y el 24 de julio de 2000, así como por la ordenación del rescate del Fondo y subsiguiente pago a los últimos cuatro partícipes del mismo –entre los que

se encontraba incluido- por un importe total de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTAS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTAS TREINTA Y CUATRO PESETAS (258.336.234,- pts.), equivalentes a UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS (1.552.632,04 €).

c) Por lo que se refiere al tercero de los demandados en el presente procedimiento, DON MIGUEL LL. V., no procede efectuar una declaración de condena contra el mismo, como se desprende de las argumentaciones jurídicas que dan lugar a la declaración de condena de los otros dos codemandados. Procede recordar, en cualquier caso, que su única disposición de dinero público, consistente en el pago de la indemnización a Don José Lluís S. S. por importe de 17.420.000 pts., el 22 de diciembre de 1997, quedó compensada por la indemnización debida por su despido improcedente, tal como ha quedado reflejado en el Hecho Probado Tercero de la presente Resolución, por lo que quedó enervado el posible perjuicio económico a F. DE LA G. DE C., requisito éste indispensable para que proceda la exigencia de responsabilidad contable, tal como se ha expuesto con anterioridad. En todo caso, ni intervino en la creación del Fondo ni participó en ningún otro pago que el anteriormente reseñado, por lo que no se dan, en su persona, ninguna de las condiciones necesarias para efectuar una declaración de responsabilidad contable.

La consideración como responsables directos de los Sres. R. S. y H. H. implica también, para los demandados condenados, el pago de los intereses legales del principal de cada condena. En el ámbito de la responsabilidad contable es aplicable el principio de «restitutio in integrum», del que deriva la exigibilidad de los correspondientes intereses. Tanto el art. 38.1 de la L.O. 2/1982, del Tribunal de Cuentas, como el art. 59.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, hacen referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como obligación principalísima del declarado responsable contable, entendiéndose la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal (ver, por todos, el Auto de 17 de diciembre de 2003) que la obligación de reparar los daños causados se debe concretar en el deber de restituir el importe en que se cifra la responsabilidad contable más los correspondientes intereses. En concordancia con esta normativa, el artículo 14.1 del vigente Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña, también dispone que las cantidades debidas a la Hacienda de la Generalidad producirán intereses de demora. Por lo que hace a la cuantificación de estos intereses, que derivan de la declaración de responsabilidad contable, el primer párrafo del art. 71.4.e) de la Ley 7/1988 se remite a los «intereses calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios». En este caso, los intereses deberán ser calculados, para cada uno de los condenados, año a año, y tomando como día de referencia el último de cada uno de ellos.

DECIMOCUARTO.- En cuanto a las costas, de acuerdo con lo establecido en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer imposición expresa de las mismas a ninguna de las partes intervinientes, al no haberse estimado, en su integridad, ninguna de las pretensiones de las partes.”

CUARTO.- Contra la Sentencia de primera instancia formularon recurso de apelación el Ministerio Público, Don Antoni H. H. y Don Enric R. S., los dos últimos a través del procurador de los tribunales Don Francisco V. M.-C. El recurso del Fiscal tuvo entrada en el Departamento de instancia con fecha 26 de septiembre de 2008, las apelaciones de los Sres. H. H. y R. S. se recibieron en dicho Departamento los días 8 y 9 de octubre de 2008, respectivamente.

QUINTO.- El Consejero de Cuentas de primera instancia, por Providencia de 20 de octubre de 2008, resolvió tener por interpuestos en tiempo y forma los recursos formulados, admitirlos y dar traslado de los mismos a las demás partes procesales para que comparecieran y pudieran formalizar su oposición.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 29 de octubre de 2008, solicitó "la revocación de la Sentencia de instancia en el sentido de absolver al Sr. R. y su confirmación en la condena al Sr. H."

SÉPTIMO.- El representante procesal de F. de la G, de C. "FGC", mediante escrito que tuvo entrada el 10 de noviembre de 2008, formuló su oposición a los recursos de apelación planteados por el Ministerio Fiscal, por Don Enric R. S. y por Don Antoni H. H.

OCTAVO.- La representación procesal de Don Miquel LL. V. se opuso al recurso formulado por el Ministerio Público, y lo hizo mediante escrito que tuvo entrada con fecha 11 de noviembre de 2008.

NOVENO.- El Sr. H. H., a través de su representación procesal y mediante sendos escritos que tuvieron entrada con fecha 12 de noviembre de 2008, se opuso tanto al recurso formulado por Don Enric R. S., como al planteado por el Ministerio Fiscal.

DÉCIMO.- El Consejero de Cuentas de primera instancia resolvió, a través de providencia de 24 de noviembre de 2008, tener por recibidos y unir a los autos los escritos de oposición formulados por las partes y elevar las actuaciones a la Sala de Justicia.

UNDÉCIMO.- Las pruebas practicadas en la instancia, que esta Sala valora de nuevo, fueron las siguientes:

- a) La documental admitida a instancia de la demandante, del Ministerio Fiscal y de las representaciones procesales de los Sres. R. S., LL. V. y H. H.
- b) Interrogatorio del representante legal de la parte actora.
- c) Interrogatorio de los demandados.
- d) Testifical a practicar en la persona de D. Albert V. G.

DUODÉCIMO.- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por providencia de 12 de diciembre de 2008, acordó abrir el correspondiente rollo, nombrar ponente siguiendo el turno establecido y pasarle los autos para la preparación de la resolución correspondiente.

DÉCIMOTERCERO.- La Sala de Justicia del Tribunal de cuentas, por providencia de fecha 19 de junio de 2009, se señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2009, fecha en la que tuvo lugar el acto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal considera en su recurso que la Sentencia apelada se fundamenta en una interpretación errónea de las normas estatutarias aplicables a las funciones de los órganos societarios de la entidad "F. de la G. de C.".

A juicio del Ministerio Público, a la vista de los Estatutos de la mencionada Entidad y de las reformas operadas en los mismos por los Decretos 64/99, de 9 de marzo y 287/2001, de 7 de noviembre, las facultades ejecutivas para la gestión de la Compañía se distribuían de la siguiente forma:

- a) Hasta el 9 de marzo de 1999, el único órgano con facultades ejecutivas de gestión era el Director General.
- b) Desde el 9 de marzo de 1999 hasta el 7 de noviembre de 2001 dichas facultades las compartían Director General y Presidente.
- c) Desde el 7 de noviembre de 2001, las citadas facultades se atribuían exclusivamente al Presidente.

En línea con la anterior argumentación, el Ministerio Público expone en su recurso que las facultades ejecutivas respecto al pago realizado el 23 de febrero de 1999 por importe de 178.065.720 ptas.(1.070.196 euros) las ostentaba en aquella fecha el Director General de la Entidad, que era Don Miquel LL. V.. Las facultades ejecutivas, en cambio, respecto a los pagos realizados en los meses de abril, mayo y julio de 2000 por importe de 258.336.234 ptas. (1.552.632 euros), las compartían el Director y el Presidente de la Empresa que, en aquellas fechas, eran Don Miquel LL. V. y Don Antoni H. H.

Como consecuencia de lo anterior, el Fiscal solicita la revocación parcial de la Sentencia apelada y que la Sala declare:

- a) La exoneración de responsabilidad contable a Don Enrique R. S.
- b) La condena a Don Miquel LL. V. como responsable contable directo de un alcance de 178.065.720 ptas. (1.070.196 euros) de principal.
- c) La condena al citado Sr. LL. V. y Don Antoni H. H. como responsables contables directos y solidarios de un alcance de 258.336.234 ptas. (1.552.632 euros) de principal.

TERCERO.- La representación procesal de D. Antoni H. H. fundamentó su recurso de apelación en los siguientes motivos:

- a) El recurrente se limitó a cumplir una obligación jurídicamente exigible, que no había sido contraída por él sino por gestores que le precedieron, y lo hizo mediante el pago de las cantidades correctas a las personas que reunían los requisitos exigibles para su cobro.
- b) El recurrente adoptó la decisión de atender a dichos pagos previo asesoramiento jurídico interno y externo.
- c) Tales pagos fueron oportunamente contabilizados, auditados e informados a la Sindicatura de Cuentas de Cataluña.
- d) El Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de 8 de febrero de 1994 no es una norma presupuestaria o de contabilidad ya que no tiene naturaleza normativa pues no fue publicado en el diario oficial correspondiente y la publicidad de las normas constituye un requisito esencial para su eficacia como fuente de obligaciones para terceros.
- e) De la misma forma que, de acuerdo con el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las normas jurídicas españolas no son objeto de prueba ante los jueces y tribunales españoles, tampoco "su falta de vigencia (o de exigencia o de publicación)... ha de ser probada".
- f) La Sentencia apelada no es suficientemente clara respecto al extremo de si imputa o no al Sr. H. H. responsabilidad por infracción de los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos de la Entidad F. de la G. de C..
- g) Los citados preceptos estatutarios no constituyen "norma contable o presupuestaria" en el sentido previsto en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El contenido de los mencionados preceptos de los Estatutos de la Entidad no tiene el perfil económico-financiero necesario para, en caso de vulneración, generar en el infractor responsabilidad contable por alcance.
- h) *"La sentencia (apelada) se ha atribuido la competencia para definir qué órgano es competente en F. para celebrar un contrato (algo ajeno a su ámbito de Jurisdicción), se ha atribuido también la competencia para decidir si un contrato es válido o no (algo que también es ajeno a su ámbito de jurisdicción) y, consecuencia de su juicio sobre la validez de un contrato (que nadie ha declarado nulo) acaba derivando la responsabilidad contable de la infracción de una norma competencial".*
- i) El Sr. H. H., al no haber firmado los contratos objeto de la controversia, no incumplió la obligación de informar sobre los mismos al Consejo de Administración, lo que en cambio sí se imputa a los Presidentes de la Entidad que suscribieron tales contratos.
- j) El Sr. H. H. era plenamente competente para realizar los pagos que aprobó en cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con anterioridad a su acceso a la Presidencia de la Entidad.
- k) La Sentencia incurre en incongruencia omisiva ya que ha dejado sin juzgar diversas cuestiones planteadas por el recurrente en los diversos trámites procesales de la primera instancia.
- l) Desde el punto de vista presupuestario, el apelante no intervino en la fase de contratación de las obligaciones sino únicamente en la de ejecución del gasto derivado de las mismas.
- m) La Sentencia de instancia contiene una importante contradicción pues, por un lado, afirma que la infracción presupuestaria o contable se produjo como consecuencia de haber contraído las obligaciones y, sin embargo, el

daño se produjo en el posterior momento del pago.

n) La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en Sentencia de 14 de noviembre de 2005, tiene dicho que un pago no es indebido y, en consecuencia, no provoca responsabilidad contable si el órgano que lo acuerda es competente para esa decisión y el pago tiene justificación. Ambas circunstancias concurren en la actuación del recurrente.

o) D. Antoni H. H. no incurrió en dolo ni negligencia de ningún tipo pues actuó en el ejercicio de sus competencias, previo asesoramiento jurídico, y en cumplimiento de unos contratos que vinculaban a la Entidad que presidió en 1999.

Con fundamento en estos motivos, el apelante solicita la revocación de la Sentencia recurrida en el sentido de que se declare su exención de responsabilidad contable y ello con imposición de costas a la Entidad demandante.

CUARTO.- El recurso formulado por la representación procesal de D. Enric R. S. se basa en los siguientes motivos:

a) La primera vez que el Sr. R. S. tuvo conocimiento que se estaba investigando su actuación como Director General y como Presidente de F. de Cataluña fue el 26 de marzo de 2004, fecha en que se le notificó la incoación de un expediente de responsabilidad contable por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Esta es por tanto la fecha en la que puede considerarse interrumpido el plazo de prescripción y no antes, pues para que un determinado acto produzca efectos interruptivos sobre la prescripción es requisito ineludible que haya sido conocido o, al menos, que haya podido serlo por el interesado.

b) Incongruencia omisiva de la Sentencia apelada por no tratar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario invocada por el recurrente en su escrito de contestación a la demanda.

c) La Sentencia apelada reconoce que:

- El acto de constitución del fondo administrado por W., que en realidad era un depósito, no fue un acto dispositivo perjudicial para la Generalitat, ya que los fondos depositados continuaban perteneciendo a F. de Cataluña.

- La ilegalidad no se produjo como consecuencia de una eventual vulneración de las normas presupuestarias que fijaban los límites de la masa salarial ya que, la prohibición de superación de dichos límites se imponía con carácter genérico como un tope máximo, independientemente de la distribución que se hiciera entre los distintos beneficiarios.

- La ilegalidad tampoco se produjo como consecuencia del eventual incumplimiento de la prohibición de introducir cláusulas de indemnización en la rescisión de los contratos de alta dirección, impuesta por Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 8 de febrero de 1994, porque dicho Acuerdo fue posterior al 10 de abril de 1991, fecha en que se adoptó la decisión de constituir y nutrir el fondo para el pago de los premios de dedicación y permanencia.

Lo que fue contrario a Derecho, según la Sentencia impugnada, fue, por un lado, la infracción del deber de comunicar las cláusulas contractuales a la Comisión de Coordinación Interdepartamental y, por otro, la posible ocultación del acto dispositivo al Consejo de Administración de F. de

Cataluña.

d) La Entidad F. de Cataluña, en las fechas en que estuvo vigente el contrato celebrado con W., fue objeto de los siguientes controles:

- Auditoría externa practicada por A., S.A.
- Control de la Intervención General del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat.
- Control de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña.
- Control derivado de la aprobación de las cuentas anuales por parte del Consejo de Administración de F. de Cataluña.

e) La constitución del fondo y la fórmula utilizada para instituir el derecho al percibo del premio, se efectuaron previa consulta y asesoramiento de un bufete externo.

f) Es discutible que, conforme a los Estatutos de la Entidad, el acto de constitución del fondo a favor de los directivos y los actos dispositivos a favor de cada uno de ellos fueran competencia del Consejo de Administración, pues las cuestiones de naturaleza salarial siempre habían sido resueltas y aplicadas por el Director General en su condición de "máximo ejecutivo de la empresa".

g) El Consejo de Administración siempre aprobó las Cuentas Anuales en las que constaban reflejados los actos aquí enjuiciados y, además, sus miembros tenían libre acceso a la documentación contable que constituía el soporte de las Cuentas Anuales y en la que dichos actos también lucían.

h) No puede apreciarse dolo ni negligencia grave en el recurrente a la vista de los controles a los que estuvo sometida su gestión, sin que sea suficiente para fundamentar ese requisito subjetivo de la responsabilidad contable la omisión del deber de información impuesto por el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat porque no se produjo con ánimo de ocultar nada.

i) El recurrente no pudo prever el posible daño ni cuando instituyó el premio para primar a los directivos, ni durante el período de vigencia de dicho premio, por lo que su conducta se ajustó al canon de diligencia profesional que le era exigible.

j) No ha quedado probado ni que los pagos anuales de los premios supusieran un incremento de la masa salarial superior al permitido, ni que estuviera vigente en las fechas en que se cometieron los hechos la prohibición de introducir cláusulas indemnizatorias para la resolución de los contratos de alta dirección, por lo que no ha quedado acreditada la concurrencia del requisito de la responsabilidad contable de la existencia de un daño económico, individualizado, real y efectivo en las arcas públicas.

k) El recurrente no tuvo ninguna capacidad decisoria respecto del acto dispositivo por el que se le declara responsable pues percibió su indemnización el 25 de febrero de 1999, pero había dejado de ser Presidente el anterior día 23, quedando a partir de dicha fecha desvinculado de la Entidad.

Con base en los motivos que acaban de exponerse, la representación procesal de D. Enric R. S. solicita la revocación de la Sentencia impugnada, con desestimación de las pretensiones formuladas por la actora, e imposición a la misma de las costas de la primera instancia y de esta apelación.

QUINTO.- Una vez sistematizados y expuestos los diversos motivos en los que los apelantes han fundamentado sus recursos, procede entrar en el examen de los mismos empezando por los que afectan a cuestiones procesales.

La representación procesal de D. Antonio H. H. esgrime falta de claridad en la Sentencia apelada respecto al extremo de si se imputa o no, al citado demandado, responsabilidad contable por haber infringido los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos de la Entidad F. de la G. de C..

Lo cierto, sin embargo, es que de la lectura coordinada del Hecho Probado Séptimo y del Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia de instancia, se deduce sin dificultad que dicha Resolución imputa al Sr. H. H. haber ocultado al Consejo de Administración de la Sociedad los contratos a los que se refiere el presente litigio y, en consecuencia, haber infringido los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos de la Entidad.

En efecto, el citado Fundamento de Derecho dice literalmente que *"fue la actuación de los ahora demandados, al margen de todo conocimiento del Consejo, los que dieron lugar a los perjuicios económicos causados..."*.

Dicha afirmación implica que la Sentencia recurrida considera que la conducta de todos los demandados, incluido el Sr. H. H., supuso ocultación de información al Consejo y, en consecuencia, infracción de los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos.

Por otra parte, ese mismo Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia apelada, afirma que *"ha quedado probado, tras el examen de la totalidad de las Actas del Consejo de Administración de los años 1991 a 2000, que dicho órgano no tuvo conocimiento formal alguno de la constitución de dicho fondo..."*.

Si la anterior afirmación se pone en conexión con el Hecho Probado Séptimo de la Sentencia de instancia, se concluye que también el período que va desde el acceso a la Presidencia del Consejo de D. Antoni H. H. hasta la resolución del Contrato con W. por el mismo (23 de febrero de 1999 a 30 de junio de 2000), estaba incluido en las fechas en las que la Sentencia impugnada estima incumplido el deber de información a los miembros del Consejo.

En consecuencia, no comparte esta Sala la consideración del recurrente de que la Sentencia de instancia no deja claro si le considera o no infractor de los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos de la Sociedad ya que, de acuerdo con lo expuesto en líneas precedentes, resulta indubitado que la aludida Resolución sí considera al mencionado recurrente responsable de haber infringido los artículos estatutarios a los que se acaba de aludir.

SEXTO.- Siguiendo con las cuestiones procesales suscitadas en esta instancia, procede examinar la alegación de D. Antoni H. H. respecto al exceso de Jurisdicción del Consejero de Cuentas para decidir cuál era el órgano competente en F. de la G. de C. para celebrar un contrato y para

resolver sobre la validez del mismo.

Deben recordarse dos cuestiones sobre este particular.

En primer lugar, de la fundamentación jurídica de la Sentencia apelada se extrae que todas las valoraciones que en ella se contienen sobre la competencia para contratar dentro de la Entidad y sobre la validez de los contratos objeto de este debate procesal se desarrollan de forma orientada a permitir al juzgador decidir estrictamente sobre la concurrencia o no, en las conductas enjuiciadas, de los requisitos de la responsabilidad contable.

Así, cuando el Fundamento de Derecho octavo argumenta sobre la naturaleza jurídica de los contratos, lo hace para dirimir si los fondos menoscabados debían considerarse públicos o privados; cuando el Fundamento de Derecho noveno analiza el objeto de los citados pactos y lo relaciona con el artículo 20 de la Ley de Presupuestos de la Hacienda de Cataluña para 1991, lo que busca es elementos para decidir si se ha producido vulneración de normativa contable o presupuestaria, objetivo que vuelve a repetirse cuando el Fundamento de Derecho décimo examina el contenido de los contratos de referencia a la luz del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 8 de febrero de 1994; finalmente, en el Fundamento de Derecho Undécimo, se analiza la posible infracción por los demandados de determinados artículos estatutarios y es, dentro de este contexto, donde se hace referencia a la cuestión de quién era el órgano de la Entidad competente para celebrar los controvertidos contratos.

El Consejero de instancia, por lo tanto, ha plasmado en su Sentencia algunas valoraciones jurídicas sobre los contratos que dieron lugar a los hechos enjuiciados, que están estrechamente conectadas con la identificación de los elementos constitutivos de la responsabilidad contable que se recogen en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y que esta Sala de Justicia ha ido sistematizando en diversas resoluciones desde su Sentencia de 30 de junio de 1992.

No se aprecia, por tanto, en este sentido, el exceso de jurisdicción alegado por el recurrente, pues las valoraciones jurídicas recogidas en la Sentencia de instancia se enmarcan dentro de la argumentación que sirve de base al juzgador para resolver sobre la responsabilidad contable de los demandados, lo que en nada rebasa el ámbito objetivo de su competencia de acuerdo con los artículos 2, b), 15 y 16 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

Por otra parte, y en segundo lugar, no puede olvidarse que el artículo 17.2 de la mencionada Ley Orgánica dice que: *"(La Jurisdicción Contable) se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente"*.

El apartado 3 de ese mismo artículo 17 termina: *"La decisión que se*

pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la Jurisdicción Contable”.

El Legislador ha querido dotar, como se ve, al Juez Contable de un marco normativo flexible que le permite argumentar en Derecho con la misma amplitud de posibilidades que tienen los tribunales de la jurisdicción ordinaria en relación con las cuestiones prejudiciales (artículo 10 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Por tanto, siempre que su discurso jurídico no se aparte de los elementos de la responsabilidad contable, lo que en el presente caso no se ha producido, no se puede apreciar que se haya incurrido en el exceso de Jurisdicción esgrimido por el Sr. H. H., procediendo, en consecuencia, rechazar tal alegato.

SÉPTIMO. - Alega también la representación procesal de D. Antoni H. H. que la Sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva por haber dejado sin juzgar diversas cuestiones planteadas por el recurrente en los diversos trámites procesales.

Esta Sala de Justicia ha venido estableciendo su Doctrina respecto a la incongruencia a través de diversas resoluciones (por todas, Sentencia 10/2001, de 18 de abril) con base en los siguientes criterios:

- a) El principio de congruencia se resume en el aforismo latino, "*sententia debet esset conformis libello*".
- b) El artículo 71.3º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas 7/1988, de 5 de abril, establece que la Sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará en todo o en parte la pretensión de responsabilidad contable.
- c) El Tribunal Constitucional considera que adolecen de falta de congruencia las resoluciones que concedan más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, cosa diferente a la solicitada por ambas parte, o graven en un recurso más de lo que ya lo estaba al recurrente –salvo que exista adhesión a la apelación (Sentencias del Tribunal Constitucional 225/91, 169/94, 91/95, 128/96, entre otras).
- d) Según esta Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para que la incongruencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva debe constituir una desviación del "*thema decidendi*" del tal importancia que suponga una completa modificación de los términos en que se produce el debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a la pretensión.
- e) Por tanto, no vulnera la tutela judicial efectiva "*cualquier leve omisión, silencio o desajuste de escasa entidad*".

La Sentencia impugnada argumenta con claridad cuáles son las razones por las que considera que la conducta del apelante constituye gestión de caudales públicos, supone infracción de norma contable y presupuestaria, genera un daño real y efectivo en los fondos gestionados e implica una falta relevante de la diligencia profesional exigible. La fundamentación jurídica de la Sentencia apelada, por tanto, expone los criterios por los que considera al recurrente incurso en responsabilidad contable, y lo hace relacionando su conducta con cada uno de los requisitos que configuran este modelo de responsabilidad.

Cumple, en consecuencia, la citada Resolución con las exigencias del artículo 71.3º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, antes citado, ya que al dar respuesta a cada uno de los elementos que integran la pretensión procesal del actor, simultáneamente ofrece las razones por las que no acepta la resistencia a dicha pretensión planteada por los demandados.

El hecho de que no se haga mención expresa a algunas alegaciones concretas de los legitimados pasivos del proceso y, en particular, a la esgrimida por el Sr. H. H. en su recurso –que el citado demandado no intervino en la contracción de la obligación, sino sólo en el cumplimiento o ejecución del gasto- no supone *"una desviación del thema decidendi de tal importancia que suponga una completa modificación de los términos en que se produce el debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a la pretensión"*.

La cuestión de si la actuación del recurrente se produjo en una fase presupuestaria o en otra, sólo tiene relevancia jurídica en el presente proceso en lo que pueda afectar a la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contable, por lo que la ausencia en la fundamentación jurídica de la Sentencia apelada de una referencia expresa a este concreto aspecto, no implica por sí misma desviación alguna del *"thema decidendi"* ya que, como ya se ha dicho, el Juzgador de instancia no ha omitido ninguno de los puntos de contacto que ha detectado entre la conducta enjuiciada y los requisitos de la responsabilidad contable, y es ahí donde está la base jurídica en la que se apoya la obligación indemnizatoria impuesta al recurrente. Estamos, por tanto, ante lo que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada considera una omisión no significativa que no implica incongruencia omisiva, por lo que la alegación del Sr. H. H. sobre este particular debe ser desestimada.

OCTAVO.- La representación procesal del Sr. R. S. alega, por su parte, que el citado demandado tuvo conocimiento de que se estaba investigando su actuación como Director General y como Presidente de F. de Cataluña el 16 de marzo de 2004, fecha en la que se le notificó la incoación de un expediente de responsabilidad contable por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. En opinión de este recurrente, ésta sería la fecha en la que debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción, y no antes, pues para que un determinado acto produzca efectos interruptivos sobre la prescripción es requisito ineludible que haya sido conocido o, al menos, que haya podido serlo, por el interesado.

De acuerdo con este criterio apuntado por el recurrente, deberían considerarse prescritas todas las responsabilidades contables derivadas de hechos anteriores al 26 de marzo de 1999, por haber transcurrido respecto de las mismas el plazo de 5 años previsto en la Disposición Adicional Tercera, apartado primero, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, sin haberse producido acto alguno dotado de efectos interruptivos durante ese lapso de tiempo.

La Sentencia de instancia, por el contrario, considera que sí se produjo un acto interruptivo de la prescripción anterior al aceptado por el recurrente: El Informe de la Intervención General de la Generalitat de Catalunya de 20 de

marzo de 2003.

Dicho informe, según la Sentencia apelada, tendría efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción por dos razones:

- a) Porque recoge el criterio del antes citado Órgano Autonómico de control interno sobre las posibles irregularidades objeto de enjuiciamiento contable, lo que satisface las exigencias de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
- b) Porque en materia de responsabilidad contable no resulta exigible, con carácter general, el requisito del conocimiento formal por el interesado para que un acto pueda producir efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción.

Esta Sala de Justicia comparte ambos puntos de vista formulados en la Sentencia impugnada y, por tanto, no puede estimar la alegación de prescripción planteada por el recurrente.

En efecto, el Informe de la Intervención General de la Generalitat de Catalunya, de 20 de marzo de 2003, debe considerarse como un acto encuadrable en la categoría de los que, por su contenido, interrumpen el plazo de prescripción de acuerdo con la tantas veces citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que establece que interrumpirán el plazo de prescripción de la responsabilidad contable las *"actuaciones fiscalizadoras, procedimientos fiscalizadores, disciplinarios, jurisdiccionales o de otra naturaleza que tuvieran por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable..."*.

El citado informe constituye una actuación fiscalizadora orientada a analizar los hechos enjuiciados en el presente proceso, pues en el mismo se concreta el criterio de la Intervención General de la Generalitat de Catalunya respecto a:

- Las operaciones financieras que culminaron con el pago a los beneficiarios del fondo, según iban causando baja en la Empresa.
- El rescate final de las cantidades que permanecían en dicho fondo, producido el 27 de julio de 2000.
- La ordenación a su favor, por el Sr. R S., de dietas no justificadas.

Por otra parte, esta Sala de Justicia ha defendido en diversas ocasiones que, en materia de responsabilidad contable, no resulta exigible de forma general e indiscriminada el requisito del conocimiento formal por el interesado, para que un acto pueda producir, contra el mismo, efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción.

Así, en Sentencias como la 5/05, de 13 de abril, esta Sala ha sostenido que, *"a diferencia del sistema establecido en la Ley General Tributaria, al que se remite la Ley General Presupuestaria, que exige expresamente que el acto interruptivo de la prescripción sea objeto de conocimiento formal del interesado para que pueda desplegar sus efectos, la Ley 7/1988, de 5 de abril, carece de expresión similar o equivalente cuando regula la interrupción del plazo de prescripción de las responsabilidades contables.*

Esta situación ha dado pábulo a controversias jurídicas, de diferente signo, propugnando algunos que estamos ante una pretensión involuntaria del Legislador que debe subsanarse acudiendo al contexto legislativo, trayendo así al ámbito de la responsabilidad contable el sistema de las Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria, de exigencia del conocimiento formal del acto interruptivo de la prescripción, y propugnando otros que la referida omisión es fruto de la voluntad del Legislador de no decir lo que no se quiere decir, y de no incluir requisitos o restricciones que no se quieren incluir, debiéndose así aplicar literalmente la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, sin enriquecerla con aditamentos que el Legislador no contempló.

La polémica antedicha, de la que no se ha librado esta Sala, ha traído como efecto la búsqueda de una solución caso a caso profundizándose en la averiguación e interpretación del iter fáctico de cara a determinar en cada supuesto, prudencial y ponderadamente, cuándo puede concederse a determinado acontecimiento la virtualidad interruptiva de la prescripción”.

En la Sentencia 6/05, de 13 de abril, esta Sala tiene dicho que, “el requisito del conocimiento formal por el interesado del procedimiento sancionador lo exige expresamente el artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo, incluido dentro del Título IX, capítulo I: “principios de la potestad sancionadora”, también el artículo 68 de la actual Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), antes el artículo 66, exige el conocimiento formal para interrumpir la prescripción en algunos de los supuestos que contempla. En ambos casos, el fundamento de esta exigencia es constituir una garantía de los administrados frente a la actuación unilateral de la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras o tributarias y, en ambos casos, está expresamente prevista en la normativa que rige la prescripción en estos ámbitos, normativa que regula plazos, requisitos y supuestos distintos a los previstos a propósito de la prescripción contable. Sin embargo este requisito no está previsto a propósito de la prescripción de la responsabilidad contable; este tipo de responsabilidad tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos... configurándose como una subespecie de la responsabilidad civil... y por tanto de marcado carácter patrimonial y no sancionador.

El párrafo tercero de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que regula la prescripción de la responsabilidad contable, contempla como requisito para su interrupción el inicio de un procedimiento de examen de los hechos que la originan pero no exige su conocimiento formal por los presuntos responsables contables. El régimen de la prescripción de la responsabilidad contable se asemeja así al régimen de la prescripción en el ámbito civil, no a la prescripción en materia tributaria o sancionadora. Así, por ejemplo, conviene recordar que el artículo 1969 del Código Civil fija para el inicio del cómputo de la prescripción en las acciones civiles el día en que las mismas pudieron ejercitarse, no el día en que se tuvo conocimiento de ello; por último, el artículo 1973 del mismo Texto Legal, tampoco exige este conocimiento al regular las causas de interrupción de la prescripción civil”.

Por otra parte, como acertadamente se apunta en la Sentencia de instancia, esta Sala de Justicia en su Sentencia 20/2006, de 22 de noviembre, ha recogido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, la prescripción, *"como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la Seguridad Jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista. Por el contrario, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto que se manifieste el "animus conservandi" deberá entenderse que queda correlativamente interrumpido el "tempus praescriptionis". Por ello, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí, por el contrario, lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Esta interpretación extintiva exige que, para acoger la prescripción, haya de tomarse en cuenta no sólo el transcurso del tiempo, sino el "animus" del afectado, de manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo..."*.

En el presente caso, a la vista de la concreta conducta del recurrente enjuiciada, teniendo en cuenta los controles practicados sobre la actividad económica de la Empresa por órganos externos a la misma y la específica naturaleza y contenido del Informe de 20 de marzo de 2003 de la Intervención General de la Generalitat de Catalunya, no cabe apreciar ningún elemento que induzca a apartarse del criterio general restrictivo que permite la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad contable a través de un acto que no haya sido formalmente comunicado al interesado.

En consecuencia, esta Sala desestima la alegación de prescripción formulada por la representación procesal del Sr. R. S. y, por tanto, confirma la solución de la primera instancia de considerar prescritos sólo los hechos anteriores al día 20 de marzo de 1998.

NOVENO.- Alega la representación del Sr. R. S., por otra parte, incongruencia omisiva de la Sentencia apelada por no tratarse en la misma la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario invocada por el citado recurrente en su escrito de contestación a la demanda.

Dicha alegación no puede ser estimada por esta Sala pues, al margen de los razonamientos jurídicos sobre la incongruencia recogidos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Sentencia, que se dan por reproducidos ahora, del examen de las Actuaciones se deducen las siguientes conclusiones:

- a) La representación procesal de D. Enric R. S. planteó, en su escrito de contestación a la demanda, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.
- b) En el Acto de la Audiencia Previa, el Letrado de D. Enric R. S. mantuvo y argumentó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que se había planteado en la contestación a la demanda.
- c) En dicho trámite de Audiencia Previa, el Consejero de Cuentas acordó

resolver mediante Auto la mencionada excepción procesal.

d) Por Auto de 12 de febrero de 2007, el Consejero de primera instancia resolvió, de forma razonada en Derecho, desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario a la que nos venimos refiriendo.

e) Dicho Auto fue impugnado por la representación procesal de D. Miguel LL. E., adhiriéndose al recurso D. Enric R. S.

f) El Auto impugnado de 12 de febrero de 2007 fue confirmado en todos sus efectos mediante Auto del posterior 12 de abril de 2007, también del Consejero de la primera instancia.

g) Las dos resoluciones desestimatorias de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que se acaban de mencionar, se citan en el Antecedente de Hecho octavo de la Sentencia apelada.

En consecuencia, la citada excepción procesal fue examinada y resuelta con todas las garantías procesales en la primera instancia, no siendo ajustado a Derecho un nuevo tratamiento de la cuestión en la Sentencia apelada como solicita el recurrente.

No cabe, por tanto, estimar la incongruencia omisiva planteada en esta segunda instancia contra la Sentencia dictada en la primera.

En todo caso, en tanto en cuanto la excepción de litisconsorcio pasivo necesario podría ser apreciable de oficio, en realidad a esta Sala en el presente caso le bastaría en este asunto con dar por reproducido en la presente resolución lo razonado en los dos autos dictados por el juzgador de instancia ya mencionados, a fin de evitar innecesarias reiteraciones. Sólo se desea, de un lado, recordar el carácter solidario de las responsabilidades contables (artículo 38.3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas en relación con el artículo 1144 y concordantes del Código Civil) y, de otro, subrayar que en este caso no se aprecia, no se justifica por el alegante la "inescindibilidad" en las relaciones jurídicas subyacentes en relación con el/los otro/s sujeto/s que se considera debería/n haber sido llamados al proceso (artículo 12.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

DÉCIMO.- Una vez examinadas y resueltas las cuestiones procesales planteadas por las partes, procede entrar a conocer del fondo del asunto a través del estudio de la conexión entre el alcance demandado y las conductas enjuiciadas, para poder decidir si concurren o no en ellas los requisitos de la responsabilidad contable.

El Ministerio Fiscal solicita en su recurso, entre otros extremos, que se revoque la Sentencia de primera instancia en el sentido de que se declare *"la responsabilidad contable directa de las personas que estatutariamente tenían atribuidas las facultades ejecutivas de disposición de la empresa F.G.C., y en consecuencia se condene al reintegro de las cantidades indebidamente pagadas, a D. Miguel LL. V. en 178.065 ptas. (1.070,196 euros) y a D. Antoni H. H. junto y de modo solidario con D. Miguel LL. V. en 258.336.234 ptas. (1.552.632 euros)"*.

La representación procesal del Sr. LL. V., en su escrito de oposición al recurso del Ministerio Público, alegó no sólo la inexistencia de la

responsabilidad contable exigida a dicho demandado sino, además, que la pretensión del Fiscal incurría en "*mutatio libelli*" y suponía infracción de los principios procesales de justicia rogada, carga de la prueba, congruencia, buena fe y preclusión.

La correcta resolución de esta controversia exige tener en cuenta los siguientes aspectos que se deducen del contenido de los autos:

- a) El cuerpo del escrito de la demanda formulada por F. de la G. de C. concreta la posible responsabilidad contable de D. Miquel LL. V. en un pago, por 17.420.000 ptas., realizado el 26 de enero de 1998 a D. Josep Lluís S. S.. En el Suplico de la demanda se pide que se condene al citado demandado al reintegro de la mencionada cantidad, de forma solidaria con D. Enric R. S.
- b) En un escrito posterior a la demanda, la actora solicita que se subsane un "error de transcripción" y se sustituya el suplico por otro en el que, además de fijarse la cifra del alcance exigida en la demanda, "*se declare que del importe de dicho alcance son contablemente responsables en la forma y por las cantidades señaladas en este escrito los demandados, D. Antoni H. H., D. Enric R. S. y D. Miguel LL. V.*".
- c) La contestación a la demanda presentada por el representante procesal del Sr. LL. V. sólo se refiere al pago concreto antes citado y, en este sentido, dice literalmente: "*Como se desprende del escrito de demanda la responsabilidad atribuida a mi mandante se circunscribe al pago realizado por F. de la Generalitat al Sr. Josep Lluís S. S. el día 26 de enero de 1998, en concepto de premio de dedicación y permanencia*".
- d) El Ministerio Fiscal, en la Audiencia Previa, se adhirió a la demanda aunque precisando que procedía aplicar el instituto de la prescripción contable a una parte de la pretensión del demandante.
- e) En la prueba de interrogatorio del demandado Sr. LL. V., propuesta por la actora y admitida por el Consejero de instancia, todas las preguntas propuestas se refieren al único hecho del pago de las 17.420.000 ptas. a D. Josep Lluís S. S.. Una de las preguntas propuestas, que fue inadmitida por el Consejero de Instancia, decía literalmente: "*Diga ser cierto que sabe que su actuación ha supuesto un menoscabo en las arcas de F.G.C., empresa pública de la Generalitat de Catalunya, en la suma de 17.420.000 ptas.*".
- f) En el Acto del juicio las partes se ratificaron en sus escritos de demanda y de contestación y la representación procesal de D. Miquel LL. V. aportó un escrito de compensación por la cantidad de 17.420.000 ptas. entre D. Josep Lluís S. S. y F. de la G. de C.. El Ministerio Fiscal volvió a reproducir en el juicio su posición de adhesión a la demanda salvo en lo relativo a la prescripción.
- g) La Sentencia de primera instancia, al examinar las posibles responsabilidades contables imputadas al Sr. LL. V., únicamente analiza las derivadas del pago de las 17.420.000 ptas. al Sr. S. S., y llega a una conclusión absolutoria por entender que, al haberse producido una compensación jurídicamente relevante, no se había ocasionado como consecuencia de dicho pago un daño real y efectivo en las arcas públicas. La Sentencia no se refiere a ningún otro hecho, más allá del aludido pago, como imputable a D. Miguel LL.
- h) La representación legal de la actora no recurrió la Sentencia de instancia y, en su escrito de oposición a las apelaciones, no esgrime ningún

argumento en contra de la exoneración de responsabilidad contable decidida en la instancia para D. Miquel LL. V.

i) La representación procesal de la demandante declara, en su escrito de oposición a los recursos, que la pretensión de responsabilidad dirigida contra el Sr. LL. V. se concretaba en el pago realizado a favor del Sr. S. S. y que la impugnación del Fiscal incurría en "*mutatio libelli*" respecto a aquel demandado.

La cuestión de si la pretensión del Fiscal, de que se revoque la Sentencia de instancia en el sentido de condenar al citado demandado por hechos distintos a los concernientes al controvertido pago que hizo a favor del Sr. S. S., incurre o no en "*mutatio libelli*" debe examinarse poniendo los aspectos que se acaban de exponer en relación con la Doctrina que esta Sala ha venido manteniendo en torno a dicho principio procesal.

Para poder resolver sobre esta cuestión resulta pertinente empezar por recordar que esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 7/04, de 3 de marzo) ha venido sosteniendo, sobre la naturaleza del recurso de apelación contable, que se trata de un medio de impugnación "*ordinario que permite al Tribunal de Apelación la posibilidad de interpretar y aplicar normas jurídicas con un criterio diferente, 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.*

El recurso de apelación permite un novum iudicium por lo que la Sala puede 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 plantean, sean de hecho o de Derecho.

Sin embargo, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, de forma que frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexactitud de los mismos y la veracidad de los alegados en contrario".

En su posterior Sentencia 10/04, de 5 de abril, la misma Sala de Justicia sostuvo que "*si bien el recurso de apelación es un recurso ordinario de permite al Tribunal ad quem conocer en su integridad del proceso... no autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, dado que ello se opone al principio general del Derecho "pendiente appellatione, nihil innovetur", o dicho de otro modo, el órgano competente para conocer del proceso en segunda instancia, debe circunscribir su análisis a los temas que fueron objeto de controversia en el primer grado jurisdiccional, ya que sobrepasar dicho límite implicaría incongruencia y conllevaría indefensión para la parte apelada".*

La propia Sala de Justicia Contable, esta vez en Sentencia, entre otras,

4/03, de 7 de mayo, tiene dicho que *"la técnica de reproducir las alegaciones hechas en la instancia o las descalificaciones genéricas de lo razonado en la Sentencia apelada no son, en general, modos de actuación jurídicamente aceptables, según ha tenido ocasión de sostener la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo 13 de noviembre de 1991 y 26 de junio de 1990 y de esta Sala de Justicia de 24 de febrero de 1994) porque, en efecto, la segunda instancia responde a la necesidad de depuración de los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión versa o tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional o sentencia dictada por el órgano judicial a quo, y por ello exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar –en virtud de un juicio crítico racional- la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que ésta debió tener en cuenta –y en general así ocurre- los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición"*.

Este es el marco general que la Doctrina de esta Sala de Justicia aporta sobre la naturaleza del recurso de apelación contable, los límites de actuación a que están sometidas las partes procesales en el mismo, y el alcance de la potestad del Tribunal de apelación para conocer y resolver de estas impugnaciones.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de junio de 1998) ha argumentado frecuentemente sobre la necesidad de discernir entre cuestiones nuevas aportadas por el apelante en las que no se podría entrar en la segunda instancia, y aspectos nuevos planteados por el mismo que sí podrían ser conocidos y resueltos en fase de apelación.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo expone con claridad que: *"en fase de apelación es preciso distinguir entre lo que es mera argumentación jurídica nueva por parte del apelante, para acometer desde ella la crítica a la Sentencia apelada, y lo que son auténticas cuestiones nuevas, que cambian cualitativamente del pretensión"*.

En cuanto a las primeras no hay obstáculo formal para su admisión; pero no es así en cuanto a las segundas, pues la posibilidad de su planteamiento quedó precluida antes de la Sentencia apelada (Sentencia de esta Sala de Justicia Contable 2/02, de 18 de febrero).

En el presente caso, la intención de la actora fue demandar a D. Miquel LL. V. como posible responsable contable por un pago de 17.420.000 ptas., realizado el 26 de enero de 1998, a D. Josep Lluís S. S.. Así se deduce del escrito de la demanda –al que se adhirió el Ministerio Fiscal salvo en lo relativo a la prescripción-, de la actividad probatoria desplegada por el demandante en la primera instancia, y de sus argumentaciones recogidas en el escrito de oposición a las presentes apelaciones.

El único hecho que la actora imputó al Sr. LL. V., como posible detonante de una responsabilidad contable, fue el referido pago al Sr. S. S.. Este fue el concretísimo acto del que se defendió el demandado en su escrito de contestación a la demanda y en su actividad probatoria, y el único conocido

y resuelto por el juzgador de instancia respecto a D. Miquel LL.

Puede decirse en consecuencia que no ha sido objeto de exigencia, prueba, conocimiento y fallo en la primera instancia ningún hecho generador de responsabilidad contable para el Sr. LL. V. distinto del pago al Sr. S. S. al que nos venimos refiriendo.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal en su recurso pide que se condene al citado demandado como responsable contable por otros pagos distintos, en concreto, por un pago de 178.065,720 ptas. (1.070.196 euros) realizado el 23 de febrero de 1999, y por otros, de forma solidaria con el Sr. H. H., que ascendieron a 258.336.234 ptas. (1.552.632 euros) y que se realizaron en los meses de abril, mayo y julio de 2000.

Resulta evidente, a la vista de las actuaciones practicadas y de la Doctrina antes expuesta, que esta Sala no puede atender esta pretensión del Fiscal pues, de hacerlo, entraría a conocer de una materia que no se suscitó en la primera instancia, de la que no pudo defenderse el interesado, que no pudo conocer y enjuiciar el Consejero competente y que se plantea ex novo por la vía inapropiada de esta apelación.

No cabe esgrimir en contra de este criterio de corrección del suplico de la demanda pedida por la actora en su momento y a la que se ha aludido anteriormente.

Ello es así, en primer lugar, porque dicha corrección no afecta al alcance imputable al Sr. LL. V. porque en ella se reconoce que a cada demandado se le debe pedir el reintegro que corresponda "*en la forma y en la cuantía*" previstas en el escrito de la demanda y, el cuerpo de dicho escrito, no deja duda sobre la absoluta identificación y concreción del pago por el que se exige la responsabilidad a este demandado.

En segundo lugar, por la conducta procesal de la actora en toda la primera instancia, que ya se ha descrito, y que prueba que nunca persiguió que se condenara a D. Miquel LL. a reintegrar por hechos distintos del pago que hizo al Sr. S. S.

En tercer lugar, por la conducta procesal del Ministerio Público en dicha instancia, que también se ha descrito, y que consistió en adherirse a la demanda -salvo en materia de prescripción- y en no desarrollar actividad probatoria alguna orientada a vincular al Sr. LL. V. con los alcances que en esta segunda instancia le imputa.

En cuarto lugar, y último, por la conducta procesal de la actora en esta segunda instancia, consistente en no recurrir la Sentencia, en considerar incurso en "*mutatio libelli*" la pretensión del Ministerio Público contra este demandado y en sostener, en el escrito de oposición a las apelaciones, de forma literal lo siguiente: "*En nuestra demanda ya solicitábamos, al concretar e individualizar la responsabilidad de los demandados, que de la suma de 178.065.720 euros que percibió con cargo al fondo D. Enric R. S., el mismo era responsable conjunta y solidariamente con D. Antoni H., excluyendo al Sr. LL., como así lo ha recogido la Sentencia, de cualquier*

intervención y por tanto responsabilidad en esta operación de manejo y disposición de dinero público”.

Previamente, y en el mismo escrito, la representación legal de la Empresa había afirmado que *“si se examina la documentación de esta operación obrante en autos, se observará que D. Miquel LL. V. fue totalmente ajeno a la misma y, por tanto, no intervino en ninguna fase del procedimiento de contracción y disposición del dinero que percibió el Sr. R.”.*

El Ministerio Fiscal, por tanto, al adherirse a la demanda, aceptó una pretensión de responsabilidad contable contra D. Miquel LL. V. que, prescripción al margen, se concretaba en la cifra de 17.420.000 ptas. y derivaba de un concreto pago, el realizado a D. Josep Lluís S. S. el día 26 de enero de 1998. No puede, por tanto, entrar esta Sala en esta segunda instancia a conocer de otros hechos diferentes, debiéndose en consecuencia desestimar la apelación del Ministerio Público en lo relativo a la pretendida condena de D. Miquel LL. V.

UNDÉCIMO.- Por otra parte, tanto el Ministerio Fiscal como D. Enric R. S., en sus respectivos recursos, solicitan la revocación de la Sentencia de instancia en el sentido de que se absuelva al citado demandado de la responsabilidad contable que se le imputa por los contratos que celebró, con fecha 28 de febrero de 1991, con los miembros del llamado “Comité de Dirección Amplio” de la Empresa F. de la G. de C..

El conocimiento de esta cuestión de fondo exige el examen de la concurrencia o no, en la conducta del Sr. R. S., de aquellos requisitos de la responsabilidad contable que el mismo y el Ministerio Público consideran inexistentes en el presente caso.

La interpretación conjunta y armónica de los artículos 38.1 y 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en conexión con el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, ha permitido a esta Sala, a través de diversas resoluciones desde Sentencia de 30 de junio de 1992, sistematizar los requisitos de la responsabilidad contable en los siguientes apartados: a) acción u omisión constitutiva de gestión de fondos públicos; b) infracción de normativa contable o presupuestaria; c) existencia de un daño real y efectivo en el patrimonio público; d) concurrencia en la conducta enjuiciada de dolo, culpa o negligencia grave; e) plasmación de las operaciones enjuiciadas en la correspondiente documentación económico-financiera; f) nexo causal entre la conducta del presunto responsable y el menoscabo en los fondos públicos objeto de enjuiciamiento.

El examen simultáneo de los recursos de apelación planteados por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de D. Enric R. S. permite concluir que la impugnación se concreta en la falta de concurrencia, en opinión de los recurrentes, de los siguientes requisitos de la responsabilidad contable en la conducta del citado demandado: a) acción u omisión constitutiva de gestión de caudales públicos; b) vulneración de normativa contable o presupuestaria; c) concurrencia de dolo o negligencia grave en la conducta enjuiciada; d) existencia de un daño real y efectivo en los fondos públicos de la Empresa.

A saber:

a) En cuanto al requisito de la gestión de fondos públicos hay que empezar recordando que D. Enric R. S., según consta en la relación de hechos probados de la Sentencia de primera instancia y no ha sido discutido por la partes, firmó el 28 de febrero de 1991, siendo Director de la Empresa Pública F. de Generalitat de Cataluña, los contratos a los que se refiere la presente acción de responsabilidad contable y, además, percibió el 23 de febrero de 1999, 178.065.720 ptas., equivalentes a 1.070.196,53 euros, con fundamento en uno de esos contratos, en concreto, en el que suscribió en nombre de la empresa para el cobro de las correspondientes cantidades por él mismo, cuando llegara el momento del cumplimiento, del acaecimiento de la contingencia pactada.

Hay dos momentos distintos, por tanto, a tener en cuenta para valorar la participación de D. Enric R. S. en estos Hechos: El momento de celebración de los contratos objeto de la presente controversia y el momento de la percepción de las 178.065.720 ptas. con cargo a uno de ellos.

Tanto el Ministerio Público como el citado demandado defienden, en sus apelaciones, que el único momento jurídicamente relevante para la producción del alcance en los fondos públicos aquí enjuiciado fue el del pago de la cantidad y no el de la celebración del contrato causante de dicho pago. Con base en este criterio, ambos apelantes sostienen que D. Enric R. S. no participó en condición de gestor de fondos públicos en ese concreto pago pues se limitó a percibirlo, estando además ya en aquel momento desvinculado de la Empresa.

Lo cierto, sin embargo, es que la celebración de los contratos sí tiene relevancia jurídica respecto al alcance ocasionado en los fondos de la Empresa Pública demandante.

Es verdad que, como sostiene el Sr. R. S. y afirma el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia de instancia, el contrato celebrado con "W., S. de S. sobre la v., S.A.", el 10 de abril de 1991, no supuso en sí mismo un perjuicio real y efectivo para las arcas de la Empresa ya que ésta siguió siendo titular de los fondos depositados.

Pero dicho contrato no se imputa al Sr. R. S.; los que sí se le atribuyen son los anteriores, de 28 de febrero de 1991, por los que la Empresa se obligaba a desembolsos concretos a favor de determinados directivos.

Dichos contratos generaron derechos para esos directivos frente al patrimonio de la Sociedad, y fue la realización de tales derechos lo que, a través de los correspondientes pagos, dio lugar al daño real y efectivo susceptible de reparación en esta vía jurisdiccional.

No debe olvidarse que el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, define el alcance como falta de numerario o "saldo deudor injustificado" de una cuenta. Pues bien, en el presente caso, el saldo deudor es consecuencia del pago realizado el día 23 de febrero de 1999, pero su carácter

injustificado deriva de los contratos celebrados el anterior 28 de febrero de 1991.

Por lo tanto, la celebración de dichos contratos sí forma parte de la conducta de gestión que ha provocado el alcance producido y, en consecuencia, resulta jurídicamente relevante a los efectos de la responsabilidad contable derivada del mismo.

No debe olvidarse que esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 10/02, de 18 de diciembre) ha venido sosteniendo que hay responsabilidad contable cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación adecuada para que el alcance se produzca.

En el caso de autos, la celebración de los contratos provocó el escenario jurídico adecuado para que se produjeran los pagos generadores del saldo deudor lesivo para el patrimonio de la Sociedad.

El Sr. R. S. celebró los controvertidos contratos siendo Director General de la Empresa y ostentando, como el propio Fiscal reconoce en su recurso, facultades ejecutivas de gestión y administración. La participación de este demandado en la contratación en la que se apoyó el alcance objeto del presente enjuiciamiento, constituyó gestión de fondos públicos a los efectos de la exigibilidad de responsabilidad contable, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y con la Doctrina establecida por esta Sala en Sentencias como la 27/04, de 13 de diciembre.

No ofrece dudas, por las razones expuestas, que entre los contratos celebrados por D. Enric R. S. y el alcance enjuiciado existe una conexión jurídicamente relevante para la exigencia de responsabilidad contable y que la intervención del mismo en dichos contratos supuso gestión de caudales públicos en el sentido de los ya citados artículos 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo.

Por otro lado, tampoco comparte esta Sala la tesis defendida tanto por el Ministerio Público como por la representación procesal de D. Enric R. S. en el sentido de que el mismo no tuvo ninguna participación, en condición de gestor de fondos públicos, en el pago indebido que se hizo el 23 de febrero de 1999, dos días después de su desvinculación jurídica de la Empresa.

Sobre este particular debe tenerse en cuenta que la responsabilidad contable que se imputó al Sr. R. S. en la Sentencia de instancia fue de carácter directo, lo que obliga a valorar su conducta no sólo desde la perspectiva de los artículos 15 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, sino también a la luz del artículo 42.1 de la Ley Orgánica a la que se acaba de aludir.

De acuerdo con dicho precepto, son responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.

Son responsables contables directos, por tanto, los gestores de fondos

públicos que hayan colaborado en la comisión de los hechos generadores de alcance.

No se refiere el citado artículo al "*colaborador necesario*" ó "*extraneus*", esto es, al particular que coopera en los hechos pero sin gestionar fondos públicos ni estar obligado a rendir cuenta de los mismos. Esta figura carece de legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable como ha puesto de relieve esta Sala en múltiples ocasiones (por todas, Sentencia 7/02, de 17 de septiembre).

A lo que se refiere el artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, cuando considera posible responsable contable directo a quien haya colaborado en la comisión de los hechos, es al gestor de fondos públicos, cuentadante respecto a los mismos, que desarrolla conductas de apoyo relevante para que el menoscabo injustificado de las arcas públicas se produzca.

Es en este sentido en el que puede considerarse responsable contable directo, al Sr. R. S., por el pago indebido que se le hizo el 23 de febrero de 1999.

Ello es así porque la conducta que desarrolló como gestor de fondos públicos en la Empresa, mientras estuvo jurídicamente ligado a la misma, abarca acciones y omisiones que constituyen colaboración en los hechos constitutivos de alcance, en el sentido previsto en el antes mencionados artículo 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

En efecto, en primer lugar y, como ya se ha dicho, porque el demandado fue quien vinculó a la Empresa, a través de los contratos objeto de controversia, a satisfacer unas cantidades que no tenían suficiente justificación jurídica. El saldo deudor constitutivo de alcance adquiere su condición de injustificado, en el presente caso, no por el pago de 23 de febrero de 1999, sino por los contratos de 1991 en los que se fundamentó.

Por otra parte, según se deduce del Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia apelada, el Sr. R. S. no desarrolló ninguna iniciativa orientada a que el Consejo de Administración de la Empresa tuviera conocimiento del Fondo que se constituía y de las obligaciones que la Sociedad asumía en relación con el mismo a favor de determinados directivos, y ello a pesar de que las competencias en materia de contratación los Estatutos las reservaban a favor de dicho órgano colegiado.

Además, durante el período en el que el demandado fue Presidente de la Empresa y ostentaba, según reconoce el propio Ministerio Público en su recurso, funciones ejecutivas de gestión y administración compartidas con el Director General, se produjeron diversos pagos en virtud de los contratos de 1991 lo que, sin perjuicio de la prescripción de la responsabilidad contable derivada de algunos de esos desembolsos que se declara en la Sentencia de instancia y esta Sala confirma, implica un "*modus operandi*", protagonizado por el Sr. R. S., de dar luz verde sin ninguna objeción a los pagos derivados de los controvertidos contratos. Esa praxis prolongada en

el tiempo dio lugar a que, en la fecha en la que se produjo el pago indebido a favor del Sr. R. S. por el que se le condenó en la instancia, existiera un escenario fáctico y jurídico que atribuyera una apariencia de legalidad a dicho desembolso. Aunque técnicamente él ya estuviera desvinculado de la Empresa cuando cobró la cantidad y no tuviera capacidad de disposición de dichos fondos como gestor de los mismos el 23 de febrero de 1999, el pago que se le hizo se benefició de una apariencia de juridicidad derivada de la fluidez con la que se habían venido realizando este tipo de desembolsos en el período en el que D. Enric R. S. sí gestionaba los fondos públicos con los que se atendían tales pagos.

A las circunstancias predicables de la conducta del demandado que se acaban de citar, hay que añadir algunas consideraciones aplicables al caso y que se han venido recogiendo por esta Sala en diversas resoluciones.

En primer término, debe traerse a colación el criterio incorporado a Sentencias como la 15/1998, de 25 de septiembre, que defiende un concepto de gestor de fondos públicos, a los efectos de la responsabilidad contable, que va mucho más allá del "manejo directo" de los caudales y que no resulta compatible con la idea defendida en esta instancia, por el Ministerio Público y por la representación procesal del Sr. R. S., que asocia de forma rígida "gestión de fondos" a "capacidad de actuación directa sobre los mismos".

En segundo lugar, también resultan interesantes los argumentos jurídicos contemplados en sentencias como la 10/97, de 24 de julio, favorables a la exigencia de responsabilidad contable a quienes no teniendo disponibilidad directa sobre los fondos perjudicados, participan no obstante en la estrategia planificada para ocasionar el alcance en los mismos.

En consecuencia, esta Sala entiende que D. Enric R. S. sí cumple el requisito de haber sido gestor de los fondos públicos alcanzados pues actuó en el marco del artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas cuando celebró los contratos de 1991, y lo hizo en el marco del artículo 42.1 de la citada Norma respecto al pago que se le hizo en 1999.

b) El citado demandado plantea en su apelación por otro lado, que su intervención en los hechos enjuiciados no supuso infracción alguna de norma contable o presupuestaria.

La actora defendía, en su escrito de demanda, que los contratos de 28 de febrero de 1991 se celebraron contra lo prevenido en el artículo 20 de la Ley 20/1990, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 1991, y que el pago efectuado a D. Enric R. S. el 23 de febrero de 1999 vulneró la Ley 20/1998, de Presupuestos de dicha Comunidad Autónoma para 1991.

La Sentencia de primera instancia considera que, aunque en los ejercicios de 1991 y siguientes el Legislador había configurado un marco de austeridad presupuestaria estricta en materia de gastos de personal, lo cierto es que los límites al incremento de la masa salarial previstos en las Leyes de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para los ejercicios de

1991 y 1999, deben entenderse aplicables a la masa salarial global del colectivo de altos cargos, y no a la cantidad satisfecha a cada perceptor individual.

Con base en este criterio, la Sentencia apelada considera que ni la celebración de los contratos, ni los pagos derivados de los mismos (incluido el percibido por el Sr. R. S. el 23 de febrero de 1999) supusieron vulneración de los límites previstos en la legislación presupuestaria aplicable a los años 1991 a 2000.

Esta Sala de Justicia, al margen del mayor o menor grado de sometimiento de tales contratos y pagos a los principios de eficacia y eficiencia, cuestión ajena al ámbito de competencia objetiva de la Jurisdicción contable, comparte el criterio del Juzgador de instancia y no considera infringidas las Leyes de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña de los ejercicios 1991 y 1999 por el hecho de que se celebraran los controvertidos contratos por el Sr. R. S. y se pagara al mismo una determinada cantidad como consecuencia de ellos.

Para la Sentencia apelada, la infracción de la normativa presupuestaria imputable a D. Enric R. S. hay que buscarla en el incumplimiento del Derecho transitorio recogido en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 8 de febrero de 1994 que, en su punto tercero, establecía que la entidades que tuvieran contratadas con su personal cláusulas contractuales que estuvieran en contradicción con las prohibiciones o limitaciones que establecía dicho Acuerdo debían comunicarlo, de manera fehaciente, a la Comisión de Coordinación Interdepartamental antes del 29 de febrero de 1994.

Esta era, precisamente, la situación de F. de la G. de C., pues los contratos celebrados el 28 de febrero de 1991 por D. Enric R. S. eran contrarios a la prohibición de cláusulas de indemnización, por rescisión de contratos de Alta Dirección formalizadas por empresas públicas, que se recogían en el antes aludido Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de 8 de febrero de 1994.

Siendo ésta, como se ha dicho, la situación en la que se hallaba la Empresa, y no constando que por la misma se hubiera cumplimentado el trámite de comunicación a la Comisión de Coordinación Interdepartamental exigido por el Acuerdo de 8 de febrero de 1994, la Sentencia de instancia considera vulnerado dicho Acuerdo y, consecuentemente, que consta el incumplimiento de una norma presupuestaria generador de responsabilidad contable.

Lo cierto, sin embargo, es que, aunque el recurso del Sr. R. S. nada dice sobre esta cuestión, la apelación formulada por la representación procesal de D. Antoni H. H. pone en tela de juicio que el citado Acuerdo administrativo pueda considerarse una norma jurídica válida y eficaz al no haber sido objeto de publicación en ningún Diario Oficial.

En relación con este punto, no se ha planteado alegación de contrario por la actora en su escrito de oposición al recurso, y no obra en autos prueba

alguna de la publicidad concedida en su caso al mencionado Acuerdo, ni de otra circunstancia acreditativa del conocimiento del mismo por los demandados.

No puede considerarse suficientemente probado en esta instancia, por tanto, que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 8 de febrero de 1994 resultara exigible a los demandados, por lo que esta Sala se separa en este punto del criterio del Juzgador de instancia.

Cuestión distinta es la que se refiere a la infracción del régimen de competencias de los órganos de la Empresa en materia de contratación.

El 28 de febrero de 1991, el órgano competente para autorizar la contratación de F. de la G. de C. era su Consejo de Administración, de acuerdo con el artículo 20 de los Estatutos de la Empresa. Sin embargo, en dicha fecha, D. Enric R. S. celebró los consabidos contratos vinculando a la Sociedad con diversos altos directivos de la misma, sin el conocimiento y consentimiento del Consejo de Administración.

Resulta revelador sobre este particular lo que constata el Fundamento de Derecho Undécimo de la Sentencia impugnada cuando afirma que:

" Ha quedado probado, tras el examen de la totalidad de las actas del Consejo de Administración de los años 1991 a 2000, que dicho órgano no tuvo conocimiento formal alguno de la constitución de dicho fondo, a pesar de que, como se ha indicado anteriormente, la autorización para celebrar contratos era de su exclusiva competencia, ni en su Presidente, ni en ningún otro órgano directivo. Finalmente, tampoco existe constancia de que se incluyera como orden del día, en ninguna sesión del Consejo, ningún asunto relacionado con los contratos controvertidos. En consecuencia, podemos deducir que el Consejo de Administración, ni autorizó "a priori", ni ratificó "a posteriori", ninguna de las operaciones económicas ligadas a los citados contratos. Las actuaciones descritas contravinieron los arts. 19, 20 y 22 de los Estatutos de F. DE LA G. DE C..

A todo lo anterior hay que añadir que en la documentación contable que debía, anualmente, ser analizada por el Consejo para proceder a la oportuna aprobación de las cuentas de la Sociedad, tampoco figuró, de manera expresa y clara, ni la constitución del fondo, ni los subsiguientes pagos a los altos Directivos. Las cantidades que iban integrando, anualmente, dicho fondo, se reflejaban, en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, en el subepígrafe "otros gastos sociales" dentro del epígrafe de "gastos de personal". Con ello se privó al Consejo de un dato fundamental para el posible conocimiento de las actividades económicas ligadas a los hechos ahora controvertidos."

Estas circunstancias implican infracción de los artículos 20 y 22 de los Estatutos de la Empresa pues los contratos se suscribieron por órgano sin competencia para ello (lo que supuso vulneración de las normas reguladoras de las competencias del Consejo de Administración y del Director General, e infracción de las reglas sobre los deberes de información de este último respecto al primero).

La cuestión a dilucidar es si los citados artículos estatutarios son normas simplemente de administración mercantil, reguladoras de la distribución de competencias entre órganos y de los deberes de información entre los mismos, o normas de alcance económico-financiero susceptibles de fundamentar posibles responsabilidades contables.

En el ámbito puramente administrativo, que no es el del presente caso, resulta evidente la trascendencia financiera de la adopción, por órgano competente, del acuerdo de autorización o disposición del gastos, o del de contracción de la obligación, o del correspondiente al pago material de la misma.

Dentro de dicho ámbito administrativo, es normativa con trascendencia económico-financiera la que regula, por ejemplo, la competencia para adjudicar un contrato o para revocar una subvención.

Se trata de normas administrativas pero a la vez reguladoras de un aspecto, la competencia, que se integra en tales casos en la gestión económico-financiera de los fondos públicos.

Este mismo criterio resulta de aplicación al ámbito de las Empresas Públicas, como es el caso de F. de la G. de C..

Todas aquellas normas estatutarias que regulen el ámbito de competencias que impliquen actividad económica de los diversos órganos, serán normas reguladoras de dicha actividad y, en consecuencia, su infracción podrá dar lugar a responsabilidad contable según el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

También son normas reguladoras de la actividad económica de la Empresa las que regulan los deberes de comunicación entre sus órganos cuando, dichos deberes, afecten a actuaciones que impliquen aumento o reducción del Patrimonio de la Sociedad.

Todo ello es consecuencia de la interpretación amplia que ha venido haciendo esta Sala de Justicia del concepto de "normativa contable o presupuestaria" a que se refiere el antes citado artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y que se plasma en Sentencias como la 10/2005, de 14 de julio.

En el caso de autos, el Sr. R. S., al haber contratado excediendo su competencia como Director General e invadiendo la del Consejo de Administración, ha incumplido las reglas estatutarias que regulan la forma de comprometer el Patrimonio de la Empresa a través de contratos. Ha vulnerado, por tanto, las normas reguladoras de la actividad económica de la Empresa que se articula por la vía de la contratación.

Por otra parte, el citado demandado, al haber omitido sus deberes de información al Consejo de Administración respecto a una actividad de contenido económico desarrollada por el mismo, ha infringido la normativa estatutaria reguladora de la forma en que se debe desplegar la actividad de

gestión patrimonial por los órganos de la Empresa.

Finalmente, los pagos realizados en ejecución de una obligación contractual contraída de forma contraria a Derecho constituyen pagos indebidos de acuerdo con el artículo 141.1,d) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y aplicable al presente caso por analogía, por concurrir la identidad de razón prevista en el artículo 4 del Código Civil.

En conclusión, tanto la infracción de los artículos 20 y 22 de los Estatutos al contratar en 1991, como la realización del pago indebido de 1999, constituyen infracciones normativas generadoras de responsabilidad contable de acuerdo con el concepto amplio de "normativa contable o presupuestaria" defendido por esta Sala de Justicia y al que anteriormente se aludió.

c) Siguiendo con la argumentación del apelante Sr. R. S., procede valorar a continuación si concurre o no en la conducta del mismo el requisito subjetivo del dolo o de la grave negligencia.

Para ello resulta de interés aplicar a su actuación los criterios que sobre este requisito subjetivo de la responsabilidad contable ha venido elaborando esta Sala de Justicia a través de su Doctrina:

- Constituye descuido inexcusable el incumplimiento de las normas por quienes, como consecuencia de la relevancia de las responsabilidades y deberes que tienen encomendados, debieran conocerlas y observar cautelas en su actuación preventivas o, al menos, reductoras del daño producido (sentencia 11/04, de 6 de abril).

El Sr. R. S. era Director General de la Empresa el 28 de febrero de 1991, cargo que por su contenido e importancia le obligaba a conocer los límites de sus competencias y los deberes de información al Consejo, y a prever los menoscabos derivados de su actuación al margen de tales competencias y deberes.

- La diligencia exigible en la gestión de los fondos públicos es una diligencia cualificada frente a la exigible en la gestión de patrimonios privados (Sentencia 15/04, de 26 de julio).

El conocimiento y escrupuloso respeto de las normas Estatutarias resulta exigible con especial rigor cuando, como sucede en el presente caso, los fondos de la Sociedad tienen el carácter de públicos.

- Existe conducta gravemente culposa cuando se produce un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la actuación por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados (Sentencia de esta Sala de Justicia 16/04, de 29 de julio, en relación con Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994).

En el caso de autos, el Director General de una Empresa Pública ha

gestionado el patrimonio de la misma a través de una actividad contractual contraria a Derecho y omitiendo sus deberes de información al Consejo de Administración, lo que constituye una forma de administrar fondos públicos ajena a los valores jurídicos exteriorizados y socialmente lesiva.

- Se produce negligencia grave cuando *"quien debiendo prever resultado perjudicial no lo prevé, o previéndolo no toma las medidas oportunas para evitarlo"* (Sentencia 2/03, de 26 de febrero).

El Director General de la empresa debía haber previsto y evitado el menoscabo que, para la misma, iba a suponer la salida de fondos a través de pagos a directivos derivados de una contratación con los mismos no ajustada a Derecho.

Podemos decir, en conclusión, que la celebración de unos contratos contra las reglas de competencia estatutarias y la ocultación de los mismos al Consejo de Administración, dando lugar a consecuencia de ello a unas salidas de fondos injustificadas y por tanto lesivas para la Empresa, no se ajusta al canon de diligencia exigible a quien era Director de la Sociedad cuando se produjeron los hechos.

Frente a la anterior conclusión, alega el demandado algunas circunstancias paliativas de su negligencia que, en opinión de esta Sala, no pueden prosperar.

El hecho de que la actividad económica de la Empresa hubiera estado sometida a diversos controles (interno y externo, por firma privada y por organismos públicos), no enerva la falta de diligencia que se imputa al demandado. La negligencia apreciada en su conducta deriva de los hechos probados en el presente proceso y de los criterios jurídicos aplicables a los diversos requisitos de la responsabilidad contable previstos en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, incluido el de la concurrencia de dolo o negligencia grave. Por lo demás, la apreciación de culpa grave en el presente caso, respecto a este demandado, es compatible con los resultados de las auditorías y fiscalizaciones realizadas sobre la gestión de la Empresa. Tales resultados tiene el valor probatorio que les corresponde, ni más ni menos, y que esta Sala ha expresado con claridad en Sentencias, entre otras, 9/04, de 4 de marzo, 21/04, de 27 de octubre, y de 29 de diciembre.

Tampoco la negligencia grave de un gestor es incompatible con el hecho de que las cuentas anuales hayan sido aprobadas por el Consejo de Administración de la Empresa, como pretende el recurrente. Sobre este particular ha tenido ocasión de manifestarse esta Sala de Justicia en diversas resoluciones (por todas, Sentencia 6/03, de 14 de mayo), en el sentido de que *"la naturaleza meramente formal tanto de la cuenta propiamente dicha, como de su rendición, verificación y aprobación, no puede bajo ningún concepto enervar la posibilidad de que se exijan las responsabilidades que se desprenden de la gestión a que la cuenta se refiere"*.

Finalmente, debe recordarse que el asesoramiento jurídico externo al que

se refiere el apelante como causa moderadora de su falta de diligencia, se prestó en relación con el objeto y contenido del contrato constitutivo del Fondo y con la forma de hacer efectivos los pagos, pero no respecto a las cuestiones por las que se exige responsabilidad contable al recurrente: competencia para la celebración de contratos y deber de información al Consejo de Administración.

d) Por último, nos queda referirnos a la concurrencia del requisito del daño real y efectivo para las arcas públicas previsto tanto en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, como en el artículo 59 de esta última Norma.

El recurrente esgrime que dicho menoscabo no se ha producido porque los contratos, y los pagos derivados de estos, no fueron contrarios a las limitaciones impuestas por las Leyes de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para los diversos ejercicios y por el Acuerdo de su Consejo de Gobierno de 8 de febrero de 1994.

Esta argumentación, sin embargo, no resulta jurídicamente relevante en el presente caso ya que lo que esta Sala considera infringido, por el apelante, son las normas estatutarias sobre competencia para contratar y sobre deberes de información entre órganos. Fue la infracción de los artículos 20 y 22 de los Estatutos lo que dio lugar al pago efectuado el 23 de febrero de 1999 que, por injustificado, supuso un daño real y efectivo para el patrimonio de la Empresa.

La salida de fondos que se produjo en dicha fecha, con fundamento en un contrato irregular, supuso un pago indebido en el sentido del artículo 141.1,d) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, vigente en aquel momento y, como ya se ha dicho, análogamente aplicable al presente caso. Consecuencia de dicho pago indebido fue la producción, en las arcas de la Empresa, de un daño que se ajusta a los requisitos exigidos, para que pueda generar responsabilidad contable, tanto por el antes citado artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, como por la Doctrina de esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 10/2006, de 9 de mayo).

De acuerdo con lo expuesto y razonado en el presente Fundamento de Derecho, debe confirmarse la Sentencia apelada en lo relativo a la condena de D. Enric R. S. por un alcance de 178.065.720 ptas. (1.070.196,53 euros) como consecuencia del pago que se le hizo con fecha 23 de febrero de 1999, desestimándose por tanto la pretensión impugnatoria del citado recurrente y la del Ministerio Fiscal sobre este punto, y ello sin perjuicio de que esta Sala, para llegar a esta solución, se haya apartado en algún aspecto de la fundamentación jurídica incorporada a la Sentencia de instancia y haya aportado sus propios criterios jurídicos, lo que resulta plenamente ajustado a Derecho y así lo ha sostenido la propia Sala, por todas, en Sentencia 17/05, de 26 de octubre.

DUODÉCIMO.- Tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal de D. Enric R. S. solicitan en sus apelaciones la exoneración del citado

demandado de todas las responsabilidades contables que se le exigen, pero no recogen en sus recursos ninguna argumentación específica en contra de la concreta condena, declarada por la Sentencia de instancia, a reintegrar la cifra de 1.440.000 ptas. (8.654,57 euros), como consecuencia de la indebida ordenación y percepción de dietas.

La petición de absolución por este hecho aparece inmotivada, por tanto, en los recursos de los apelantes.

Esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 6/1996, de 28 de mayo) ha venido sosteniendo que *"esta falta de alegaciones implica que la pretensión impugnatoria aparece inmotivada pues no se basa en estudio crítico alguno sobre la Sentencia apelada. No se cumple, por tanto, con la necesidad de fundamentar la impugnación que caracteriza a los recursos de apelación – como recursos ordinarios- lo que no debe inducir al órgano jurisdiccional ad quem a actuar ex officio con olvido, por tanto, de los principios jurídicos que informan nuestro sistema de recursos procesales (rogación, congruencia, contradicción, etc.)."*

La doctrina jurisprudencial ha declarado que si bien el incumplimiento de tal trámite no acarrea inexcusablemente, como consecuencia del desistimiento del proceso (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 24 de mayo de 1981, 17 de junio de 1983, 19 de diciembre de 1988, 23 de enero de 1989, etc., dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y aquí plenamente aplicables por efecto de la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/82, en relación con el artículo 81.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) no deja, sin embargo, de afectar esencialmente al ámbito y efectos del debate en la segunda instancia por venir reducido el análisis de la problemática planteada a considerar los posibles vicios esenciales de procedimiento, etc., en el caso de que pudieran generar una nulidad radical, dado que respecto a las cuestiones de fondo, la ausencia de aportación de la argumentación jurídica que resultaba obligada, supone en la práctica un desapoderamiento del órgano de apelación para pronunciarse sobre la totalidad de lo debatido en la instancia y resuelto por la Sentencia apelada".

En el caso de autos concurren las siguientes circunstancias:

- a) El hecho cuarto de la Sentencia apelada considera probado que D.Enric R. S., durante el período comprendido entre 1994 y 1999 ordenó a su favor el pago de dietas no justificadas por importe de 6.540.000 ptas., de las que 1.440.000 ptas., equivalentes a 8.654,57 euros, fueron abonadas con posterioridad al 20 de marzo de 1998.
- b) El Fundamento de Derecho duodécimo de la Sentencia apelada establece las razones jurídicas por las que considera que la ordenación y pago de las mencionadas dietas constituye un alcance en los fondos públicos de la Empresa, generador de responsabilidad contable para D. Enric R. S..

Pues bien, no encuentra esta Sala ninguna irregularidad en la fundamentación fáctica y jurídica que se acaba de exponer, por lo que no puede sino desestimar los recursos del Fiscal y del Sr. R. S. en lo relativo a estos hechos, confirmando la condena que por los mismos se recoge en la

Sentencia apelada.

DECIMOTERCERO.- El recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Antoni H. H., por su parte, fundamenta la pretensión impugnatoria, en primer lugar, en que la conducta del citado demandado no supuso infracción normativa.

Como ya se ha expuesto más arriba, la sentencia de instancia considera que el recurrente infringió tanto los artículos 19, 20 y 22 de los Estatutos de la Empresa, como el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña de fecha 8 de febrero de 1994.

En efecto, la Sentencia apelada, como ya se indicó también en el tratamiento de las cuestiones procesales, incluyó al Sr. H. H. entre los demandados a los que consideraba incursos en responsabilidad por vulneración de la normativa estatutaria de la Empresa. No puede apreciarse vicio procesal, por tanto, como en su momento se dijo, de falta de claridad en la Sentencia impugnada sobre este punto.

Cuestión distinta es que esta Sala no comparta el criterio del Juzgador de instancia sobre este particular porque el Sr. H. H. no fue quien suscribió los contratos de 1991 invadiendo las competencias del Consejo, ni quien en su condición de Director General omitió los deberes de colaboración con dicho órgano colegiado.

No puede imputarse al citado demandado, por tanto, la infracción de los artículos 20 y 22 de los Estatutos, ni tampoco la del artículo 19 por cuanto no consta en autos prueba de que desarrollara sus competencias al margen de las previstas por dicho precepto para el Presidente del Consejo.

Por otra parte, no cabe imputar a este recurrente la vulneración del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 8 de febrero de 1994, no sólo por los problemas de publicidad y prueba de conocimiento que concurren en dicho Acuerdo y a los que se aludió en el anterior Fundamento de Derecho, sino porque además la obligación de comunicación a la Comisión de Coordinación Interdepartamental que se recogía en el apartado tres del Acuerdo debía cumplirse antes del 29 de febrero de 1994, una fecha muy anterior al período en el que el demandado adoptó las decisiones por las que se le exige la responsabilidad.

En efecto, puede considerarse acreditado que D. Antoni H. H. ocupó el cargo de Presidente de la Empresa desde el 28 de febrero de 1999 hasta el 10 de febrero de 2004, y que fue dentro de ese período cuando acordó los pagos por los que se le pide la responsabilidad contable. No obra prueba alguna en el proceso que permita deducir, por tanto, que en febrero de 1994 estuviera obligado por su cargo a cumplimentar lo ordenado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat del día 8 de dicho mes y año.

El incumplimiento normativo que esta Sala imputa al Sr. H. H. consiste en haber realizado pagos indebidos del artículo 141.1, d) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo

1091/1988, de 23 de septiembre, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y aplicable analógicamente a las Empresas Públicas por darse identidad de razón respecto a los pagos hechos por las Administraciones, en el sentido previsto en el artículo 4 del Código Civil.

D. Antoni H. H., siendo Presidente del Consejo de Administración de F. de la G. de C., realizó tres pagos en concepto de indemnización por finalización de relaciones laborales, entre el 12 de abril y el 24 de julio de 2000, y ordenó el rescate del Fondo y subsiguiente pago a los últimos cuatro partícipes del mismo, entre los que se encontraba incluido, por un importe total de 258.336.234 ptas. (1.552.632,04 euros).

El recurrente, por tanto, autorizó siete pagos en ejecución de unos contratos celebrados el 28 de febrero de 1991 que, como ya se expuso, se suscribieron por órgano incompetente de la empresa y se ocultaron al Consejo de Administración de la misma. Los citados pagos tienen su fundamento, pues, en obligaciones contractuales irregularmente contraídas por la Sociedad.

La Sentencia de primera instancia considera que tales pagos carecían de justificación pues derivaban de contratos que no se ajustaban a Derecho. El recurrente, en cambio, esgrime una serie de razones en apoyo de la legalidad de los controvertidos desembolsos.

Alega, en este sentido, que se limitó a cumplir obligaciones jurídicamente exigibles que no habían sido contraídas por él sino por otros gestores que le precedieron.

Lo cierto, sin embargo, como ya se argumentó, es que tales obligaciones no eran jurídicamente exigibles porque tenían como fuente contratos celebrados por órgano empresarial sin competencia para ello y ocultadas al Consejo de Administración.

Tampoco puede aceptar esta Sala que implique exención de responsabilidad no haber participado en la fase de contracción de la obligación sino sólo en la de ejecución del gasto derivado de la misma, como alega el apelante, y por ello por tres razones:

- a) Cabe apreciar responsabilidad contable no sólo en la asunción irregular de obligaciones, sino también en los actos orientados al cumplimiento de las mismas.
- b) Todo gestor público está obligado a detectar las irregularidades producidas en los procedimientos a través de los que actúe y a comunicarlas a los órganos competentes para su conocimiento y, de no hacerlo así, no podrá alegar que los daños que se le imputan son consecuencia de la actuación de los gestores que le precedieron en dichos procedimientos (sentencia de esta Sala de Justicia 10/2000, de 3 de julio).
- c) El posible incumplimiento por otros de las obligaciones que tenían atribuidas no justifica que se dejen de atender las propias (Sentencia de esta Sala de Justicia 10/2006, de 9 de mayo).

Alega también el Sr. H. H. que los pagos que se le reprochan los hizo a

favor de las personas que figuraban con derecho a percibirlos y por la cuantía correcta. Este argumento, no obstante, resulta irrelevante a los efectos de la responsabilidad contable exigida al demandado pues la ilegalidad por la que se le reclama no tiene que ver con la cifra pagada ni con los destinatarios de los desembolsos, sino con la falta de justificación jurídica de esas salidas de fondos.

Tampoco se pone en duda que el Sr. H. H., que así lo alega, fuera competente para ordenar los controvertidos pagos; es la justificación en Derecho de los mismos lo que es objeto de reproche jurídico en el presente proceso.

La Sentencia de instancia, además, en contra de lo argumentado por el recurrente, aunque es verdad que considera producido el daño en el momento de la ejecución de las obligaciones por el pago de las mismas, entiende, sin embargo, que hubo dos incumplimientos legales y que se produjeron en distintas fases de la contratación: al contraerse las obligaciones sin ajustarse a Derecho y, posteriormente, al hacerse los pagos con fundamento en obligaciones irregularmente contraídas.

En consecuencia, los pagos realizados en el ejercicio 2000 por D. Antoni H. H. que se le imputan como alcance en la Sentencia de instancia efectivamente lo son, de acuerdo con el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y revisten la condición de pagos indebidos en el sentido que se recoge en el Derecho Positivo, como antes se fijó, y en el defendido por esta Sala en Sentencias como la 21/05, de 14 de noviembre, que dice que pago indebido es aquél que se realiza sin título válido, es decir, aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida patrimonial a favor de persona que no tiene derecho al cobro.

Esta conducta del Sr. H. H., además de constituir una forma de gestión de fondos públicos ilegal, generadora de un daño real y efectivo en el patrimonio de la Empresa, y plasmarse en la correspondiente documentación económico-financiera, puede calificarse de gravemente negligente en el sentido del artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

D. Antoni H. H. era Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad cuando ordenó los pagos indebidos, cargo de especial relevancia en la Empresa según se deduce del artículo 19 de los Estatutos. Este dato tiene relevancia para la valoración de la diligencia aplicada por el demandado en la actuación que se le reprocha en Derecho pues, como ya se expuso en el anterior Fundamento de Derecho: esta Sala ha venido reiterando que actúan con descuido inexcusable quienes por la relevancia de sus responsabilidades o deberes encomendados deberían observar una serie de precauciones que evitarían o enervarían el daño, y no lo hacen (Sentencia, entre otras, de 17 de diciembre de 1998).

Por otra parte, el Sr. H. H. fue parte en uno de los contratos irregulares celebrados por el Sr. R. S. en 1991 y, como consecuencia de ello, fue destinatario de un pago de 46.320.431 ptas., por liquidación, que él mismo ordenó. En consecuencia, era conocedor de los antecedentes de la

constitución del Fondo y de la naturaleza de las prestaciones a las que se obligó la Empresa frente a los altos directivos con los que las había contratado. No puede aceptarse, pues, la hipótesis de un Presidente que se limitó a ordenar unos pagos sin conocer en profundidad la naturaleza y pormenores de las obligaciones de las que derivaban. Conocía tales antecedentes y, a la vista de ellos, debió haber previsto la producción del daño y haberla evitado (Sentencia de esta Sala de Justicia 2/03, de 26 de febrero).

A ello debe añadirse nuevamente que el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado (Sentencia de esta Sala 16/04, de 29 de julio). Tanto es así, que según Sentencia de esta misma Sala 4/2006, de 29 de marzo, -entre otras- *"la culpa o negligencia... no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo , siendo preciso lo que se ha venido denominando como "agotar la diligencia"*.

No pueden prosperar por esta causa los alegatos de moderación de la negligencia esgrimidos por el recurrente, tal como ya se ha ido avanzando: ni la apariencia de legalidad de los contratos por los que se hicieron los pagos, ni el asesoramiento profesional externo, ni la adecuada llevanza de la contabilidad, ni el cumplimiento de los requisitos de auditoria y fiscalización por entidades privadas y públicas (de control interno o externo).

Debe desestimarse, en conclusión, el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Antoni H. H. y confirmarse la condena de mismo, como responsable contable directo, que se contiene en la Sentencia de instancia respecto a los siete pagos ordenados por dicho demandado, en el ejercicio 2000, cuando era Presidente de la Empresa.

DECIMOCUARTO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado en los anteriores Fundamentos de Derecho, deben desestimarse los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales de D. Enric R. S. y D. Antoni H. H., contra la Sentencia de 10 de septiembre de 2008, dictada por el Excmo. Sr. Consejero del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento en el procedimiento de reintegro por alcance B-25/06, que queda confirmada a todos los efectos.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a las costas de la primera instancia, esta Sala no comparte los motivos alegados por los Sres. R. S. y H. H. en sus recursos, entendiéndolo por el contrario plenamente ajustada a Derecho la solución contemplada en la Sentencia de instancia de no hacer imposición expresa a las partes por no haberse estimado en su integridad las pretensiones de ninguna de ellas.

Se confirma, por tanto, la decisión sobre las costas de la primera instancia incorporada a la Sentencia apelada y, respecto a las costas de esta apelación, considera esta Sala de Justicia que no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto en cuanto, en el caso de autos, la

complejidad en lo relativo a la apreciación de los requisitos de gestión de fondos públicos y vulneración de normativa económico-financiera exigibles para la concurrencia de responsabilidad contable, justifica su no imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

III.- FALLO

LA SALA ACUERDA:

1º.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el procurador de los Tribunales D. Francisco V. M.-C., en nombre y representación de D. Enric R. S. y D. Antoni H. H., contra la Sentencia de 10 de septiembre de 2008, dictada por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance B-25/06, que queda confirmada en todos sus efectos.

2º.- No realizar pronunciamiento alguno acerca de las costas causadas en esta alzada.

Así lo acordamos y firmamos; doy fe.