

En la Villa de Madrid, a veintiséis de abril de dos mil doce.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha pronunciado la presente sentencia en el recurso de casación núm. 825/2011, interpuesto por D. Julián Felipe, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Irene Molinero Romero, contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2010 por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación núm. 20/09, promovido contra la sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento de dicho Tribunal de Cuentas (Departamento 1<sup>o</sup>), que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance núm. A.15/07. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y la representación del Ayuntamiento de Marbella se opone a la prosperabilidad del recurso.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El estudio del expediente administrativo (alcance AP 15/07) seguido ante el Tribunal de Cuentas permite constatar los siguientes datos extractados:

1<sup>o</sup>) El procedimiento de fiscalización se inicia el 14 de febrero de 2002, tras detectarse en la gestión municipal una clara vulneración del ordenamiento jurídico (Ley 7/85, Real Decreto Legislativo 781/86, Reglamento de Contratación y Bienes de las Corporaciones Locales de 1986, L.H.L. 1988, careciendo la Corporación de Reglamentos internos organizatorios) y concluye el 22 de diciembre de 2004.

2<sup>o</sup>) La práctica de la liquidación provisional se efectúa el 16 de noviembre de 2006.(folio 185 y siguientes de las Actuaciones Previas 15/06) de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas y se contrae a la suma de la investigación fiscalizadora de treinta y nueve millones novecientos ochenta y nueve mil cuatrocientos setenta y dos euros con setenta y cuatro céntimos (39.989.472,74 euros) más los intereses devengados desde el 31 de diciembre de 2001 fecha final a la que se extiende el informe de Auditoría hasta el día de la liquidación provisional (7.897.920,87 euros), desglosada del siguiente modo:

a) Abono a diferentes acreedores por importe de 11.657.764, 22 euros por contratos de obra cuyos proyectos no se han entregado al Tribunal ni existe constancia de la contraprestación que origine la obligación de pago realizada en los años 1999 y 2000. Estos acreedores eran los siguientes: Construcciones Tefir SL, Excavaciones Marbella Norte SL, Ferrallados Campos, Gonzalo González SL, Hormigones Benahavis SA, Hypmasa, Instaladora Zona Centro Norte SL, Instaladora Zona Sur SL, Mapulsur SL, Maquinaria Marsella SL, Miguel Sánchez López, Sotec SL, Yesos y Escayolas Marsella SL.

b) En segundo lugar, las irregularidades en las operaciones con las empresas del arquitecto D. Carlos por importe de 27.986.124,65 euros.

c) Finalmente, la minuta abonada a D. José María por importe de 3.485,87 euros cuya cuantía no se corresponde con la participación necesaria del Letrado.

SEGUNDO.- Después de la tramitación del expediente, la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (Departamento Primero), en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A15/07, el 30 de diciembre de 2008 dictó sentencia con el siguiente fallo: “Se estima parcialmente la demanda de responsabilidad contable por alcance interpuesta el 22 de junio de 2007 por el Ayuntamiento de Marbella y se formulan en su virtud, los siguientes pronunciamientos:

1º) Se cifran en treinta y cuatro millones novecientas noventa y cinco mil sesenta y cuatro euros con veintitrés céntimos (34.995.064,23 €), el principal de los perjuicios ocasionados a los caudales públicos de la sociedad municipal “Contratas 2000 S.L”.

2º) Se declara responsables contables directos solidarios a D. Julián Felipe, a D. Modesto y a D. Esteban, todos ellos miembros del Consejo de Administración de “Contratas 2000 SL”.

3º) Se condena a los responsables directos D. Julián Felipe, D. Modesto y D. Esteban, al pago de la suma de treinta y cuatro millones novecientas noventa y cinco mil sesenta y cuatro euros con veintitrés céntimos (34.995.064,23 €), así como al de los intereses devengados, hasta la completa ejecución de esta sentencia y que, a día de hoy calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes desde el día en que se produjeron los daños y perjuicios, ascienden a la cantidad de quince millones setecientos treinta y tres mil ochocientos sesenta y cinco euros con noventa céntimos (15.733.865,90 euros).

4º) Respecto al pago de las costas procesales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71, apartado 4, letra g) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas en relación con el artículo 394, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil no se hace expresa imposición, al haberse estimado parcialmente las pretensiones del Ayuntamiento de Marbella, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.

5º) El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta del organismo perjudicado.”

TERCERO.- Contra la citada sentencia interpusieron recurso de apelación ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, el Ministerio Fiscal, D. Julián Felipe, D. Esteban y D. Modesto, solicitando la revocación de la sentencia de instancia.

Con fecha 18 de noviembre de 2010 la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el recurso de apelación núm. 13/09, dictó sentencia con el siguiente fallo: “Estimar el recurso de apelación deducido por el Ayuntamiento de Marbella con la adhesión del Ministerio Fiscal y desestimar en su integridad los recursos interpuestos por las representaciones procesales de los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban, y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2008, dictada en primera instancia en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-15/07 (Corporaciones Locales/Ayuntamiento de Marbella/Málaga), cuya parte dispositiva debe quedar redactada en los siguientes términos.

Estimar parcialmente la demanda de responsabilidad contable interpuesta, con fecha 22 de junio de 2007 por el Ayuntamiento de Marbella y en consecuencia:

Primero.- Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos del Ayuntamiento de Marbella, a través de la Sociedad Contratas 2000 SL en treinta y cuatro millones novecientos noventa y ocho mil quinientos cuarenta y nueve euros con ochenta céntimos (34.998.549,80 €), el principal de los perjuicios ocasionados a los caudales públicos de la sociedad municipal "Contratas 2000 S.L".

Segundo.- Declarar a los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban como responsables contables directos y solidarios del alcance causado.

Tercero.- Condenar a los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban, al pago del principal del alcance declarado.

Cuarto.- Condenar también a los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban, al pago de los intereses legales correspondientes.

Quinto.- No hacer pronunciamiento expreso sobre las costas de esta instancia.

Sexto.- Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable, en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de Contabilidad Pública.

Con expresa condena en costas en esta segunda instancia."

CUARTO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de D. Julián Felipe se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2010, se emplazó a las partes a fin de que comparecieran ante esta Sala a hacer uso de su derecho.

Formalizado que fue el recurso ante esta Sala con fecha 9 de febrero de 2011, se tramitó después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales y admitido el recurso de casación interpuesto, han formulado alegaciones:

a) El Ministerio Fiscal que se opone a la prosperabilidad del recurso.

b) El Ayuntamiento de Marbella que solicita la desestimación del recurso.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 25 de abril de 2012, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas,

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Julián Felipe la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas núm. 21/2010, de 18 de noviembre. Dicha sentencia en grado de apelación, tras estimar el recurso del Ayuntamiento de Marbella revocó parcialmente la sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en primera instancia

en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-15/07 (corporaciones Locales/Ayuntamiento de Marbella/Málaga), declaró como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos del Ayuntamiento de Marbella, a través de la Sociedad Contratas 2000 SL en treinta y cuatro millones novecientas noventa y ocho mil quinientos cuarenta y nueve euros con ochenta céntimos (34.998.549,80) y declaró a los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban como responsables contables directos y solidarios del alcance causado.

SEGUNDO.- Los hechos probados reconocidos en la sentencia de 30 de diciembre de 2008 y no alterados por la sentencia de apelación núm. 13/09 de 18 de noviembre de 2010, son los siguientes:

1º) La sociedad mercantil "Contratas 2000" S.L. aparece inscrita en el Registro Mercantil de Málaga, al Tomo 1.156, Sección G, Libro 69, Hoja MA -3226. En dicha inscripción consta que "Contratas 2000 SL tendrá por objeto social "La prestación de servicios de mantenimiento en general de edificios, jardines, piscina y zonas recreativas. Realización de obras y construcción de todo tipo. La compra, venta y alquiler de cualesquiera inmuebles": Asimismo, consta que las actividades del objeto social podrán ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo (folio 12 de la pieza separada de prueba del Ayuntamiento).

2º) La sociedad fue constituida el día 25 de junio de 1991, siendo los socios fundadores D<sup>a</sup> Paula y D. Antonio, designándose a este último administrador único de la sociedad. Con fecha 3 de julio de 1991, D. Antonio nombra apoderado a D. José Luis y con fecha 20 de noviembre de 1991, renuncia a su cargo de administrador único de la sociedad el Sr. Antonio. En Junta Universal de Socios, celebrada el 20 de diciembre de 1991, se nombra un Consejo de Administración de la sociedad, siendo Cargo000 D. Pedro, Cargo001 D. José Luís S., Cargo002 D. Antonio y Cargo003 D. José Luis, aprobándose en dicha Junta los nuevos Estatutos de la sociedad en los que la gestión y administración de la misma se encomienda al Consejo de Administración, no apareciendo en los estatutos mención alguna al cargo de Cargo003 (folios 12 al 17 de la pieza separada de prueba del Ayuntamiento). En sesión extraordinaria celebrada por el Ayuntamiento en Pleno de Marbella, constituido en Junta General de socios el 16 de septiembre de 1993, se nombra un nuevo Consejo de Administración, siendo Cargo000 D. Julián Felipe, Cargo004 D. Modesto y Cargo002 D. Esteban (folio 22 de la pieza separada de prueba del Ayuntamiento). En Junta Universal de Socios, celebrada el día 26 de abril de 1995, se modifica la totalidad de los Estatutos Sociales, enumerándose pormenorizadamente, las facultades del Consejo de Administración (folio 30 de la pieza separada de prueba del Ayuntamiento).

3º) En Junta Universal de socios, celebrada el 17 de enero de 2002, se nombra un nuevo Consejo de Administración, siendo Cargo000 D. Victoriano, Cargo002 D. Esteban y Cargo001 D. Modesto y en la celebrada el 22 de abril del mismo año se designa Cargo001 a D. Francisco. Con posterioridad, el 2 de septiembre de 2002, se nombra Cargo001 del Consejo de Administración a D. Víctor (folio 21 de la pieza separada de prueba del Ayuntamiento).

4º) Con fecha 24 de febrero de 2003, se reúne el Consejo de Administración de la sociedad "Contratas 2000" S.L. y acuerda la disolución de la sociedad como consecuencia de la conclusión de la actividad que constituyó su objeto social, acordándose que los saldos deudores que tenía la misma a 31 de diciembre de 2000 con la sociedad municipal "Suelo Urbano 2000", S.L. por importe

de a 638.641,83 € en concepto de ejecución de obras, y con “Eventos 2000”, S.L. por importe de 1.333.003,89 € en concepto de ventas de inmovilizado, fueran cancelados con cargo a la cuenta “transferencias por cuenta de M-I Ayuntamiento de Marbella” (folios 20 a 22 de la pieza de actuaciones previas).

5º) El Cargo001 accidental del Ayuntamiento de Marbella, a requerimiento del Delegado Instructor, manifestó, en escrito de 30 de mayo de 2006, que la sociedad “Contratas 2000” S.L. se encontraba en fase de disolución y cesión de activo y pasivo (folio 19 de la pieza de actuaciones previas).

6º) En la gestión económico-financiera de la Sociedad Municipal “Contratas 2000”, S.L. se han apreciado diversas irregularidades puestas de manifiesto en el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus Sociedades mercantiles participadas, ejercicios 2000- 2001, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, en sesión de 22 de diciembre de 2004, que se recogen en los apartados 6.4.2. 1.a), 5.8., 6.2.1. y 59. 1.b). Tales irregularidades, según la liquidación provisional practicada por el Delegado Instructor el 16 de noviembre de 2006, constituyen un presunto alcance por importe de 39.989.472,74 €, imputable de forma previa y provisional a D. Julián Felipe, a D. Modesto y a D. Esteban, en su condición de miembros del Consejo de Administración de la Sociedad en el periodo en que sucedieron los hechos.

7º) Los responsables de la sociedad no han entregado al Tribunal de Cuentas los proyectos de las obras de varios acreedores. En la documentación recibida en fase de alegaciones sólo se aportan contratos de cuatro de las trece empresas acreedoras (señalados con la letra c) en el cuadro siguiente), sin embargo, no se han apodado los documentos que justificarían la existencia de una contraprestación a las facturas aceptadas y reconocidas. Las siguientes cantidades por un importe total de 11.657.764,22 € no se encuentran justificadas (apartado 6.4.2. 1. a) del Informe de Fiscalización):

ACREEDORES	AÑO 1999		AÑO 2000	
	Ptas	€	Ptas	€
CONSTRUCCIONES TEFIR, S.L. (c)	76.497.300	459.758,03	11.155.238	67.044,33
EXCAVACIONES MARSELLA NORTE	17.963.760	107.964,37	2.695.260	16.198,84
FERRALLADOS CAMPOS	16.240.000	97.604,37	3.248.000	19.520,87
GONZALO GONZÁLEZ, S.L. (c)	53.844.972	323.614,80	6.589.085	39.601,20
HORMIGONES SENA HA VIS, S.A.	41.537.550	249.645,70	15.767.748	94.766,07
HYPMASA	30.152.425	181.219,72	11.697.545	70.303,66
INSTALADORA ZONA CENTRO-NORTE	218.882.50	1.315.510,3	127.	768.936
	0	2	940.232	
INSTALADORA ZONA SUR ,S. L.	636.891.55	3.827.795,3	53.741.834	322.994,93
	2	2		
MAPULSUR, S.L	178.380.34	1.072.087,4	89.763.337	539.488,52
	1	4		
MAQUINAR/A MARSELLA, S.L.	77.030.589	462.963,16	12.868.354	77.340,37
MIGUEL SÁNCHEZ LÓPEZ	18.909.908	111.650,84	2.011.092	12.086,91
SOTEC, S.L	193.329.41	1.161.933,1	2.140.782	12.866,36
	5	9		

YESOS Y ESCAYOLAS MARSELLA	38.379.939	230.868,08	2.030.000	12.200,55
TOTAL	1.598.040,2	9.604.415,3	341.648,50	2.053.348,8
	51	4	7	8

8º) El Ayuntamiento de Marbella a través de la sociedad "Contratas 2000", S.L., suscribió entre octubre de 1996 y el ejercicio 1999 un total de veinticinco contratos de prestación de servicios con empresas vinculadas al arquitecto D. Carlos, para la elaboración de setenta y tres proyectos de obras. Varios de ellos recogían denominaciones genéricas, sin establecer la obra concreta a que se referían. Los contratos fueron formalizados por D. José Luís, Cargo003 de "Contratas 2000" S.L. por una parte, y por otra, por D. Carlos.

En los contratos se establecía que el abono de una parte de los honorarios se realizase a medida que se fueran entregando los proyectos y otra parte, en función de las certificaciones de obra. Sin embargo, todas estas cantidades se consideraban anticipos que se irían deduciendo proporcional y paulatinamente conforme se facturasen los trabajos que se realizaban al finalizar cada encargo completo. Los honorarios se fueron abonando por "Contratas 2000", S.L., en efectivo, según consta en la contabilidad, hasta un total de 27.986.128,64 €, disponiéndose únicamente de recibos acreditativos de que las empresas del grupo del arquitecto Sr. Carlos percibían esos fondos.

En el epígrafe 5.8 del Informe de Fiscalización se recoge la relación de los proyectos y empresas adjudicatarias, así como los honorarios totales a percibir y los satisfechos por la sociedad "Contratas 2000", S.L. que se resumen en el siguiente cuadro:

Fecha	Contratas Proyecto	Presupuesto	Honorarios	CC
	CONTRATAS 2000 S.L.		7,5% más IVA	20
6/11/96	Edificio Tenencia de Alcaldía Pto Banús	1.442.429,05	125.491,33	84.
6/11/96	Polideportivo San Pedro Alcántara	3.846.477,47	334643,54	210
6/11/96	Obras de La Ermita	3.044.727,32	264.926j4	216
6/11/96	Remodelación Palacio de Ferias y Congresos	5.128.436,29	44& 91,39	35
21/01/97	Cubrición de cantera	2.804.683,09	244.010,91	13
21/01/97	Señalización vertical y horizontal	5.449.136,35	474.078,35	27
21/01/97	Proyecto Las Albarizas	28.047.431,88	2440.109,14	1.4
12/03/97	Complejo Residencial Banana	12 821.811,93	1.115.478,47	58
12/03/97	Puerto Deportivo	17.630.089,07	1.533. 782,89	1.2
12/03/97	Parque Multitemático	52.087.916,05	4.531.631,27	3.5
12/03/97	Parque Industrial La Mina	6.571.286,05	571.682,71	36
24/07/97	Edificio Mancomunidad	2.083. 528,66	181.265,25	90
24/07/97	Boulevard Ricardo Soriano	3.606.072,63	313.728,32	17
24/07/97	Urbanización N-340 Marbella a 5. Pedro	2.804.683,09	244.010,91	12
6/09/97	Isla Artificial	26.444.532,59	2.300. 674,34	1.5
6/09/97	Paseo de Ribera	3.205.437,96	278.869,62	15

6/09/97	Plaza Ajardinada Moliñcs Viento	10.016.888,44	871.467,55	42.
14/09/97	Parque Tecnológico	6.010.121,04	522.880,53	33.
14/09/97	Jardinería y Riego	6.811.510,58	592.597,93	36.
14/09/97	Centro de Ocio y Multimedia	8.013.534,79	697.174,04	27.
2/01/98	Avenida Jaime de Mora	4.808.096,84	418.304,42	21.
2/01/98	Iluminación Sierra Blanca	1.202.024,21	104.576,11	84.
2/01/98	Avenida Pablo Ruiz Picasso	1.442.429,05	125.491,33	90.
2/01/98	Parque Acuático	2003.173,34	174.293,51	120.
2/01/99	Escuela de Idiomas	641.099,61	55.773,92	24.
2/01/99	Subida a Nagüeles	560.744,29	48.802,18	36.
TOTAL		218.528.301,67	19.011936,10	12.
PROYECTOS CON EAM				
2/10/97	Anteproyecto de Helipuerto	2003.173,34	174.293,51	120.
2/10/97	Parque Rey Fhad	2.404.048,42	209.152,21	156.
8/07/99	Anteproyecto de Hipódromo	1.602.298,27	139.434,81	30.
8/07/99	Proyecto Residencia Bosnios	1.602.298,27	139.434,81	90.
TOTAL		7.611.818,30	662.315,34	402.
PROYECTOS CON PCM				
6/02/97	Palacio de Congresos	35.059.109,54	2.440.109,14	1.6.
6/02/97	Urbanización La Montúa	564.951,38	49.150,77	36.
6/02/97	Urbanización Los Naranjos	961.619,37	83.660,88	60.
5/03/97	Arroyo de la Represa	2.563.917,64	223.095,69	180.
5/03/97	Plaza Iglesia San Pedro	801.149,14	69.717,40	54.
5/03/97	Peatonalización San Pedro	2.243.578,19	195.208,73	150.
4/11/97	Proyecto de Hospital	24.040.484,18	2.091.522,12	1.2.
4/11/97	Polideportivo cubierto	2.404.048,42	209.152,21	0.
10/12/98	Proyecto Red de Saneamiento	20.033.740,82	1.742.935,10	1.2.
TOTAL		88.672.598,68	7.104.552,04	4.5.
PROYECTOS CON CMG				
8/10/96	Hacienda de Toros	3.045.14	264.926,14	150.
8/10/96	Plaza Jacinto Benavente	2.404.048,42	209.152,21	108.
2/01/97	Parque el Calvada	4.167.021,26	362.530,50	21.
2101/97	Parque Alameda	2.724.628,27	237.039,17	120.
2/01/97	Remodelación H. Andalucía Plaza	5.208.791,61	453.163,13	240.
2/01/97	Remodelación Puerto Banús	2.804.743,19	244.010,91	120.
23/01/97	Feria de Marbella	411.428,85	383.445,72	240.
3/10/97	Campo de Fútbol Arroyo	801.149,14	69.717,40	48.
3/10/97	Edificio TV Marbella	400.274,06	34.858,70	24.
3/10/97	Proyecto Instituto	3.606.072,63	313.728,32	180.
14/11/97	Feria San Pedro	4.411.428,85	383.445,72	270.
210 1/98	Circunvalación San Pedro	1.442.429,05	125.491,33	84.

2/01/98	Universidad	8.814.864,23	766.891,45	468
2/01/98	Auditorio y Escuela Música	12.180.532,02	1.059.704,54	5.7
2/01/98	Accesos Playas	1.361.893,43	118.519,59	912
2/01/98	Paseo Marítimo San Pedro	1.602.899,28	139.434,81	96.
9/06/98	Polideportivo Paco Cantos	120.202,42	10.457,61	6.0
9/06/98	Edificio Gerencia Casco Antiguo	240.404,84	20.915,22	12.
9/06/98	Carpa San Pedro	240.404,84	20.915,22	12.
9/06/98	Ambulatorio Nueva Andalucía	320.339,45	27.886,96	27.
9/06/98	Rehabilitación El Ingenio	320.339,45	27.886,96	27.
9/06/98	Puente Río Verde	400.274,06	34.858,70	24.
9/06/98	Radio Taxi	120.202,42	10.457,61	6.0
9/06/98	Hogar Edad Nueva Andalucía	400.676,74	34.858,70	12.
9/06/98	Cielo de San Pedro	480.809,68	41.830,44	24.
9/06/98	Oficinas de Planeamiento	641.279,92	55.773,92	36.
9/11/98	Proyecto de Red Viana	20.033.740,82	1.342.935,10	901
9/11/98	Centro de Día	961.619,37	83.660,88	36.
9/11/98	Ampliación Oficinas de Planeamiento	721.214,53	62.745,66	36.
2/07/99	Carpa San Pedro	2001.370,31	174.293,51	150
TOTAL		86.390.231,17	7.515.536,13	4.3
PROYECTOS CON PCMA				
10/03/92	NO DETER. EN CONTRATAS	(*)40063466,88	3485.870,21	2.6
6/07/94	NO DETER. EN CONTRATAS	(*)54091089,39	4.705.924,78	3.5
TOTAL		8.191.794,99	94.154.556,27	6.1
PROYECTOS CIMMSA				
TOTAL		571.165.164,19	47.520.079,77	27.
PROYECTOS Otros pagos de Contratas 2000, S.L.				105
PAGOS TOTALES				27.

(\*) cálculos propios, considerando que los honorarios representan el 7'5 % del presupuesto.

Toda la documentación relativa a este apartado ha sido remitida por el Tribunal de Cuentas al Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional, el 21 de marzo de 2005, a solicitud del mismo y en virtud de la querrela presentada por la Fiscalía Especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción por presuntos delitos de prevaricación, malversación, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social!, tramitándose, actualmente, en el citado Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional las Diligencias Previas Procedimiento abreviado 100/2003-A en las que se ha personado como acusación particular el Ayuntamiento de Marbella.



9º) La sociedad "Contratas 2000"; S.L., según se afirma en el epígrafe 6.21 del Informe de Fiscalización, regularizó su contabilidad después de finalizada la fiscalización anterior de este Tribunal, referida a los años 1990 a 1999, en la que no pudo analizarse su actividad. En el trámite de alegaciones de dicha fiscalización se presentaron los libros de contabilidad de esta sociedad, sin justificantes que la acreditaran y se señalaba, expresamente, que procedían de la "reconstrucción de la contabilidad a través de la documentación localizada así como de los registros auxiliares (compras, gastos, etc.).

La diferencia entre los libros de contabilidad presentados en fase de alegaciones de la fiscalización anterior y los presentados en la fiscalización de referencia del presente procedimiento, esto es la correspondiente a los ejercicios 2000 y 2001, es la siguiente:

Contabilidad 1999	Libro fiscalización actual	Libro fiscalización anterior	Regularizaciones
<b>ACTIVO</b>			
Existencias	25.063.365,41	1.395.508,74	23.667.856,67
Deudores	34.928.030,10	30.148.781,87	4.779.248,23
Tesorería	18.199,46	360.297,95	-342.098,49
DIFER. ACTIVO	60.009.594,97	31.904.588,56	28.105.006,41
<b>PASIVO</b>			
Resultados	42.728,35	-42.728,35	
Acreedores comer.	48.825.481,15		20.914.479,27
Otras deudas no comer.	379.886,58	143.153,94	236.732,64
DIFER. PASIVO	49.205.367,73	21.100.361,31	28.105.006

Las regularizaciones disminuyeron el saldo de Caja en 342.098,49 € Se regularizaron determinadas operaciones, constando pagos por caja que no pueden ser identificados individualmente.

10º) El letrado D. José María ha percibido la cantidad de 3.485,87 €, correspondiente a la minuta núm. 67/00, de fecha 4 de mayo de 2000, por los trabajos realizados para la sociedad "Contratas 2000", S. L., constando en la misma que corresponde a su "intervención profesional en la supervisión, examen y colaboración en la redacción de documentos que se dirán y referidos a los años que se dirán, con evacuación de innumerables consultas y examen de innumerables documentos, incluyendo 8 traslados a Marbella a tal fin para todas las sociedades Municipales de la Corporación, para la cumplimentación y elaboración del modelo SMM para el Tribunal de Cuentas" (folio 9 de las actuaciones previas)."

TERCERO.- Al examinar este recurso de casación procede partir del análisis extractado de las precedentes sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas que han sido recurridas en este caso:

1ª) La sentencia de la Sección de Enjuiciamiento de 30 de diciembre de 2008, a la vista de los hechos descritos declaró:

- La responsabilidad contable de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad municipal "Contratas 2000 S.L." (F.J. 5º) presidida por D. Julián Felipe desde el 16 de septiembre de 1993 hasta el 17 de enero de 2002.

- Teniendo en cuenta que el inicio de la fiscalización del Tribunal de Cuentas fue el 14 de febrero de 2002 y la aprobación del informe fue el 22 de diciembre de 2004, el recurrente conoció la iniciación del procedimiento desde su comienzo en cuanto Cargo000 de la Sociedad fiscalizada y titular del Ayuntamiento de Marbella, por lo que no puede prosperar la prescripción en la sociedad "Contratas 2000 S.L." de los ejercicios 2000 y 2001, sin que transcurriera el plazo de tres años (disposición adicional 3ª L.F.T.C.) reconociéndose que el 8 de septiembre de 2005 se turnaron al Departamento 1º de Enjuiciamiento las diligencias preliminares y el 6 de octubre de 2006 se citó a los presuntos responsables para la liquidación provisional que se celebró el 16 de noviembre de 2006.

2ª) La sentencia que ahora se recurre de 18 de noviembre de 2010 (rec. apel. 13/09) desestimó los recursos de apelación, basándose en los siguientes criterios extractados:

- Analiza, en primer lugar (F.J.), la excepción de falta de legitimación pasiva que aducía el Sr. Julián Felipe so pretexto de que el cargo de Cargo000 del Consejo de Administración se limitaba a funciones de naturaleza institucional y formal que no comprendían las de gestionar, administrar o utilizar fondos públicos por lo que no se le podía considerar "cuentadante". La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas rechaza el argumento destacando que los Estatutos Sociales de Contratas 2000 SL atribuyen al Consejo de Administración amplios poderes para realizar cualquier acto de gestión y disposición y que le hace responsable de la marcha de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 133 de la LSA.

- La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario tampoco es estimada por no haber sido demandados los miembros del Ayuntamiento de Marbella encargados de la gestión de los fondos municipales que suscitaban los Sres. Modesto y Esteban al no haber sido planteada en debida forma en el procedimiento de reintegro por alcance y porque, dada la personalidad jurídica propia de la sociedad Contratas 2000 SL es, en su caso, su Consejo de Administración el responsable contable y no la Corporación Municipal, como dicha Sala ha resuelto en casos anteriores.

- La sentencia analizada en segundo lugar, la prescripción que suscitaban los allí recurrentes argumentando que el plazo de prescripción de cinco años que prevé la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se interrumpió el 14 de febrero de 2002 con el Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de iniciar la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades participadas, ejercicios 2000 y 2001. Sin embargo la sentencia reconoce el plazo de prescripción computable desde el 14 de febrero de 1997 y se declaran pagos injustificados y no prescritos los posteriores a 14 de febrero de 1997, por importe de 23.742.983 euros.

- Con independencia de razonar el conocimiento por los apelantes del inicio de la fiscalización por su condición de miembros del Consejo de Administración de la sociedad fiscalizada la sentencia, además, rechaza la interpretación de los apelantes de la necesidad del conocimiento formal del inicio del procedimiento fiscalizador para que este alcance efectos interruptivos, tal y como sostiene la moderna doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, recogida en sus sentencias de 23 de julio de 2007, 31 de marzo y 11 de mayo de 2009 y tampoco asume la Sala de Justicia que el procedimiento fiscalizador presente naturaleza de procedimiento administrativo por el solo hecho de ser aplicable de forma supletoria la Ley 30/92 resaltando las diferencias entre uno y otro procedimiento y confirma que los plazos de prescripción no son los del art. 1968 del Código Civil sino

los de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas al ser la acción ejercitada la de responsabilidad contable.

- Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo (F.J. 4), la sentencia recurrida desestima el recurso de apelación de los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban) al no aportar ni los proyectos de obras ni cualesquiera otros documentos que pudieran haber justificado las contraprestaciones realizadas en correspondencia a las facturas aceptadas y reconocidas por importe de 11.657.764,22 euros.

- Asimismo, tampoco se ha acreditado la justificación de los pagos realizados a las empresas vinculadas al arquitecto Sr. Carlos, puesto que solo figuran los recibos de los pagos efectuados y una relación de 42 proyectos de obras entregados por los responsables de Contratas 2000 SL sin que se haya demostrado que las obras hubieran sido ejecutadas por los contratistas y las irregularidades reflejadas en los proyectos presentados y que se detallan en la sentencia de 30 de diciembre de 2008 no han sido desvirtuadas mediante la aportación de documentos que las desvirtuasen.

- La sentencia apelada, es revocada, sin embargo, al estimarse el recurso del Ayuntamiento de Marbella, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, por entender la Sala de Justicia que el pago realizado por Contratas 2000 SL a D. José María era constitutivo de alcance por importe de 3.485,87 euros.

En suma, la sentencia recurrida concluía desestimando los recursos de apelación interpuestos por los Sres. Julián Felipe, Modesto y Esteban y estimando el recurso de apelación del Ayuntamiento de Marbella, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, revocando la sentencia apelada en cuanto a considerar también como constitutivo de alcance el pago realizado por Contratas 2000 SL a D. José María por importe de 3.485,87 euros.

De este modo, la sentencia ahora recurrida declara a los miembros del Consejo de Administración de Contratas 2000 SL como responsables contables directos del alcance por importe de treinta y cuatro millones novecientos noventa y ocho mil quinientos cuarenta y nueve euros con ochenta céntimos (34.998.549,80 euros) ocasionado a los caudales públicos de dicha entidad, al tener entre sus funciones la de comprobar los pagos de la sociedad y, en el caso del ahora recurrente por la omisión de la diligencia debida en el desempeño de sus obligaciones como Cargo000 de la sociedad fiscalizada.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por D. Julián Felipe se articula en cinco motivos.

1º) Al amparo del art. 82.1.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por infracción de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa que han producido efectiva indefensión en el recurrente por vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho y del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas sus garantías. Sostiene el recurrente que los fundamentos de la sentencia impugnada son contrarios a otros dictados por la misma Sala en supuestos idénticos, entre otras, las sentencias 29/2009 y 3/2010, operando el cambio de criterio sin suficiente justificación.

2º) Al amparo del art. 82.1.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por infracción de la Disposición Adicional Tercera de la misma norma, al entender que la

acción ejercitada habría prescrito en relación con todos los hechos anteriores a 9 de octubre de 2001.

3º) Al amparo del art. 82.1.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por infracción de los artículos 2, 15 y 38 de la L.O. 2/1982, del Tribunal de Cuentas, y el artículo 49 de su Ley de Funcionamiento, al no tener la condición de gestor de fondos públicos o cuentadante a los efectos previstos en la ley.

4º) Al amparo del art. 82.1.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por infracción de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española.

5º) Al amparo del art. 82.1.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por error evidente en la apreciación de la prueba -a su juicio-, basado en la totalidad de los documentos obrantes en el procedimiento y en especial, los aportados durante las actuaciones previas y en el procedimiento de reintegro por alcance que demuestran la equivocación de la Sala sentenciadora.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en cuanto al primer motivo en el que se denuncia la infracción de los arts. 14 y 24 CE por entender que el fallo es contradictorio con otros dictados por la misma Sala en supuestos idénticos y sin justificación alguna, destaca como la sentencia ahora recurrida analiza la prueba practicada en primera instancia (el Informe de Fiscalización y las testificales) y la incorporada en apelación (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella en PA 42/2009 y los hechos analizados en los recursos de apelación 42/09 y 6/10) y entiende que la Sala de Justicia no valoró la prueba de manera irrazonable o inverosímil sino que ponderó adecuadamente los elementos probatorios existentes por lo que no existe infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo propio hay que decir del principio constitucional de igualdad, afirma, pues frente al trato supuestamente discriminatorio que se alega, la sentencia menciona otras del propio Tribunal en las que se apreció responsabilidad contable además de explicar la trascendencia de las nuevas pruebas incorporadas a la apelación y la preponderancia otorgada en la segunda instancia a los diferentes medios probatorios no siendo las circunstancias equiparables.

Respecto del segundo motivo, en el que se denuncia la infracción de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988 por no apreciar la prescripción de la responsabilidad contable respecto de los hechos anteriores al 9 de octubre de 2001, el Ministerio Fiscal advierte que el plazo de prescripción se interrumpió con la notificación del inicio del procedimiento de fiscalización al Ayuntamiento de Marbella el 14 de febrero de 2002 que se hace extensiva a las sociedades fiscalizadas dada su relación de dependencia con el Ayuntamiento de Marbella y precisa que la Disposición Adicional citada no exige la notificación formal al interesado del procedimiento de fiscalización ignorándose al comienzo de dicho procedimiento, no solo los hechos que finalmente se plasmarán en el posterior informe sino si aparecerán supuestos de responsabilidad contable, y es que, el procedimiento no se dirige inicialmente contra nadie pues solo persigue la fiscalización de una entidad pública y es en el transcurso de la actividad investigadora cuando surgen las personas que han provocado la responsabilidad contable respecto de las cuales se dirige la acción.

Por ello, la iniciación del procedimiento de fiscalización tiene eficacia interruptiva de la prescripción desde el momento en que se inicia la actividad investigadora por el Tribunal de Cuentas sin

necesidad de que tal acuerdo se notifique formalmente a los interesados y en este caso, destaca el Ministerio Fiscal que concurren las siguientes circunstancias que revelan el conocimiento del recurrente:

1. En el informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 22 de diciembre de 2004 se especifican las irregularidades detectadas en Contratas 2000 SL.
2. El recurrente en su calidad de Cargo000 de la Sociedad desde el 16 de septiembre de 1993 hasta el 17 de enero de 2002 era perfecto conocedor de aquellas como alcalde en funciones de la Corporación municipal.
3. El juego de fechas permite apreciar la simultaneidad en el cese de la Presidencia de la sociedad y el inicio del expediente de fiscalización que culminó el 22 de diciembre de 2004 siendo el requerimiento de liquidación provisional el 9 de octubre de 2006 sin transcurrir los tres años necesarios para que opere la prescripción.

El Ministerio Fiscal entiende, en consecuencia, que este segundo motivo debe ser desestimado.

Respecto del tercer motivo, en el que el recurrente cuestiona la condición de cuentadante que le atribuye la sentencia recurrida, pues de acuerdo con los Estatutos de la entidad Contratas 2000 SL, el Sr. Julián Felipe, como Cargo000 del Consejo de Administración, era el máximo responsable de la gestión de los fondos dadas las amplias facultades de representación, dirección, vigilancia, administración, gestión, disposición y control que ejercía sobre aquella, el Ministerio Fiscal rechaza esta argumentación.

En el cuarto motivo del recurso resalta el Fiscal que, en realidad, ampara y da cobertura a dos infracciones diferentes:

- a) De un lado, a la infracción del principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho porque la sentencia impugnada es contradictoria con otras que ha dictado la misma Sala de Enjuiciamiento en supuestos idénticos. Este submotivo, afirma, ha de rechazarse porque no se indica un término de comparación válido al no precisarse aquellas y además no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad.
- b) Por otro, se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, submotivo que ha de inadmitirse, en opinión del Ministerio Fiscal pues no se cumplen los requisitos del art. 93.2.a) en relación con el art. 92.1 de la LJCA al no expresarse el concepto en el que cada uno de esos principios resultan concretamente infringidos sin contemplar la expresión razonada que exige el segundo de los preceptos ni expresarse las razones en las que se amparan las infracciones exponiendo como se produjeron.

Finalmente, en cuanto al quinto motivo en el que el Sr. Julián Felipe denuncia el error en la valoración de la prueba, tras reseñar la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de examinar en casación dicho error, comienza el Ministerio Fiscal destacando que el recurrente no ha justificado las salidas de fondos para pagar a determinados acreedores contratistas (13 acreedores así como a las empresas vinculadas al arquitecto Sr. Carlos) omitiendo la aportación de los proyectos de obras u

otros documentos que justificasen las contraprestaciones realizadas en correspondencia a los pagos y facturas aceptadas.

Concluye el Ministerio Fiscal su escrito de oposición destacando que, en realidad, lo que se pretende es una nueva revisión de la prueba, por lo que solicita la inadmisión del motivo cuarto b) y la desestimación del recurso de casación.

SEXTO.- La Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Díaz Solano, en representación del Ayuntamiento de Marbella ha presentado escrito de oposición al recurso y a los motivos que lo sustentan.

Así, en cuanto al primero de ellos destaca que la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2008 que se cita en el recurso lo que refleja es la prohibición del cambio irreflexivo o arbitrario siendo posible cuando es razonado y con vocación de futuro, remitiéndose a los razonamientos de la sentencia en cuanto a la valoración ponderada del material probatorio existente.

Respecto del segundo motivo, recuerda que esta Sala y Sección ya rechazó la cuestión en su sentencia de 19 de julio de 2010 rec. 817/09 respecto al mismo recurrente y en relación con el informe de fiscalización 1990 a 1999. Asimismo, que la sentencia de 29 de septiembre de 2010 rec. 3009/2009 ya dejó claro que es suficiente el inicio de la fiscalización para interrumpir la prescripción.

En cuanto al tercer motivo en el que el recurrente niega su legitimación pasiva al ostentar un cargo meramente formal sin tener atribuida ninguna facultad de gestión ni de manejo de caudales públicos se remite a los razonamientos de la sentencia que descartan estuviera eximido de las obligaciones que le incumbían, a la vista de las amplias facultades de gestión y administración que ostentaba sobre la sociedad, que inequívocamente le atribuyen la condición de cuentadante.

Finalmente, sobre la inexistencia de alcance y de responsabilidad contable se remite asimismo a los razonamientos de la sentencia. En realidad, considera que el recurrente se limita a discrepar de la valoración global de la prueba que hace la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Antes de proceder al análisis de los motivos de casación hemos de tener en cuenta la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2010 (rec. cas. 817/09), 29 de septiembre de 2010 (rec. cas. 3465/09), 3 de diciembre de 2010 (rec. cas. 2253/08), 30 de junio de 2011 (rec. cas. 2009/2010) y 2 de marzo de 2012 (rec. cas. 6338/2010), ya que en algunas de ellas, se contiene la fiscalización de otras sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella: La Sociedad "Control de Limpieza", "Abastecimiento y Suministros 2000 S.L.", la Sociedad "Jardines 2000 S.L." y la sociedad "Control de Servicios Locales SL".

Una síntesis de los precedentes criterios jurisprudenciales pueden concretarse del siguiente modo:

1º) En el punto concreto de la necesidad del conocimiento, por parte del interesado del hecho interruptivo de la prescripción se han establecido los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial:

- La Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas implanta en su Disposición Adicional Tercera un plazo general de prescripción de las responsabilidades contables de cinco años, a contar desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos, y otros dos plazos especiales, referidos a

las responsabilidades contables detectadas en un procedimiento fiscalizador o dictadas por sentencia firme, supuesto en los que el plazo de prescripción es de tres años.

- Por lo que respecta a las causas de interrupción de la prescripción contable, el apartado tercero de la citada Disposición Adicional Tercera establece que “el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiese 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”.

- El problema no se plantea tanto sobre el cómputo del plazo de prescripción sino sobre si es necesario el conocimiento por el interesado del acto interruptivo de dicho cómputo, requisito que no se recoge expresamente en la tan citada Disposición Adicional Tercera. No es, sin embargo, necesario enfrentarnos directamente con tal cuestión, dado que tanto la sentencia de instancia como la de apelación descartan de forma expresa el desconocimiento alegado por el recurrente de la notificación del inicio de las actuaciones fiscalizadoras dado su cargo de Cargo000 del Consejo de Administración de la sociedad municipal “Contratas 2000, S.L.”.

- Sobre la exigencia del conocimiento formal por los interesados de la iniciación de alguno de los procedimientos a los que la disposición adicional tercera 3 de la Ley 7/1988 vincula la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por alcance de los administradores de fondos públicos, ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 3 de diciembre de 2010 (casación 2253/2008) y, en ella decíamos que debía de tenerse al recurrente por conocedor en su momento, no sólo de la iniciación del procedimiento fiscalizador, sino también de que se extendía a las sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella. Su condición, no ya de Cargo000 de Jardines 2000, S.L., sino de concejal y, en particular, de teniente de alcalde no hace concebible su ignorancia de ese extremo. La sentencia apelada, recogiendo y desarrollando los argumentos de la de instancia, explica en términos convincentes por qué llega a esta conclusión. Y no apreciamos en los presupuestos de hecho y en el razonamiento seguido para afirmar que se produjo la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de cinco años ninguna quiebra o defecto que la invaliden.

2º) Respecto del error en la apreciación de la prueba hemos subrayado en las sentencias de 17 y 24 de noviembre de 2008 (casación 5707/07 y 3394/05 respectivamente) y 16 de febrero de 2009 (casación 6092/05) que la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal a quo únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA (en este caso el artículo 82.1.5 de la LFTCu), se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de las pruebas tasadas o que la llevada a cabo resulta contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9, apartado 3, de la Constitución.

- Por tanto, según la reiterada doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 2-11-2005 -rec. 1945/2000- y 2 de julio de 2004 -rec. 8924/1999-) no puede pretenderse de la Sala un nuevo análisis de la prueba, y los documentos en que se apoye el recurrente para formularlo han de ser contundentes e indubitados, de manera que es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a

deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien lo contrario de lo afirmado o negado en la sentencia recurrida.

La equivocación ha de ser apreciable a la simple vista del documento o documentos que se señalen, de manera que pueda constatarse fácilmente, sin necesidad de acudir a interpretaciones o nuevas apreciaciones de la prueba, y mucho menos a otra apreciación global de la misma, a través de una revisión total.

- Una nueva valoración de las pruebas es ajena al recurso de casación y no procede llevarla a cabo cuando no se ha planteado la infracción de los preceptos que regulan la prueba tasada ni se advierte en el juicio del Tribunal de Cuentas una separación de las reglas de la sana crítica que son, en definitiva, las que según la Ley de Enjuiciamiento Civil han de guiar la apreciación de las pruebas.

OCTAVO.- Partiendo de los precedentes criterios jurisprudenciales, de directa incidencia en el caso examinado, abordaremos, en primer lugar, el análisis del primer motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Julián Felipe, en el que, al amparo del art. 82.1.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, denuncia la infracción de los arts. 14 y 24 de la CE ya que la sentencia impugnada dice lo contrario que las dictadas con los números 29/2010 y 3/2010 en supuestos sustancialmente idénticos operando un cambio de criterio sin la suficiente justificación. Alega por ello la vulneración del principio de contradicción y que se le ha originado indefensión.

Como recuerda la STC 38/2011 de 28 de marzo, además de los requisitos relativos a la identidad de órgano judicial, la acreditación de un tertium comparationis y la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley requiere: “La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (STC 184/2007, de 10 de septiembre, F. 2).”

Antes de analizar si, en este caso, el cambio de criterio que se denuncia se encuentra justificado o no, debemos recordar que esta cuestión ya se ha planteado en la reciente sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 2012 rec. 6338/2010 respecto de la consideración o no como alcance del pago de una minuta al bufete del Sr. José María por la elaboración de dos formularios SMM1.



Sobre el cambio de criterio que operaba la Sala de Justicia respecto del mantenido en sentencias anteriores razonábamos lo siguiente en el fundamento jurídico séptimo: “En el caso examinado, la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas aquí recurrida (folio 24) reconoce que en las sentencias de 15 de diciembre de 2009 y 2 de marzo de 2010, que son las que cita como contradictorias la parte recurrente ha venido aplicando la doctrina consistente en sostener que cuando ha habido un encargo y se ha realizado una prestación no se puede considerar indebido su pago. Si la prestación se corresponde con la actividad profesional de la persona que cumple el encargo no hay daño real y efectivo a los fondos públicos por realizar el pago.

Sin embargo, explica que en aquellas sentencias se analizaron las minutas abonadas por importe de 3.485,87 euros cada una por la elaboración de dos formularios SMM1 con una perspectiva aislada referida a aquellos pagos y a la hora de valorar la prueba va a tener en cuenta los datos resultantes del procedimiento penal que se viene instruyendo sobre los mismos hechos de los que resulta “la existencia de numerosos pagos similares de minutas por parte de otras sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella, así como un conjunto de hechos que llevaron al Juez instructor a concluir que existía una presunta intención de despatrimonializar el Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades participadas para enriquecer y beneficiar a personas concretas”, añadiendo otro dato relevante y es que el procedimiento tiene origen en un informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas y que, sin perjuicio de admitir que la fuerza probatoria de ese informe puede ser ponderada por otros elementos probatorios, en este caso, tales elementos se reducen a los testimonios de los propios demandados o terceros que fueron perceptores de los pagos reclamados por lo que corresponde a los demandados la carga de probar que no existió daño a los fondos públicos. En el informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y de sus sociedades mercantiles participadas ejercicios 2000-2001 que fue aprobado en sesión de 22 de diciembre de 2004 se comprueba como en él se ha hecho un examen general de la actuación de las sociedades municipales que concluye con una serie de recomendaciones y la conveniencia, ante las irregularidades detectadas de que la Corporación municipal adopte las medidas necesarias para ser resarcida por los anteriores administradores de las sociedades participadas, entre ellas, la que aquí nos afecta.

En este punto, la sentencia recurrida destaca también el informe de Fiscalización que obra en la carpeta 3/4 del PR núm. a14/07 (folio 2) en el que se subraya que “las dificultades surgidas para su elaboración ante la escasa colaboración de los responsables municipales para facilitar la documentación necesaria para fiscalizar la gestión económico financiera de las sociedades municipales y la aprobación fuera de plazo de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de los ejercicios 2000 y 2001 ha obligado a fiscalizar estados provisionales, especialmente los relativos a las sociedades municipales”.

Pues bien, la Sala de Justicia, en la sentencia aquí recurrida resalta que en los recursos de apelación 38/2009, 42/2009 y 6/2010 por hechos idénticos a los aquí debatidos, en relación a otras tantas sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella ha resuelto tener por no justificados los pagos de minutas giradas por el mismo despacho e idéntico importe ante la ausencia de acreditación de los servicios realmente prestados por el despacho del Sr. José María con fundamento en un supuesto acuerdo verbal efectuado por Contratas 2000 SL, conclusión en la que coincide siquiera indiciariamente con lo relatado en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella.

Al igual que decíamos en la sentencia citada de 2 de marzo de 2012, resulta significativo, que el ahora recurrente, Cargo000 del Consejo de Administración de la sociedad "Contratas 2000 SL" denuncie un cambio de criterio injustificado por la sentencia recurrida cuando este se funda en el resultado de la fiscalización efectuada sobre las distintas sociedades municipales algunas de ellas presididas por el propio recurrente cuya deficiente gestión en numerosos aspectos es puesta de manifiesto en el apartado "recomendaciones" de dicho informe. Además, que el conocimiento pleno de esa deficiente gestión haya tardado en producirse precisamente por la falta de colaboración de los responsables municipales de los que el recurrente fue su máximo exponente además de Cargo000 de las sociedades municipales fiscalizadas. Así lo destaca el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y de sus sociedades mercantiles participadas de 22 de diciembre de 2004 que obra en la Diligencias Preliminares A89/05.

En todo caso, la Sala de Justicia advierte en la sentencia recurrida que va a valorar la prueba en su conjunto y que las declaraciones de los testigos Sres. Víctor, C.R. y José María ha de ser tomada en consideración junto con otros elementos probatorios entre los que prevalece la documental contenida en el citado Informe de Fiscalización y que los indicios obtenidos por el titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella en el auto de 28 de mayo de 2009 derivado de las Diligencias Previas núm. 3209/2009 son coincidentes en cuanto a la falta de suficiente acreditación de la realidad de los servicios profesionales por los que minutó y cobró el Sr. José María.

No se puede, por tanto, estimar que el cambio de criterio sea irrazonable o arbitrario sino que es consecuencia del conocimiento adquirido de la forma de operar de las citadas sociedades y de las personas que las regían.

Procede, en consecuencia la desestimación del primer motivo.

NOVENO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 82.1.5 de la LFTCu, denuncia la infracción de la Disposición Adicional Tercera de dicha Ley al entender prescrita la acción de responsabilidad contable ejercitada en relación con todos aquellos hechos acontecidos con anterioridad al 9 de octubre de 2001.

La parte actora argumenta que la providencia de la Delegada Instructora citando para la práctica de la liquidación provisional es el momento en el que tuvo conocimiento de las actuaciones, el 9 de octubre de 2006, por lo que, los hechos acaecidos con anterioridad al 9 de octubre de 2001 habrían prescrito y considera el recurrente que la notificación del acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de 14 de febrero de 2002, que disponía el inicio del procedimiento de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades participadas, carece de efecto interruptivo de la prescripción pues si bien es cierto que se notificó al Ayuntamiento no se hizo lo propio con la sociedad fiscalizada y, además, se trata de una investigación genérica donde no constan los hechos que son investigados ni el personal que puede resultar responsable de un supuesto alcance, por lo que no se puede entender que exista un acto interruptivo de la prescripción.

También plantea el recurrente ante esta Sala la cuestión relativa a la necesidad de conocimiento por parte del interesado del hecho interruptivo de la prescripción.

Sobre este motivo interesa subrayar que la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece en su Disposición Adicional Tercera un plazo general de prescripción de las responsabilidades contables de cinco años, a contar desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos, y otros dos plazos especiales, referidos a las responsabilidades contables detectadas en un procedimiento fiscalizador o dictadas por sentencia firme, supuesto en los que el plazo de prescripción es de tres años.

La Disposición Adicional Tercera de la LFTC establece:

“1.- Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que las originen.

2.- Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme”.

Por lo que respecta a las causas de interrupción de la prescripción contable, el apartado tercero de la citada Disposición Adicional Tercera establece que “el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiese 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”.

Del precepto que acabamos de transcribir podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª) La LFTC prevé dos plazos de prescripción, uno general de cinco años y otro de tres aplicable a aquellos supuestos en los que existe responsabilidad contable bien por ser detectada en un procedimiento fiscalizador previamente iniciado o declarada por sentencia firme.

2ª) Cada uno de esos plazos tienen sus respectivos dies a quo, fecha de comisión de los hechos para el primero y fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o de firmeza de la sentencia en el segundo.

3ª) La interrupción del plazo de prescripción se produce por el inicio de cualquier actuación o procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, no exigiendo el precepto legal el conocimiento por los interesados del hecho interruptivo de la prescripción, que nada tiene que ver con la intervención que, en su caso, les corresponda en los citados procedimientos en orden a ejercer su derecho de defensa y los efectos que pudieran derivarse de su inobservancia, cuya denuncia habría de efectuarse a través del motivo previsto en el artículo 82.1.3 de la LFTC, no del 82.1.5.

En este caso, los pagos realizados a diferentes acreedores por importe de 11.657.764, 22 euros constitutivos de alcance se produjeron en los ejercicios 2000-2001 y, en cuanto a los pagos realizados por Contratas 2000 SL a las empresas vinculadas al arquitecto Sr. Carlos se han excluido,

por prescripción, los hechos anteriores al 14 de febrero de 1997 aplicando el plazo general de prescripción de 5 años previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988.

Ahora bien, el plazo prescriptivo se interrumpió en todo caso con la notificación del inicio del procedimiento de fiscalización al Ayuntamiento de Marbella el 14 de febrero de 2002 que se hace extensiva a las sociedades fiscalizadas dada la relación de dependencia de estas respecto de la Corporación Municipal. Sobre este punto hay que recordar que el Consejo de Administración de "Contratas 2000 SL" está integrado por tres administradores D. Esteban, D. Modesto y D. Julián Felipe que son nombrados por un periodo de cinco años ostentando el Sr. Julián Felipe la presidencia y ese cargo lo mantuvo ininterrumpidamente el recurrente Sr. Julián Felipe hasta el 17 de enero de 2002 en que renunció a él.

En consecuencia, los hechos no estaban prescritos y procede rechazar el motivo en este punto.

DÉCIMO.- Por lo que se refiere a la necesidad o no del conocimiento formal de los hechos interruptivos de la prescripción por parte del recurrente, interesa señalar que tal requisito ni está establecido en la citada disposición adicional tercera, ni en el resto de su articulado. Por ello obligado resulta acudir a la naturaleza civil de la responsabilidad contable, cuyo contenido privativo, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos consiste, estrictamente, como reconoce el Tribunal Constitucional en su Auto de 16 de diciembre de 1993, "en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (arts. 2.b) y 38.1 de la L.O.T.C.)".

En este punto, sobre la exigencia del conocimiento formal por los interesados de la iniciación de alguno de los procedimientos a los que la disposición adicional tercera de la Ley 7/1988 vincula la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por alcance de los administradores de fondos públicos ya se ha pronunciado esta Sala, como hemos subrayado, en las sentencias de 29 de septiembre de 2010 rec. 3009/2009, 3 de diciembre de 2010 rec. 2253/2008 y 30 de junio de 2011 rec. 2009/2010 ya que la finalidad del procedimiento fiscalizador no es la de detectar hechos generadores de responsabilidad contable, ni, consiguientemente, se dirige contra nadie en concreto, sino simplemente, la de poner en conocimiento de las Cortes Generales o, en su caso, otros órganos públicos, la fiscalización de una entidad pública.

Esta especial naturaleza de la función fiscalizadora es la que lleva a la Sala de instancia a diferenciar el procedimiento fiscalizador de los procedimientos tributario y presupuestario en los que la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria exigen el conocimiento formal del interesado y, en consecuencia, a la inexigibilidad de su puesta en conocimiento a los particulares toda vez que la responsabilidad contable tiene naturaleza reparatoria y no propiamente sancionadora.

En esta misma línea se inscribe el distinto tratamiento que en orden a la puesta de manifiesto de las actuaciones se da en uno y otro procedimiento. Así mientras la citación y, en su caso, intervención del presunto responsable se exige desde el inicial trámite de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable (art. 45 de la Ley 7/88), el procedimiento fiscalizador prevé un único trámite de audiencia en el art. 44.5 de dicha Ley que se concede, no a quien puede tener la condición de interesado sino sólo y exclusivamente "a los responsables del sector o subsector

público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadoras” y, en su caso “a quienes hubieran ostentado la representación del subsector fiscalizador”.

Además del razonamiento precedente sobre la existencia de un conocimiento formal por parte de D. Julián Felipe de las actuaciones correspondientes al procedimiento de fiscalización contable y frente a la tesis mantenida por éste de que dicho conocimiento se produce en el acto de liquidación provisional del año 2006, hay que subrayar que son datos ciertos constatables por el examen del expediente administrativo los siguientes:

1º) En el informe aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas de 22 de diciembre de 2004 obrante en la Corporación Municipal, se describen en el epígrafe 5.8 las anomalías advertidas en dicha sociedad.

2º) Respecto de la sociedad “Contratas 2000 S.L.”, desde el 16 de septiembre de 1993 ostentaba su presidencia D. Julián Felipe y la renuncia a su nombramiento se produce el 17 de febrero de 2002, siendo perfectamente conocedor en su condición de Alcalde en funciones de la Corporación Municipal del informe de fiscalización, atendiendo a la vigencia de su nombramiento como tal Cargo000 de la sociedad municipal y de la Corporación Municipal.

3º) El juego de las fechas permite constatar la simultaneidad en el cese de la presidencia de la sociedad fiscalizada y el inicio del expediente de fiscalización por el Tribunal de Cuentas el 14 de febrero de 2002, cuya culminación tiene lugar el 22 de diciembre de 2004, siendo el 9 de octubre de 2006 cuando se produce el requerimiento de liquidación provisional, sin que transcurrieran tres años, en aplicación de la disposición adicional tercera de la LFTCu que motivara la prescripción de los hechos.

Al margen de esta interpretación, la sentencia de instancia rechaza la alegación de desconocimiento de las actuaciones fiscalizadoras atendidos el cargo que desempeñaba en el Consejo de Administración de la sociedad durante los ejercicios 2000-2001, en concreto, el Sr. Julián Felipe, fue nombrado Cargo000 en la Junta Universal de socios celebrada el 16 de septiembre de 1993 hasta su renuncia aceptada en Junta General el 17 de enero de 2002 (folio 22 del ramo de prueba de los Sres. Modesto y Esteban PR A15/07) y de la documental obrante en autos constata la sentencia que el ahora recurrente tuvo conocimiento de que se había iniciado un procedimiento por parte del Tribunal de Cuentas desde el mismo momento de inicio del procedimiento fiscalizador que fue puesto en conocimiento del Ayuntamiento de Marbella con ocasión del ejercicio de su cargo en la sociedad “Contratas 2000 S.L.” y este mismo reconocimiento, apreciado en la sentencia de primera instancia con fecha 30 de diciembre de 2008, es confirmado en la dictada en el recurso de apelación de 18 de noviembre de 2010, objeto de impugnación en este recurso de casación.

Además, en la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2011 rec. 2009/2010, en relación con otra de las sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella presidida por D. Julián Felipe dijimos que: “El plazo prescriptivo se interrumpió con la notificación del inicio del procedimiento de fiscalización al Ayuntamiento de Marbella el 14 de febrero de 2002 que se hace extensiva a las sociedades fiscalizadas dada la relación de dependencia de estas respecto de la Corporación Municipal. Así, obra en la pieza separada de prueba del P.R. núm. A16/07 (folio 45) a instancias del recurrente, la certificación de la Junta General Extraordinaria y Universal de “Eventos 2000 SL” de 17 de enero de

2002 en la que comparece el Sr. Julián Felipe como Cargo000 y representando al Ayuntamiento de Marbella como Alcalde accidental al coincidir en el recurrente la representación de la entidad local y la de la sociedad fiscalizada.”

Es decir, el recurrente ha venido simultaneando el cargo de alcalde accidental de Marbella con la presidencia de las distintas sociedades municipales participadas por el Ayuntamiento de manera que, una vez notificado al Ayuntamiento el inicio del procedimiento de fiscalización no puede afirmarse el desconocimiento de dicho acto por la sociedad municipal.

Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del segundo de los motivos.

UNDÉCIMO.- En el tercer motivo del recurso formulado por el Sr. Julián Felipe, al amparo del artículo 82.1.5 de la LFTCu, se hace referencia a su falta de legitimación pasiva ad causam en el procedimiento de reintegro por alcance y se denuncia la vulneración de los artículos 2, 15 y 38 de la LOTCu y del 49 de la LFTCu, en cuanto a la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

La parte recurrente sostiene que no ostenta la condición de gestor de fondos públicos y cuentadante ante el Tribunal de Cuentas al resultar acreditado que su cargo de Cargo000 en el Consejo de Administración de la sociedad “Contratas 2000, S.L.” era puramente institucional (formal, y no funcional), careciendo de facultades efectivas de gestión y administración de la empresa, así como sobre la utilización y manejo de sus fondos razón por la que no habiendo cometido ninguna acción dolosa o culposa que haya supuesto menoscabo en los caudales públicos, ninguna responsabilidad contable puede exigírsele.

En el caso examinado, la sentencia impugnada confirma en este punto la sentencia de primera instancia y rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam (F.D. 2º) planteada por el demandado atendido su doble carácter de gestor de fondos públicos y cuentadante ante el Tribunal de Cuentas que deriva no sólo de su pertenencia como Cargo000 al Consejo de Administración de la sociedad “ Contratas 2000, S.L.”, sino también de las amplias facultades de representación, dirección, vigilancia, administración, gestión, disposición y control que ejercía sobre aquélla.

Estas facultades resultan acreditadas por la prueba documental practicada en el procedimiento que pormenorizadamente analiza y en particular, destaca las amplias facultades atribuidas por los Estatutos al Consejo de Administración para realizar cualquier acto de gestión y disposición de la empresa.

También la sentencia recurrida considera, por aplicación de los artículos 133.1 y 127 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción vigente al momento en que se produjeron los hechos, que el recurrente incumplió, por omisión inexcusable el ejercicio de esas funciones de vigilancia y control inherentes a su cargo respecto de las salidas no justificadas de fondos de la empresa pública, sin que haya probado ninguna circunstancia en orden a excluir o moderar su responsabilidad.

En suma, del examen de las actuaciones y de los criterios manifestados por la sentencia recurrida se constata la falta de la diligencia propia de un ordenado comerciante y representante legal, siendo ésta la razón última de la atribución de responsabilidad que se le exige.

Tales razonamientos son asumibles por esta Sala, en la medida en que no han sido adecuadamente combatidos por el recurrente y conducen a la desestimación del tercero de los motivos.

DECIMOSEGUNDO.- El cuarto de los motivos del recurso plantea dos infracciones en las que se reproducen las supuestas vulneraciones denunciadas en el motivo primero y que han recibido adecuada respuesta en el Fundamento de Derecho octavo. De un lado, la infracción del principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho porque la sentencia impugnada es contradictoria con otras que ha dictado la misma Sala de Enjuiciamiento en supuestos idénticos, lo que implica el reconocimiento de la indicada reiteración y además, en los términos en que ha sido planteado, este submotivo ya debió ser inadmitido porque no se indica un término de comparación válido al no precisarse aquellas sentencias, en su contenido y en su desigual aplicación, no concurrente.

Por otro lado, también se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, submotivo que debió también inadmitirse, pues no se cumplen los requisitos del art. 93.2.a) en relación con el art. 92.1 de la LJCA al no expresar el concepto en el que cada uno de esos principios resultan concretamente infringidos sin contemplar la expresión razonada que exige el segundo de los preceptos ni expresar las razones en las que se amparan las infracciones denunciadas. Todo ello con independencia de que el cambio de criterio ha sido razonado como se expuso en el análisis del primer motivo.

Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación del cuarto motivo.

DECIMOTERCERO.- El quinto y último de los motivos del recurso del Sr. Julián Felipe, al amparo del artículo 82.1.4 de la LFTCu, denuncia el error evidente en la apreciación de la prueba realizada en el procedimiento de reintegro por alcance en cuanto a la inexistencia de éste, con proyección en los siguientes puntos:

a) Respecto a los pagos efectuados a trece acreedores por contratos de obras, pues entiende que con la prueba documental unida a las actuaciones (facturas y contratos) y las contestaciones a los requerimientos efectuadas por los perceptores de los pagos queda acreditada la inexistencia de lesión o menoscabo a los fondos públicos ya que sin perjuicio de las irregularidades formales de que adolezcan tales documentos justifican la realidad de los trabajos efectuados (corroborados en el caso de seis empresas por las contestaciones a los requerimientos efectuados por el propio Tribunal de Cuentas). Precisa además el recurrente que el informe de fiscalización no es un informe pericial sino simplemente un documento más que puede ser desvirtuado por prueba en contrario como así ha sido.

b) Respecto de los pagos efectuados al Arquitecto Sr. Carlos, sostiene el recurrente, que la documentación obrante en las actuaciones revela la realidad de los encargos efectuados y su ejecución y aunque reconoce que una serie de irregularidades podrían suponer un menor precio de los proyectos realizados ninguna prueba se ha practicado que acredite la corrección o no de los honorarios devengados por los proyectos ejecutados correspondiendo la carga de la prueba a la parte demandante demostrar que lo abonado no se corresponde con lo realmente devengado.

En este punto, la sentencia recurrida argumenta que la sociedad municipal aceptó y pagó facturas a acreedores por un importe de 11.657.764,22 euros sin que hubieran sido presentados los correspondientes proyectos de obra ni documento alguno que determinara la existencia de una contraprestación y que la misma abonó a empresas vinculadas al arquitecto Sr. Carlos un importe total no prescrito de 23.337.300,01 euros, sin que se hubieran ejecutado las obras ni los proyectos por dicha parte contractual con incumplimiento de los contratos de prestación de servicios formalizados con la sociedad local.

En todo caso, las afirmaciones en las que se apoya el recurrente carecen de sustrato probatorio alguno pues, ha de insistirse, no se han aportado los proyectos de obras ni cualesquiera otros documentos que podrían justificar las contraprestaciones realizadas a cambio de las facturas aceptadas y reconocidas por Contratas 2000 SL por importe de 11.657.764,22 euros. Y, en cuanto a los pagos efectuados a las empresas vinculadas al arquitecto Sr. Carlos sigue sin acreditarse que los 42 proyectos de obras fueran entregados por los responsables de "Contratas 2000 S.L." y que tales obras hubieran sido ejecutadas por los contratistas.

No se ha desvirtuado, tampoco, la afirmación de la sentencia recurrida de que en 14 proyectos los pliegos de condiciones son idénticos y en cinco se repiten los mismos estudios de seguridad o que, en fin, varios de los proyectos que fueron aceptados de conformidad y pagados por "Contratas 2000 SL" no fueron dirigidos ni ejecutados por las empresas del arquitecto Sr. Carlos y, además, se corresponden con obras realizadas en localidades distintas a Marbella, como sucede, entre otros casos y como ejemplo, el supuesto del Auditorio y Escuela de Música de Marbella cuyos planos se corresponden con la Escuela de Música y Danza Joaquín Rodrigo de Las Rozas (Madrid).

A pesar de estos hechos acreditados y que no han sido desvirtuados, el Sr. Julián Felipe concluye, insistiendo que existe un error evidente en la apreciación de la prueba documental referida que demuestra la equivocación de la sentencia impugnada en relación a su responsabilidad contable que considera inexistente pues ni siquiera conocía la existencia de los pagos que se le reclaman ni disponía de firma en las cuentas corrientes que Contratas 2000 SL tenía abiertas en diversas entidades financieras.

DECIMOCUARTO.- Este motivo casacional es específico y peculiar del recurso de casación en materia contable y exige que se trate de un error "evidente", basado en documentos que obren en el procedimiento, que deben mencionarse específicamente, y de cuyo examen se deduzca la equivocación del juzgador.

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



La aplicación de la doctrina jurisprudencial precedente al caso examinado conduce a la necesaria desestimación del motivo por los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, porque en contra de lo exigido por la norma, el recurrente no identifica adecuadamente los documentos que sirven de base al motivo pues la genérica mención que literalmente se hace a la prueba que obra unida a las actuaciones, tanto en el procedimiento de fiscalización, como en lo relativo a la documentación soporte de la misma, como posteriormente en la fase procedimental y procesal correspondiente, no resulta idónea a tal fin.

b) En segundo lugar, porque el desarrollo del motivo revela que el recurrente no denuncia un error evidente y manifiesto sino que pretende de esta Sala una nueva valoración de la prueba efectuada por el tribunal "a quo" que acoja su versión sobre la inexistencia de alcance en los fondos públicos, o de su responsabilidad en el mismo, no constituyendo el motivo empleado cauce adecuado para ello.

c) Sobre este particular debemos recordar que, como hemos dicho en las sentencias de 17 y 24 de noviembre de 2008 (casación 5707/07 y 3394/05 respectivamente) 16 de febrero de 2009 (casación 6092/05), 30 de junio de 2011 (casación 2009/2010) y 2 de marzo de 2012 (casación 6338/2010), la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal a quo únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA (en este caso el artículo 82.1.5 de la LFTC), se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de las pruebas tasadas o si la llevada a cabo resulta contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9, apartado 3, de la Constitución, supuestos que no se dan en el presente caso al limitarse el recurrente a exponer su personal valoración de la prueba sin mención alguna a los defectos o excesos jurídicos en la apreciación de aquélla en que haya incurrido la Sala de instancia que permitirían a esta Sala revisar las inferencias fácticas contenidas en la sentencia impugnada, que procede confirmar.

DECIMOQUINTO.- Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del recurso de casación y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente, hasta el límite de 3.000 euros (tres mil euros) en cuanto a honorarios de letrado de la parte recurrida, teniendo en cuenta los criterios habituales de esta Sala y la complejidad del recurso planteado.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación núm. 825/011 interpuesto por D. Julián Felipe representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Irene Molinero Romero, contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2010 por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación núm. 13/09, interpuesto contra la sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento de dicho Tribunal de Cuentas (Departamento 1<sup>o</sup>) que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance núm. A. 15/07; con imposición al recurrente de las costas causadas en el recurso de casación en la forma prevista en el último fundamento de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Vicente Conde Martín de Hijas.

## VOTO PARTICULAR

FECHA:10/05/2012

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. José Díaz Delgado y se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas en la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, dictada en el recurso de casación número 825/2011.

Discrepo con todo respeto del voto mayoritario exclusivamente en cuanto al fundamento jurídico séptimo de esta sentencia, que sostiene que el procedimiento de fiscalización interrumpe, sin necesidad de notificarlo al interesado, el plazo de prescripción, por los siguientes motivos.

Primero.- En primer lugar, ha sido práctica uniforme en el Tribunal de Cuentas hasta el año 2007, según se reconoce en la propia sentencia ahora recurrida en casación, y de la jurisprudencia de esta Sala, considerar que solo se interrumpen los plazos de prescripción desde el momento de la notificación del procedimiento de fiscalización al interesado, precisamente para no causarle indefensión, por aplicación supletoria, tanto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como de la Ley General Tributaria.

Segundo.- Como sostiene la sentencia recurrida, la Disposición Adicional Tercera de la LFTC dispone 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. Se sostiene en la sentencia de la que ahora discrepamos, que el precepto legal no exige el conocimiento del hecho interruptivo de la prescripción. Eso es evidente, pero la cuestión es si, ante el silencio acerca de dicho requisito es de aplicar la normativa que la propia LFTC declara supletoria.

Se viene admitiendo por esta Sala que en el caso de las actuaciones preventivas de alcance, y de estas mismas, si se exige la citación de los presuntos responsables contables desde su trámite inicial (artículo 45 de la ley 7/88), dando por buena la doctrina de la sentencia de este Tribunal de 27 de febrero de 2004, en cuanto considera que el hecho de que el responsable no fuera citado a lo largo de la realización de las actuaciones previas hasta el momento de presentación de la demanda de su presunta responsabilidad contable invalida el procedimiento respecto a él por clara y evidente indefensión. En consecuencia, aquí sí que el "dies ad quem" vendría dado por la efectiva notificación de este procedimiento previo al de alcance, o este mismo.

No obstante, el apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera de la LFCT no distingue entre los distintos procedimientos, y si se interpreta que la falta de exigencia de notificación expresa significa que el legislador ha querido apartarse del régimen general administrativo y tributario, no tiene sentido hacerlo así solo con el procedimiento de fiscalización y no con el resto de los procedimientos a que se refiere esta disposición.

Tercero.- Como sostiene la sentencia el artículo 44 de la LFTC regula la audiencia de los interesados en el procedimiento de fiscalización, así el apartado 1 dispone que una vez tramitados por el Tribunal los procedimientos de fiscalización, se pondrán de manifiesto las actuaciones practicadas a los responsables del sector o subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas para que, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinente. Hay que destacar que entre quienes han de ser oídos, se encuentran las personas o entidades fiscalizadas, lo que refuerza, no solo el carácter administrativo del procedimiento que se deriva del trámite de audiencia previa, sino la preocupación del legislador por evitar la indefensión que puede producirse para los responsables en un procedimiento de fiscalización, donde se sientan hechos, que pueden resultar pruebas en un procedimiento posterior de alcance, e incluso penal. El carácter administrativo del procedimiento de fiscalización se demuestra además con la previsión de un recurso de alzada, contra la falta de audiencia ante el Pleno del Tribunal de Cuentas, en el caso de faltar dicho trámite (artículo 44 citado, apartado 5). Pero desde luego, de este precepto no puede deducirse que no exista obligación de emplazar a quien resulte interesado por ser presunto responsable, desde el momento en que así ocurra, para no causarle indefensión, y por aplicación supletoria de la ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Cuarto.- La sentencia de la que discrepo parcialmente acoge la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que el procedimiento de fiscalización tiene naturaleza civil, para justificar una diferenciación respecto a los procedimientos administrativo y tributario, que exigen que la interrupción de la prescripción se realice con conocimiento del sujeto pasivo. Sin embargo, ni existen procedimientos civiles, ni a mi juicio cabe duda de la naturaleza administrativa del procedimiento de fiscalización. Así se desprende claramente de la previsión del artículo 32 de la LFTC que dispone que “la tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo”, y como ya se ha dicho, de la previsión de trámites propiamente administrativos, como el de audiencia o el del recurso de alzada. Por otra parte es evidente que las autoridades administrativas de dicho Tribunal se desenvuelven en el ejercicio de su actuación fiscalizadora con el uso de potestades administrativas, que se derivan del deber de colaboración de todos, e incluso de la posibilidad de imposición de multas para el caso de incumplimiento de dicho deber.

Quinto.- En cualquier caso no estamos ante la cuestión de la naturaleza del procedimiento de fiscalización, sino ante las causas de interrupción de una responsabilidad por alcance, que es la que aquí se discute. Admitir la tesis de la sentencia, supone la posibilidad de que el plazo de prescripción de las responsabilidades, que comienza a correr desde el día en que se producen los hechos, pudiera prolongarse, “sine die” (porque el procedimiento de fiscalización no tiene plazo de caducidad, al menos expresamente previsto), por el solo hecho de que, sin conocimiento del interesado, se hubiera abierto un procedimiento de dicha naturaleza. Esta interpretación a mi juicio no es conforme con el principios de legalidad y seguridad jurídica, ni tampoco con la normativa general administrativa y tributaria. Conviene recordar que el artículo 15.2 de la Ley General Tributaria dispone que “la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública estatal se interrumpirá conforme a lo establecido en la Ley General Tributaria y se aplicará de oficio”.

Sexto.- Lo anteriormente dicho no queda desvirtuado por el hecho de que dado el cargo del interesado éste hubiera tenido conocimiento del inicio de un procedimiento de fiscalización dirigido a

la Administración de la que formaba parte, pues en ningún caso consta que dicho procedimiento se dirigiera personalmente contra el interesado.

En conclusión, considero que la interpretación que hasta el año 2007 venía aplicando el Tribunal de Cuentas era más conforme con los principios constitucionales antes citados y no debía haberse abandonado, por lo que entiendo que en ese punto la sentencia debería haber sido estimatoria.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, en audiencia pública, celebrada en el mismo día de su fecha, lo que Certifico. Rubricado.