

Detalles del documento

SENTENCIA nº 7 año 2004 dictada por SALA DE JUSTICIA

Información sobre el documento :

Resolución SENTENCIA nº 7 año 2004 dictada por SALA DE JUSTICIA

Número: 7

Año: 2004

Tipo de Documento: SENTENCIA

Sección: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Asunto: Recurso de apelación nº 21/03 Procedimiento de reintegro nº 224/98 Ramo: Administración del Estado, Madrid

Fecha de Resolución: 02/03/2004

Dictada por: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Ponente: Excm. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola

Sala de Justicia: Presidenta:

Excm. Sra. Dña. Ana María Pérez Tórtola

Consejeros:

Excmo. Sr. D. Antonio de la Rosa Alemany

Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz

Resumen doctrina: Analiza la Sala de Justicia la naturaleza del recurso de apelación que por ser un recurso ordinario permite al tribunal de apelación aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado tanto de las partes como del juzgador de instancia, pudiendo valorar las pruebas aportadas al proceso y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo. Ahora bien 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. Continúa la Sala de Justicia analizando la compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal para el enjuiciamiento de unos mismos hechos, debiendo el juez penal abstenerse de conocer de la responsabilidad contable derivada de hechos constitutivos de delito, dando traslado al Tribunal de Cuentas. Ahora bien, en ningún caso cabe llegar en vía contable y penal a un pronunciamiento distinto acerca de la existencia de los hechos y la autoría de los mismos, siendo prevalente a este respecto el orden jurisdiccional penal, aunque esto no impide que de los mismos hechos se extraigan consecuencias jurídicas diferentes. Por otro lado, analiza la Sala de Justicia la alegada infracción del principio de presunción de inocencia, señalando que en el ámbito contable se sustituye por la aplicación del principio civil de carga de la prueba, debiendo aplicarse los criterios establecidos en la Ley procesal civil para la valoración de las pruebas aportadas al proceso. Finalmente, analiza la figura del alcance, señalando que es indiferente al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario a la falta de justificación del resultado negativo observado y añade que la existencia de un alcance no implica necesariamente que la causa del mismo haya sido la apropiación o sustracción de los fondos públicos por parte de la persona que los tenía a su cargo.

Voces:

ALCANCE (CONCEPTO)

ALCANCE (DIFERENCIA CON LA MALVERSACION)

CARGA DE LA PRUEBA

COMPATIBILIDAD DE LA JURISDICCION CONTABLE CON EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

DESORGANIZACION DE LAS OFICINAS

INFORMES (VALOR PROBATORIO)

PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA

PRINCIPIO DISPOSITIVO

RECURSO DE APELACION (NATURALEZA)

SUSTRACCION DE FONDOS PUBLICOS POR TERCERAS PERSONAS AJENAS A SU GESTION

VALORACION DE LA PRUEBA

Situación Actual: FIRME

divisas

.....-.....-.....-.....-.....1.662.328.....148.947...1.811.275

Devol. Cheques

.....-.....-.....563.140.....780.847.....109.712.....23.580.....425.102...1.902.381

Duplic. Dietas

.....-.....-.....576.192.....715.982...3.893.351.....505.339...5.690.864

Repos.VISA

.....-.....-.....-.....-.....125.847.....198.978.....-.....324.825

Otras anotaciones

.....-.....-.....-.....1.274.415.....334.697.....355.341..11.357.788..13.322.241

TOTAL

136.640..725.834..1.269.622..4.748.139..1.794.708..10.829.731..15.503.826..35.008.500

TERCERO.- Por los mismos hechos, el Juzgado de Instrucción nº 19 de los de Madrid, incoó las Diligencias Previas nº 7432/97-C, Procedimiento del Tribunal Jurado que dieron lugar al Sumario Especial número 1/98 derivando en la causa nº 20000/99 de rollo de Sala correspondiente al Procedimiento especial para enjuiciamiento de delitos por Tribunal del Jurado seguida por un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad contra GUADALUPE A. P. en la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha causa concluyó en sentencia de 28 de febrero de 2001 y declarada firme por Auto de 28 de marzo de dos mil uno (folios 109 al 120, ambos inclusive, del Procedimiento de reintegro por alcance nº B-224/98).

En la citada sentencia se condenó a GUADALUPE A. P. como AUTORA de un delito de malversación de caudales públicos y otro continuado de FALSEDAD, concurriendo la eximente incompleta de alteración psíquica y la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a las penas de un año de prisión y dos años y seis meses de inhabilitación absoluta por el primero de ellos y diez meses de prisión, inhabilitación de un año y tres meses, multa con cuota diaria de cinco mil (5.000) pesetas, por el segundo, fijándose responsabilidad personal subsidiaria, y debiendo indemnizar al Estado en la cantidad que quede determinada en ejecución de sentencia tras la resolución del expediente seguido por estos hechos ante el Tribunal de Cuentas que concrete las cantidades defraudadas, una vez deducido el importe de la consignación efectuada en esta causa.

En la Sentencia de 28 de febrero de 2001, y en el correspondiente apartado, se declararon como Hechos Probados los siguientes:

«En el período de tiempo comprendido entre los años 1991 y 1996 ambos incluidos, la acusada GUADALUPE A. P., de 47 años de edad, en cuanto nacida el 14 de enero de 1944, con D.N.I. número 51.171.813, sin antecedentes penales, funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado con número de registro personal A0314173 tenía destino en la Habilitación de la Subdirección de servicios centrales del Departamento del Ministerio de Educación y Ciencia, donde desempeñaba funciones de cajera. En las referidas fechas aprovechando esta situación incorporó a su patrimonio personal fondos de la Tesorería del Ministerio, que habían sido confiados a su cargo. El importe de las cantidades distraídas habrá de determinarlo el Tribunal de Cuentas pero en todo caso no es inferior a diecisiete (17) millones de pesetas.

A tal fin la acusada utilizó diversos métodos que en ocasiones consistieron en la contabilización duplicada de diversos pagos, la salida ficticia de fondos, así como el no registrar en el libro de caja las devoluciones de fondos o cheques cobrados en el banco que debían ingresarse en la misma.

La acusada padece de un «Trastorno Depresivo Recurrente» enfermedad que afecta a su libre motivación disminuyendo su capacidad de querer y entender.

Una vez abierto el procedimiento ha consignado la cantidad de veinte (20) millones de pesetas con el fin de cubrir las responsabilidades civiles derivadas de los hechos relatados».

TERCERO.- La sentencia recurrida se basa entre otros en los siguientes fundamentos de derecho:

CUARTO.- Como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, la demandada admite la existencia de unos daños y perjuicios ocasionados en los fondos del Ministerio de Educación y Ciencia y su responsabilidad contable directa en los hechos pero considera que el importe del alcance señalado en la demanda es inferior y no debe exceder de 17 millones de pesetas. Debe, por tanto, centrarse la controversia en la cuantificación del alcance, teniendo en cuenta tanto la documental obrante en autos como el resto de las pruebas aportadas.

En primer lugar, consta en autos el informe de los Inspectores de Servicios del Ministerio de Educación y Cultura de fecha 11 de

diciembre de 1997 (folios 6 al 16 de las Diligencias Preliminares nº 159/97 de las que derivan las Actuaciones Previas 142/97) ampliado por otros, del mismo órgano, divididos en apéndices del I al VIII de diversas fechas comprendidas entre el 3 de marzo de 1998 y el 17 de diciembre de 1998 fecha en que se remite el apéndice VIII y el resumen final (folios 46 de Actuaciones Previas y folios 19 y 20 del ANEXO I de la pieza principal) documentos, todos ellos, en los que apoya su pretensión el Abogado del Estado para cifrar en 35.008.500 Pts. el alcance que señala en su demanda.

De acuerdo con los citados informes, el resumen de las cifras contenidas en los apéndices I a VIII, así como las del informe inicial de 11 de diciembre de 1997 se distribuyen como sigue, con los importes señalados en pesetas (ANEXO I de la pieza principal folio 44):

.....Apéndices.....Informe.....TOTAL	
.....I a VIII.....Inicial	
Apartado A a Consejo Escolar.....	6.683.195.....6.683.195
Apartado B Anuncios B.O.E.....	-2.158...5.447.365.....5.455.207
Apartado C Rep. fondo y dev. divisas.....	--....1.811.275.....1.811.275
Apartado D Devol. cheques bancarios....	1.447.279.....425.102.....1.902.381
Apartado E Pago duplicado de dietas....	2.106.422....3.584.442.....5.690.864
Apartado F Repos. Fondos VISA.....	--.....324.825.....324.825
Apartado G Otras anot. Contables.....	13.234.526.....87.715.....13.322.341
.....TOTAL.....	16.816.069...18.363.919.....35.179.988

Según el escrito que figura en el documento 5.1 del ANEXO I de la pieza principal la cantidad de 35.179.988,- Pts. debe minorarse en 171.488,-Pts. correspondientes a un error detectado en la cuenta del Banco de España en el ejercicio 1994, por lo que el montante global queda cifrado en 35.008.500,-Pts.

El desglose por ejercicios de las cantidades sustraídas, en pesetas, fue: (folio 5.2 ANEXO I de la pieza principal):

RESUMEN POR AÑOS Y DOCUMENTACIÓN ENVIADA

.....1990.....1991.....1992.....1993.....1994.....1995.....1996.....TOTAL	
Informe	
inicial	
....136.640..725.834....706.482..2.277.685..1.382.196...9.170.086...3.964.996..18.363.919	
Apéndice I	
.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....10.565.796..10.565.796	
Apéndice II	
.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....973.034.....973.034	
Apéndice III	
.....-.....-.....563.140....780.847....109.712.....188.335.....-...1.642.034	
Apéndice IV	
.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....1.442.270.....-...1.442.270	
Apéndice V	
.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....309.424.....-.....-.....309.424	
Apéndice VI	
.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....130.069.....-.....-.....130.069	
Apéndice VII	
-.....-.....-.....-.....34.640.....10.000.....-.....-.....-.....44.640	
Apéndice VIII	
.....-.....-.....-.....1.654.967.....24.795.....29.040.....-.....-.....1.708.802	

Modif. Final

.....-171.488

TOTAL

...136.640..725.834..1.269.622..4.748.139..1.794.708..10.829.731..15.503.826..35.008.500

Por otra parte, el resumen por años y apartados, que figura en los folios 5.3 y 5.4 del ANEXO I de la pieza principal, fue, en pesetas, el siguiente:

RESUMEN POR AÑOS Y APARTADOS

.....1990.....1991.....1992.....1993.....1994.....1995.....1996.....TOTAL

Consejo

Escolar

.....-...90.975....110.864....195.300....261.400...2.958.006...3.066.650...6.683.195

Anuncios

BOE

...136.640..634.859....595.618..1.921.385....418.558...1.738.147.....-...5.445.207

Rep. fdos.

y der. div.

.....-.....-.....-.....-.....-...1.662.328.....148.947...1.811.275

Devol.

Cheques

.....-.....-...563.140....780.847....109.712.....23.580....425.102...1.902.381

Duplic.

Dietas

.....-.....-.....-...576.192....715.982....3.893.35.....505.339...5.690.864

Repos.

VISA

.....-.....-.....-.....-...125.847....198.978.....-.....324.825

Otras

anotaciones

.....-.....-.....-...1.274.415....334.697....355.341..11.357.788..13.322.241

TOTAL

...136.640..725.834..1.269.622..4.748.139..1.794.708..10.829.731..15.503.826..35.008.500

RESUMEN POR APARTADOS Y DOCUMENTACIÓN ENVIADA

.....A.....B.....C.....D.....E.....F.....G.....H

Informe inicial

.....6.683.195...5.447.365..1.811.275....425.102..3.584.442..324.825.....87.715..18.363.919

Apéndice I

.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....(1)10.565.796..10.565.796

Apéndice II

.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....-.....(2)195.082.....-.....(3)777.952.... 973.034

Apéndice III

.....(3)164.755...1.642.034

Apéndice IV

.....1.251.684.....(3)190.586...1.442.270

Apéndice V

.....225.424.....84.000.....309.424

Apéndice VI

.....130.069.....130.069

Apéndice VII

.....44.640.....44.640

Apéndice VIII

.....-2.158.....-434.232.....1.276.728...1.708.802

Modif.rdo. final

.....-171.488.....-171.488

TOTAL

.....6.683.195..5.273.719..1.811.275..1.902.381..5.690.864..324.825..13.322.241....35.008.500

(1) Incluye Salidas de fondos de las ctas. 53 y 84 de Bº España con destino a la Caja de Habilitación y no ingresadas realmente.

(2) Salidas de Caja duplicadas con destino a Tesoro Público siendo en realidad salidas ficticias.

(3) Devol. De Caja no registrados y salidas ficticias y asiento erróneos.

Ante la profusión de datos y documentos que figuran en el Informe, no se ha aportado, por la parte demandada, ni en los escritos de contestación y resumen ni en los medios de prueba presentados, justificación alguna desvirtuadora, por un lado, del montante fijado en el Informe, ni que fundamente, por otro lado, la cantidad que la demandada defiende. En consecuencia, sólo pueden calificarse las objeciones formuladas, como meras alegaciones de parte, al carecer del suficiente soporte fáctico-jurídico.

Por tanto, las conclusiones a las que llegó la Inspección de Servicios, hechas suyas por el Abogado del Estado, elaboradas con rigurosidad y minuciosa especificación de datos, (documentación incorporada a los autos como documental solicitada por la parte actora y el Ministerio Fiscal y que figura en los folios siguientes de las Actuaciones previas nº 142/97, folio nº 9 Testimonio de particulares de los folios 1,2,67,68,75,83,87,88,90 al 98, 131,139,140,146,147,177,178,182 y 183 del procedimiento T.J. 1/98-C instruido por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid; folio 18 al que va unida como documentación, 1 Carpeta con documentación Consejo Escolar. Ejercicios 1991-96; 2-Carpeta anuncios B.O.E. Ejercicios 91-96; 3 Carpeta Resto documentación año 96; 4.- Carpeta resto documentación año 95; 5.- Carpeta resto documentación años 1994 y 1993; 6.- Libros de Caja, años 1994,1995 y 1996; 7.- Libros de Banco, años 1995 y 1996; folio 46 al que van unidos como Documentos 1,2,3 y 4 (los apéndices I,II,III y IV al Informe de 11 de diciembre de 1997, el cual figura a su vez en los folios 6 al 16 de las Diligencias Preliminares 158/97. Asimismo al folio 20 de la pieza principal, unido el ANEXO I que está formado por los Documentos 1,2,3,4 y 5, correspondientes a los Apéndices V,VI,VII y VIII y resumen final al Informe de 11 de diciembre de 1997 así como a la modificación del resultado final y resúmenes definitivos). Así, toda esta documentación no puede decaer ante la petición de la parte demandada al no aportar soportes documentales que pudieran justificar la pretensión rectificadora de unos dictámenes rigurosos y fundados. Por ello a la vista de todo lo expuesto debe cifrarse la partida de alcance en DOSCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (210.435,32) equivalentes a TREINTA Y CINCO MILLONES OCHO MIL QUINIENTAS PESETAS (35.008.500, -Pts.).

QUINTO.- Solicita también la parte demandada que se declare la existencia de responsables subsidiarios, y que se considere como tal, en todo caso, al superior directo de la demandada, el habilitado D. Francisco A., al entender que por su actuación negligente también incurrió en esta responsabilidad el superior jerárquico que debía asegurarse el control y la vigilancia de los caudales públicos, y, sin embargo, no lo hizo.

Sustenta su petición en el hecho de que el habilitado, al igual que la demandada, tenía las llaves de la caja, firmaba talones y recogía dinero en efectivo que le entregaba el ordenanza. Así como que en el Informe de la Inspección de 11 de abril de 1997 se señala ...«que ha resultado inadecuado el sistema establecido para la gestión de fondos de caja y su contabilización»...

Ante esta petición hay que hacer constar que en el mismo Informe y en el mismo párrafo como continuación de la anterior afirmación, se señala, que ...«pero también debe reconocerse que los procedimientos utilizados por la Cajera (desaparición del dinero, junto a ocultación de la documentación justificativa si eran ingresos o suplantación de la misma si eran gastos duplicados), hacían muy

difícilmente detectables las anomalías, sobre todo dado el carácter de puestos de confianza que recae en quienes desempeñan este tipo de tareas»; asimismo se indica (folio 42 del ANEXO VI de la pieza de prueba de la parte demandada) que no se considera oportuno exigir responsabilidades al Habilitado, al menos por el momento y, en lo que concierne al apropiamiento de fondos de la cajera, resulta imposible cualquier tipo de connivencia por su parte, e incluso es difícil imputarle directamente a él una actuación negligente».

En este sentido, en la comparecencia que tuvo lugar el 7 de marzo de dos mil y tal como consta en el Acta (folio 56 de la pieza principal) el Abogado del Estado manifestó que se ratificaba en la demanda y que por lo que se refiere a las aseveraciones dirigidas a terceras personas no procedía ampliar su demanda, sin perjuicio de lo que se desprenda del período probatorio.

En el escrito de resumen de pruebas, de 10 de mayo de 2001, la parte actora manifestó que la apropiación de fondos públicos por importe de 35.008.500,-Ptas. por parte de la demandada, D^a GUADALUPE A. P., se deduce con toda claridad del Informe emitido por la Inspección de los Servicios del Ministerio de Educación y Cultura, y que ninguna de las pruebas practicadas a solicitud de la demandada ha desvirtuado la realidad de los hechos alegados y acreditados por la Abogacía del Estado. En los mismos términos se manifestó el Ministerio Fiscal en el escrito de 16 de marzo de 2001 (folios 62 y 64 de la pieza principal). En ambos escritos se hace mención a las declaraciones de los testigos D. LUIS PABLO D. B. y D. ANDRÉS PABLO Q. M., quienes en la testifical propuesta por la parte demandada y a la pregunta de si se puede asegurar que todas las irregularidades encontradas deben atribuirse a la actuación de la demandada, y si era imposible conocer la persona responsable en cada caso, el primero de ellos contestó que «Puedo asegurar que las irregularidades encontradas y atribuidas, a Dña. GUADALUPE A. P., son prácticamente atribuibles a ella, habiendo rechazado en las conclusiones de la Inspección los supuestos en los que hubiese las más mínima duda de su intervención. Todo hecho con la mayor objetividad y rigor».

D. ANDRÉS PABLO Q. M. ante la misma pregunta respondió que «Tiene el convencimiento respecto de los hechos de la autoría de la SRA. A. y que ella admitió los mismos a los dos meses de las actuaciones inspectoras y que cada hecho puntual, cada irregularidad está perfectamente comprobada y que todo lo que se le ha imputado ha sido examinado de modo exhaustivo» (folios 82 Y 83 de la pieza separada de prueba de la demandada).

En fin, sin querer desconocer que el sistema establecido para la gestión de fondos de caja y su contabilización ha podido resultar inadecuado, pues si hubiera funcionado correctamente podrían haberse detectado antes las irregularidades, lo cierto es que los hechos descritos y declarados probados en el ámbito penal, demuestran la existencia de un complejo plan elaborado por la demandada en sus funciones de contabilidad y Caja, desviando fondos del Ministerio hacia finalidades distintas a las que legalmente correspondían, tratando de ocultar la desviación por medio de la manipulación fraudulenta de documentos contables de diversa índole; no registrando los ingresos realizados; y apuntando contablemente pagos no efectuados, dificultando con ello los distintos controles que se efectuaban prevariándose sin duda del conocimiento que tenía acerca del funcionamiento del Servicio de Habilitación y de la confianza inspirada en superiores y compañeros. En la testifical del Inspector D. ANDRÉS PABLO Q. M., y en contestación a la pregunta Tercera, dice, que entiende que la actuación de la demandada fue muy hábil y que las simulaciones realizadas en los documentos contables estuvieron muy bien hechas y que el origen de todas las irregularidades se explican en la coincidencia en dicha persona de las dos funciones (Cajera y Contable). A la vista de lo expuesto debe decaer la petición de la demandada de que ella no es la única responsable directa y de que existen otros responsables, no pudiendo responsabilizar a las otras personas que con ella y el Habilitado formaban el Servicio de Habilitación (dos jefes de sección) aunque la demandada alegue que tenían acceso a la Caja y tenían firma reconocida en las cuentas corrientes de los bancos con los que se realizaban las operaciones, pues como ha quedado demostrado, no consta en ninguna actuación prueba alguna de que en el alcance originado intervinieran más personas que Dña. GUADALUPE A. P. A mayor abundamiento, teniendo en cuenta el carácter rogado de esta jurisdicción, la demanda de la Abogacía del Estado, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, se dirige solamente contra DOÑA GUADALUPE A. P., por lo que no sería procedente la declaración de responsabilidad de otras personas en esta sede jurisdiccional.

A todo ello hay que añadir la prevalencia del orden penal respecto a la fijación de los hechos y autoría de los mismos y en los Hechos Probados de la Sentencia firme de veintiocho de febrero de dos mil uno (folios 109 al 120 de la pieza principal en la que se condena a D^a GUADALUPE A. P. como autora de un delito de malversación de caudales públicos y como autora de un delito continuado de falsedad, se expone que la acusada «incorporó a su patrimonio personal fondos de la Tesorería del Ministerio, que habían sido confiados a su cargo. A tal fin utilizó diversos métodos que en ocasiones consistieron en contabilizaciones duplicadas de diversos pagos, la salida ficticia de fondos, así como el no registrar en el libro de caja las devoluciones de fondos o cheques cobrados en el banco que debían ingresarse en la misma ». En la precitada Sentencia penal no existe referencia alguna a imputación de responsabilidad a otra persona distinta de la demandada.

SEXTO.- Establecido lo anterior, no basta la existencia de un alcance o saldo deudor injustificado para declarar la responsabilidad de quien aparece como presunta responsable, sino que es preciso la concurrencia de una serie de requisitos especificados en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, en desarrollo de los artículos 38.1), 2 b) y 15.1) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que deben concurrir necesariamente y ser apreciados por el juzgador para poder declarar la responsabilidad contable de la demandada e imponerle la consiguiente obligación de indemnizar.

a) En primer lugar, y como requisito objetivo, sólo es predicable la responsabilidad contable de aquellos que tengan a su cargo el

manejo de caudales o efectos públicos. Dicha cualidad es predicable de DÑA. GUADALUPE A. P., por ser ella, en sus funciones de Caja y Contabilidad en el servicio de Habilitación del Ministerio de Educación y Cultura, en la fecha en que ocurrieron los hechos, la encargada de la custodia y manejo de los fondos públicos para atender el pago a los proveedores, abono de dietas, confección de talones y demás actuaciones que conlleva el puesto; por lo tanto correspondía a la misma la obligación de justificar el correcto destino de los fondos públicos puestos a su disposición, justificación que en el presente procedimiento no ha existido, limitándose a admitir la demandada su responsabilidad contable directa tan sólo por una parte del perjuicio causado (17.000.000,-Pts.), sin que haya justificado la diferencia que resta hasta la cantidad total, cifrada en 35.008.500 Pts.

b) Además, y como requisito subjetivo debe apreciarse una actitud dolosa o gravemente culpable o negligente. Dicha actuación, que sólo puede apreciarse por el Juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, viene exigida por el art. 42.1 de la L.O. 2/1982 del Tribunal de Cuentas. Examinados los hechos que han dado origen a las presentes actuaciones no cabe sino calificar la actuación de la demandada como de dolosa. A este respecto ha quedado probado en la sentencia Penal que la SRA. A. P. «utilizó diversos métodos que en ocasiones consistieron en la contabilización duplicada de diversos pagos, la salida ficticia de fondos, así como el no registrar en el libro de caja las devoluciones de fondos o cheques cobrados en el banco que debían ingresarse en la misma», como ya se ha puesto de manifiesto en el Hecho Probado Tercero.

c) Estas actuaciones demuestran el hecho de que la demandada actuó al margen de todo procedimiento reglado, con omisión de las normas reguladoras del régimen presupuestario y contable aplicables al sector público, requisito de carácter formal que se suma a la consecuencia de requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad contable.

d) Por último, debe existir una relación de causalidad entre la acción u omisión y el menoscabo causado en los fondos públicos; en este caso la causa del perjuicio señalado sólo es predicable, como ha quedado probado, de la actuación de DÑA. GUADALUPE A. P..

SÉPTIMO.- Por los mismos hechos la Audiencia Provincial de Madrid ha dictado, con fecha 28 de febrero de 2001, sentencia firme por la que se declara a DÑA. GUADALUPE A. P. como autora de un delito de malversación de caudales públicos y otro delito continuado de falsedad, condenándola asimismo a indemnizar al Estado en la cantidad que quede determinada en ejecución de sentencia tras la resolución del expediente seguido por estos hechos ante el Tribunal de Cuentas que concrete las cantidades defraudadas, una vez deducido el importe de la consignación efectuada en dicha causa. Ello ha de llevarnos al análisis de la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la penal.

Según el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 2/1982, la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, mientras que los artículos 18 de la citada Ley y 49.3 de la Ley 7/88 disponen la compatibilidad de la jurisdicción contable, estableciendo asimismo que cuando los hechos fueren constitutivos de delito la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, debiendo el Juez o Tribunal que entendiere de la causa abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado de los antecedentes necesarios al Tribunal de Cuentas al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

La Jurisprudencia de la Sala de Apelación ha venido perfilando esa compatibilidad (Sentencias de 30 de septiembre de 1992 y 26 de febrero de 1993, entre otras), señalando en su Sentencia de 6 de mayo de 1994 que «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 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... asimismo, en razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable es posible legalmente (artículo 18.1 y 18.2 de la Ley Orgánica 2/82 y artículo 49.3 de la Ley de Funcionamiento y preceptos concordantes) el enjuiciamiento por ambas jurisdicciones (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 autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984, etc.), pero no de lo referente a la apreciación de los hechos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985, etc.) y de las consecuencias jurídicas que se puedan desprender de los mismos y tal como también sostienen las sentencias de la Sala de Apelación de este Tribunal de 25 y 26 de febrero de 1993. A tal efecto puede declararse que mientras para la jurisdicción contable el conocer de la responsabilidad civil derivada de determinados delitos es fruto de su competencia básica, para la penal ese mismo conocimiento es accesorio y distinto de aquel otro que le es propio y exclusivo, esto es, declarar o exigir la responsabilidad criminal (artículo 1 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)».

Partiendo de la anterior doctrina, resulta indubitada la trascendencia que para este orden jurisdiccional tiene la fijación de los hechos y su autoría realizada por el orden jurisdiccional penal en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que ha quedado incorporada a la presente resolución en el correspondiente apartado de hechos probados. Es más, su apreciación y las consecuencias jurídicas que se desprenden de los mismos es asimismo coincidente entre ambos órdenes jurisdiccionales, en la medida en que, condenada la demandada como autora de un delito de malversación de caudales públicos, y dada la estrecha aproximación entre la malversación de caudales públicos tipificada como delito en el artículo 432.2 del Código Penal, por el que fue condenada la hoy demandada ante esta jurisdicción contable, y la malversación contable a la que se refiere el artículo 72.2 de la Ley 7/1988, de

Funcionamiento de este Tribunal, que está directamente inspirado en el artículo 432.2 del Código Penal, antes citado, a la misma conclusión se llega en este orden jurisdiccional contable de declarar a la demandada responsable contable directa de la malversación de los caudales públicos que tenía a su cargo, al concurrir en la misma las restantes circunstancias legalmente prevenidas para la declaración de responsabilidad contable.

Asimismo, en razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable es posible legalmente, como hemos indicado, (artículo 18.1 y 18.2 de la Ley Orgánica 2/82 y el artículo 49.3 de la Ley de Funcionamiento y preceptos concordantes) el enjuiciamiento por ambas jurisdicciones (cada una de ellas dentro de su ámbito), consagrándose además la exclusividad de la jurisdicción contable, en el ámbito de su competencia, para determinar la responsabilidad civil, cuando los hechos fuesen constitutivos de delito, y estableciendo el artículo 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1998, el cauce formal a seguir por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Teniendo en cuenta que el fallo de la sentencia dictada por la sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, el 28 de febrero de 2001, condenó a DOÑA GUADALUPE A. P. a indemnizar al Estado en la cantidad que cifrara este Tribunal de Cuentas, tras la tramitación del proceso jurisdiccional contable, deberá librarse testimonio de esta Resolución a la Audiencia Provincial de Madrid, a los efectos de la oportuna coordinación entre ambos órdenes jurisdiccionales, a fin de evitar un posible e indebido enriquecimiento injusto de la Administración.

OCTAVO.- De todo lo expuesto no procede sino estimar la demanda deducida por el Abogado del Estado y en méritos a lo en ella solicitado declarar, de conformidad con el art. 42.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, a DÑA. GUADALUPE A. P. como responsable contable directa y única del alcance causado en los fondos del Ministerio de Educación y Cultura por importe de DOSCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS CINCO EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (210.405,32) equivalentes a TREINTA Y CINCO MILLONES OCHO MIL QUINIENTAS PESETAS (35.008.500,-Pts.), condenándole, de conformidad con la legislación específica de este tribunal Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas-, al reintegro de la cantidad en que se ha cifrado el alcance, con sus correspondientes intereses legales, exigibles a partir de 31 de diciembre de 1996 así como al pago de las costas causadas en esta instancia, al no apreciarse, de conformidad con el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la existencia de motivos que justifiquen su no imposición.

CUARTO.- Notificada dicha sentencia la Letrada Dña. María Rosa B. G. en nombre y representación de Dña. Guadalupe A. P. interpuesto recurso de apelación solicitando su revocación.

El recurso se fundamenta en la falta de prueba de la cuantía del alcance, en cuanto únicamente ha reconocido en el proceso penal que se tramitó en la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17) con el nº 20000/99 y en este proceso contable la sustracción de una parte del importe del alcance fijado en la sentencia de instancia, no habiéndose incorporado al proceso prueba alguna que acredite que se apropió del resto.

QUINTO.- El Consejero de Cuentas dio traslado del escrito a las demás partes por un plazo de 15 días, en el cual se presentaron los escritos de oposición del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal solicitando la confirmación íntegra de la sentencia recurrida con expresa imposición de costas al apelante.

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

A) La practicada a instancia de la parte actora, que fue la documental consistente en la unión a los autos de las actuaciones previas y demás antecedentes al proceso contable.

B) La practicada a instancia de la parte demandada, que fue la siguiente:

1º.- Documental consistente en la unión a los autos de las actuaciones previas al proceso contable.

2º.- Documental consistente en la unión de las Diligencias Previas nº 7432/97 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid y Tribunal del Jurado nº 1/98, así como las seguidas en la sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid con el nº 20.000/99 (Anexo VI).

3º.- Copia de la escritura de la vivienda que con fecha 19 de diciembre de 1996 compró la demandada (folios 7 a 20 de la pieza separada de prueba).

4º.- Último recibo mensual del préstamo hipotecario concedido a la demandada con fecha de 19 de diciembre de 1996 para la compra de la vivienda por un importe de 7 millones de pesetas (folio 21 de la pieza de prueba).

5º.- Documental consistente en la remisión por el Ministerio de Educación y Cultura de los siguientes documentos (consta incorporado a las actuaciones como Anexos III, IV y V):

- Relación de todos los controles que se realizaron en el Servicio de habilitación del en los años 1991 a 1996, así como por quién se realizó cada uno.

- Resultado de los controles que semanalmente, trimestralmente y anualmente se han practicado en la Habilitación durante los años 1191 a 1996, así como el resultado de cualquier otro que se haya realizado en dicho servicio.

- Normativa correspondiente al Servicio de Habilitación del Ministerio de Educación y Cultura, con la descripción de cada uno de los puestos del mismo y sus cometidos, así como el nombre de las personas y fechas en las que han estado a cargo de cada una de ellas en los años 1191 a 1996.
- Relación de las fechas en que la demandada estuvo de baja o disfrutó de vacaciones durante los años 1991 a 1996.
- Diario de caja de los años 1991 a 1996.
- Nombres de las personas que mancomunadamente estaban autorizadas en las cuentas corrientes abiertas a nombre del ministerio en los bancos BBV, BEX, Caja Postal y Banco de España, desde 1991 a 1996.
- Acreditación de cuantas copia de la llave de la Caja existían en el Servicio de Habilitación, así como en poder de quién se encontraban.
- Acreditación de quién tenía acceso a las claves informáticas necesarias para modificar los apuntes contables de las distintas cuentas.
- Relación de las fechas en que se han celebrado Consejos Escolares en los años 1991 a 1996, especificando los consejeros asistentes y dietas que cobraron por su asistencia.
- Matrices u hojas de control de los talonarios bancarios usados en esos años.

6º.- Más documental consistente en los movimientos existentes en las cuentas bancarias abiertas a nombre del Ministerio de Educación y Cultura, a lo largo de los años 1991 a 1996, en el Banco de España, BBV, BEX, y Caja Postal (Anexos I y II).

7º.- Testifical de D. Luis Pablo D. B. (folio 82), D. Andrés Pablo Q. M. (folio 83), D. Francisco A. LL. (folio 84), D. Miguel D. (folio 86), Dña. Teresa G. A. Folio 87) y Dña. Faustina M. A. (folio 88).

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia y estando concluso el procedimiento, se señaló para votación y fallo el día 2 de marzo de 2004, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO.- La pretensión impugnatoria se fundamenta en la falta de prueba de la cuantía del alcance, en cuanto señala la recurrente que, únicamente, ha reconocido en el proceso penal que se tramitó en la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17) con el nº 20000/99 y en este proceso contable, la sustracción de una parte (102.172,06 euros) del importe del alcance fijado en la sentencia de instancia que asciende a 210.405,32 euros, no habiéndose incorporado al proceso prueba alguna que acredite que se apropió del resto, lo que ha supuesto la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Continúa su fundamentación señalando que la prueba aportada en el proceso penal no tiene valor probatorio en el proceso contable.

En cuanto al informe de la Inspección General de Servicios del Ministerio de Educación y Cultura de fecha 11 de diciembre de 1997 (documento 5 del Anexo I de la pieza de reintegro), señala que no es sino una prueba pericial que se practicó en el referido proceso penal, la cual carece de valor probatorio en cuanto se realizó sin contradicción, siendo una pericia claramente recusable y, por lo que se refiere a la prueba testifical de los Inspectores de Servicios que realizaron el informe, añade que no se les pudo recusar en su día pero que están incurso en causa de recusación. Además alega que solicitó la práctica de prueba pericial en la primera instancia en el momento procesal oportuno para ello, la cual fue denegada por el Consejero de Cuentas, lo que no supone sino la vulneración de su derecho a utilizar todas las pruebas pertinentes para su defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución.

Finalmente reitera lo alegado en la instancia en cuanto a la responsabilidad subsidiaria del Habilitado, así como al mal funcionamiento de la habilitación lo que da lugar a que otras personas se pudieran haber apropiado del resto de la cantidad alcanzada.

Por su parte, tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado solicitan la desestimación del recurso y la confirmación íntegra la resolución impugnada alegando que la prueba aportada al proceso ha sido debidamente valorada por el juzgador de instancia, sin que pueda olvidarse que existe una sentencia penal firme que condenó a la demandada como autora de un delito de malversación de caudales públicos y de falsedad.

En lo relativo al informe de la Inspección General de Servicios del Ministerio de Educación y Cultura de fecha 11 de diciembre de 1997, incorporado a las actuaciones, señalan que tiene valor probatorio en este proceso contable, sin que haya sido desvirtuado su contenido por prueba alguna en contrario.

TERCERO.- Para resolver la cuestión objeto de debate hay que partir de la naturaleza del recurso de apelación, que por ser un recurso

ordinario, según ha señalado el Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones (por todas las Sentencias 124/83, 24/85, 145/87 y 194/90), permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes.

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

Sin embargo, como ha reiterado esta Sala en numerosas resoluciones (por todas las Sentencias 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98) 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.

Por otro lado, no puede olvidarse que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con la actuación de la jurisdicción penal, tal como establece el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/82, y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 7/88, en el caso de que unos mismos hechos sean constitutivos de delito y de responsabilidad contable el juez penal deberá abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios ocasionados en los caudales públicos.

En el caso de autos, consta incorporada a las actuaciones (folios 111 a 115 de la pieza de reintegro) la Sentencia firme de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 28 de febrero de 2001, rollo nº 20000/1999, por la que se condena a Guadalupe A. P. como autora de un delito de malversación de caudales públicos y como autora de un delito de falsedad, y en cuyo fallo se dice textualmente: ...fijándose responsabilidad personal subsidiaria, y debiendo indemnizar al Estado en la cantidad que quede determinada en ejecución de sentencia tras la resolución del expediente seguido por estos hechos ante el Tribunal de Cuentas que concrete las cantidades defraudadas, una vez deducido el importe de la consignación efectuada en esta causad.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 del texto constitucional exige que no pueda llegarse a un pronunciamiento distinto en vía contable y penal acerca de la existencia de los hechos y la autoría de los mismos, en cuanto según reiterada jurisprudencia constitucional, por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1984 a los mas elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor o no lo fue.

Por tanto, hay que tener en cuenta que la referida sentencia penal firme considera probado que en el periodo de tiempo comprendió entre los años 1991 y 1996 ambos incluidos, la acusada Dña. Guadalupe A. P., ... tenía destino en la Habilitación de la Subdirección de servicios centrales del Departamento del Ministerio de Educación y Ciencia , donde desempeñaba funciones de cajera. En las referidas fechas aprovechando esta situación incorporó a su patrimonio personal fondos de la Tesorería del ministerio, que habían sido confiados a su cargo. El importe de las cantidades distraídas habrá de determinarlo el tribunal de Cuentas pero en todo caso no es inferior a diecisiete (17) millones de pesetas. A tal fin la acusada utilizó diversos métodos que en ocasiones consistieron en la contabilización duplicada de diversos pagos, la salida ficticia de fondos, así como el no registrar en el libro de caja las devoluciones de fondos o cheques cobrados en el banco que debían ingresarse en la misma....

Ahora bien, dicha vinculación de la jurisdicción contable, en el ejercicio de su función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable, a la declaración de hechos probados de la sentencia penal firme, no impide que de los mismos se extraigan consecuencias jurídicas diferentes por ambos ordenes jurisdiccionales, lo que implica, según ha declarado esta Sala de Justicia en numerosas resoluciones, por todas, la Sentencia 8/99, de 6 de abril, que las consecuencias jurídicas que de unos mismos hechos se deduzcan en vía jurisdiccional penal y contable no tienen necesariamente que coincidir, pues cada uno de estos órdenes jurisdiccionales examina tales hechos desde la perspectiva de un ámbito competencial diferente, siendo competencia exclusiva de la jurisdicción contable el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

CUARTO.- Entrando a analizar la cuestión sometida a debate, la recurrente alega la falta de prueba de la cuantía del alcance declarado en la sentencia de instancia, por lo que procede examinar la prueba aportada al proceso, con absoluto respeto a los hechos declarados probados en vía penal, valorando en su justa medida la evaluación de la misma llevada a cabo por el juzgador de instancia.

Para que exista responsabilidad contable han de concurrir todos y cada uno de los elementos que establecen los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con el artículo 49.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que en síntesis son los siguientes: a) Daño o perjuicio en los caudales públicos producido por quien tenga a su cargo el manejo, custodia o administración de los mismos, b) Infracción dolosa o con culpa o negligencia grave de las normas reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad y c) Relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido.

La responsabilidad contable surge, por tanto, cuando el gestor de los fondos públicos de que se trate, como consecuencia de acciones u omisiones contrarias al régimen presupuestario o de contabilidad, interviniendo culpa o negligencia grave, causa un daño a la Hacienda Pública, en cuyo caso está obligado a reparar el daño causado.

En el caso de autos, la recurrente alega que no existen suficientes elementos de prueba que permitan imputarle responsabilidad contable por la totalidad del alcance declarado en la sentencia de instancia lo que ha supuesto la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

El referido derecho equivale a reconocer que nadie puede ser condenado sin que existan pruebas de hecho que fundamenten la condena, habiendo señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de febrero de 2002 que actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos y por ello, no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civile.

Debe recordarse que la responsabilidad contable tiene naturaleza patrimonial o reparadora y, en ningún caso, sancionadora, en cuanto se trata de obtener el reintegro de los daños causados por los gestores de los fondos públicos que hayan resultado menoscabados por lo que, como ha señalado esta Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas las Sentencias 20/2001 y 11/02, de 19 de diciembre, la aplicación del principio de presunción de inocencia no tiene cabida en el ámbito contable, al tratarse de un principio específico del derecho sancionador que en el enjuiciamiento contable se ve sustituido por el principio de carga de la pruebas.

El referido principio está establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de junio, cuyo párrafo 2 establece que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demandae, e incumbe al demandado, según el párrafo 3 del mismo artículo la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anteriorm.

En el caso de autos corresponde, por tanto, al demandante probar que se ha producido un menoscabo en los fondos del Ministerio de Educación y Cultura y que el mismo es consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente culpable o negligente de la demandada de lo que deriva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios causados, indemnización que no es sino el efecto jurídico correspondiente a su pretensión de demanda.

Por lo que respecta al demandado le corresponde probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, en el presente caso, que no existió realmente saldo deudor alguno, ya que las disposiciones de fondos estaban justificadas o que falta alguno de los requisitos que la Ley exige para que pueda imputarse responsabilidad contable.

Ahora bien, el principio del onus probandi establecido en el precepto citado, según ha reiterado el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685), parte de la base de que su aplicación por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos, lo que supone, según la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443) que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el onus probandi, como carga consecuencia de la facultad para proponer cuantos medios resulten adecuados.

Consta probado en autos, que la demandada ejercía funciones de cajera desde 1991 en la Habilitación de los Servicios Centrales del Ministerio de Educación y Cultura (Hecho probado primero de la sentencia de instancia), así como que se ha producido un descubierto en los fondos del Ministerio cuyo importe asciende a 210.405,32 euros (Hecho probado segundo), el cual se desprende del informe de la Inspección General de Servicios de fecha 11 de diciembre de 1997, incorporado a las actuaciones (Anexo I).

Como ya se ha reiterado y en relación con el referido informe, alega la recurrente que no tiene valor probatorio en este proceso contable en cuanto no se trata sino de una prueba pericial practicada sin contradicción en el proceso penal que se tramitó en la Audiencia Provincial de Madrid y realizada por quienes estaban incurso en causa de recusación.

Sin embargo, considera esta Sala de Justicia que esta alegación no puede aceptarse, en cuanto no se trata sino de una prueba documental aportada a este proceso contable que debe valorarse, según criterios de crítica racional, conforme a lo establecido en el artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual los hechos, actos o estados de cosas que consten en los mismos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentados.

El referido informe, como señala el juzgador de instancia, fue elaborado con absoluto rigor en base a los datos que constan en la documentación que le sirve de soporte la cual está incorporada a las actuaciones, sin que la demandada hay aportado al proceso

prueba alguna que desvirtúe el contenido del mismo y, sin que pueda olvidarse la declaración de los Inspectores de Servicios que realizaron el informe, quienes, no obstante alegar la demandada que estaban incurso en causa de recusación, fueron llamados, a su instancia, como testigos y cuyas declaraciones constan en los folios 82 y 83 de la pieza de prueba. En concreto, a la pregunta de si se puede asegurar que todas las irregularidades encontradas deben atribuirse a la demandada, D. Luis Pablo D. B. afirmó que puedo asegurar que las irregularidades encontradas y atribuidas, a Dña. Guadalupe A. P., son prácticamente atribuibles a ella, habiendo rechazado en las conclusiones de la Inspección los supuestos en los que hubiese la más mínima duda de su intervención.... y D. Andrés Pablo Q. M. declaró que ntiene el convencimiento respecto de los hechos de la autoría de la Sra. A....y que todo lo que se le ha imputado ha sido examinado de modo exhaustivo».

La demandada, en todo momento, ha podido aportar al proceso todos los medios de prueba que ha estimado oportuno, debiendo tenerse en cuenta que el derecho establecido en el artículo 24 de la Constitución no es sino el derecho a utilizar las pruebas que, guardando relación con la cuestión objeto de debate, sean pertinentes y útiles, por lo que la denegación de la práctica de la prueba pericial por el juzgador de instancia, mediante Auto firme de 16 de junio de 2000 (folios 39 y 40 de la pieza de reintegro), no puede considerarse vulneradora del referido derecho, bastando con reproducir los fundamentos de la referida resolución.

En todo caso, hay que señalar que la existencia del descubierto en los fondos del Ministerio de Educación y Cultura, como señala el juzgador de instancia en el Fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada, en ningún momento ha sido negado por la demandada, quien incluso ha reconocido haberse apropiado de 102.172,06 euros, si bien alega que no se le puede imputar responsabilidad contable por la totalidad de la cuantía a la que asciende el descubierto, en cuanto no ha quedado probado que se apropiara del resto.

Pues bien, como ha señalado esta Sala de Justicia en múltiples resoluciones, por todas la Sentencia 7/2000, de 30 de junio, 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 del resultado negativo observado, en cuanto artículo 72 de la Ley 7/88, define el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos .

La existencia de un alcance contable no implica necesariamente que la causa del mismo haya sido la apropiación o sustracción de los fondos públicos por parte de la persona que los tenía a su cargo, sino que surge también cuando el que maneja los fondos públicos no es capaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión o empleo dado a los mismos.

Por tanto, en el caso de autos, es intrascendente a los efectos de imputar responsabilidad contable por alcance a la demandada que en el proceso penal no quedara fijada la cantidad concreta de la que se apropió ya que, únicamente, es preciso que se haya acreditado la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor que no pueda justificarse por quien era el gestor de los fondos públicos.

Por otro lado, alega la demandada que puede que otras personas se apropiaran de los fondos públicos que resultaron menoscabados, dada la desorganización que reinaba en la Habilitación del Ministerio y solicita la declaración de responsabilidad subsidiaria del Habilitado.

Sin embargo, tanto la alegada posible sustracción de los fondos públicos por terceras personas como la desorganización de la oficina no son sino meras alegaciones de parte, que no han quedado acreditadas mediante prueba alguna al respecto; pero además, nada obsta para que pueda imputarse responsabilidad contable a la demandada, ya que ésta en cuanto cajera de la Habilitación, fuera cual fuera la situación en la Oficina, debería haber actuado con la diligencia exigible a todo gestor de fondos públicos, adoptando las medidas que fueran necesarias para evitar que se ocasionaran daños en los fondos públicos cuya gestión tenía encomendada.

Así, es doctrina jurisprudencial reiterada, por todas la Sentencia de la Sala de Justicia 4/03 de 7 de mayo, que las deficientes condiciones de seguridad de las dependencias donde se produce el alcance no contribuyen a interrumpir el nexo causal por cuanto que el custodio de fondos públicos sólo actúa con la diligencia debida si adecua su conducta a las condiciones reales con las que opera, de forma que si las condiciones de seguridad de una oficina pública son precarias, debe incluso incrementar sus cautelas para tratar de contrarrestar, en la medida de lo posible, el riesgo que entraña dicho déficit de seguridad .

Por otro lado, en cuanto a la declaración de responsabilidad subsidiaria del Habilitado, no cabe sino reproducir lo señalado por el juzgador de instancia en cuanto, dada la vinculación de la jurisdicción contable con los hechos declarados probados en vía penal, así como vistas las pruebas aportadas a este proceso contable, cabe concluir que no existe prueba alguna que acredite que el descubierto injustificado en los fondos del Ministerio de Educación y Cultura es imputable a persona distinta que la demandada.

Asimismo cabe recordar que en el ámbito contable rige el principio dispositivo o de rogación y, en este proceso contable, únicamente fue demandada la recurrente sin que, por otro lado, planteara en el momento procesal oportuno para ello la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse constituido correctamente la relación jurídico procesal.

Por tanto, no puede aceptarse lo argumentado por la demandada en cuanto, considera esta Sala de Justicia, a la vista de las pruebas aportadas al proceso, que ha quedado probada la existencia de un saldo deudor injustificado en los fondos del Ministerio de Educación y Cultura cuyo importe asciende a 210.405,32 euros, el cual, conforme a lo expuesto, no constituye sino un supuesto de

responsabilidad contable por alcance imputable a la demandada en cuanto responsable de los fondos públicos menoscabados, siendo indiferente que la conducta observada por la demandada pueda o no ser calificada de malversatoria por haberse apropiado de los fondos públicos, ya que a efectos de delimitar el alcance como ilícito contable basta que tenga lugar la falta de justificación o de numerario en las cuentas que deben rendirse por quien tiene a su cargo la gestión de los fondos públicos menoscabados.

QUINTO.- Al amparo de lo expuesto y razonado en los fundamentos jurídicos anteriores procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Guadalupe A. P. contra la sentencia de 30 de diciembre de 2002, que debe confirmarse en su integridad.

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

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

FALLO

LA SALA ACUERDA:

1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada Dña. María Rosa B. G. en nombre y representación de Dña. Guadalupe A. P. contra la sentencia de 30 de diciembre de 2002 dictada en el procedimiento de reintegro nº 224/98, la cual se confirma en su integridad.

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

Así lo acordamos y firmamos. Doy fe.