

Detalles del documento

SENTENCIA nº 19 año 2013 dictada por SALA DE JUSTICIA

Información sobre el documento :

Resolución SENTENCIA nº 19 año 2013 dictada por SALA DE JUSTICIA

Número: 19

Año: 2013

Tipo de Documento: SENTENCIA

Sección: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Asunto: Recurso de apelación nº 44/12, interpuesto contra la sentencia de 8 de junio de 2012, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-86/08, del ramo de Seguridad Social (Mutuas de Trabajo, Mutua Universal, MUGENAT), Madrid.

Fecha de Resolución: 17/09/2013

Dictada por: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano

Sala de Justicia: SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz.- Presidente

Excmo. Sra. D^a Margarita Mariscal de Gante y Mirón.- Consejera

Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.- Consejero

Resumen doctrina: Tras sistematizar la motivación de los recursos interpuestos, así como de la oposición y adhesiones a los mismos, y antes de analizar el fondo del asunto, advierte la Sala, que la técnica defensiva de los impugnantes, consistente en reproducir las alegaciones vertidas en primera instancia, ha sido reprobada tanto por la propia Sala, como por el Tribunal Supremo, exigiendo la segunda instancia que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar en virtud de un juicio crítico racional- la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada que ya debió tener en cuenta los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición. Desestima la Sala las cuestiones procesales, reiteradas en esta segunda instancia, referidas a la falta de legitimación ad causam y la falta de litisconsorcio pasivo necesario, confirmando el criterio de instancia.. Se confirma, igualmente, la desestimación de la excepción de prejudicialidad penal, remitiéndose la Sala a los argumentos reflejados en la sentencia impugnada. Se desestima también la solicitud de nulidad de actuaciones por omisión de la intervención de la representación del recurrente en las Actuaciones Previas, señalando que la falta de citación a la Liquidación Provisional y la imputación de responsabilidad contable a uno de los demandados, no afecta a la correcta instrucción ni impide que los actores puedan dirigir, ya en fase procesal, su demanda contra dicho demandado o cualquier persona distinta de las consideradas como posibles responsables contables por el Delegado Instructor. En cuanto a la alegación de indefensión, entiende la Sala que ésta no se ha producido ni en la tramitación de las Actuaciones Previas ni en la primera instancia, refiriéndose a los factores que han de tenerse en cuenta para la calificación de la indefensión con relevancia constitucional y recuerda que solo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso. Rechaza, asimismo, la alegación referida a la pretendida extemporaneidad de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal. Entiende la Sala que el criterio de instancia no sólo se ajusta a la legalidad procesal sino que resulta el más afín a la tutela judicial efectiva y al principio pro actione que se garantizan en el art. 24 de la Constitución e implica la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión - o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican. En cuanto a la alegación, ya resuelta en la instancia, sobre la relevancia jurídica de la autorización administrativa, llevada a cabo por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de los contratos suscritos por la Mutua y la S.L., indica la Sala que la legalidad y justificación de dicha salida de fondos depende de que esté acreditada la correlación entre las prestaciones pactadas cada uno de los dos años y la subida del precio convenida en el segundo y, según la prueba obrante en autos, no se da tal acreditación. Frente a la alegación de error en la valoración de la prueba, muestra también la Sala su conformidad con los argumentos de la sentencia de instancia, que aplicó al caso el principio de adquisición procesal, legal y jurisprudencialmente reconocido en nuestro

Derecho, refiriéndose, asimismo, al principio de aportación de parte, indicando que, además del citado principio, rige en nuestro sistema probatorio el principio de apreciación o valoración conjunta de la prueba, destacando la importancia de la prueba documental, concluyendo que no se aprecia error alguno en la valoración realizada en la instancia, sin que se haya actuado de forma ilógica, arbitraria, contra las máximas de experiencia o las reglas de la sana crítica. Se pone de manifiesto que, en el ámbito del enjuiciamiento contable, rige el principio dispositivo, que impone al órgano enjuiciador una cognición ajustada a las pretensiones de las partes y enumera algunas de las consecuencias de su aplicación. Se refiere al deber de congruencia de las sentencias con las demandas y demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, argumentando que, aunque el recurrente no especifica la modalidad de incongruencia que entiende producida, la Sala considera que podría englobarse en una modalidad de incongruencia omisiva por alteración de los términos de debate procesal, debiendo rechazar dicho motivo dado que la condena en cantidad menor de la demandada no constituye incongruencia. Desestima la Sala la alegación de vulneración de los requisitos para la exigencia de responsabilidad contable, repasando cada uno de ellos y confirmando su presencia en el presente caso, sin que se aporten argumentos que desvirtúen lo declarado en la instancia. Desestima, igualmente, la pretensión subsidiaria de la Mutua, reiterando las conclusiones extraídas en la instancia al poner de manifiesto la esencial coincidencia en el objeto y contenido de los contratos celebrados en dos años consecutivos, sin que se aprecien diferencias relevantes que justifiquen la duplicación de la tarifa. Señala que, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba, incumbía a los demandados, en la instancia o, en la presente apelación al recurrente, si fuera posible en atención a lo previsto en el art. 460 de la LEC, la aportación de pruebas acreditativas de tales diferencias y no ha habido tal aportación. Frente a la pretensión del Ministerio Fiscal relativa a la ausencia probatoria en la justificación del pago de un importe por la Mutua a determinadas empresas contratadas para la prestación de servicios predeterminados contractualmente, admite la Sala que dicho pago debió reflejarse en el apartado de hechos probados, dado que fue pacíficamente admitido por las partes en primera instancia, constituyendo un hecho indiscutido, objetivo y relevante, del que debió dejarse oportuno reflejo, sin perjuicio de la controversia sobre su debida justificación que ahora vuelve a plantearse. No obstante, dicha falta de reflejo no presenta suficiente relevancia jurídica para tener efecto revocatorio.

Voces:

RECURSO DE APELACION
LEGITIMACION PASIVA (LEGITIMACION AD CAUSAM)
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO
PARTE PROCESAL
GESTOR DE FONDOS PUBLICOS
CUENTADANTE
PREJUDICIALIDAD PENAL
COSA JUZGADA FORMAL
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES
NULIDAD DE ACTUACIONES
ACTUACIONES PREVIAS
INDEFENSION
EXTEMPORANEIDAD
PRINCIPIO PRO ACTIONE
CONGRUENCIA-INCONGRUENCIA
ERROR EN LA VALORACION DE LA PRUEBA
PRINCIPIO DE APORTACION DE PARTE
VALORACION DE LA PRUEBA
MOTIVACION
PRINCIPIO DE INMEDIACION
INFORMES DE FISCALIZACION (VALOR PROBATORIO)
PRINCIPIO DISPOSITIVO
RESPONSABILIDAD CONTABLE (REQUISITOS)
ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO. CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE)
PREVISIBILIDAD
HECHOS PROBADOS
MUESTREO
ALCANCE

Situación Actual:

Texto

En Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil trece

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2012, dictada en los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº A-86/08, seguidos en el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento, por la Excm. Sra. Doña Ana María Pérez Tórtola, Consejera de Cuentas.

Han sido partes en el recurso, como apelantes: 1º) MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10, legalmente representada en este procedimiento por medio

del Procurador de los Tribunales Sr. de las Alas Pumariño y Miranda; 2º) DON F. J. T. B., legalmente representado en el procedimiento por medio de la Procuradora de los Tribunales Sra. Azpeitia Calvin, y 3º) DON J. A. M., bajo la representación legal del Procurador de los Tribunales Sr. Jiménez Padrón, y como apelados, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10, DON F. J. T. B. y DON J. A. M.; se han impugnado por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL los recursos interpuestos por DON J. A. M., DON F. J. T. B. y por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10; se han opuesto MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 al recurso de apelación interpuesto por DON J. A. M., y se ha formulado escrito de adhesión de DON J. A. M. a los recursos de apelación interpuestos por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 y por DON F. J. T. B., y de oposición al recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO PÚBLICO.

Por último, el Ministerio Fiscal ha formulado recurso de apelación y escrito de oposición a los recursos interpuestos por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10, DON J. A. M. y por DON F. J. T. B.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, Don José-Manuel Suárez Robledano, quien previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada, dictada el 8 de junio de 2012, es del siguiente tenor:

Se estiman parcialmente las demandas de responsabilidad contable por alcance formuladas por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, y por el Ministerio Fiscal, y se formulan en su virtud los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO.- Se cifra en UN MILLÓN OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS (1.082.659,16), el principal del alcance ocasionado a los caudales públicos de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Se declara responsables contables directos de dicho alcance, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho vigesimosexto:

Primero.- A la Mutua Universal MUGENAT, a DON J. A. M. y a DON F. J. T. B. por la cantidad de NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIEN EUROS (984.100), condenándoles a su pago.

Segundo.- A la Mutua Universal MUGENAT y a DON J. A. M., por la cantidad de NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS (98.559,16), condenándoles a su pago.

TERCERO.- Se condena a los responsables contables directos al abono de los intereses, devengados hasta la completa ejecución de esta Sentencia, y que ascienden a día de hoy, a TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS (329.988,16), calculados según lo expuesto en el fundamento de derecho vigesimoséptimo:

Primero.- A la Mutua Universal MUGENAT, a DON J. A. M. y a DON F. J. T. B. por la cantidad de TRESCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (303.819,81), condenándoles a su pago.

Segundo.- A la Mutua Universal MUGENAT y a DON J. A. M. por la cantidad de VEINTISEIS MIL CIENTO SESENTA Y OCHO EUROS CON TREINTAY CINCO CÉNTIMOS (26.168,35), condenándoles a su pago.

CUARTO.- Sin costas.

QUINTO.- El importe del alcance deberá contraerse en la correspondiente cuenta del Sector Público perjudicado.

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, (del primero al vigesimosegundo) y de hechos probados (del primero al décimo), en los que, respectivamente, se deja constancia del iter procedimental de la litis, que arrancó con la asignación al Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas el día 30 de junio de 2008 y concluyó el día 22 de setiembre de 2010, en que se celebró la vista del juicio ordinario, prevista en los artículos 431 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando probadas las siguientes irregularidades:

1. A tenor de dos contratos suscritos por Mugenat con la empresa P. S., S.L. bajo la modalidad A (contratación y facturación de la actividad de control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencia común), la tarifa pactada en el año 2005 duplicó la del año anterior sin justificación suficiente por un importe de 984.100 euros.

2. Mugenat pagó sin justificación un importe de 98.559,16 euros a la citada empresa y a otras cuatro más por facturas múltiples en procesos en que constaban las mismas fechas de baja, en los años 2005 y 2006.

TERCERO.- Mediante sendas diligencias de ordenación de 18 de julio y 21 de septiembre de 2012, se admitieron a trámite los

recursos, así como dar traslado de los mismos para su oposición y elevar esta la Sala las actuaciones.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 22 de octubre de 2012 se acordó abrir el rollo de Sala con el nº 44/12 y nombrar Ponente a Don José Manuel Suárez Robledano.

QUINTO.- En virtud de Auto de 7 de noviembre de 2012 se acordó inadmitir la prueba documental propuesta por la representación procesal de la MUTUA UNIVERSAL MUGENAT.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2012 se acordó pasar los autos al Excmo. Sr. Consejero Ponente para resolución.

SÉPTIMO.- Por diligencia de la Secretaría de la Sala, de 20 de diciembre de 2012, se remitieron los autos junto con la pieza del recurso y la documentación que la acompaña.

OCTAVO.- Por Providencia de 6 de septiembre de 2013, esta Sala acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el 16 de septiembre de 2013.

En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 (a partir de aquí, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT,) se trata de una impugnación parcial de la sentencia referida, en el sentido de que se interpone y, en consecuencia, se impugnan sólo las siguientes declaraciones:

- 1) La condena a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, de un alcance de NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIEN EUROS (984.100).
- 2) La condena a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, de la cantidad de TRESCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (303.819,81), por el concepto de intereses.
- 3) La declaración de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, como responsable contable directo de dicho alcance y de las cantidades referidas.

En el recurso de apelación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, se expresan los motivos de apelación siguientes:

Primero.- La parte recurrente expone las dudas sobre la posibilidad de conciliación del pronunciamiento de reintegro que contiene la sentencia que ahora se apela con el pronunciamiento de no reintegro que pudiera formular la sentencia del Tribunal Supremo que resuelva definitivamente la cuestión planteada en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa, planteándose, pues, por la apelante la eventual hipótesis de contradicción entre dos pronunciamientos, el uno proveniente del Tribunal de Cuentas y el otro derivado de la resolución, por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, del recurso de casación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, pronunciada en procedimiento ordinario núm. 116/2010, de 15 de febrero de 2012, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a las Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 15 de setiembre de 2009 y de 14 de enero de 2010.

Segundo.- Muestra, igualmente, la apelante su discrepancia con relación al pronunciamiento judicial referido a que el hecho de que hubieran sido autorizados por la autoridad administrativa competente no supone necesariamente que el objeto y contenido de los mismos plantearan diferencias suficientes como para justificar la aplicación en 2005 de la tarifa pactada en 2004, sosteniendo, nuevamente, como ya lo hiciera en la instancia, la tesis de que la autorización por la Dirección General de la Seguridad Social de los contratos, correspondiente a los años 2004 y 2005, supone -afirma la parte apelante- que: , no demuestra, sólo, como dice la Sentencia que en aquel momento la Administración consideraba tales contratos ajustados a Derecho, sino que, previa la correspondiente tramitación (verificaciones, informes, etc.) la Administración consideró para siempre que dichos contratos eran ajustados a Derecho. Dicho llanamente: la Administración autorizó el contrato; autorizó su contenido y sus cláusulas y autorizó que mí representada, a partir de su entrada en vigor, pagara 100 euros por proceso a P. S., S.L. .

En el escrito de apelación se exponen argumentos en pro de la tesis de la parte apelante que sintetiza en la consideración de que La autorización administrativa significa y conlleva un juicio de valoración por parte del órgano administrativo competente. Si la Administración, de conformidad con los procedimientos administrativos, autorizó el pago de 100 euros por proceso dió su conformidad a la cláusula libremente pactada por las partes y cuando Mutua Universal pagó 100 euros por proceso no puede ello, en ese escenario, ser calificado de alcance, de pago no ajustado a derecho o entrar en valoraciones sobre la correlación servicios-precio, porque no es esa la cuestión y menos la cuestión objeto del procedimiento., esgrimiéndose, posteriormente, que El que los pagos se

consideren justificados no está condicionado, en modo alguno, a la acreditación en este proceso de que la duplicación de la tarifa estuviere justificada por una modificación del objeto de los contratos. Esa acreditación fue propia de un momento anterior, cuando se sometió a la Administración el nuevo contrato. Autorizado el contrato -acto administrativo declarativo de derechos- la cuestión no tiene cabida, ni es planteable en este procedimiento y por los cauces que se ha hecho. .

La parte apelante niega, igualmente, la existencia de alcance en atención a que las cantidades satisfechas se hicieron previamente con la autorización por el Centro Directivo competente en el ejercicio de sus propias funciones, con cita de las Sentencias de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (10/2006; 14/2000 y 21/2005).

Cuestiona, igualmente, la parte recurrente, la declaración, en la sentencia impugnada de que En el presente caso, según se ha venido exponiendo, ha quedado probado que los pagos satisfechos a la empresa proveedora fueron superiores en cuantía a los que tenía derecho a percibir ... en atención a que los pagos satisfechos a la empresa proveedora no fueron superiores a los que tenía derecho a percibir según contrato autorizado por la Administración.

Plantea, subsidiariamente, que correspondería a la parte actora, que mantiene la improcedencia de la subida de tarifa y que es estimada por la sentencia impugnada, la prueba de la no procedencia de la tarifa aplicada, lo que sostiene la parte apelante que no hicieron, concluyendo que Dificilmente puede haber responsabilidad contable por alcance cuando mi representada se ha limitado a pagar un precio pactado en un contrato y un precio autorizado (el precio y el contrato) por la Administración. .

Tercero.- Plantea la parte recurrente la improcedencia de la aplicación, en la sentencia recurrida, de la conclusión acogida en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 30 de enero de 2012, por estimar que al no hay la identidad requerida y necesaria para los efectos que la sentenciadora pretende., ya que el supuesto de hecho, contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo citada, no viene referido a una subida convenida entre las partes y autorizada, expresamente, por el órgano competente de la Administración General del Estado como es el caso presente-.

Cuarto.- Con carácter subsidiario, discrepa la parte apelante de la conclusión contemplada en el fundamento de Derecho Decimoctavo (pág. 125) en el sentido de que ninguna de las prestaciones contempladas en las cláusulas contempladas en el contrato de 2005 con relación a las contempladas en el contrato de 2004 justifican la subida del precio del contrato en los términos en que se produjo, pasándose a exponer por la recurrente las diferencias, a su juicio, entre ambos contratos en lo relativo al deber de:

- 1) valorar en cada una de las actuaciones de control y seguimiento la capacidad laboral de los pacientes.
- 2) asesorar a Mutua sobre actuaciones a practicar en caso de prolongación injustificada de situaciones de baja laboral.
- 3) informar a los pacientes de sus derechos y deberes.

TERCERO.- La representación procesal de DON F. J. T. B. motiva su recurso de apelación en:

Primero.- Indevida desestimación de las excepciones procesales de previo pronunciamiento, por vulneración de los artículos 45.1 e) y 73.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española.

Dichas excepciones vienen referidas a:

- Falta de legitimación pasiva ad procesum (el recurrente debería haber señalado ad causam) por no haber sido parte en las actuaciones previas derivada de la ausencia de la parte recurrente en las actuaciones, afirmándose por la recurrente que ar la sentencia apelada apoya su razonamiento en una configuración cicatera sobre la naturaleza de tales actuaciones previas, bajo cuyos designios éstas servirían simplemente como mero soporte intrascendente de la función jurisdiccional encomendada al Tribunal de Cuentas., rechazando dicha configuración de las actuaciones previas, pues esa sesgada interpretación de los arts. 47 y concordantes de la LFTCu porque con ella se produce una extralimitación de esta jurisdicción contable que resulta contraria al mandato del legislador. No parece de recibo que una norma pueda ser interpretada hasta el punto de desnaturalizarla y dejar vacíos de contenido una serie de preceptos que explícitamente disponen lo contrario., considerando el recurrente que. La CITACIÓN e INTERVENCIÓN de estos sujetos en el trámite de actuaciones previas no es un capricho del Delegado Instructor sino un mandato expreso del legislador; así se establece por ejemplo en los artículos 45.1 y 47,1,e) de la LFTCu. En apoyo de los argumentos de la parte recurrente se invocan reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo que constituyen fuente del derecho (sic), cuya aplicación e deberá comportar el acogimiento de la excepción procesal denunciada por mi representado desde el mismo momento en que fue emplazado a comparecer en este procedimiento, declarándose la NULIDAD de lo actuado frente a él, por flagrante VULNERACIÓN de su derecho de defensa al amparo de lo dispuesto en los ARTS. 45.1 y 47.1.e) LFTCu y en el ART. 24 CE.

- Extemporaneidad de la demanda instada por el Ministerio Fiscal contra el apelante. Sostiene la parte recurrente que, al amparo de lo previsto en el art. 73.3 de la LFCTu, sólo, cuándo una vez transcurridos los emplazamiento, no se presentara ninguna demanda en el plazo conferido al efecto, se dará traslado al Ministerio Fiscal, para que la formalice si procede; sin embargo, como acontece en el supuesto de hechos en el que la Tesorería General de la Seguridad Social formalizó demanda, exclusivamente, contra MUGENAT- la petición del Ministerio Fiscal para que se le concediera un plazo ad hoc para formular su demanda (así como la providencia que acordó conferir dicho plazo) vulneran el marco legal, afirmando la parte recurrente que a esta vulneración queda ratificada en la

propia Sentencia apelada, ya que -dicho sea con los debidos respetos- cuando se trata de argumentar que la demanda del Fiscal no es intempestiva se alude en abstracto y genérico a una "normativa" cuya cita brilla por su ausencia. En efecto, en las páginas 65 y 66 de la Sentencia apelada se trata esta cuestión haciendo alusión a diversos preceptos que, ninguno de ellos, da cobertura a la concesión de este plazo intempestivo para que el Fiscal formule demanda. Por ello, acto seguido, se nos habla en la Sentencia del "modelo procesal diseñado por el legislador" que, ciertamente, no sabemos dónde está regulado porque ni la propia Juzgadora a quo es capaz de identificar un sólo precepto de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas o de la Ley de Funcionamiento que avale esa tesis..

Segundo.- Incongruencia en la sentencia apelada.

Afirma la parte recurrente que a la clasificación que efectúa la Sentencia apelada para sistematizar hasta cinco (5) irregularidades contables dónde la 2ª de ellas sería la referente al precio pactado con P. S., S.L. resulta INCONGRUENTE con la posición mantenida por las actoras, ya que éstas no denunciaban dicha supuesta irregularidad ni solicitaban una hipotética condena que consistiera en la devolución de lo pagado "en exceso" a P. S., S.L. En efecto, la Sentencia dictada desestima por infundada la argumentación esgrimida por las demandantes (la referente a la falta de justificación de las facturas, etc.) pero, sorpresivamente, en trámite de Sentencia, se crea una nueva categoría de irregularidad contable (el incremento de precio aludido) y termina condenando al pago de 984.100 Euros en base a ella. Con el razonamiento utilizado por la Juzgadora a quo a las facturas giradas por P. S., S.L. en el año 2005 se les aplica -arbitrariamente- el precio pactado con dicho proveedor para el año 2004. Como decimos, este razonamiento no formaba parte ni del planteamiento de las demandantes ni del Suplico de sus demandas. Implica una innovación que es incongruente con las posiciones mantenidas por las partes en el litigio..

Se alega, también, incongruencia en la sentencia apelada en la medida en que ninguna prueba se llevó a cabo con relación a la afirmación, en la demanda de la Seguridad Social, referida a que el precio facturado por P. S., S.L., en el año 2005, era supuestamente un 70% superior a la media del mercado, por lo que afirma la parte recurrente que se trata de meras afirmaciones de parte huérfanas de la más mínima credibilidad probatoria, por lo que la completa inactividad probatoria de las actoras haría decaer cualquier posibilidad de éxito para ellas en torno a esta cuestión, sin embargo, con la Sentencia apelada sale al paso de esta falta de prueba, rehuyendo su análisis, so pretexto de que -según se indica- excede de la competencia objetiva de esta jurisdicción el someter a examen si los hechos enjuiciados reflejan o no una gestión eficaz y eficiente de los fondos públicos. Así pues, bajo esta premisa adoptada por la Sentencia apelada (a saber, imposibilidad de adentrarse a valorar el «precio de mercado» de los servicios porque ello entraría en la órbita de la «eficiencia en la gestión de los fondos públicos») la consecuencia lógica sería que esta jurisdicción contable tuviera que limitarse a determinar si los servicios facturados fueron efectivamente prestados o no, pero sin entrar a valorar si los precios facturados acaso resultaron baratos, correctos, o caros. Sin perjuicio de que, entiende la parte recurrente que a. Además, con esta argumentación equívoca se produce una grave vulneración de las reglas que rigen la Carga y Valoración de la Prueba porque, en realidad, a pesar de partir de premisas que harían pensar lo contrario, la Juzgadora a quo sí que termina efectuando un examen para determinar la «valoración económica» de los servicios prestados por P. S., S.L. a Mutua Universal MUGENAT. Pero lo lleva a cabo utilizando como única referencia el contrato otorgado entre dichas partes en el año 2004. .

Tercero.- Error en la valoración de la prueba (I) por incorrecto análisis comparativo de los contratos otorgados con P. S., S.L. en los años 2004 y 2005.

Sostiene la parte apelante que el análisis comparado, que se efectúa en la sentencia apelada, a propósito de los contratos otorgados con P. S., S.L., en los años 2004 y 2005 adolece de numerosas lagunas y omisiones, afirmando que Lo cierto es que realmente sí hay una serie de cambios significativos en el contenido del contrato del año 2005 que ratifican la bondad del incremento de precio producido en dicho momento, planteándose por la parte recurrente, en su escrito de apelación, la sistematización de dichos cambios agrupados en dos bloques: A) las nuevas atribuciones conferidas al proveedor dentro del control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencia común (en adelante, ITCC). Y por otro lado, B) la forma de gestionar la información recibida de y enviada a Mutua Universal MUGENAT.

Dichos errores en la valoración de la prueba deben conllevar afirma la parte apelante- la revocación de la sentencia dictada en la instancia da por cuanto no han sido correctamente valorados los diferentes cambios producidos entre los contratos de 2004 y 2005 .

Las conclusiones, plasmadas en la sentencia en lo relativo al incremento del coste producido por los cambios entre los contratos de los años 2004 y 2005, fundados en las conclusiones expuestas por la testigo-perito, Dra. S. A. C., Interventora de la Seguridad social y autora de los Informes de la TGSS son cuestionados por la parte apelante en atención a que a dicha persona, ajena a Mutua Universal MUGENAT y ajena a los proveedores externos, que únicamente toma contacto con los hechos enjuiciados a partir del año 2007 a propósito de realizar una serie de Informes cuyos presupuestos básicos han sido ahora rechazados al desestimar la esencia de las demandas, es la persona menos idónea para declarar acerca de las similitudes o diferencias que pudieran existir entre los servicios prestados en 2004 y 2005 por el proveedor P. S., S.L. Disponen los artículos 360 y siguientes de la LEC que la prueba de testigos servirá para que éstos declaren sobre los hechos en los que hayan intervenido o tengan un conocimiento personal. Por tanto, resulta inconcebible que sea la Interventora de la Seguridad Social Sra. A. quien deba merecer la atención y credibilidad de la Juzgadora en relación a qué diferencias o similitudes pueden existir en el desempeño de funciones de un proveedor de un año para otro, cuando aquélla ni estaba ni lo conocía..

Cuarto.- Error en la valoración de la prueba (II): Omisión del resultado probatorio en la determinación del justiprecio del contrato.

Los cambios sustanciales que se produjeron en el servicio entre los años 2004 y 2005 y los otros contratos, incorporados a autos, referentes al mismo servicio y otorgados también en el año 2005, con precios casi idénticos a los de P. S., S.L. y la prueba practicada sostiene la parte apelante evidencian el error en la valoración de la prueba, destacándose fundamentalmente la referida a:

Precio establecido con el proveedor P. G. Y D., S.L. para, exactamente, la misma modalidad de facturación referente al «control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencia común», según Contrato otorgado con Mutua Universal MUGENAT en fecha 15 de febrero de 2005.

En este contrato se establecía también un precio cerrado, independientemente del número de visitas realizadas hasta el alta del paciente, que era de NOVENTA EUROS (90 Euros).

Dicho contrato consta acompañado al Anexo I del Informe Especial de la IGSS, de fecha 19 de julio de 2007.

Tal y como se podrá ver en este documento, los derechos y obligaciones de las partes eran sustancialmente idénticas a las contenidas en el otorgamiento aquí controvertido.

Precio establecido con el proveedor P. SY., S.L. para, exactamente, la misma modalidad de facturación referente al «control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencia común», según Contrato otorgado con Mutua Universal MUGENAT en fecha 29 de abril de 2005.

En este contrato se establecía también un precio cerrado, independientemente del número de visitas realizadas hasta el alta del paciente, que era de CIEN EUROS (100 Euros)..

En atención a todo ello, sostiene la parte apelante que se podrá corroborar erque nada de leonino tenía el precio de 100 Euros establecido entre Mutua Universal MUGENAT y la empresa P. S., S.L. para el año 2005, puesto que precisamente ése es el precio que mejor encaja dentro de los estándares aplicables.

Quinto.- No concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad contable por alcance.

• Acción u omisión de persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Se sostiene por la recurrente que el Sr. T. B. carece de la condición de «cuentadante», puesto que a en el desempeño de su cargo ni formulaba, ni verificaba ni firmaba las Cuentas Anuales de la entidad, ni Las Cartas de Manifestaciones que acompañaban tales Cuentas., estimando que la condición de cuentadante, s en relación a las Mutuas de Accidentes de Trabajo (MATEPSS), viene señalada por la normativa legal. Así la Orden EHA/567/2009 de 4 de marzo () y su antecesora, Orden EHA/777/2005 de 21 de marzo (), señalan que el Director General es quien entrega al Presidente las Cuentas Anuales y éste, tras la intervención de la Comisión de Control y Seguimiento (formada por la representación paritaria entre empresarios asociados y miembros de las organizaciones sindicales representantes de los trabajadores de las empresas asociadas) y la aprobación de la Junta Directiva, acreditará en Certificación expresa la formulación de las cuentas anuales y las remitirá a la Intervención General de la Seguridad Social. ... Por ello, el conocimiento ante esta jurisdicción de la hipotética responsabilidad del Sr. T. B., quien no reúne la condición de "cuentadante", comporta una vulneración del Art. 24.2 CE que establece el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, pues no se debe olvidar que la jurisdicción contable es una jurisdicción especializada por razón de la materia..

Entiende la parte apelante s que resulta del todo inconcebible que la Juzgadora a quo le haya otorgado la condición de «cuentadante por el simple y mero hecho de que, circunstancialmente, fue su firma la que aparece estampada en el contrato otorgado con P. S., S.L. en el año 2005. Resulta evidente que este simple hecho no otorga la condición de «cuentadante, y que, por tanto, ya de entrada no se puede hablar de la concurrencia de una "acción u omisión de persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

• Acción u omisión que se desprenda de las cuentas que deban rendirse. Afirmo la parte recurrente que a la hipotética acción u omisión cuyo alcance se ha declarado se concretaría acaso en el hecho de haber pagado un "precio caro" al proveedor P. S., S.L. en el año 2005... Según hemos indicado en el cuerpo de este escrito, o bien este debate sería ajeno al enjuiciamiento contable al enmarcarse en el análisis de la "eficiencia en la gestión de tos fondos públicos", o bien dicho análisis se debió haber abordado con plena aplicación de las reglas que rigen la Carga y Valoración de la Prueba, cosa que no se ha hecho. .

• Incumplimiento de la normativa presupuestaria y contable. Sostiene la parte recurrente que a a en lo referente al codemandado Sr. T. B., resultaría imposible que se le pretendiera imputar un eventual incumplimiento de la normativa contable y/ o presupuestaria habida cuenta de que éste carecía de competencias en la preparación, formulación, presentación y/o contenido de las cuentas de Mutua Universal MUGENAT. En este sentido, nos remitimos a lo reflejado en el Informe Complementario de la IGSS, de fecha 07/05/2008, apartado segundo. Desde luego, la mera suscripción de unos contratos por el aquí demandado con determinados proveedores externos no comporta la asunción de responsabilidades en el área contable y presupuestaria..

• Subjetividad: dolo, culpa o negligencia grave. En ausencia de dolo, culpa o negligencia por la parte recurrente, afirma ésta que ao en una correcta valoración de la prueba, necesariamente hubiera tenido que concluirse que el Sr. T. B. actuó con máxima diligencia y

transparencia en el ejercicio de su cargo. Primero, porque las relaciones con proveedores y los importes a estos satisfechos eran tratados a la luz pública frente a la IGSS y la DGSS. Y segundo, porque a P. S., S.L., no se le concedió nada secreto y clandestino que no fuera homogéneamente acordado con otros proveedores de Mutua Universal MUGENAT. De modo que no existe ninguna cautela que el Sr. T. B. hubiera tenido que extremar y que sin embargo no lo hiciera, sino al contrario, en el ejercicio de su cargo extremó todas las precauciones posibles tanto frente a la propia entidad como frente a los organismos públicos de supervisión..

- Menoscabo efectivo o individualizado de determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.

- Nexo causal: entre la acción u omisión y el daño efectivamente producido. Entiende la parte recurrente que A falta de daño y a falta de acción u omisión desde luego no puede existir relación de causalidad alguna..

CUARTO.- Por la defensa de DON J. A. M. se formula recurso de apelación fundamentado en los motivos siguientes:

1) Defectos de forma en la tramitación del expediente, por infracción de lo preceptuado en los artículos 45 y 4.1 e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, pues sostiene la parte apelante que ae no subsana este derecho a ser oído antes de la resolución y a aportar documentación la mención que se contiene en el fallo apuntado en el sentido de que ab initio, no se consideraba responsable a nuestro cliente Sr. A. Aun con más razón, en el momento en que una de las diferentes ramas de la Administración advierte indicios de responsabilidad hacia mi mandante, debe darle trámite de audiencia y explicarle de que se le requiere.

2) Falta de legitimación pasiva o, en su caso, de litisconsorcio pasivo necesario. Dicho motivo lo fundamenta la parte recurrente al amparo de lo previsto en ee la Ley General de Seguridad Social y el Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes en la Gestión de la Seguridad Social, las facultades ejecutivas y de representación corresponden a la Junta Directiva, que tiene un Presidente, un secretario y un número estatutario de vocales. Es a este órgano a quien le corresponden las máximas atribuciones para regir la entidad, entre ellas, las de formular cuentas, aprobarlas, solicitar aprobación de presupuestos al Ministerio del ramo oct. El cargo de Director Gerente es el de un trabajador a sueldo que ostenta el mayor escalafón en el órgano ejecutivo, pero nunca directivo, ya que se trata de un apoderado de máximo nivel dentro de la entidad, que hace de nexo entre la Junta Directiva y el equipo ejecutivo de la empresa. Adviértase que al Sr. A. se le otorgan poderes pero no se le delegan facultades por lo que su posición no cubre ni evita la de la Junta Directiva., por lo que entiende la parte apelante que atendiendo al espíritu de la ley, el cuentadante a efectos de la legislación contable lo será quien ostente facultades estatutarias para obligar a la entidad, en este caso la Junta Directiva. Luego esta junta podrá reclamar al Sr. A. si algo hizo mal, o se extralimitó de sus poderes, pero frente a la Administración y frente a terceros, es la cuentadante a todos los efectos jurídicos pertinentes.

3) Excepción de prejudicialidad penal, reiterada, ahora, como motivo de apelación por estimar que ae debería estimarse esta excepción ya que en la sentencia se habla de "malversación contable", hecho que puede llegar a ser utilizado como un delito, cuando en realidad estamos hablando de una irregularidad administrativa de la Mutua. Recordemos que de la cuantía inicial de unos 6.000.000 aproximadamente, se ha cifrado el alcance en 1.082.659,16 €, apoyando dicha alegación con la cita de la STCu de 30 de setiembre de 1992,y Autos del TCu de 19 de abril de 1988 y 12 de junio de 1997

4) Legalidad de los contratos, afirmando que n los contratos suscritos con las empresas citadas en la sentencia, también llamadas como "vinculadas", son lícitos, se ajustan a las prácticas mercantiles, y con las actividades contratadas no solo no se producía un menoscabo en las cuentas de la Seguridad Social, sino que éstas se beneficiaban (según como se mire podía ser cómplice...). Los contratos firmados contaban con la autorización administrativa que se requiere, por parte del Ministerio de Trabajo, tanto para los periodos de 2004, como para las novaciones del año 2005.

5) Pago de los servicios prestados, apoyando dicho motivo de apelación en el dato de que a las auditorías internas de la Mutua, en las validaciones del pago de proveedores, ni los informes de auditoría de la Intervención General de la Seguridad Social fueron detectados pagos indebidos ni duplicados a los proveedores que prestaban servicio a Mutua Universal. Es más, tampoco queda recogido en el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, de fecha 26 de marzo de 2009, la existencia de pagos indebidos reclamados en el presente procedimiento de reintegro.

6) Pago, en especial, el contrato con P. S., S.L., apoyando la parte apelante dicho motivo en la novación, en el año 2005, del contrato entre Mutua Universal y P. S., S.L., con la pertinente autorización del Ministerio de Trabajo ampliando los servicios a prestar por parte de la empresa contratada, sosteniendo la falta de prueba respecto de que el aumento de las tarifas aplicadas fuera en perjuicio de la Mutua para favorecer a determinadas entidades, quedando probado que a la gestión llevada a cabo por la entidad en el tratamiento de los expedientes de incapacidad temporal por contingencia común ha generado un importante ahorro para el sistema de la Seguridad Social..

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se formula recurso de apelación, fundamentado en los motivos siguientes:

1º) Impugnación del apartado cuarto de la declaración de hechos probados en la sentencia por falta de coherencia con el contenido de los fundamentos de derecho, omitiendo establecer extremos que sí se recogen en dichos fundamentos, a saber: a) Que Mugenat, durante los ejercicios 2005 y 2006, pagó a las siete empresas a las que había contratado para efectuar el control y seguimiento del

proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes y/o la asistencia médica.. integral durante todo el proceso, la cantidad total de 6.135.244,70 euros, Este hecho fue expresamente admitido por Mugenat en su contestación a la demanda del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, está plenamente probado, b) Que la justificación de dicho pago, realizado contra la presentación de las facturas y las relaciones de trabajadores que ocupan las cajas 3 a 8 de la causa, fue insuficiente, como también lo ha sido la actividad posterior, tanto por la información aportada a la Intervención de la Seguridad Social por la propia Mutua como por la presentada por sus proveedores.

Por el contrario: el tercer párrafo de este apartado declara probado que se realizaron una serie de actuaciones y servicios practicados en ejecución de los contratos celebrados, según se desprende de una serie de elementos de prueba..

Por lo que interesa el Fiscal que la Sala, en relación con el cuarto apartado de la declaración de hechos probados, declare que el pago de los servicios facturados por los proveedores a la Mutua careció de justificación.

2º) Impugnación del fundamento de derecho decimoséptimo de la sentencia impugnada en atención a que:

a) La afirmación, en la sentencia impugnada, que no es completamente precisa la afirmación de los demandantes de que hubo un total incumplimiento de las prestaciones pactadas es cuestionada por el Ministerio Fiscal quien se ratifica, después de toda la prueba practicada, en dicha afirmación.

b) Con relación a la conclusión A) de la sentencia impugnada en el sentido de que el Informe de la Intervención General de la Seguridad Social, de 19 de junio de 2007, no es un medio de prueba admisible para acreditar la existencia de daño en los fondos públicos, pero puntualiza el Ministerio Público que a el citado informe no constituye la prueba de que no existió justificación de los pagos hechos, ya que dicha prueba la forman las facturas y las relaciones de trabajadores anexas a las mismas, que obran, en el Anexo II de las Actuaciones previas (). Para la totalidad de las facturas contenidas en las tres primeras cajas, en virtud de las cuales se dispuso de 5.382.160 euros pertenecientes a los fondos públicos, la única información proporcionada por las contratadas consistió en un nombre, unos apellidos y una fecha de baja y que, en las otras tres cajas, sólo junto con algunas de las facturas contenidas en las dos últimas se informa del nombre de la empresa empleadora y, en menos ocasiones aún, de otros datos, entre los que a veces hay un número de historia clínica. En resumen, el Fiscal muestra su conformidad con las consideraciones que realiza la sentencia apelada sobre la falta de justificación de tales pagos y a ellas se remite..

c) En lo referido a la conclusión B) referido a una cuestión no contemplada por la demanda del Fiscal, y que consiste en la posibilidad de que los proveedores realizaran actuaciones de control antes del decimosexto día de baja, entiende el Fiscal que la conclusión de la juzgadora de instancia en el sentido de que se prestaron servicios concretos se apoya en dos cuadros aportados como documentos anejos al escrito de demanda que, tratándose de valoraciones de una de las partes demandadas, no pueden constituir la justificación material del gasto público que exige la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

d) La afirmación, recogida en la conclusión C) relativa a la existencia, en el proceso, de copias de ejemplares de documento Historia Clínica que reflejan actuaciones de control y seguimiento; sostiene el Fiscal que tales historias se reducen a dos, cifra irrelevante si es puesta en relación con el volumen objeto de la causa, pero, en todo caso, no existiría inconveniente, si ha sido acreditada la efectiva realización de la prestación contratada, para que se minorase el importe interesado en la demanda del Fiscal en la cantidad correspondiente.

e) La conclusión D) menciona diferentes cuadros, la mayor parte de los cuales identifica como documentos anejos a la contestación de Mugenat a la demanda del Fiscal. Cabe señalar que, en realidad, son documentos anejos a la contestación de la Mutua a la demanda de la Seguridad Social, que después Mugenat reprodujo en su contestación al Ministerio Público, por ello se identificarán a continuación como documentos de la contestación de Mugenat, siendo cuestionados los mismos por distintos motivos, a saber; a) Cuadros informativos de los folios 451 y siguientes p no son más que la impresión, parcial o completa, del contenido del Cd ya aludido, que es el documento 45 de la contestación de Mugenat. Por tanto, no es admisible que sean presentados aquí como un elemento de prueba distinto de ese documento 45, como información a considerar por separado., b) Cuadros informativos, que forman el documento 42 de la contestación de Mugenat c se trata de una copia parcial de un fichero entregado a la Intervención de la Seguridad Social, con datos de 2005. Esta copia parcial no ha sido relacionada con el fichero del que procede, por lo que se ignora su representatividad y, en tal situación, no existe un valor probatorio que se le pueda asignar., c) Cuadros informativos del Anexo B (es el documento anejo 72 de la contestación de Mugenat) que forma un conjunto con los demás numerados desde el 69 al 73, y no puede ser valorado al margen de ellos, d) Cuadros informativos en el Anexo C (Documento 73) de la contestación de Mugenat, su contenido no justifica los pagos realizados por Mugenat porque o es un estudio realizado a partir de los datos del anexo V del informe de la Tesorería de 19 de julio de 2007, y su intención era afirmar que los supuestos de doble facturación sólo alcanzaban el 2,1% del total, e) Los cuadros informativos, contenidos en el Cd (Documento 45) de la contestación de Mugenat ce la información que ofrecen parece adolecer de falta de coincidencia con la ofrecida por otros elementos que obran en la causa, y que deberían mostrar un contenido común., f) Cuadro que obra en la documentación adjunta con la contestación documentos anejos a la contestación de Mugenat, números 69 al 71- estima el Fiscal que a no tienen existencia autónoma porque el número 69 es una elaboración de Mugenat sobre el contenido del número 70, que es una reproducción de uno de los anexos (el V) del ya mencionado informe de la Tesorería de 19 de julio de 2007, y del número

71, que es una reproducción parcial de las facturas, y listados anejos, pagadas por Mugenat, y que la propia sentencia apelada califica como insuficiente para justificar los pagos hechos. Y g) Cuadros informativos relativos a determinadas llamadas telefónicas documento 5 anejo al escrito de alegaciones de Mugenat de 23 de abril de 2008, en las Actuaciones previas; sostiene el Fiscal que a se reducen a ser una mera alegación de parte carente de todo soporte, situación que aquí se agrava porque Mugenat no afirma un hecho propio sino ajeno: que dos de las empresas a las que pagó, no la propia Mugenat, hicieron determinadas llamadas telefónicas. Su virtualidad se reduce a la de simples afirmaciones no contrastadas de un demandado..

f) La conclusión E), referida a la adquisición por Mugenat de algunos centros de trabajo pertenecientes antes a alguno de sus proveedores externos, así como sendas declaraciones de dos personas, empleadas antes de la adquisición en uno de esos centros, no permiten afirmar la justificación de pagos hechos años antes por aquélla a éstos.

g) La conclusión F) referida al Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas de 26 de marzo de 2009, según el criterio del Ministerio Público, la falta de justificación de los pagos hechos deriva de la insuficiencia de las facturas y de la documentación unida a ellas.

h) La conclusión G), afirmando que apoyaron la versión de que los servicios facturados sí se prestaron, diferentes declaraciones testificales, organizadas en dos grupos: personas vinculadas a empresas a las que pertenecían trabajadores atendidos por los proveedores externos de la Mutua y personas empleadas en tales proveedores. El Fiscal entiende que de tales testimonios cabe concluir que Mugenat y sus proveedores, externos, aunque íntimamente relacionados con ella mantenían actividad, pero que tal afirmación no equivale a afirmar que los pagos realizados se encontrasen justificados, máxime si, además de tomar en consideración sólo estos testimonios, son traídas a colación las declaraciones del demandado Don F. J. T. B., que restringió el interés de Mugenat, en cuanto a los pagos, a saber cuánto debían abonar a los proveedores, que eran seleccionados del entorno de aquélla; la del perito Don F. B., a propuesta de la parte demandada, que no tuvo a su disposición otra documentación que la aportada con las facturas; y, especialmente las de la auditora Doña S. A. y de Don J. F., que ratificaron el contenido de los sucesivos informes y que afirmaron la ausencia de justificación documental relevante, susceptible de ser añadida a la ya unida a las facturas, que pudiera servir para justificar los pagos .

En atención a todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal sostiene, en su escrito de apelación, que disiente de los tres apartados en los que se resume el razonamiento plasmado en la sentencia que recurre, ya que se afirma que la prueba practicada acredita que algunos de los servicios facturados por proveedores externos fueron prestados, que no está acreditado que los realizados alcancen el total de los facturados, y que no es posible identificar ni cuantificar los que no fueron realizados, por lo que no existe alcance.

Según lo expuesto estima el Ministerio Público que, habiendo establecido la propia resolución que los pagos efectuados con fondos públicos no se encontraban justificados adecuadamente, sa correspondía a los demandados acreditar que los servicios contratados fueron, además de pagados, prestados, acreditación que no se ha producido, porque la propia sentencia afirma que no es posible identificar y cuantificar qué servicios fueron prestados, que a ello equivale, por ser su reverso, la afirmación de que no han sido identificados ni cuantificados los que no fueron realizados y, en consecuencia, si los gestores de fondos públicos no han dado razón de los que les fueron encomendados, nos encontramos ante un supuesto de alcance. .

El Ministerio Fiscal entiende que, por lo señalado en la propia sentencia, ye no ha sido justificada ninguna partida del importe total reclamado. No obstante ello, si alguna cantidad identificable hubiera sido justificada, en tal caso, procedería la minoración de la partida de alcance en tal importe, sin que quepa admitir que, no habiendo posible unir cada pago con el hecho que le sirve de causa, tal situación dé lugar a que se considere que todos los pagos se encuentran justificados..

A tal efecto, el Ministerio Fiscal, en apoyo de su motivo de impugnación, expone la doctrina sobre las exigencias de justificación material que se encuentran firmemente asentadas en la doctrina de esta Sala de Justicia, y que se han visto recientemente confirmadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de marzo de 2012, dictada en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de Justicia de 8 de septiembre de 2010.

· Impugnación del fundamento de derecho vigesimosexto y del fallo de la sentencia. El Fiscal interesa de esta Sala de Justicia que revoque los pronunciamientos de la resolución de instancia que han sido impugnados a través del recurso de apelación y que, en consecuencia, dicte nueva sentencia en la que acoja la totalidad de las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal en primera instancia, que se dan en este momento por reproducidas, estableciendo que se ha producido un alcance por importe de 6.135.244,70 euros, declarando responsables contables directos del mismo a los tres demandados, condenándoles a pagar tal importe a favor de la Seguridad Social, más el abono de los intereses procedentes.

SEXTO.- Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social se formulan escritos de impugnación respecto de los siguientes recursos de apelación:

· Recurso de apelación interpuesto por DON J. A. M. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social impugna la afirmación del recurrente en lo relativo a: 1) La negación por éste de la inexistencia de un aumento artificioso de tarifas en los contratos celebrados entre Mutua Universal Mugenat y P. S., S.L. para el año 2.005, señalando que lo que se trata es determinar si una subida tan

desproporcionada de los precios por los servicios pactados (el doble de 50 a 100) encuentra justificación, pues, tratándose de dinero público, el no encontrar justificación fundada implicaría el carácter indebido de los pagos y en consecuencia alcance, señalando que ar acertadamente valora la sentencia de instancia no se trata tanto del precio pactado para el año 2.005 sino la elevación el doble del año 2.004 al 2.005 añadido al hecho de que la tarifa del año 2.005 supone una media muy superior a la del sector de hasta un 70% tal y como ha quedado acreditado en los informes de la Intervención General de la Seguridad Social y en la prueba testifical practicada., realizándose en la sentencia de instancia una detallada comparación entre los contratos del año 2.004 y 2.005 basado en dos elementos probatorios como son el Informe Adicional al de Auditorias de Cuentas de Mutua Universal para el ejercicio 2.005 y la prueba testifical de la Sra. Interventora General de la Seguridad Social que permitiría concluir que a que el objeto y contenido de las cláusulas de los contratos del año 2.004 y 2.005 resultan esencialmente coincidentes, sin que pueda apreciarse diferencias que impliquen una duplicidad de tarificación, lo cual produce que no se encuentre justificado ese gran aumento de precio implicando el carácter indefinido de los pagos y en consecuencia alcance, tal y como ha resuelto la sentencia de instancia. y 2) En cuanto a la alegación de que los contratos del año 2.005 fueron autorizados por la Dirección General competente con base a la certificación de 9 de julio de 2.010 sostiene el Letrado de la Seguridad Social que debe tenerse en cuenta que a una autorización no implica una convalidación de una posible salida de fondos públicos fundamentada en los contratos teniendo en cuenta que tal y como establece la sentencia de instancia en su página 124 vista la certificación de 9.7.2010 no puede considerarse acreditado que los pagos realizados por Mutua Universal a P. S., S.L., en cumplimiento de estos contratos hubieran sido autorizados de forma expresa por la Seguridad Social. .

· Recurso interpuesto por DON F. J. T. B. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social impugna el defecto procesal por incongruencia, denunciada en el recurso de apelación, en la medida en que la demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social tan solo realiza una alegación de forma tangencial a la irregularidad puesta de manifiesto con respecto al aumento artificioso del precio de los contratos del año 2.005 que se realizó entre Mutua Universal y P. S., S.L., sin que dicha alegación tenga sustantividad propia y en consecuencia "sin dotarla de una autonomía indemnizatoria propia", olvidando el recurrente se afirma en el escrito de impugnación que a, como consecuencia de lo constatado por la Intervención General de la Seguridad Social esta parte ejerció su acción expuesta en la demanda basada en cinco presuntas irregularidades detectadas por dicha Intervención General, estimándose en la sentencia, exclusivamente, dos de las irregularidades, expuestas en el escrito de demanda, ello no implica una incongruencia pues quien puede lo más pide lo menos y, en definitiva se afirma en el escrito de impugnación en la condena hecha en cantidad menor de la demandada no constituye incongruencia, simplemente el Juez condena en aquello que considera probado. Habría incongruencia si se condena en más de lo pedido pero no a menos.. Y, con relación ala negación por éste de la inexistencia de un aumento artificioso de tarifas en los contratos celebrados entre Mutua Universal Mugenat y P. S., S.L. para el año 2.005, se reitera literalmente lo expuesto en el escrito de impugnación del recurso formulado por DON J. A. M.

· Recurso de apelación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT. La impugnación se fundamenta en: 1) Impugnación de los documentos aportados en el escrito de apelación por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT por infracción de los requisitos contemplados en el art. 460.1 L.E.C. y 2) Se reiteran, literalmente, los argumentos expuestos en los escritos de impugnación de los recursos de apelación interpuestos por DON J. A. M. y DON F. J. T. B. en lo referido al aumento artificioso las dos partidas impuestas como reintegro referentes al aumento artificioso en la cuantía de la facturación de P. S., S.L. y la duplicidad y triplicidad de facturación de determinados procesos de control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el recurso de apelación de Mutua Universal se refiere en exclusiva al primero de ellos.

SÉPTIMO.- Por la representación procesal del DON F. J. T. B. se formula escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, fundamentado en las alegaciones siguientes:

· Inversión de la carga de la prueba. Se impugna el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal por estimar que se pretende una inversión de la carga de la prueba, afirmándose por el impugnante que a sí fueron prestados todos y cada uno de los servicios facturados, so pena de ser condenadas al alcance en caso contrario. Debe recordarse que es precisamente la hipotética no-prestación de tales servicios lo que motiva la demanda/s, por lo que resulta palmario que son las actoras quienes deben verse perjudicadas por las reglas del «onus probandi», y no al revés., reiterando el impugnante que a. El Fiscal ha insistido a lo largo de la instancia en que el soporte documental de los servicios (es decir, el contenido de las facturas) no era suficiente para acreditar su efectiva prestación. En base a ello, ha elucubrado teorías y disquisiciones acerca de si aparecía o no aparecía en las facturas el nombre de la empresa empleadora, el número de cuenta de cotización, el motivo de la baja, etc. y todo ello, aderezado con diversas falacias sobre determinadas relaciones personales, conducirían a conjeturar la no-prestación de servicios y por ende el alcance contable., lo que entiende la parte impugnante que carece de amparo normativo alguno para afirmar que el contenido de las facturas pudiera resultar insuficiente o inapropiada, pues dichas facturas contienen la información que legalmente es exigible, por lo que toda discusión sobre su formalidad, resulta trivial, por lo que procede, exclusivamente, la discusión de si existía o no una contraprestación por parte de a las empresas proveedoras que, periódicamente, facturaban a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, concluyendo el impugnante que ael recurso del Fiscal demuestra una y otra vez que todos sus esfuerzos probatorios se han encaminado a sembrar dudas sobre aspectos formales, por ejemplo, el contenido literal de unas u otras facturas. Pero sin embargo, ni a lo largo de la instancia NI TAMPOCO AHORA EN SU RECURSO DE APELACIÓN el Fiscal es capaz de identificar unos u otros servicios que, habiendo sido facturados a

Mutua Universal MUGENAT, haya quedado acreditado que NO fueron prestados. Al contrario, lo que resulta de la litis es justamente lo opuesto. De hecho, existe una multitud de prueba que ratifica la efectiva prestación de servicios por las empresas P. SY., S.L., P. S., S.L., P. G. Y D., S.L., C. M. M. S., S.L., M. S., S.L., C. S. G., S.A., y C. C. M. S., S.L. .

· Se reitera, como motivo de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público la falta de legitimación pasiva ad causam, si bien nada se afirmó al respecto por el Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- Por la representación legal de DON J. A. M. se formuló escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y de adhesión a los formulados por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, y DON F. J. T. B. Dicho escrito se fundamenta en que: 1) Los hechos probados demostraron que los servicios se prestaban, y que éstos se hicieron de forma correcta. Asimismo, la sentencia recoge el cambio de criterio, no de normativa, respecto al seguimiento de la contingencia común, ya que sin perjudicar a los pacientes, se ha logrado una mejoría en los resultados en la gestión de esta contingencia y 2) Resulta probado, no sólo que los contratados han sido considerados legales por la Administración, sino que la propia Mutua, a instancias de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad social tuvo que desvincularse de las empresas proveedoras para, posteriormente, comprarlas con el fin de seguir controlando, ya desde dentro, las bajas por contingencia común y 3) No se ha producido una duplicidad de facturación en los servicios prestados.

NOVENO.- Por la representación legal de MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, se formula escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por DON J. A. M., que fundamenta, con relación a la falta de legitimación pasiva o, en su caso, de litisconsorcio pasivo necesario, en la consideración de que Se trata del fácil, y por otro lado inútil, remedio de tratar de distraer y derivar sus propias responsabilidades, no asumiendo las consecuencias de su cargo y posición y desviando la atención a otras personas u órganos - Junta Directiva de la Entidad -. Se trata de una argumentación muy poco consistente, tardía en su formulación y contraria a la realidad empresarial y organizativa de la Entidad. Las cosas son lo que son independientemente de cómo se denominan y el cargo y connotaciones de la Dirección General de MUTUA UNIVERSAL son notorias e indubitadas..

Por la misma representación legal se formula, igualmente, escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, alegando que:

Primera.- El Ministerio Fiscal impugna el apartado cuarto de la declaración de hechos probados de la sentencia porque en el mismo no se recoge que MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, durante los ejercicios de 2005 y 2006, pagó a las siete empresas a las que había contratado para efectuar el control y seguimiento del proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes y la asistencia médica integral durante todo el proceso, la cantidad total de 6,135.244,70 euros, lo que, a juicio de la representación de Mugenat ce la impugnación roza la irrelevancia. El recurso debe referirse al fallo y al pronunciamiento decisorio que el mismo implica y no a un párrafo concreto de los hechos probados, máxime cuando se alega que no se recoge un dato concreto que sí figura en los fundamentos de la Sentencia..El Ministerio Fiscal impugna, también, por considerar que la Sentencia de declara probado que se realizaron una serie de actuaciones y servicios practicados en ejecución de los contratos celebrados, en contra del parecer del Ministerio Fiscal que entiende que la justificación de dichos pagos fue "insuficiente" (párrafo primero) y "careció de justificación" (párrafo cuarto), pidiendo así que se recojan dos declaraciones contradictorias entre si. O algo es "insuficiente" o algo es "carente de justificación".

Segunda.- En cuanto al fondo del tema, se centra en aspectos, no jurídico-materiales, sino de apreciación y valoración por el Juzgador de la prueba practicada en la instancia.

· El rechazo por el Ministerio Público de la técnica de muestreo como medio de prueba admisible para acreditar la existencia de daños en los fondos públicos, citando en su apoyo la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2009 entiende el impugnante que no es susceptible de ser aplicable al caso de autos. El rechazo de la técnica del muestreo sostiene el impugnante- q, conduce al resultado de negar, para el Informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 19 de junio de 2007, la condición de prueba documental favorable al alcance. La inconsistencia del motivo alegado debe de conducir a la desestimación del recurso interpuesto y a la confirmación de la sentencia apelada. .

· En el apartado 3 del motivo de apelación, en relación con la conclusión B) del fundamento decimoséptimo se formula alguna alegación sobre las actuaciones de control realizadas por los proveedores, mostrando el impugnante su oposición a este fundamento del recurso interpuesto, pues no se trata de definir si hubo o no irregularidad con actuaciones realizadas antes del decimosexto día de baja, pues lo que hace la sentencia es reconocer que tanto el Informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 19 de julio de 2007, como el Informe de dicho órgano de control interno adicional al de auditoria de las cuentas anuales del ejercicio de 2005, como la demanda del Letrado de la Administración de la Seguridad Social afirman y reconocen que los proveedores de la Mutua practicaron actuaciones de control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencia común antes del decimosexto día a contar desde la fecha de baja. Estaba en discusión, afirma el impugnante, la cuestión de la forma del cómputo y de si era o no, según los supuestos, una irregularidad, pero, en todo caso ello constituyó, una prueba clara de la prestación de los servicios, aspecto que vino complementado con la prueba documental facilitada por esta representación, que fue admitida y en ningún momento fue impugnada por el Ministerio Fiscal.

· En el apartado 4 del escrito de recurso apelación y en relación con la conclusión C) del fundamento decimoséptimo centrada la

impugnación de la sentencia con base al examen que con cierto detalle se hace de dos historias clínicas, poniendo en duda su virtualidad probatoria, sosteniendo el impugnante que la conclusión C) de la Sentencia es mucho más amplia de lo que resulta de la visión parcial y subjetiva del Ministerio Fiscal, pues lo que la Sentencia acredita es el hecho probado de la existencia de las historias clínicas de cada paciente y que ellas eran los documentos en que constaban las prestaciones realizadas. "Sacar punta" al contenido de dos historias clínicas concretas traídas, a modo de ejemplo, no sólo implica incurrir en inexactitudes, alegando cuestiones no probadas por el Ministerio Fiscal, sino incurrir en la irrelevancia.

- En el apartado 5 del escrito del recurso y en relación con la conclusión D) del fundamento decimoséptimo se formula impugnación de la apelación en la consideración de que se ha llevado a cabo una exhaustiva prueba documental, nunca impugnada por el Ministerio Fiscal, ni por la otra parte actora del procedimiento y que, entre otras pruebas, conduce, y así se declara en la Sentencia, a la valoración y convicción de que son elementos justificativos en los que se manifiesta la práctica real y efectiva de actividades de control y seguimiento de contingencia común y de actuaciones de prestación de asistencia sanitaria, lo que conduce al pronunciamiento de no existencia del alcance pretendido por las dos partes actoras y hoy admitido por una de ellas, al no haber apelado la sentencia dictada, pretendiendo el Ministerio Fiscal la no valoración de dichos elementos y, en definitiva, que la sentencia prescinda de la prueba documental aportada, admitida, practicada y nunca impugnada por el Ministerio Público. Lo pretende en base a consideraciones, cuya procedencia negarnos absolutamente (pero que en todo caso dejamos a la valoración de la Sala), tanto por el momento en que se formulan como por su contenido..

- En el apartado 6 del escrito de recurso y en relación con la conclusión E) del fundamento decimoséptimo afirma el impugnante que : El Ministerio Fiscal, ignorando que la fase de alegaciones del procedimiento ya ha acabado, de forma absolutamente extemporánea formula la opinión, a nuestro juicio, totalmente fuera de lugar de que la operación de compra de los centros es cuestionable que pueda ser considerada como una operación entre partes económica y jurídicamente diferenciada..

- En el apartado 7 del escrito de recurso y en relación con la conclusión F) del fundamento decimoséptimo (se hace referencia al Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas de 28 de marzo de 2009 sobre procedimientos de contratación de las Mutuas. El Ministerio Fiscal en su escrito y en este apartado 7 se refiere al Informe citado, pero dice que: "el Fiscal no se extenderá en este aspecto ...". En consecuencia el apartado 7 del escrito de recurso, es un apartado 7 que parece responder a una exigencia formal de tener que comentar todas las LETRAS del Fundamento de la Sentencia, pero que carece de contenido o motivo impugnatorio propiamente dicho. Ante ello, el impugnante sólo refiere en el hecho probado que sí destaca la sentencia y que fue fruto de prueba pericial de esta parte: que el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social trabajaron sobre unas muestras de facturas en las cuales se produjo la coincidencia de seis facturas. Pues bien, examinadas esas facturas concretas por ambos órganos de control resultó que el Tribunal de Cuentas no incluyó los pagos realizados en función de las mismas dentro de su relación de pagos indebidos incluidos en el Anexo I del Informe de Fiscalización. Sólo eso. La inexistencia, propiamente dicha, del motivo alegado debe de conducir a la desestimación del recurso de apelación interpuesto y a la confirmación de la sentencia apelada. .

- En el apartado 8 del escrito de recurso y en relación con la conclusión G) del fundamento decimoséptimo estima el impugnante que, frente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, la sentencia lo que hace es recoger simplemente que los ocho testigos, a través de sus correspondientes declaraciones testificales, apoyaron la tesis de que los servicios facturados se prestaron realmente, por lo que afirma el impugnante que la cita de lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2012 que manifiesta que determinados testimonios personales no son soporte justificativo del gasto de fondos públicos, no parece que se trate de un pronunciamiento aplicable al caso, en el que hay en el procedimiento una gran multiplicidad de pruebas sobre los servicios prestados y no sólo testimonios personales S.

Tercera.- En relación con la falta de prueba respecto de las afirmaciones sobre hechos contenidas en el escrito de demanda formulada por el Ministerio Público, el impugnante manifiesta que:

- A lo largo de la tramitación del procedimiento y según se desprende de todas las actuaciones practicadas, no existe prueba alguna practicada por el Ministerio Fiscal a quien correspondía la carga de la prueba de acreditar la certeza de unos hechos de los que se desprende el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. En otros términos, el Ministerio Público no ha probado que no se hayan prestado o justificado los servicios en cuestión y por tanto se haya producido el alcance de un importe de 6.135.244,70 euros que fundamenta su pretensión resarcitoria.

- Frente a lo previsto en el art. 217 L.E.C. y pronunciamientos jurisprudenciales (Sentencia de la Sala de Justicia, núm. 11/2009, de 9 de febrero), el Ministerio Fiscal no proporciona prueba alguna de que el alcance se haya producido, pero eso no impide que, ante la duda y en cualquier caso sin probar el presunto daño a resarcir, concluya con la existencia de un alcance total y con exigencia de reintegro de toda la cifra íntegra en cuestión, como si ningún servicio se hubiera prestado nunca. Bastante irreal y todo ello también bastante poco fundado.

- El Ministerio Fiscal no ha hecho uso del derecho que le reconoce el artículo 85.3 de la L.J.C.A., es decir, no ha solicitado el recibimiento a prueba, en esta instancia, para la práctica de las pruebas que le hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no le fueran imputables.

• La Consejera ha valorado las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las ha valorado en su conjunto, llegando a las apreciaciones consignadas en la Sentencia. Frente a las facultades ejercidas por el Juzgador de instancia, ninguna virtualidad puede tener la valoración subjetiva, personal y de parte que pueda realizar el Ministerio Fiscal, que lo único que pretende, sencillamente, es sustituir el criterio del Juzgador por el suyo propio, no habiendo pasado la Consejera de Cuentas, por alto, la aplicación de una norma de prueba legal, afirmándose por el impugnante que: La Consejera de Cuentas no ha sobrepasado los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones están sustentadas en la lógica racional. La Consejera de Cuentas dicta una sentencia en la que no se aprecia manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba con conclusiones arbitrarias o absurdas. (). La Consejera de Cuentas no dicta una sentencia en la que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio..

Cuarta.- Formula el impugnante una serie de consideraciones en relación con los límites a las facultades del tribunal ad quem que implica la virtualidad del principio de inmediación, afirmándose que: La Consejera de Cuentas, como Juzgadora de instancia, tiene en cuenta la multiplicidad de pruebas practicadas, ("la abundante prueba obrante en autos" -página 95 de la Sentencia -) frente a los limitados comentarios que, sobre algunos documentos concretos, formula el Ministerio Fiscal. Con independencia del procedimiento de la apreciación conjunta de la prueba y de su resultado, en la Sentencia se citan específica e individualizadamente muchas de las pruebas practicadas y valoradas, con independencia de la prueba documental. En el supuesto de un proceso escrito no hay problema alguno, pues los dos tribunales, el de la primera y el de la segunda instancia, se encuentran en la misma situación: valoran la prueba teniendo en cuenta el reflejo documentado de la misma en las actuaciones. Si la prueba se ha practicado sin inmediación no existe diferencia entre el juez de la primera instancia y el de la segunda a la hora de tomar conocimiento del resultado probatorio y de valorarlo.

La situación tiene que cambiar necesariamente, como ocurre en el presente caso, cuando se parte de un proceso oral y sujeto al principio de inmediación, por lo menos cuando éste se entiende en su exacto sentido. Los poderes del tribunal de apelación se han cuestionado y limitado, tanto por la doctrina científica como por la doctrina jurisprudencial, en lo que respecta a la posibilidad de revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez de primera instancia, al menos en lo que respecta a las pruebas personales, esto es, interrogatorio de partes y de testigos, y declaraciones orales de los peritos. No debe olvidarse que el juez de apelación no es quien ha practicado la prueba, lo que sin duda le resta cierto margen de maniobra, aunque no siempre porque con respecto a la prueba pericial y documental, por ejemplo, se encuentra exactamente en las mismas condiciones que el juez a quo ante esos elementos de convicción. La exigencia de presencia física en la práctica de las pruebas que conlleva el concepto estricto del principio de inmediación constituye un límite a las facultades del Juzgador de apelación al menos, respecto de las pruebas en cuya práctica no participó, tales como el interrogatorio de las partes, testigos, perito, etc., sin que desvirtúe esta consideración la documentación de estas actuaciones mediante sistemas de grabación de sonido. La asimilación entre la grabación del juicio y el juicio mismo, a efectos de garantizar la inmediación, si bien plantea ventajas, resulta discutible ya que, a pesar de su grabación audiovisual, la posición del tribunal respecto a las fuentes de prueba es totalmente distinta de la del Juez de primera instancia, sin que pueda intervenir para pedir alguna aclaración o adición (artículos 306.1.2, 372.2 y 347 LECiv). La limitación de las facultades de revisión respecto de las pruebas consistentes en declaraciones personales ha sido reiteradamente reconocida por la doctrina jurisprudencial. Todo ello, como indica O. M., impide revisar en apelación aquellos aspectos de la valoración de las pruebas personales que exijan una formación del juicio de credibilidad sobre la veracidad de la declaración del interviniente de la prueba, ya que sólo el órgano de primera instancia, que ha asistido a su práctica, puede formarse dicho juicio, a través de los signos externos que ha presenciado (titubeo, sonrojo, mirada fija o evasiva, etc.) que no se pueden apreciar en segunda instancia por el visionado del juicio..

Quinta.-Sostiene la parte impugnante que la falta de impugnación por parte de la Administración de la Seguridad Social es una buena pauta y un buen argumento para el devenir y resolución final de este procedimiento, apoyándose en las consideraciones de que, si bien han existido dos partes actoras o demandantes: el Ministerio Fiscal, por un lado, y la Administración de la Seguridad Social, por otro lado y de que, conforme al art. 55.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, se reconoce al Ministerio Fiscal la legitimación activa para ejercitar las acciones que resulten procedentes, no puede desconocerse el papel principal de la administración o entidad pública perjudicada, pues es ésta la que a sufre directamente en su patrimonio las consecuencias negativas de la existencia de un alcance. Por lo tanto, sostiene la parte impugnante que a la Administración de la Seguridad Social, conocida la Sentencia de la Consejera de fecha 8 de junio de 2012 no haya recurrido, la haya consentido y la misma haya adquirido firmeza, en consecuencia, respecto de la Administración de la Seguridad Social. La Administración de la Seguridad Social ha aceptado el fallo de la sentencia, ha entendido lo infundado de su pretensión indemnizatoria, ha aceptado el criterio de que Mutua no incurrió en alcance alguno y que, por tanto, ningún reintegro Mutua debe efectuar a la Seguridad Social. Al afectar el presente recurso a cuestiones que han sido ya consentidas por no recurridas, se está incurriendo en incongruencia, partiendo de la base que al no haber recurrido la Administración de la Seguridad Social es evidente que hay una declaración judicial de que no hay alcance y que la misma ya es firme y definitiva.

DÉCIMO.- Por el Ministerio Público se formula escrito de oposición a los recursos de apelación formulados por:

1) MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, que fundamenta en: 1) Improcedencia de la admisión y práctica de prueba en segunda instancia por infracción de lo previsto en el art. 85.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de aplicación,

conforme dispone el art. 80.3 de la Ley 7/1988; 2) La consideración de que los pagos, efectuados por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, a P. S., S.L., se encontraban justificados porque la elevación, en 2005, de las tarifas existentes en 2004, fue autorizada por la Dirección General de la Seguridad social no se comparte ya que: a) Dicho argumento ha sido rechazado en firme por la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, b) La autorización administrativa no constituye justificación de ninguna clase de los pagos; 3) El apoyo documental, aportado por la recurrente, a fin de cuestionar la conclusión de la sentencia recurrida, en cuanto que la elevación de las tarifas pagadas a P. S., S.L., en el año 2005, no obedeció a cambios relevantes entre el contrato de este año y el suscrito en el anterior, es cuestionado por el Ministerio Fiscal por estimar que no pueden ser sometidos a consideración en esta fase procesal, en la que no procede el recibimiento a prueba del pleito, sin perjuicio de que la supuesta diferencia entre uno y otro contrato y las supuestas diferencias carecen de relevancia justificativa de los pagos hechos, justificación que habrá de venir de la acreditación de que los actos pactados y pagos por la Mutua fueron efectivamente realizados por sus proveedores porque, afirma el Ministerio Público por es la ejecución de los instrumentos convencionales y la existencia de la contraprestación lo que debe ser valorado en sede contable para decidir si los fondos públicos que se gastaron se encontraban justificados .

2) La oposición al recurso de apelación interpuesto por DON J. A M. se apoya en los motivos siguientes: 1) No puede accederse a la declaración de nulidad de lo actuado respecto del recurrente por no haber tenido intervención en la tramitación de las actuaciones previas en atención a la regulación legal de dichas actuaciones, pues el contenido y la tramitación de las mismas no condicionan ni determinan el ejercicio de la acción por los legitimados activos, conforme lo ha establecido la doctrina de la Sala de Justicia, entre otras, en sentencia 6/2012, de 27 de marzo; 2) Sobre la pretendida falta de legitimación pasiva o, en su caso, de litisconsorcio pasivo necesario, sólo cabe remitirse a lo resuelto ya sobre dicha cuestión en la audiencia previa y en la sentencia recurrida, 3) La prejudicialidad penal ya fue destinada por la juzgadora de instancia en sendos autos y parcialmente reproducidos en el fundamento octavo de la sentencia, 4) Sobre la legitimidad de los contratos afirma el Ministerio Público que lo relevante se concreta, no en la legalidad de los contratos, sino en la ausencia de prueba de que los actos pactados y pagados por la Mutua fueron efectivamente realizados por sus proveedores ... porque es la ejecución de los instrumentos convencionales y la existencia de la contraprestación lo que debe ser valorado en sede contable para decidir si los fondos públicos que se gastaron se encontraban justificados; 5) Sobre el pago de los servicios prestados, estima el Ministerio Público que de los Informes emitidos por la Tesorería General de la Seguridad social se desprende que se produjeron pagos carentes de justificación; y 6) Sobre el contrato con P. S., S.L., afirma el Ministerio Fiscal que a pesar de la falta de justificación de la elevación en las tarifas pagadas, en 2005, por Mugenat, a la empresa P. S., S.L. cualquiera que fuera el importe de la tarifa pactada, en todo caso, su pago habría dado lugar a perjuicio para los fondos públicos y, por tanto, a la existencia de alcance .

3) En la oposición al recurso de apelación interpuesto por DON F. J. T. B., esgrime como argumentos de oposición el Ministerio Público los siguientes: 1) La falta de intervención en las actuaciones previas de quien posteriormente resulta demandado no vulnera su derecho a la defensa, que podrá ser ejercitado en plenitud en la fase propiamente jurisdiccional; 2) Rechaza la oposición del recurrente a la demanda del Ministerio Fiscal por considerarla aquél extemporánea, pues ello sería contrario, en primer lugar, al cumplimiento constitucional de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y por resultar incompatible con la interpretación prevista en el art. 75 de la Ley 7/1988; 3) En lo referido a la denuncia por incongruencia de la sentencia impugnada, sostiene el Ministerio Público que: a) Las afirmaciones del recurso al respecto no son sino meras percepciones subjetivas que no obstan al hecho de que la demanda de la Seguridad Social, afirmaba que los precios pagados como consecuencia de la subida efectuada en 2005 carecían de fundamento y que este fue uno de los extremos en base a los cuales ha sido declarada la existencia de alcance, lo que excluye la existencia de incongruencia de la sentencia; b) el recurso relacionado con la incongruencia parte de lo que es una visión no ajustada sobre la jurisdicción contable; 4) En lo relativo a la pretendida existencia de errores en la valoración de la prueba sostiene el Ministerio Público que la parte recurrente pretende a través de simples alegaciones y sin aportar elementos de juicio distintos de los que ya se encontraron disponibles durante la primera instancia y que fueron valorados por el órgano jurisdiccional, sustituir la apreciación de la prueba hecha por éste, por la suya propia, obviamente más favorable a sus intereses, siendo tal proceder rechazable, y así lo ha puesto de relieve la Sentencia de la Sala de Justicia núm. 3/2012, de 28 de febrero; 5) El argumento de la parte recurrente en orden a la afirmación de la existencia entre los contratos de 2004 y 2005, diferencias de tal entidad que justifican duplicar el precio pagado de uno a otro año y que el precio abonado el segundo año, en esencia, estaba en línea con otros contratos se fundamenta en simples alegaciones y sin aportar elementos de juicio distintos de los que ya se encontraron disponibles durante la primera instancia y que fueron valorados por el órgano jurisdiccional, pretendiendo sustituir la apreciación de la prueba hecha por éste, por la suya propia, obviamente más favorable a sus intereses, siendo, asimismo, rechazable tal proceder, como pone de manifiesto la Sentencia de la Sala de Justicia número. 3/2012, de 28 de febrero; y 6) Estima el Ministerio Fiscal la concurrencia de los elementos de responsabilidad contable, con especial atención a la legitimación pasiva del ahora recurrente, reiterándose en que a tanto a P. S., S.L., en 2005, como los otros, carecieron de justificación, al no haber sido acreditado que las empresas proveedoras prestaron los servicios que cobraron, lo que, además, se explicaba porque no eran en realidad terceras que contrataban con Mugenat sino empresas vinculadas a ellas. .

UNDÉCIMO.- Una vez sistematizados los motivos que sustentan los recursos interpuestos y la oposición y adhesiones a los mismos, es menester proceder a analizar el fondo de la controversia, mediante un tratamiento separado de las alegaciones y motivos que sustentan cada uno de los recursos, salvo aquéllos que permitan, por su identidad o conexión, una argumentación y resolución

unitaria.

Debe anticiparse que los impugnantes han venido a reproducir, en lo esencial, las alegaciones vertidas en primera instancia, utilizando una técnica defensiva de sus posiciones que ha sido reprobada tanto por esta Sala, (valga, por todas, la sentencia 4/2003, de 7 de mayo), como por el Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de noviembre de 1991 y de 26 de junio de 1990); dichos modos de actuación, como razona otra sentencia de esta misma Sala, de 24 de febrero de 1994, no son, en general, jurídicamente aceptables, por lo que la segunda instancia exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar en virtud de un juicio crítico racional- la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada que ya debió tener en cuenta los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición.

Antes de procederse a su examen, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala respecto a la naturaleza del recurso de apelación. Por todas, las sentencias de la Sala de Justicia 4/1995, 5/1995, 7/1997 y 17/1998 afirman que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes. Sin embargo, la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, sin perjuicio de que sobre la base de la naturaleza del recurso de apelación que permite un novum iudicium, pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevaba a cabo por el juez a quo. No obstante, frente al juicio de apreciación de la prueba que la sentencia de instancia contenga no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que será necesario desvirtuar los hechos declarados probados con medios que acrediten la inexistencia de los mismos y la veracidad de los alegatos en contrario.

DUODÉCIMO.- Procede, seguidamente, dar respuesta, en primer lugar, a las cuestiones de índole procesal, reiteradas, nuevamente, en esta instancia, por los efectos que, en su caso tendría la eventual estimación de alguna de dichas cuestiones en relación con el resto de los motivos del recurso de apelación de distinta naturaleza y, en definitiva con el recurso de apelación.

Por la representación legal del Sr. T. B. se formula recurso de apelación, alegando la falta de legitimación ad causam o, en su caso, de litisconsorcio pasivo necesario, y por la representación legal del Sr. A. M. en relación a la falta de legitimación pasiva ad causam y a la excepción de prejudicialidad penal en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, respectivamente, habiéndose formulado oposición a la estimación de dichas excepciones por parte del Ministerio Público y por la representación legal de MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Quinto y Noveno, respectivamente.

En lo relativo a la falta de legitimación ad causam, planteada por las representaciones legales de los Sres. T. B. y A. M., así como a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada por éste, ya suscitadas, igualmente, en el trámite de contestación a la demanda y desestimada en la audiencia previa, si bien, remitiendo a la futura sentencia, respecto al tratamiento de los aspectos conectados con el fondo del asunto enjuiciado, resultando rechazado, finalmente, en el fundamento jurídico décimo de la sentencia recurrida, este Tribunal debe confirmar el criterio de la Consejera de Cuentas en atención a que, no habiéndose expresado, en esta instancia, nuevos argumentos en apoyo de la denuncia del citado defecto procesal, los argumentos, extensamente expuestos en la sentencia recurrida, son compartidos por esta Sala de Justicia. En efecto, la sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico citado, rebatió cada uno de los argumentos en los que los ahora apelantes sustentaron en primera instancia su ausencia de legitimación ad causam, por lo que esta Sala, a la vista del contenido del recurso, no debe sino ratificar el discurso argumental que sirvió a la Consejera para rechazar la excepción

A mayor abundamiento, como se recordaba en la Sentencia de esta Sala de Justicia, nº 11/2013, de 12 de abril de 2013, ?a constituye una técnica defensiva generalmente reprobada por la doctrina jurisprudencial más consolidada, que ampararía, sin más, el rechazo de plano de la excepción, al no haber introducido los apelantes hechos, elementos o argumentos jurídicos distintos a los articulados y debatidos en primera instancia, que, eventualmente, pudieran haber llevado a este órgano ad quem a una apreciación jurídica distinta a la formada por el órgano a quo en cuanto de la posición subjetiva de dichos apelantes respecto a la jurisdicción que ejerce este Tribunal; por todas, cabe citar, la reciente Sentencia de esta Sala núm. 18/2011, de 19 de diciembre, cuyo Fundamento de Derecho Noveno recoge un compendio de la referida doctrina, con cita de otras dos Sentencias de la misma Sala, 41/2003, de 7 de mayo y de 24 de febrero de 2004, y de las del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1991 y de 26 de junio de 1990. Se trata en definitiva de modos de actuación que no son aceptables en derecho, por cuanto la segunda instancia exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar, en virtud de un juicio crítico racional, la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada que ya debió tener en cuenta los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición. .

Esta Sala, en atención a lo señalado en su Sentencia núm. 21/2005, de 14 de noviembre, estima que la cualidad objetiva, consistente en una posición o condición, en relación con el objeto del proceso que genera la aptitud o idoneidad para que DON J. A M. sea parte procesal se basa en el conjunto de funciones gerenciales, incluidas las relativas a la preparación de las cuentas anuales, inherentes al cargo de Director Gerente de MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT.

La actividad desplegada en el ejercicio de su cargo por el SR. A. M. se encuadra, desde luego, en el amplio concepto de gestión de fondos públicos incorporado el artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y admitido por esta Sala de Justicia en Sentencias como la 18/2004, de 13 de septiembre, y que abarca actividades tan variadas como recaudar, intervenir, administrar, custodiar, manejar o utilizar bienes, caudales o efectos públicos .

Por lo demás, debe recordarse que esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 15/1998, de 25 de septiembre) admite que hay cargos que, por su naturaleza, tienen una innegable relevancia objetiva para la gestión patrimonial de la entidad de que se trate y que la condición de gestor no sólo concurre cuando hay manejo material de unos fondos, sino que se da igualmente por el hecho de tener capacidad de decisión sobre su uso.

De acuerdo con lo argumentado hasta el momento, resulta evidente que concurre, como se señalaba por la Consejera, en la sentencia recurrida, en el SR. A. M. la condición de gestor de fondos públicos respecto de los afectados por este proceso, y ello al margen de los posibles incumplimientos de sus funciones que, en su caso, pudieran reprocharse a otros órganos o gestores de MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, ya que como tiene dicho esta Sala de Justicia en Sentencias como la 12/2006, de 24 de julio, el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias .

En cuanto a la legitimación pasiva de DON F. J. T. B. ya se ponía de manifiesto, por la Sra. Consejera en la sentencia recurrida, que lo primero que debe recordarse es que la valoración de la concurrencia, o no, en el demandado SR. T. B. de legitimación pasiva en el presente proceso debe limitarse a dilucidar si concurre en el mismo la cualidad objetiva de gestor de fondos públicos que genera su aptitud o idoneidad para ser parte en el litigio. No se trata, por tanto, de examinar en este momento si el citado demandado ha incurrido, o no, en responsabilidad contable, de acuerdo con los artículos 38 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49 de la Ley de Funcionamiento del mismo, pese a que la mayor parte de lo alegado por su representación procesal respecto a la legitimación pasiva excede la argumentación propia de la defensa de dicha excepción procesal y desciende a cuestiones de fondo que no cabe tratar en el presente Fundamento de Derecho.

Lo fundamental a tener en cuenta para decidir sobre la legitimación ad causam de DON F. J. T. B. es que, como Subdirector General de Prestaciones y Servicios de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, firmó en representación de dicha entidad 21 contratos con las empresas con las que el Ministerio Público estima que se desarrolló la trama fraudulenta que se describe en la demanda.

La firma de tales contratos implica gestión de los fondos públicos afectados por los mismos en el sentido amplio en que dicha gestión se define en el ya citado artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y tal y como se interpreta dicho precepto por la también mencionada doctrina de esta Sala de Justicia Contable que se refleja en Sentencias como la 18/04, de 13 de septiembre.

La firma de un contrato implica una decisión de alcance económico respecto al destino de un determinado patrimonio y, según tiene establecido esta Sala de Justicia en Sentencias como la 10/2000, de 3 de julio, y la 14/06, de 24 de julio, firmar un documento de disposición de fondos públicos implica responsabilizarse de su contenido.

En consecuencia, a través de la suscripción de los 21 contratos objeto de controversia, el SR. T. B., decidió en nombre de Mutua Universal MUGENAT, la asunción de un vínculo jurídico con obligaciones que atender, lo que supone un acto de decisión sobre la disposición de unos fondos públicos que implica una forma de gestión de los mismos.

De cuanto ha quedado expuesto hasta el momento, se deduce, por esta Sala, en coincidencia con la conclusión a que llegaba la Consejera en la sentencia impugnada, que la conducta enjuiciada en el presente proceso, imputable a los Sres. A. M. y T. B., supuso una actividad gestora sobre los fondos públicos a que se refiere la demanda del Fiscal que implicaba para ambos demandados la correspondiente obligación de rendir cuentas que incumbe a todo el que maneja caudales o efectos públicos.

Tanto por la naturaleza de su cargo, como por la actividad desplegada en el desarrollo de sus competencias, los demandados DON J. A. M. y DON F. J. T. B. tenían la condición de cuentadantes en el sentido que se recuerda en resoluciones de esta Sala de Justicia como en la Sentencia 4/2006, de 29 de marzo, que dice que: Debe propugnarse un concepto amplio de cuentadante, esto es, ha de sustantivarse como tal no sólo al que formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores, sino que puede predicarse la condición de cuentadante respecto de cualquier persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de fondos públicos, esto es, que de alguna manera se sitúa como un eslabón más en la cadena del ingreso o del gasto público, tomando decisiones en relación con la actividad económico-financiera del Sector Público y debiendo rendir cuenta de su labora.

Dado que la intervención de los Sres. A. M. y T. B. en los hechos enjuiciados ha constituido gestión de fondos públicos y les ha situado en posición jurídica de cuentadantes, resulta evidente la legitimación pasiva de dichos demandados en el presente proceso, a la luz del artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y ello, sin perjuicio de la cuestión de fondo de las posibles responsabilidades contables imputables a los mismos, que se examinará más adelante.

Ningún argumento nuevo han esgrimido los recurrentes, Sres. A. M. y T. B., para evidenciar que la argumentación expresada por la Consejera, en la sentencia recurrida estuviera equivocada, por lo que procede que esta Sala confirme la desestimación de la excepción procesal referida a la falta de legitimación ad causam de los mencionados recurrentes.

Y, en lo relativo a la señalada excepción de prejudicialidad, planteada por la representación legal del SR. A. M., en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución, que ya tuvo solvente y amplia respuesta en el Fundamento Octavo de la sentencia impugnada y que, con carácter previo, ya habían obtenido respuesta en Auto de 1 de octubre de 2009, que fue confirmado por Auto de 25 de noviembre de 2009, cabe señalar que, en atención a que no se exponen nuevos argumentos en apoyo de dicha cuestión procesal, procede su rechazo y, consecuentemente, la confirmación de la desestimación de la excepción de prejudicialidad en atención a los argumentos reflejados en las citadas resoluciones procesales.

A mayor abundamiento, en relación con la desestimación de la excepción de prejudicialidad penal, resulta procedente recordar la doctrina de esta Sala, expuesta en la Sentencia nº 11/2013, de 12 de abril de 2013 en el sentido de que:

¿o la regulación vigente de la institución jurídica de la cosa juzgada formal que se contiene en el artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde se prescribe que las resoluciones firmes, que son aquéllas contra las que no cabe recurso alguno (aptdo. 1) pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hubiera recaído deberá estar, en todo caso, a lo dispuesto en ellas (aptdo. 2); transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella (aptdo. 4 del citado art. 207 Ley de Enjuiciamiento Civil). Tanto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Constitucional han consagrado el efecto vinculante derivado de la cosa juzgada formal de las resoluciones firmes previamente adoptadas en el procedimiento, que impide que puedan, posteriormente, dictarse resoluciones que decidan de modo contrario a lo resuelto en aquellas resoluciones anteriores pasadas en cosa juzgada (así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 990/2011, de 13 de enero, RJ/2012/1782, F.J.Tercero). El Tribunal Constitucional, por su parte, ha tenido ocasión, también, de pronunciarse sobre el mencionado efecto de la cosa juzgada formal ex art. 207.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ligado a la protección que la Carta Magna otorga al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española) dentro del que se integra en la modalidad de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Así, la Sentencia de su Sala Primera núm. 123/2011, de 14 de julio, RTC/2011/123, razona en su Fundamento Jurídico 3º que conforme a una extensa y consolidada jurisprudencia constitucional, que debe servir de base para valorar si ha habido o no vulneración de aquel derecho fundamental, debe partirse de la afirmación de que el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes es expresivo de las exigencias derivadas tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución Española) como, y sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución Española) (STC 59/2001, de 26 de febrero de 2001 [RTC 2001,59]) de lo que se deduce que la lesión del principio de intangibilidad se asocia indefectiblemente a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Tales argumentos conducen a afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 Constitución Española actúa como límite, que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (por todas, STC 50/2007, de 12 de marzo [RTC 2007,50], y jurisprudencia allí citada)..

Así las cosas, los señalados Auto de 1 de octubre de 2009, que fue confirmado por Auto de 25 de noviembre de 2009, sobre prejudicialidad, quedaron firmes con autoridad de cosa juzgada y con los efectos prevenidos en el apartado 4 del mencionado artículo 207 de la vigente Ley Procesal Civil, que vinculan a esta Sala a estar a lo resuelto en las merítadas resoluciones, pues ello es consecuencia del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes que determina el efecto y rango de la cosa juzgada y que obliga a este órgano a respetarlos, excluyendo el dictado de resoluciones contrarias al contenido de lo ya resuelto en ellas.

DÉCIMOTERCERO.- Por la representación legal del SR. A. M. se reitera, nuevamente, como motivo de apelación, la nulidad de las actuaciones por la omisión de la intervención de su representación en las actuaciones previas del proceso (en la medida que no tuvo conocimiento del mismo hasta que se le dio traslado de la demanda del Ministerio Fiscal), con vulneración de lo previsto en los artículos 45 y 4.1 e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia.

A dicho motivo de apelación se formula oposición por el Ministerio Público en atención a la regulación legal de dichas actuaciones, pues el contenido y la tramitación de las mismas no condicionan o determinan el ejercicio de la acción por los legitimados activos, conforme lo ha establecido la doctrina de esta Sala de Justicia, entre otras, en sentencia 6/2012, de 27 de marzo.

Tal cuestión ya fue desestimada, por la Consejera de Cuentas, en la audiencia previa, según queda plasmado en el Fundamento Noveno de la sentencia recurrida. Se reiteran los mismos argumentos en apoyo de la denuncia de nulidad de actuaciones procesales, y esta Sala estima correctos los argumentos expuestos por la Consejera de instancia y, en consecuencia, desestima la citada causa de nulidad de actuaciones de pleno derecho, pues entendida ésta como técnica procesal dirigida a la privación de los efectos producidos o cuya producción se pretende- por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección, sólo puede afirmarse que la nulidad de actuaciones se ha producido cuando se haya generado una efectiva indefensión, lo que no acontece en las presentes actuaciones ya que, como, acertadamente, pone de manifiesto la Consejera de Cuentas Las actuaciones previas no condicionan ni vinculan a los posibles legitimados, que podrán plantear con absoluta independencia pretensiones de responsabilidad contable y oponerse a las mismas en la primera instancia del proceso.

Señalaba la Consejera de Cuentas, en la sentencia impugnada que: En el presente caso, en contra de lo argumentado por la

representación procesal del Sr. A. M., se ha desarrollado con carácter previo a la primera instancia procesal la fase instructora prevista en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según consta en la correspondiente pieza del proceso.

Dicha fase, previo cumplimiento de los diversos trámites previstos en el citado artículo 47 de la Ley Procesal Contable, concluyó con la liquidación provisional practicada por el Delegado Instructor con fecha 7 de mayo de 2008.

El hecho de que no fuera citado a la liquidación provisional el Sr. A. M., y de que no se le imputara en la misma una presunta responsabilidad contable, en nada afecta a la correcta instrucción de las actuaciones previas ni a la plena viabilidad jurídica de que los actores puedan dirigir, ya en fase procesal, su demanda contra el citado demandado o cualquier persona distinta de las consideradas como posibles responsables contables por el Delegado Instructor. .

En lo relativo al demandado SR. A. M. esta Sala comparte el criterio de la Consejera de Cuentas en el sentido de que no se le ha producido indefensión, dado que, como tiene ya establecido en una doctrina uniforme (por todos, Auto de 10 de mayo de 2002), la indefensión en la Jurisdicción Contable se ajusta a los contornos con que ha sido definida por la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras, 48/1984, de 4 de abril; 70/1984, de 11 de junio; 96/1985, de 29 de julio; 43/1989, de 20 de febrero; 101/1990, de 4 de junio; 6/1992, de 16 de enero y 105/1995, de 3 de julio. Aunque la indefensión « consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el transcurso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos. o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción» (Sentencia Tribunal Constitucional 89/1986), no puede desconocerse que «no toda vulneración de normas procesales produce indefensión en sentido constitucional, pues ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone en su alcance para la defensa de sus derechos» (Sentencias del Tribunal Constitucional 367/1993, de 13 de diciembre y 11/1999, de 11 de febrero, entre otras). En efecto, como significara el Tribunal Constitucional desde su antigua sentencia 48/1984, de 4 de abril: El concepto jurídico- constitucional de indefensión que el artículo 24 CE permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así, porque como acertadamente ha sido dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos. Por esto, si bien el Derecho procesal en aras de sus propias necesidades de estructuración de los procesos y para facilitar el automatismo y la tramitación de los procedimientos judiciales, presenta un contenido marcadamente formal y define la indefensión de un modo igualmente formal, a través, por ejemplo, de la falta del debido emplazamiento o de la falta de otorgamiento de concretos trámites o de concretos recursos, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. Como la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado en abundantes ocasiones, la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia. Corolario de cuanto se lleva expresado es: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico- constitucional y, por ende, en violación de lo ordenado por el artículo 24 CE (Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1985, de 19 de julio; 109/1985, de 8 de octubre; 48/1986, de 3 de abril; 93/1987, de 3 de junio; 146/1988, de 14 de julio; 155/1988, de 22 de julio; 35/1989, de 14 de febrero; 112/1989, de 9 de junio; 145/1990, de 1 de octubre; 163/1990, de 22 de octubre; 56/1991, de 12 de marzo; 1/1992, de 13 de enero; 106/1993, de 22 de marzo; 366/1993, de 13 de diciembre; 174/1994, de 7 de junio; 126/1996, de 9 de junio; 140/1996, de 16 de julio; 62/1998, de 17 de marzo; 52/1999, de 12 de abril; 78/1999, de 26 de abril; 107/1999, de 14 de junio; 210/1999, de 29 de noviembre; 87/2001, de 2 de abril; 184/2001, de 17 de setiembre; 2/2002, de 14 de enero; 40/2002, de 14 de febrero; 68/2002, de 21 de marzo; 130/2002, de 3 de junio; 200/2002, de 28 de octubre; 23/2003, de 10 de febrero y 37/2003, de 25 de febrero, entre otras). Y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respecto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento. En el contexto del artículo 24 CE, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, de la audiencia bilateral o de la debida contradicción, que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto respecto de los cuales la resolución judicial debe suponer la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales. Como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1987, de 10 de junio: ... Es obligado, por otro lado, para valorar el supuesto enjuiciado, recordar la doctrina reiterada de este Tribunal que entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (S. TC 64/1986, de 21 de mayo), sin que coincida necesariamente, pese a lo anterior, una indefensión relevante constitucionalmente con un concepto de la misma meramente jurídico procesal (S. TC 70/1984, de 27 de junio), así como tampoco se produce por cualquier infracción de las reglas procesales (S. TC 48/1986, de 23 de abril), consistiendo, en esencia, en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, en la privación de la potestad de alegar, y en su caso, de justificar sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente

las posiciones contrarias (STC 89/1986, de 1 de julio) Análogamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2002, de 6 de mayo recuerda que Asimismo, hemos declarado que por indefensión constitucionalmente relevante solo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (S. TC 2/2002, de 14 de enero). Por tal razón, 'solo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso. (Sentencias del Tribunal Constitucional 35/1989, de 14 de febrero; 52/1989, de 22 de febrero y 91/2000, de 30 de marzo).

La aplicación de la doctrina, anteriormente expresada, permiten confirmar a esta Sala que en la tramitación de las Actuaciones Previas no se ha generado indefensión al SR. A. M., al haberse ajustado a lo previsto en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y tampoco cabe deducir tal indefensión de lo actuado en primera instancia procesal, fase en la que ha sido correctamente emplazado y notificado desde el momento en que se dirigió la acción procesal contra él, y en la que ha tenido intervención directa como parte para plantear sus derechos y defenderlos, sin que se haya visto privado, en ningún momento, de intervenir en todas las fases procesales, alegando, probando y recurriendo tal como articula la Ley Procesal Civil en el ámbito del procedimiento declarativo ordinario.

DÉCIMOCUARTO.- Por la representación legal del Sr. T. B. se plantea, nuevamente, en esta apelación, la denuncia, ya planteada en la primera instancia, relativa a la extemporaneidad de la demanda presentada por el Ministerio Público en los términos que quedaron expresados en el Fundamento de Derecho Tercero.

A dicho motivo de apelación se formula oposición por el Ministerio Público, afirmando que su estimación sería contraria, en primer lugar, al cumplimiento constitucional de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y por resultar incompatible la interpretación, llevada a cabo por el apelante, con lo previsto en el art. 75 de la Ley 7/1988.

El recurrente acude, nuevamente, a denunciar, como motivo de apelación, la extemporaneidad de la demanda presentada por el Ministerio Público, lo que, como ha quedado puesto de manifiesto con anterioridad esta Sala de Justicia ha rechazado en la técnica fácil de la remisión a lo argumentado en escritos formalizados en grado jurisdiccional anterior no es jurídicamente aceptable según ha tenido ocasión de reiterar la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 13 de noviembre de 1991, 20 de junio de 1990, etc.); porque, en efecto la segunda instancia tiene como finalidad depurar los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión versa o tiene por objeto la impugnación de la resolución o sentencia dictada por el órgano jurisdiccional a quo, y por ello se exige que los razonamientos de la apelación tiendan a desvirtuar -en virtud de un juicio crítico racional- la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que ésta ya tuvo en cuenta -como regla y nada se excepciona en este caso- los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición. (Auto de esta Sala de Justicia nº 11/1993, de 26 de marzo de 1993).

No esgrimiendo la recurrente, en esta instancia, nuevos argumentos en apoyo de la citada extemporaneidad, esta Sala comparte los razonamientos expuestos por la Consejera de Cuentas, al señalar que: Los antecedentes procesales a valorar para el examen de la presente alegación son los siguientes:

- Por providencia de 11 de julio de 2008 se emplazó al Ministerio Fiscal para que compareciera en autos personándose en forma.
- El Ministerio Público compareció en autos personándose mediante escrito de fecha 24 de julio de 2008 en el que solicitó la devolución de las actuaciones al Delegado Instructor para que procediera a completar determinadas diligencias.
- Por escrito de 30 de septiembre de 2008, el Ministerio Fiscal solicitó la adopción de medidas de aseguramiento contra el patrimonio de DON J. A M.
- Por providencia de 14 de noviembre de 2008, esta Consejera de Cuentas resolvió que no había lugar a proveer, de momento, a lo solicitado por el Ministerio Fiscal en sus escritos de 24 de julio y 30 de septiembre de 2008.
- El Ministerio Público, por escrito de 28 de noviembre de 2008, solicitó la suspensión del procedimiento hasta que se resolviera por la Sala de Justicia el recurso que tenía formulado contra las Actuaciones Previas.
- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social formuló demanda de responsabilidad contable, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, por escrito que tuvo entrada en el Registro General con fecha 23 de diciembre de 2008.
- Esta Consejera de Cuentas acordó, por Auto de 29 de enero de 2009, no acceder ni a la petición de suspensión ni a la de devolución de las Actuaciones al Delegado Instructor que había formulado el Ministerio Fiscal.
- Por Auto de 29 de enero de 2009, esta Consejera de Cuentas resolvió admitir a trámite la demanda formulada por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y dar traslado de la misma a Mutua Universal MUGENAT para su contestación.

- El Ministerio Fiscal solicitó, por escrito de 19 de febrero de 2009, que se le diera traslado de las actuaciones y plazo para formular demanda.
- Mediante providencia de 24 de febrero de 2009, se accedió a la petición del Ministerio Público dándole traslado de las actuaciones y concediéndole un plazo de 20 días para que formulara demanda.
- El Ministerio Público formuló demanda por escrito de 3 de abril de 2009.

La representación procesal de DON F. J. T. B. considera que el Fiscal debió formular su demanda dentro del mismo plazo de 20 días que se confirió para hacerlo a la Tesorería General de la Seguridad Social. Entiende dicha representación procesal que la posibilidad de gozar de un nuevo plazo para formular demanda posterior al concedido a los demás legitimados activos sólo le corresponde al Ministerio Fiscal en caso de que éstos no hubieran planteado demanda alguna. Añade además dicha parte que la demanda planteada por el Ministerio Público, en contra de lo indicado por el mismo, no se asienta sobre bases parcialmente distintas de las que sustentan la demanda planteada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Como consecuencia de los argumentos que acaban de exponerse, la representación procesal de Don F. J. T. B. considera que el escrito del Ministerio Público de 19 de febrero de 2009, por el que solicitaba que se le diera traslado de las actuaciones y se le concediera plazo para formular demanda, resultaba extemporáneo y que la providencia de la Consejera de Cuentas, de 24 de febrero de 2009, accediendo a lo solicitado en dicho escrito no se ajustaba a Derecho por lo que la demanda presentada con base en lo resuelto en dicha providencia debería considerarse interpuesta fuera del plazo legalmente establecido.

La interpretación restrictiva que aporta la representación procesal del Sr. T. B., respecto a la legislación procesal de la Jurisdicción Contable, limita la posibilidad de presentar demanda que corresponde al Ministerio Público a dos momentos del proceso:

- Regla general: el Ministerio Público podría en todo caso formular demanda dentro del mismo plazo concedido para hacerlo a los demás legitimados activos.
- Regla especial: Sólo cuando los demás legitimados activos no hubieran formulado demanda dentro del plazo que se les concedió para ello, podría contar el Ministerio Fiscal con un trámite específico para presentar demanda en plazo posterior.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva de las garantías procesales del Ministerio Fiscal en los juicios de reintegro por alcance carece de fundamentación legal que la avale.

De los artículos 73.2, 73.3, 69.1, 69.2 y 70.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 16 de dicho texto legal se deduce lo siguiente:

- a) El trámite de presentación de demanda que, con carácter general, se establece en el artículo 73.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, está previsto para los posibles legitimados activos con la excepción del Ministerio Fiscal.
- b) El trámite de presentación de demanda específicamente reconocido en el artículo 73.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, está previsto únicamente para el Ministerio Fiscal y sólo para el caso de que los demás legitimados activos no hubieran formulado demanda alguna.
- c) El modelo procesal diseñado por el legislador para los juicios de responsabilidad contable en general, y para el procedimiento de reintegro por alcance en particular, reserva la intervención como actor del Ministerio Público a un momento procesal posterior al concedido a los demás legitimados activos para el planteamiento de sus pretensiones de responsabilidad contable.
- d) El Ministerio Fiscal, en virtud de su posible legitimación activa en este tipo de procesos, puede adherirse total o parcialmente a la demanda formulada por otro legitimado activo o separarse de ella, conductas procesales que normalmente se encauzan a través del trámite de Audiencia Previa previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- e) El Ministerio Fiscal, a la vista de las demandas presentadas por otros actores, puede formular con posterioridad a la presentación de éstas su propia demanda, dada su posición procesal de posible legitimado activo en los procedimientos de reintegro por alcance.
- f) En este tipo de procedimientos no existe un trámite concreto, como sucede en el juicio de cuentas ex artículo 70.2 de la Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril, para que el Ministerio Fiscal pueda manifestar su posición en torno a las pretensiones de responsabilidad contable objeto del proceso.

A la vista de esta situación procesal que se deduce de la normativa antes citada, y que rebasa desde luego el reducidísimo margen de intervención del Fiscal que reconoce la representación procesal del Sr. T. B., resulta evidente que en el presente caso la demanda formulada por el Ministerio Público no puede considerarse extemporánea.

De acuerdo con los antecedentes procesales que se expusieron con anterioridad, ha quedado probado que el Ministerio Fiscal solicitó que se le diera traslado de las actuaciones y que se le concediera plazo para formular demanda en el momento procesal inmediatamente posterior a habérsele dado traslado de la demanda planteada por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social. Fue como consecuencia de haberse podido instruir de dicha demanda, que el Fiscal a la vista de su contenido

decidió ejercitar su propio derecho a demandar.

No cabe aducir que una petición de plazo para demandar hecha en el primer momento procesal en el que el Fiscal tuvo conocimiento de la demanda del Sector Público presuntamente perjudicado, deba considerarse extemporánea.

Muy al contrario, el escrito del Ministerio Público de 19 de febrero de 2009, pidiendo trámite para formular demanda, se presentó en el primer momento procesal en el que le fue posible, por lo que debe entenderse presentado en plazo y correctamente atendido por esta Consejera de Cuentas en providencia de 24 de febrero de 2009. La demanda planteada por el Ministerio Fiscal en el plazo que se le concedió para ello en la citada providencia no puede, por tanto, considerarse extemporánea.

No debe olvidarse, además, que la providencia de la Consejera de Cuentas, de 14 de noviembre de 2008, que resolvió por primera vez en este proceso conceder trámite para formular demanda, otorgó dicho trámite a la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y no al Ministerio Fiscal, en cumplimiento del artículo 73.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por lo que el Ministerio Público no tuvo ocasión de presentar demanda en dicho trámite, en contra de lo que sugiere la contestación a la demanda del Sr. T. B.

Finalmente, deben ponerse de relieve dos consideraciones adicionales. Por una parte, que la demanda del Fiscal aunque coincida esencialmente con el contenido de la demanda del letrado de la Administración de la Seguridad Social, ciertamente tiene otro enfoque pues añade dos demandados y se orienta sobre la base de lo que considera una actuación conjunta de carácter fraudulento dirigida al menoscabo de los fondos públicos. Por otro lado, de los antecedentes procesales antes descritos se deduce una conducta procesal activa del Ministerio Público que, antes de contar con el oportuno trámite para demandar, ya había pedido a esta Consejera de Cuentas la adopción de medidas de aseguramiento patrimonial, la devolución del procedimiento al Delegado Instructor para que completara las actuaciones previas y la suspensión del procedimiento.

De todo lo argumentado se desprende la plena regularidad jurídica de la posición actora del Ministerio Público en el presente proceso, debiendo considerarse su demanda presentada dentro del plazo y no extemporánea como solicita el demandado Sr. T. B.,.

Esta Sala, comparte el criterio de la Consejera de Cuentas en el sentido de que no sólo se ajusta a la legalidad procesal antes citada, sino que además resulta el más afín a la tutela judicial efectiva y al principio pro actione que se garantizan en el artículo 24 de la Constitución, y que se aplican al ámbito jurisdiccional contable de acuerdo con los criterios previstos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión -o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican (entre otras muchas, Sentencias 115/1984, de 3 de diciembre; 217/1994, de 18 de julio; 160/2001, de 5 de julio; 27/2003, de 10 de febrero; 177/2003, de 13 de octubre; 3/2004, 14 de enero; 79/2005, de 2 de abril; 133/2005, de 23 de mayo; 26/2008, de 11 de febrero; 75/2009, de 23 de marzo y 25/2010, de 27 de abril), doctrina del Tribunal Supremo (Sala 3ª- (Sentencia de 9 de marzo de 2010, entre otras) y la Doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todos, Auto de 29 de abril de 2009).

DECIMOQUINTO.- Por las representaciones legales de MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, y del SR. A. M. se estima que no es compartido el criterio acogido en la sentencia impugnada, en orden a relativizar la relevancia jurídica relativa a la autorización administrativa, llevada a cabo por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de los contratos suscritos por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, y P. S., S.L., estimando que la autorización de ambos contratos, precio incluido, no demuestra, sólo, que en aquel momento, la Administración consideraba tales contratos ajustados a Derecho, sino que, previa la correspondiente tramitación, la Administración consideró para siempre que dichos contratos eran ajustados a Derecho y, consecuentemente, la Administración autorizó el contrato, su contenido y sus cláusulas y autorizó que MUGENAT, a partir de su entrada en vigor, pagará 100 euros por proceso a P. S., S.L. .

Dicho motivo de apelación es impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Público en los términos expuestos en los Fundamentos Sexto y Décimo, respectivamente, de la presente resolución.

Esta alegación que recibió acertada y cumplida respuesta por la Consejera de instancia en el Fundamento Decimoctavo de la sentencia recurrida, que esta Sala comparte, en el sentido de que, de acuerdo con la documentación acompañada por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, a sus contestaciones a las demandas del Ministerio Fiscal y de la Tesorería General de la Seguridad Social, y con la certificación de 9 de julio de 2010, expedida por el Director General de Ordenación de la Seguridad Social (pieza de prueba de DON J. A. M.), los dos contratos con P. S., S.L., fueron, efectivamente, autorizados por la Dirección General de la Seguridad Social competente para ello.

El hecho de que hubieran sido autorizados por la autoridad administrativa competente no supone, necesariamente, que el objeto y contenido de los mismos plantearan diferencias suficientes como para justificar la duplicación en 2005 de la tarifa pactada en 2004. La autorización de ambos contratos, precio incluido, por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social demuestra que esa Administración, en aquel momento, consideraba tales contratos ajustados a Derecho, pero tal autorización no implica per se que lo fueran, ni desde luego tiene un efecto justificativo/convalidatorio sobre la posible salida injustificada de fondos públicos

fundamentada en ellos.

Si dicha salida de fondos fue o no ajustada a Derecho y supuso, o no, un perjuicio ilegítimo para el patrimonio de la Seguridad Social es algo que depende de que esté acreditada la correlación entre las prestaciones pactadas cada uno de los dos años y la subida del precio convenida en el segundo, sin que tenga relevancia jurídica significativa a estos efectos que los contratos hubieran contado con la correspondiente autorización administrativa.

La prueba documental, obrante en autos y no impugnada, en ningún momento, consistente en la Certificación de 9 de julio de 2010 expedida por el Director General de Ordenación de la Seguridad Social, permite confirmar la conclusión de la Consejera de Cuentas en el sentido de que no puede considerarse acreditado que los pagos realizados por MUTUA UNIVERSAL, MUGENAT, a P. S., S.L., en cumplimiento de estos controvertidos contratos hubieran sido autorizados de forma expresa por la Seguridad Social, circunstancia, además, que en caso de haberse producido, tampoco habría servido para convalidarlos si se hubieran realizado sin la justificación legal suficiente.

DECIMOSEXTO.- Por la representación legal del SR. T. B. se suscitan distintas cuestiones referidas a la prueba y, concretamente, al error en su valoración, más concretamente en lo referido al incorrecto análisis comparativo de los contratos otorgados con P. S., S.L., en los años 2004 y 2005 y por omisión del resultado probatorio en la determinación del justiprecio del contrato. Dicho motivo de apelación es objeto de impugnación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, y del Ministerio Fiscal en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Sexto y Décimo de la presente resolución.

Con carácter previo a dar la debida respuesta al denunciado error en la valoración de la prueba, resulta procedente señalar que por esta Sala ningún reproche puede hacerse al discurso lógico-argumentativo de la resolución recurrida, que no hizo sino aplicar al caso el principio de adquisición procesal legal y jurisprudencialmente reconocido en el Derecho español; así, razona, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia núm. 785/2010, de 25 de noviembre: El órgano judicial, en su función de fijar los hechos, puede tomar en consideración cualesquiera elementos probatorios aportados al proceso, con independencia de la parte que los haya aportado en virtud del principio de adquisición procesal (SS. TS de 4 de febrero de 2009, (RJ 2009,1364), 6 de mayo de 2010 (RJ 2010,4840); y no otra cosa hizo la Consejera en primera instancia al proceder, como se recoge en el Razonamiento Jurídico Decimoquinto de la resolución impugnada, al realizar una comprobación minuciosa de todos y cada uno de los documentos obrantes en los autos, a fin de discernir la validez de las justificaciones presentadas a efectos probatorios; al tiempo, también tuvo en cuenta los informes de la Intervención así como las restantes pruebas practicadas; y en el mismo fundamento citado que ha sido aceptado expresamente, el órgano a quo se afanó en razonar, con exhaustividad, el método aplicado para llegar a tener, o no, por justificados los gastos.

A mayor abundamiento, es de señalar, como razona otra sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre, RJ/2011/582, en su Fundamento de Derecho Tercero: El principio de aportación de parte introducido en el artículo 216 LEC al hilo de la proclamación del principio de justicia rogada, al que se refiere la rúbrica del precepto- establece a quién corresponde la tarea de presentar los hechos al juicio, para delimitar el objeto del mismo, y la de procurar su acreditación a través de la actividad probatoria que, según la norma, es una actividad que han de asumir las partes litigantes, salvo que la ley específicamente disponga otra cosa (STS de 25 de junio de 2009 (RJ/2009/6453). Este principio exige que la resolución de un asunto cuya incoación ha sido a iniciativa de parte- se efectúe dentro del ámbito fáctico y jurídico en que fue planteado, con respecto a la causa petendi (causa de pedir), a la sustancia de lo interesado y sobre los elementos probatorios aportados por las partes (SSTS de 30 de marzo de 2009 (RJ/2009/2001) y de 8 de abril de 2002 (RJ/2002/2534). Aunque no se enuncie expresamente, la referencia contenida en el artículo 218.2 Ley de Enjuiciamiento Civil a la apreciación y valoración de las pruebas ha de entenderse implícitamente hecha a las pruebas incorporadas válidamente al proceso, lo que presupone su proposición en tiempo y forma por las partes a salvo supuestos de actuación de oficio expresamente previstos- y su práctica adecuada a las disposiciones legales que resulten de aplicación. A esta conclusión conduce también la dicción del artículo 209.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se hace referencia a las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado, y es consecuencia lógica derivada del sistema de proposición y práctica de la prueba en el proceso civil establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además del mencionado principio, rige, en nuestro sistema probatorio, el principio de apreciación o valoración conjunta de la prueba, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 670/2010, de 4 de noviembre, RJ/2010/8868, un sistema de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige una determinada cantidad o entidad probatoria-dosis o tasa de prueba -determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia- primera y apelación-. En este sentido, se ha manifestado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de enero de 1999 (RJ 1999/147) al indicar que: Pero la prueba requiere una valoración conjunta de todos los medios empleados y esto es lo que realizaron los juzgadores en las dos instancias do. Lo cual no exime, por exigencias constitucionales (artículo 120 Constitución española), a los Tribunales a la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, en los términos expresados por la doctrina legal del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de junio de 1998 (RJ 1998/4275), 31 de diciembre de 1998. Más recientemente, y para terminar la cita jurisprudencial, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8139)

que señala: La exigencia formal de la motivación responde esencialmente a una doble finalidad: exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación del derecho, y permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1990 y 28 de octubre de 1991 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9221).

Esta Sala de Justicia, en numerosas Sentencias (ver, por todas, las Sentencias 7/1997 y 17/1998) ha establecido que, aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba -con base en criterios de crítica racional- es competencia del juez de instancia, puede la 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 Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que presupone un «novum iudicium» como en reiteradas ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras, en Sentencias 124/1983, de 21 de diciembre; 23/1985, de 15 de febrero; 24/1985, de 21 de febrero; 145/1987, de 23 de setiembre y 194/1990, de 29 de setiembre), lo que permite al Tribunal de Apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano inferior, 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 principio de congruencia y de los límites de las pretensiones de las partes. Sin embargo, frente al juicio de apreciación que la Sentencia contenga no pueden oponérsele, sin más, y menos prevalecer, meras alegaciones de parte, máxime en un caso, como el presente, en que es más que dudoso que existan apreciaciones subjetivas fundadas (Sentencia de la Sala nº 8/2006, de 29 de abril).

Cobra, en esta instancia, en relación singularmente con la valoración de las pruebas personales y la virtualidad del principio de inmediación la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en la Sentencia 167/2002, de 18 de setiembre y que se ha reiterado en las Sentencias 170/2002, de 30 de setiembre; 41/2003, de 27 de febrero; 40/2004, de 22 de marzo; 59/2005, de 14 de marzo; 217/2006, de 3 de julio; 64/2008 de 26 de mayo; 108/2009, de 11 de mayo; 1/2010, de 11 de enero; 2/2010, de 11 de enero; 142/2011, de 26 de noviembre, 43/2013, de 25 de febrero, 105/2013, de 5 de mayo; 118(2013, de 20 de mayo y 119/2013, de 20 de mayo, entre otras, que afirma: el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directamente y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la absolución del acusado resultara necesaria la celebración de vista en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas..

Sin embargo, la denominada quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil, no debe llevar, por supuesto, a privar de sus facultades revisoras a los tribunales de apelación, sino a extremar su prudencia, pues, obviamente, esta Sala de Justicia no goza de la posición privilegiada de la Consejera, no obstante la fidelidad de los sistemas de grabación de las actuaciones judiciales. Buen exponente de esta postura equilibrada es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de abril de 2000 (EDJ 13168/2000) al razonar que ae respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la intermediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para calibrar la forma y seguridad con que han sido emitidas las manifestaciones de partes y testigos que han determinado su apreciación, pero sin que ello impida su nueva valoración por esta Sala, y la modificación de lo que por él objetivado, cuando sea expuesto el error cometido por dicho juzgador, y así se aprecie . Estas facultades revisoras serán tanto más extensas cuanto se revisen pruebas léase documentos o dictámenes- en las que el Epluso de intermediación suele ser irrelevante.

DECIMOSÉPTIMO.- Singular importancia cobra, en orden a la determinación del error, o no, en la valoración de la prueba, llevada a cabo por la Consejera, Y denunciada por la representación del SR. T. B., en los términos expresados en el Fundamento Tercero de la presente resolución, la prueba documental referida al Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, diversos Informes de control de la Intervención General de la Seguridad Social, un Informe pericial, elaborado por C. E. C., S.L. y la prueba testifical prestada por la testigo-perito, Dª S. A. C., Interventora de la Seguridad social y autora de los Informes de la Tesorería General de la Seguridad Social, así como otros testigos que depusieron en la vista del juicio oral a la que se refiere la sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho Decimosexto apartado G)- que han sido objeto de singular exposición y análisis en los Fundamentos de Derecho Décimo y siguientes de la sentencia recurrida.

Esta Sala ha tenido ocasión de revisar la prueba existente en el presente procedimiento, en los términos que se permite, legal y jurisprudencialmente, expuestos en el Fundamento de Derecho precedente, a fin de que, como Tribunal revisor, se pueda observar si la Consejera, al valorar en su conjunto el material probatorio, ha actuado de forma ilógica, arbitraria, contra las máximas de experiencia o las reglas de la sana crítica, es decir, si se ha dado discordancia entre la prueba practicada y los resultados obtenidos en la litis o bien si, por el contrario, tal apreciación ha sido la procedente a la vista de estas últimas.

Entrando más específicamente en relación al error en su valoración, y, más concretamente, en lo referido al incorrecto análisis comparativo de los contratos otorgados con P. S., S.L., en los años 2004 y 2005, la sentencia recurrida, analiza en su Fundamento de Derecho Decimoctavo la cuestión, destacando el Informe Adicional al de Auditoria de las Cuentas Anuales de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, correspondiente al ejercicio 2005, elaborado por la Intervención General de la Seguridad (Anexos al Informe de C. C., S.L.,

obrantes en la pieza de prueba de la Mutua), concluyendo dicho Informe que:

- No existe base soportada suficiente de incremento de funciones contratadas ni de cualquier otra circunstancia que justifique que se duplicara el precio cobrado por proceso.
- El nuevo contrato, de 1 de enero de 2005, que sustituyó al vigente para 2004, supuso la eliminación de cláusulas que permitían a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT un control más estricto sobre las actuaciones.

En segundo lugar, la prueba practicada en la persona de la Sra. Interventora de la Seguridad Social, que participó en estos controles y que, en su declaración en juicio que esta Sala ha tenido ocasión de visionar- vino a corroborar las dos conclusiones aludidas y recogidas en el citado Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas Anuales (Ejercicio 2005).

Ante dicha concluyente prueba, el recurrente no ha aportado ninguna nueva prueba que permitiera a esta Sala discrepar de la valoración de la Consejera, que ratifica íntegramente.

Igual suerte debe correr el error, por omisión, del resultado probatorio, en la determinación del justiprecio del contrato, pues el detallado análisis comparativo que se hace entre los contratos del año 2004 y 2005, basado en dos elementos probatorios, a saber: el Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, para el ejercicio 2005, y la prueba de la testigo-perito visionada por esta Sala- permiten afirmar que resulta acertada la conclusión de la Consejera de Cuentas en el sentido de que ay el objeto y contenido de las cláusulas de los contratos del año 2004 y 2005 resultan esencialmente coincidentes, sin que pueda apreciarse diferencias que impliquen una duplicidad de tarificación, lo cual produce que no se encuentre justificado ese gran aumento de precio, implicando el carácter indefinido de los pagos y en consecuencia alcance nº.

En definitiva, el recurrente, mediante simples alegaciones y sin aportación de elementos distintos de los que ya se encontraron disponibles durante la primera instancia y que fueron valorados correctamente por la Consejera de Cuentas, durante la primera instancia, pretende sustituir la apreciación de la prueba hecha por ésta, por la suya propia, obviamente, más favorable a sus intereses, algo comprensible en términos de defensa, pero que esta Sala no puede compartir, siendo procedente su rechazo como así se manifiesto en Sentencia de esta Sala de Justicia 3/2012, de 28 de febrero.

Esta Sala debe concluir que no se aprecia, por lo razonado, el error denunciado en la valoración probatoria de los hechos, habida cuenta tanto del material fáctico-jurídico incorporado al proceso como del discurso lógico-deductivo aplicado por la juzgadora de instancia en el que no ha habido quiebra de los principios que rigen la ponderación de la prueba, máxime en el caso de autos, como bien razonó la sentencia recurrida.

DECIMOCTAVO.- Se impugna por la representación legal del SR. T. B. la incongruencia de la sentencia apelada fundada en dos motivos, a los que se hizo referencia en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución. Dicho motivo de apelación es objeto de oposición por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social y por el Ministerio Fiscal esgrimiendo los argumentos que se exponen, sintéticamente, en los Fundamentos de Derecho Sexto y Décimo de la presente resolución.

Con carácter previo a resolver el presente motivo de apelación, resulta procedente que esta Sala reitere que, en el ámbito del enjuiciamiento contable rige el principio dispositivo que impone al órgano enjuiciador una cognición ajustada a las pretensiones de las partes; así, de los artículos 399.3 y 265.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al proceso, en virtud de las previsiones contenidas en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de este Tribunal de Cuentas (artículo 73.2), se deriva la necesidad de que la demanda contenga una narración ordenada y clara de los hechos que facilite su admisión o negación por el/los demandados en su contestación; asimismo deben guardar igual orden y claridad los documentos, medios e instrumentos aportados en relación con tales hechos en que se sustenten las pretensiones, debiendo, finalmente, formularse aquellas valoraciones o razonamientos que procedan, a criterio del litigante; habrán de acompañarse, en todo caso, a la demanda o contestación, entre otros, aquellos documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretendan, así como los medios o instrumentos probatorios previstos en el art. 299.2 de la señalada Ley de Enjuiciamiento Civil.

El art. 218. 1 LEC establece que las sentencias deben ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Fijarán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

La congruencia es, en definitiva, un requisito de la sentencia, especialmente de su parte dispositiva, que comporta la adecuación del fallo a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos aducidos por éstas. La congruencia se resuelve en una comparación entre dos extremos: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador.

El primer término del binomio lo constituyen las pretensiones contenidas en la demanda y en la contestación; sin que a estos efectos opere el acto de la vista o el escrito de conclusiones, que deben limitarse a alegaciones sucintas sobre los hechos, la prueba practicada

y los fundamentos jurídicos en que las partes apoyen sus pretensiones, pero sin que puedan plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación. Si bien, el demandante puede en tales trámites solicitar que la sentencia formule un pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos (arts. 64 y 65 LJCA).

Si bien la congruencia se refiere a las peticiones de las partes concretadas en el suplico, ha de tenerse en cuenta que, conforme al art. 218. 1 LEC y a la más reciente jurisprudencia, la congruencia también exige que la sentencia resuelva todos los puntos que constituyan motivos del proceso o del recurso.

El segundo término del juicio comparativo es, esencialmente, el fallo o parte dispositiva de la sentencia, pero la incongruencia también puede darse en los fundamentos jurídicos predeterminantes del fallo que constituyan la ratio decidendi, si la sentencia contempla causas de pedir diferentes de las planteadas por las partes.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 8 noviembre 1996 señala que «la congruencia es, fundamentalmente, un requisito de la parte dispositiva de la sentencia que comporta su adecuación a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos por ellas aducidos... para un examen preciso de su concurrencia, debe tenerse en cuenta que argumentos, cuestiones y pretensiones son discernibles en el proceso administrativo y la congruencia exige del Tribunal que éste se pronuncie sobre las pretensiones; y requiere un análisis de los diversos motivos de la impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional». Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1996 pone de manifiesto que «el principio de congruencia en el orden contencioso-administrativo es más riguroso que en el orden civil, pues mientras en éste la congruencia de la sentencia viene referida a la demanda y a las demás pretensiones deducidas (art. 359 LEC/1981), las Salas de lo Contencioso-Administrativo juzgan dentro del límite de las pretensiones deducidas y de las alegaciones que las partes formulan para fundamentar el recurso o la oposición».

La jurisprudencia mantiene un criterio flexible en la aplicación de la doctrina de la congruencia, declarando que el examen de la concordancia o comparación que ésta supone ha de estar presidido por una racional flexibilidad. No se precisa una exactitud literal y rígida entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas, sino que basta con que se dé en la respuesta la racionalidad lógica y jurídica necesaria. No se infringe el principio de congruencia en aquellos casos en que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre que respondan a una unidad conceptual y lógica, y sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal. La congruencia implica una conformidad material y razonable de la sentencia con las pretensiones de las partes y no una absoluta y rígida conformidad con las mismas.

El Tribunal Supremo ha señalado que, en materia de congruencia, no basta con atender exclusivamente a la literalidad de los términos en que las partes acotan los límites del debate, sino que es preciso apreciar, además, el contenido intrínseco de la pretensión, entendida como postulación tendente a la anulación de la disposición o actuación administrativa y, en su caso, al reconocimiento y restablecimiento del derecho del que se cree asistido el actor. Porque «es desde esta perspectiva desde donde debe examinarse si lo concedido por la sentencia traspasa el límite del contenido material de la pretensión o no alcanza la decisión a responder adecuadamente al mínimo, faltando pronunciamiento expreso sobre materias sometidas a la decisión jurisdiccional y expresa o implícitamente solicitadas» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1987). Es también doctrina de la misma Sala que «la incongruencia ha de partir de la comparación entre la pretensión de la demanda y el fallo o parte dispositiva de la sentencia» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre de 1987); pero que el concepto de incongruencia en lo contencioso-administrativo no se contrae sólo a la correlación entre las pretensiones de la demanda y la contestación y lo decidido en la sentencia, sino que comprende «la adecuación entre la alegaciones deducidas como motivos para fundamentar el recurso y la oposición y los argumentos en que se fundamenta el fallo», si bien es también criterio jurisprudencial reiterado que la congruencia de la sentencia no exige una completa, exacta y expresa correlación entre las alegaciones de las partes y los fundamentos y fallo de la sentencia, teniendo atribuido el Tribunal una libertad dialéctica en el desarrollo de su tesis y argumentación (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 9 Abril de 1987).

La Sentencia, de fecha 5 noviembre 1992, dictada por la Sala 3ª del TS en proceso de revisión realiza un importante análisis que puede dar pautas y orientaciones sobre el sentido y alcance de la congruencia señalando: «que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena, etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, es decir, requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso».

Por consiguiente, para determinar si existe incongruencia en una sentencia es preciso confrontar su parte dispositiva con el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos (partes), y objetivos (causa de pedir y petitum); de manera que la adecuación

debe extenderse tanto a la petición, como a los hechos y motivos de la pretensión, sin perjuicio de que, en virtud del principio *iura novit curia*, el órgano judicial no haya de quedar sujeto, en el razonamiento jurídico que le sirve de motivación para el fallo, a las alegaciones de las partes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos. Así señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 30 Abril de 1996 que el respeto al principio de congruencia no alcanza a limitar la libertad de razonamiento jurídico del Tribunal de instancia, ni tampoco le obliga a reconocer el orden de alegaciones de las partes, bastando con que establezca los hechos relevantes para decidir el pleito y aplicar la norma del ordenamiento jurídico que sea procedente.

La doctrina y la jurisprudencia vienen distinguiendo entre la incongruencia omisiva o *ex silentio* que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, en momento procesal oportuno, «siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución», y sin que sea necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita o pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita la respuesta respecto de alegaciones concretas o no sustanciales (Sentencias del Tribunal Constitucional 91/1995, de 19 de junio; 146/1995, de 16 de octubre; 56/1996, de 15 de abril; 58/1996, de 15 de abril; 85/1996, de 21 de mayo y 26/1997, de 11 de febrero, entre otras muchas).

Por otra parte, la llamada incongruencia *extra petitem* se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no está incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (Sentencias del Tribunal Constitucional 311/1994, de 21 de noviembre y 60/1996, de 15 de abril).

En ocasiones ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, dando lugar a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «incongruencia por error» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1987, de 6 de marzo y 369/1993, de 13 de diciembre); esto es «cuando por un error de cualquier género sufrido por el órgano judicial no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre una pretensión absolutamente, ajena al debate procesal planteado», dejando al mismo tiempo sin respuesta la que sí ha sido objeto del proceso.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1997, de 3 junio, hace aplicación de dicha figura de «incongruencia por error»; es decir, de aquella incongruencia omisiva que es consecuencia de una previa alteración de los términos del debate procesal, a una Sentencia que, en lugar de pronunciarse sobre las causas de pedir formuladas por el recurrente y que fundamentan su pretensión de la demanda, da respuesta al planteamiento jurídico efectuado por el recurrente en la vía administrativa (no al que efectuaba en la vía contencioso-administrativa). A pesar de ello no otorga el amparo solicitado sobre la base del siguiente argumento: «Ahora bien este relativo desajuste entre el planteamiento jurídico retenido por el Tribunal en su Sentencia como fundamento de su decisión y el efectuado por el recurrente en su demanda del proceso administrativo, o, por decirlo de otro modo, esta relativa desatención al cambio de argumentación producido en la demanda no es constitutiva de vulneración alguna del artículo 24.1 CE por incongruencia, puesto que en -el planteamiento inicial, sustentado por el Juzgador en su Sentencia, estaban ya presentes las dos causas de pedir sostenidas luego en la demanda con nuevos argumentos jurídicos ...».

Si bien es cierto que el recurrente no señala en qué modalidad de incongruencia habría incurrido, eventualmente, la sentencia impugnada, esta Sala considera que, en atención a los argumentos esgrimidos en apoyo de la denunciada denuncia de incongruencia se podría considerar, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, en una modalidad de incongruencia omisiva por alteración de los términos de debate procesal, debiendo rechazar dicho motivo de apelación, en aplicación de la doctrina, legal y constitucional, sobre la incongruencia, en los términos expuestos, pues, pese a lo alegado por el recurrente, el Letrado de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, en atención a lo constatado por la Intervención General de la Seguridad Social, ejercitó su demanda referida a la existencia de cinco presuntas irregularidades detectadas, y si bien la sentencia impugnada estima exclusivamente dos de las irregularidades, expuestas en la demanda, ello no implica ninguna incongruencia, pues la condena en cantidad menor de la demandada no constituye incongruencia, sino simplemente, la obligación del juzgador de condenar exclusivamente en atención a aquello que ha quedado probado, por lo que, en definitiva, habiendo condenado por menos de lo solicitado, pero en atención a los hechos expuestos en la demanda y, de conformidad, con el resultado probatorio, no puede estimar esta Sala la existencia de modalidad de incongruencia alguna.

A mayor abundamiento, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación del recurso de apelación, en lo relativo a la supuesta incongruencia, el recurrente parte de una visión no ajustada sobre la jurisdicción contable puesto que, si bien es obvio que un órgano de la jurisdicción contable no puede pronunciarse sobre cuál sea en un momento el precio de mercado de un determinado servicio, ello no obsta para que el mismo órgano pueda juzgar si el aumento del precio a pagar con dinero público por determinadas prestaciones se encuentra, o no, justificado, aspecto éste que se encuentra plenamente dentro del ámbito de sus competencias. La diferencia entre una y otra situación, por tanto, no implica incongruencia ninguna.

DECIMONOVENO.- Alega el representante legal del SR. T. B., igualmente, la vulneración, de los requisitos para la exigencia de la

responsabilidad contable, en los términos expuestos en el Fundamento Derecho Tercero de la presente resolución y, en términos muy similares a los expuestos en su escrito de contestación a la demanda.

Respecto a este requisito subjetivo para la exigencia de responsabilidad contable, esta Sala ha señalado que la culpa o negligencia consiste, a tenor del artículo 1.104 del Código Civil, en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es especialmente intensa, ya que la omisión de la diligencia adecuada en la administración de los caudales o efectos públicos puede generar un menoscabo en los mismos, susceptible de un reproche social cualificado (Sentencia 9/03, de 23 de julio), por lo que debe exigírsele una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones para preservar el patrimonio de la comunidad (Sentencias 16/04, de 29 de julio y 4/10, de 2 de marzo). Para determinar dicha diligencia habrá que tener en cuenta el sector del tráfico y el entorno físico y social en que se proyecta la actuación del gestor, a quién, cuando lo es de fondos públicos, se exige con especial rigor el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencia 16/04, de 29 de julio); la negligencia grave resulta predicable de quien omite las cautelas exigibles a una persona normalmente prudente, incurriendo en un descuido inexcusable, incompatible con la formación, conocimientos, experiencia y responsabilidades encomendadas o lista de deberes atribuidos (Sentencias de 17 de diciembre de 1998 y 4/06, de 29 de marzo). La previsibilidad es, por tanto, un elemento esencial a la hora de valorar la posible conducta culposa, de forma que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos; dicha exigencia de prever hay que considerarla, en todo caso, en la actividad normal del hombre medio, pero siempre, como hemos visto, en relación con las circunstancias que le rodean (Sentencia 6/10, de 2 de marzo).

Es necesario, igualmente, traer a colación los conceptos de dolo y negligencia grave que ha venido acuñando esta Sala de Justicia a través de diversas resoluciones (entre otras, Sentencias de 26 de marzo de 1993 y 28 de enero de 2000), según las cuales, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño en los caudales públicos constituya una infracción contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, resulta necesario que el gestor de los fondos haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podría provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo o manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, ya por desear directamente la producción de ese resultado dañoso en cuyo caso nos encontraríamos en presencia de dolo-, ya, al menos, por puro descuido o falta de diligencia, no obstante dicha previsibilidad del resultado en el cual nos hallaríamos en presencia de negligencia grave- entendiendo que aquella diligencia obliga a tomar medidas para evitar el resultado dañoso. De esta manera, se concluye que es gravemente negligente quien no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el resultado dañoso, a pesar de que éste fuera claramente previsible, aceptándolo en cierto modo, pero sin que, en ningún caso, pueda vislumbrarse una voluntad directamente dirigida a producirlo, pues con ello se entraría en el ámbito de la conducta dolosa.

Por su parte, la diferenciación entre culpa y negligencia leve ha de hacerse de acuerdo con la relevancia del deber de previsión omitido, de forma que la culpa o negligencia leve tiene lugar en los casos en los que ni siquiera es exigible la previsibilidad del resultado dañoso, siendo importante tener en cuenta que la gravedad de la negligencia no está graduada detalladamente en la Ley, por lo que su calificación como grave o leve debe hacerse por el Juzgador en cada caso concreto, al interpretar y valorar los hechos probados objeto del pleito.

El daño producido a fondos públicos sería el tercero de los requisitos requeridos para la apreciación de la responsabilidad contable.

También se exige para que pueda declararse responsabilidad contable que exista un nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido. Sobre los requisitos del nexo causal se ha pronunciado reiteradamente esta Sala de Justicia, por todas Sentencias 12/2006, de 24 de julio, 19/2009, de 22 de julio y 4/2010, de 2 de marzo, en las que se analiza que es causa suficiente para producir el resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la causa última.

VIGÉSIMO.- Todos y cada uno de los requisitos requeridos para apreciar la concurrencia de la responsabilidad contable, anteriormente citados, han sido extensamente detallados y expuestos motivadamente en el Fundamento de Derecho Vigésimoquinto de la sentencia recurrida sin que, en el recurso de apelación suscitado por el SR. T. B. existan argumentos convincentes para que esta Sala estime el presente motivo de apelación.

Efectivamente, la afirmación del SR. T. B. de que no concurren en él los elementos integrantes de la responsabilidad contable se ciñe a una simple alegación, sin que se vea respaldado por prueba alguna que venga a cuestionar el análisis detallado y exhaustivo que se hace en el citado Fundamento de Derecho Vigésimoquinto de la sentencia recurrida, en el que se van exponiendo la concurrencia de los requisitos en relación a los dos supuestos distintos de alcance en los fondos públicos, que se declaran probados por la sentencia recurrida a saber: el derivado de la falta de justificación de una tarifa en relación con los servicios a retribuir por la misma y, por otro, el producido como consecuencia de una facturación múltiple no justificada, si bien respecto de este último, dado que la sentencia recurrida estima que no concurren los elementos integrantes de la responsabilidad contable en el recurrente, esta Sala no realizará pronunciamiento alguno, por no resultar pertinente, de acuerdo con la propia naturaleza jurídica en los términos configurados legal y jurisprudencialmente, del recurso de apelación.

Amén de la prueba practicada en la instancia, ninguna otra prueba cuestiona las conclusiones a que llegó la juzgadora en su sentencia, a saber:

a) DON F. J. T. B., en las fechas en que se produjeron los hechos enjuiciados, ocupaba en MUTUA UNIVERSAL MUGENAT el cargo de Subdirector General de Prestaciones y Servicios (circunstancia aceptada por todas las partes que no ha dado lugar a controversia en el proceso).

b) Dentro del ejercicio de las funciones de dicho cargo, el SR. T. B. firmó, en nombre de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, 21 contratos con empresas proveedoras de la misma entre el 1 de octubre de 1995 y el 13 de octubre de 2006. Entre estos contratos figura el suscrito con P. S., S.L. el 1 de enero de 2005, en el que se duplicó la tarifa de 2004 para la prestación de servicios en modalidad A, control y seguimiento por contingencia común. Estas circunstancias también han sido aceptadas por todas las partes, habiendo quedado fuera del debate procesal.

c) En su condición de gestor en MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, el SR. T. B. tenía un conjunto de atribuciones importantes, tanto desde el punto de vista decisorio, como ejecutivo, por lo que el Informe del Grupo Segundo, Delincuencia Económica y Blanqueo de Capitales, de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, de 15 de febrero de 2008, adjuntado a la demanda del Ministerio Fiscal, considera al demandado entre las personas con poder de decisión en la empresa.

d) DON F. J. T. B., en su condición de Subdirector General en MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, intervenía en la elaboración del presupuesto de su área, así como en la elección de los proveedores con los que contratar servicios relacionados con dicha área. (Declaración del demandado en el Acto del Juicio, así como declaraciones del demandado ante el Juzgado de Instrucción N° 21 de Barcelona, en soporte CD, mencionadas en el folio 688 de la pieza principal del procedimiento de reintegro por alcance y en la pieza separada de prueba del Ministerio Fiscal).

La conexión de los hechos indicados con los elementos configuradores de la responsabilidad contable es detallada en la sentencia impugnada, como ha quedado indicado anteriormente, de forma diferenciada en relación con cada uno de los alcances producidos, si bien, esta Sala se ceñirá a la determinación, o no, de los requisitos exigidos para establecer la responsabilidad contable del recurrente, exclusivamente, respecto del alcance en los fondos públicos derivado de la injustificada elevación del precio en la contratación con P. S., S.L., en la modalidad A, para el ejercicio 2005.

En relación con este hecho, puede afirmarse, se afirma en la sentencia recurrida, que en la conducta del SR. T. B. como gestor de caudales y efectos públicos concurren todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contable, tal y como se recogen en los artículos 2, b), 15 y 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, así como en los artículos 49 y 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

La contratación de bienes y servicios constituye una forma de articular la gestión de los caudales y efectos públicos, según se desprende del artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, antes citado, y según tiene reconocido de forma uniforme esta Sala de Justicia en diversas Sentencias, por todas, la 3/04, de 5 de febrero.

En el presente proceso, ha quedado probado que DON F. J. T. B. suscribió el contrato de 1 de enero de 2005 que dio lugar al alcance en los fondos públicos. Es verdad que su intervención en la firma del contrato se produjo en representación de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, pero no cabe deducir de este hecho que dicha actuación fuera meramente instrumental, ya que su participación en la suscripción del contrato fue consecuencia, y se hizo dentro del contexto, de las importantes funciones decisorias y ejecutivas que el demandado tenía reconocidas en la Entidad por su condición de Subdirector General de Prestaciones y Servicios de la misma, funciones que incluían, entre otras, la intervención en la elaboración del presupuesto de su área, la selección de las empresas proveedoras a contratar en las materias relacionadas con la misma, la colaboración con el comité ejecutivo y el comité de control de la Mutua, y en general atribuciones de alto nivel de responsabilidad que la Policía, como ya se ha dicho en párrafos anteriores, ha calificado de poder de decisión en la empresa.

El SR. T. B., por tanto, a través de su firma decidió sobre el destino al que aplicar unos fondos públicos, por lo que debe considerársele gestor de los mismos, dada la relevancia jurídica que esta Sala de Justicia confiere a la firma en Sentencias como la 14/06, de 24 de julio.

A través del contrato, el demandado desarrolló una capacidad de decisión sobre el uso a dar a los fondos que esta Sala de Justicia considera que implica una situación de tenerlos a su cargo, que debe calificarse como gestión de los mismos a los efectos del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, entre otras).

En consecuencia, mediante su intervención en el contrato DON F. J. T. B. participó en el procedimiento de administración de unos concretos caudales públicos y se situó como un eslabón de la cadena del gasto, adoptando decisiones de carácter económico-financiero de las que debía rendir cuenta, lo que le sitúa en la condición de cuentadante respecto de los fondos públicos gestionados (por todas, Sentencia 4/2006, de 29 de marzo, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas).

En otro orden de cosas, también ha quedado probado, que los hechos generadores de este alcance han supuesto una vulneración de los requisitos jurídicos exigibles a la justificación de la salida de fondos públicos hacia patrimonios privados derivada de contratos, al no haber quedado acreditada la correlación entre la naturaleza y contenido de los servicios pactados y la cuantía del precio satisfecho para retribuirlos.

Esta infracción del marco jurídico aplicable a la gestión económico-financiera de los bienes y derechos de titularidad pública ha dado lugar a unos pagos indebidos generadores de alcance en el sentido del artículo 177.1, a) de la Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre, por haberse producido una pérdida patrimonial no justificada en las arcas públicas como consecuencia de un pago superior al que correspondía al derecho del acreedor (sentencia, por todas, 21/05, de 14 de noviembre).

La operación contractual y el pago indebido derivado de ésta, forman parte del contenido de la cuenta 607.0 Asistencia Sanitaria Concertada, en aplicación de lo previsto en el artículo 22.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Colaboración de las Mutuas, sin perjuicio del reflejo que, además, han tenido en los pertinentes documentos de plasmación de la gestión económico-financiera considerados como cuentas a los efectos de la responsabilidad contable por Sentencias de esta Sala de Justicia, tales como la 22/1992, de 30 de septiembre.

Además, ha quedado probado que los hechos relacionados con la conducta del demandado, como gestor de fondos públicos, que han dado lugar a que se produzca este alcance, provocaron unos daños reales, efectivos, económicamente evaluables, cuantificados e individualizados en concretos caudales y efectos públicos.

En efecto, están identificados en el proceso el contrato en el que se introdujo la cláusula irregular y la cuantía indebidamente pagada, como consecuencia de dicha estipulación, lo que permite afirmar que el menoscabo ocasionado a los fondos públicos se ajusta a las exigencias requeridas por el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Por lo que se refiere a la concreción sobre si la participación de DON F. J. T. B. en los hechos enjuiciados presenta dolo o negligencia grave y si está causalmente conectada con los daños y perjuicios causados a las arcas públicas, debe precisarse lo siguiente:

Según se desprende de la prueba practicada (Anexo VIII del Informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 19 de julio de 2007, caja 1 de las Actuaciones Previas), el SR. T. B. suscribió, en nombre de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, tanto el contrato con P. S., S.L. de 1 de febrero de 2004, como el de 1 de enero de 2005 en el que se duplicaba la tarifa pactada para el año anterior.

De ello se deduce que el demandado conocía el hecho de que el precio del contrato para 2005 había subido hasta el punto de duplicar el pactado para 2004, y ello sin que cuantitativa ni cualitativamente hubiera una modificación en los servicios a prestar suficiente como para justificar un incremento tan relevante de la tarifa.

La suscripción del contrato de 1 de enero de 2005 la realizó DON F. J. T. B. en el ejercicio de las importantes responsabilidades que tenía atribuidas en MUTUA UNIVERSAL MUGENAT por su condición de Subdirector General de Prestaciones y Servicios de la misma, atribuciones que abarcaban funciones presupuestarias, de gestión en general, y de contratación en particular, en su área de trabajo.

A la vista del amplio ámbito de decisión y ejecución que ostentaba el demandado y de su intervención directa en la contratación irregular con P. S., S.L. para el ejercicio 2005 pueden concluirse los siguientes extremos:

- El demandado no atendió a la gestión de los fondos públicos a su cargo con la diligencia que resultaba exigible para la administración de los mismos, que debe ajustarse a cánones especialmente rigurosos, como tiene establecido esta Sala de Justicia en Sentencias, como la ya citada 7/03, de 23 de julio.

- El resultado dañoso para las arcas públicas que cabía esperar de la desproporción entre el precio, naturaleza y contenido de las prestaciones retribuidas por el mismo, debió ser previsto y evitado por el demandado.

La falta de adopción por el SR. T. B. de las medidas necesarias para evitar que a través del contrato se produjera una lesión previsible en los fondos públicos, supuso un apartamiento grave de la diligencia profesional que le era exigible (doctrina de esta Sala de Justicia plasmada en Sentencias, como la, también citada, 2/03, de 26 de febrero).

- La gestión desarrollada por el SR. T. B. a través del controvertido contrato no se ajustó al deber de agotamiento de la diligencias que la doctrina de esta Sala de Justicia y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exigen para la gestión de los fondos públicos (Sentencia de la Sala de Justicia 4/2006, de 29 de marzo, entre otras).

- La falta de diligencia exhibida por el demandado, a través de su intervención en los presentes hechos, debe calificarse de grave, pues no se ajustó a la exigible a las personas que por razón de su experiencia, responsabilidades encomendadas o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación que hubieran enervado el daño producido . (Sentencia, por todas, 11/04, de 6 de abril, de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas).

- El resultado lesivo del contrato de 2005 se deducía de su comparación con el de 2004, pues es del contraste entre ambos de donde se extrae la conclusión de que la modificación relevante del precio de un año a otro no iba acompañada de una modificación en la naturaleza y contenido de las prestaciones que pudiera justificar tan relevante cambio de tarifa.

EL SR. T. B., como firmante de ambos contratos en nombre de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, debió conocer el contenido de los documentos que firmaba y haber previsto y evitado el daño que iba a representar para las arcas públicas la firma del contrato de 2005, menoscabo que era obviamente previsible de una manera normal y lógica, pues tendría que producirse inexorablemente en el momento en que se pagara un precio superior al que las contraprestaciones hubieran merecido (Sentencias del Tribunal Supremo de

10 de mayo de 1986, 16 de febrero de 1988 y 26 de septiembre de 1994 citadas por esta Sala de Justicia en Sentencia 19/1997, de 3 de noviembre).

Por lo tanto, la conducta de DON F. J. T. B. en los hechos generadores del alcance que ahora se examina, incurrió, al menos, en la negligencia grave que se exige para la responsabilidad contable en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y ello sin perjuicio de la valoración que en su caso pueda hacerse en vía penal respecto al planteamiento de una actuación conjunta, concertada, dolosa y fraudulenta de todos los demandados que el Ministerio Público suscita en su demanda.

Por último, se debe constatar que, entre la intervención del SR. T. B. en los hechos y el daño ocasionado a las arcas públicas como consecuencia de los mismos, existe la relación de causalidad exigida para la responsabilidad contable por los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo, y ello de acuerdo con la interpretación que sobre dicho requisito en los citados preceptos ha venido haciendo esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencias como la 2/2004, de 4 de febrero y Sentencia 10/2002, de 18 de diciembre.

Si el demandado no hubiera aceptado en el contrato de 2005 las estipulaciones que materializaban el desequilibrio entre el precio y las contraprestaciones, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT no hubiera tenido que satisfacer, en ejecución de dicho contrato, cantidades superiores a las jurídicamente correctas, lo que habría evitado que el menoscabo al erario público se produjera. Todo ello desde la perspectiva, además, que ya se ha venido apuntando, de que la intervención del SR. T. B. en el contrato que fue causa de lesión patrimonial a los fondos públicos no fue la de un mero intermediario de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, apoderado por ésta para actuar como un simple instrumento personal al servicio de la misma, sino la de un cargo directivo dotado de relevantes atribuciones decisorias y ejecutivas en la Entidad.

De acuerdo con todo lo expuesto y argumentado, debe declararse la responsabilidad contable de DON F. J. T. B. por el alcance en los fondos públicos derivado de la injustificada elevación del precio en la contratación con P. S., S.L., en la modalidad A, para el ejercicio 2005, responsabilidad que, además, es directa, por cuanto la conducta del demandado, según se ha descrito en párrafos anteriores, se encuadra en las previsiones del artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

Ninguna prueba ha desplegado el recurrente, en esta instancia, para cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia inicial y, a mayor abundamiento, el cuestionamiento del error en la valoración de la prueba, que ha sido desestimado por esta Sala en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Decimosexto, llevan necesariamente a esta Sala a confirmar el razonamiento de la Consejera de instancia en los términos expuestos anteriormente en el sentido de apreciar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad del SR. T. B.

VIGESIMOPRIMERO.- Se alega por la representación de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT la estimación subsidiaria en el sentido expresado en el Fundamento Derecho Segundo de la presente resolución. Dicho motivo, igualmente, debe de ser desestimado por estimar esta Sala que la valoración de la prueba, llevada a cabo por la Consejera, y expuesta extensamente en el Fundamento Decimoctavo de la resolución impugnada, fue correcta.

En desestimación de la pretensión subsidiaria debe reiterar esta Sala las conclusiones extraídas por la Consejera, tras el examen de los contratos de 1 de febrero de 2004 y de 1 de enero de 2005, suscritos por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y P. S., S.L., en el sentido de que De las cláusulas de los contratos de 1 de febrero de 2004 y de 1 de enero de 2005, interpretadas con arreglo a los criterios previstos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, cabe deducir que el objeto y contenido de dichos convenios resultan esencialmente coincidentes, sin que quepa apreciar diferencias relevantes que permitan justificar la duplicación de la tarifa. .

A esa misma conclusión llega la Consejera, tras el informe de la Sra. Interventora de la Seguridad Social que participó en los controles practicados a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, así como en el Informe Adicional al de Auditoría de las Cuentas anuales de 2005 de dicha Mutua.

De conformidad con las reglas de la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) les incumbía a los demandados, en la instancia o, en la presente apelación al recurrente, si ello fuera posible en atención a lo previsto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la aportación de algún documento o testimonio que permita acreditar las diferencias entre ambos contratos justificativas de la elevación importante operada sobre el precio, lo que no se llevó en dicha primera instancia, ni se ha llevado a cabo en este recurso, por lo que, ante la ausencia absoluta de prueba en relación con las supuestas diferencias entre las prestaciones contempladas en el contrato de 2005 en relación con las contempladas en el contrato de 2004, resulta inviable la estimación de la petición subsidiaria formulada por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT.

VIGESIMOSEGUNDO.- En relación con las dudas suscitadas por la representación procesal de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, en orden a la dificultad de conciliación de la presente Sentencia de esta Sala con la que, en su día pronuncie el Tribunal Supremo (Sala 3ª), al resolver definitivamente la cuestión planteada en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, nada puede pronunciar esta Sala, por no constituir un estricto motivo de apelación y plantearse sobre un futuro que resulta imposible de responder en términos estrictamente jurídicos.

En cualquier caso, conviene reiterar que dicha hipótesis es inviable que llegue a materializarse, pues, como ya ha expresado la

sentencia recurrida, más específicamente en su Fundamento de Derecho Octavo, en el sentido de que el objeto del procedimiento de reintegro por alcance y juicio de cuentas se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelación de fianzas (artículo 17 LOTCu), mientras que el objeto del recurso contencioso-administrativo viene referido a un acto administrativo (resolución administrativa de 19 de setiembre de 2009, por el que se acuerda que MUTUA UNIVERSAL MUGENAT reintegre a la Seguridad social, con cargo a su patrimonio histórico, un importe de 6.198.845,73 euros indebidamente imputado a la Seguridad Social, como consecuencia de la realización de gastos no asumibles por la misma por diversos conceptos, y derivado de la auditoría realizada por la Intervención General de la Seguridad Social sobre las operaciones efectuadas por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, durante el ejercicio económico de 2005, así como de sus estados financieros a 31 de diciembre de dicho año, siendo evidente que en el presente procedimiento de reintegro, lo que se solicita en las demandas es que MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, DON J. A. M. y DON F. J. T. B., sean condenados a reintegrar, como responsables directos solidarios, la cantidad de 6.391.391 euros al organismo perjudicado.

VIGESIMOTERCERO.- El Ministerio Fiscal sustenta su recurso en la debilidad probatoria de la justificación del pago de un importe de 6.135.244,70 euros realizado por MUGENAT a siete empresas contratadas para la verificación del control y seguimiento de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes y/o la asistencia médica integral durante los mismos, esgrimiendo que las reglas sobre carga de la prueba rectamente aplicadas al caso, determinan que son los demandados en primera instancia quienes deben demostrar que los servicios se prestaron efectivamente, así como su identificación y cuantificación, por lo que la sentencia impugnada sólo debió haber declarado justificados aquellos pagos que correspondieron a prestaciones cuya realización hubiera resultado acreditada.

Sobre este planteamiento articula tres motivos:

1) Impugna el apartado 4º de la declaración de hechos probados, por ser el mismo incoherente con el contenido de la fundamentación jurídica, ya que omite tanto el hecho incontrovertido y probado del pago de 6.135.244,70 euros, como que su justificación fue insuficiente, y, por el contrario, declara probado que se realizaron una serie de actuaciones y servicios practicados en ejecución de los contratos celebrados a partir de una valoración errónea (en ocasiones, presenta como distinto elemento la misma información, según se presente por escrito o en formato electrónico, y, en otras, da valoración opuesta al mismo dato).

2) Impugna el Fundamento de Derecho Decimoséptimo, por cuanto dicho Ministerio ha venido sosteniendo que los pagos carecieron de justificación pero no, como señala la sentencia, que las pretensiones se fundamentaran en el total incumplimiento de las prestaciones pactadas.

Respecto a la conclusión A, puntualiza que la prueba de la falta de justificación de los pagos no la constituye el informe de la Intervención General de la Seguridad Social, de 19 de junio de 2007, confeccionado con técnicas de muestreo, sino la documental incorporada (Anexo II de las Actuaciones Previas), donde la única información consistió en nombre, apellidos y fecha de baja (facturas por importe de 5.382.160 euros cajas 3, 4 y 5 de la causa), y en las cajas 6, 7 y 8 sólo junto a algunas facturas, aparece el nombre de la empresa empleadora y, en menos ocasiones, otros datos como un número de historia clínica.

En cuanto a la conclusión B, sobre la prestación de determinados servicios que declara la sentencia, se sustenta en aportaciones de parte (Mugenat) sin otro soporte probatorio, y, además, resuelve una cuestión no planteada por el Ministerio Público que afecta a la falta de justificación defendida por éste.

Conclusión C: carece de virtualidad la prueba documental, consistente en copias de ejemplares de historias clínicas, ya que sólo constan dos de ellas; la primera se refiere a una actuación de 2004, cuando la demanda se circunscribía a 2005 y 2006, y la segunda contiene una información que no coincide íntegramente con el contenido del CD (documento 45 anejo a la contestación a la demanda de Mugenat.)

La conclusión D recoge diferentes cuadros informativos anejos a la contestación de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT a la demanda de la Administración de la Seguridad Social, de los que extrae valor probatorio de la justificación de los pagos que el Ministerio Público pone en cuestión, por tratarse de meras afirmaciones no contrastadas de una de las partes.

Sobre la conclusión E de la sentencia impugnada (de la adquisición por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT de centros de trabajo pertenecientes a proveedores externos y de la declaración de dos personas empleadas en ellos se deduce que en los centros se realizaban las prestaciones para las que se les contrataba), tales hechos acreditarían que se mantuvo determinada actividad, pero no que los pagos realizados por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT a los proveedores se encontraran justificados.

Respecto a la conclusión G, en la que se pondera la declaración testifical de empleados, de los proveedores y de personal de las empresas a las que pertenecían los trabajadores atendidos, en el sentido de que los servicios facturados fueron prestados, el Ministerio Fiscal reitera que sirven para demostrar que mantenían actividad, pero no la justificación de los pagos, pues habrían de sopesarse, también, los testimonios del SR. T. B., del perito Don F. B. y, en especial, los de la auditora Sra. A. y del Sr. F., quienes afirmaron la ausencia de justificación documental relevante para justificar los pagos.

De todo ello, concluye que no ha sido justificada partida alguna del importe total reclamado, conforme a las exigencias de justificación material asentadas en la doctrina jurisprudencial contable.

3) Impugna, por último, el Fundamento de Derecho Vigésimosexto y el fallo de la repetida sentencia de 8 de junio de 2012, pidiendo la modificación de los pronunciamientos sobre el importe del alcance, las responsabilidades imputables y los intereses exigibles con revocación de todos los pronunciamientos impugnados.

Al recurso del Ministerio Fiscal se han opuesto DON J. A. M. y MUTUA UNIVERSAL MUGENAT. El SR. A. afirma que el Fiscal pretende cambiar los hechos probados, en concreto, que los servicios se prestaban, que hubo un cambio de criterio respecto al seguimiento de la contingencia común con mejora de la gestión, así como que los contratos se consideraron legales y que no hubo duplicidad de facturación en los servicios prestados, pues pudo emitirse más de una factura por paciente, pero no por el mismo servicio.

MUTUA UNIVERSAL MUGENAT pide la desestimación del recurso sobre las siguientes alegaciones:

1. Carece de relevancia la omisión en la declaración de hechos probados del hecho reconocido por la mutua relativo al pago de un importe de 6.135.244,70 euros, que sí se refleja en la fundamentación jurídica.

Resulta contradictorio pedir que se declare a la vez que la justificación fue insuficiente y que el pago por el total importe careció de justificación.

2. No debe prosperar la pretensión del Fiscal, que quiere sustituir la apreciación y valoración de la prueba realizada por el juzgador en primera instancia por la suya propia.

Sostiene que son inconsistentes los motivos referidos a los resultados obtenidos mediante la técnica de muestreo, sobre los que la sentencia impugnada no se pronuncia sino para rechazarla, así como sobre la pretendida irregularidad relativa a los controles extemporáneos antes del decimosexto día de baja, donde lo que se demostró es la prestación de los servicios. En igual sentido, no tiene relevancia el motivo relativo a dos historias clínicas, sobre las que lo probado es que existieron y en ellas constaban las prestaciones; también, estima inconsistente la alegación sobre la documentación no incorporada consistente en cuadros informativos, en los que se acredita la realización de las actividades justificativas de los pagos, y lo mismo debe decirse sobre la operación de compra de centros de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT. Tampoco debe prosperar el motivo basado en la falta de soporte justificativo de los pagos a partir de las declaraciones testificales de ocho personas, cuando en la litis existe una multiplicidad de pruebas sobre los servicios prestados.

El Letrado de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT articula su oposición al recurso del Fiscal sobre las siguientes consideraciones jurídicas:

1ª. Las reglas sobre carga de la prueba obligaban al Ministerio Fiscal, como actora, a probar el alcance denunciado.

2ª. Dicho Ministerio Público no ha pedido el recibimiento a prueba en esta instancia.

3ª. En primera instancia la Consejera no ha incurrido en error en la apreciación probatoria, aplicando correctamente el principio de apreciación conjunta de la prueba jurisprudencialmente consagrado, sin que sus conclusiones hayan sido desvirtuadas en esta instancia.

4ª. Deben respetarse los límites que el principio de inmediación impone al Tribunal ad quem, habida cuenta que se practicaron y valoraron múltiples pruebas, además de la documental, así el interrogatorio de tres partes demandadas, testifical de doce personas y pericial de una sociedad mercantil.

5ª. La parte actora relevante en el proceso es la Administración de la Seguridad Social perjudicada que no ha recurrido la sentencia, por lo que podría incurrirse en incongruencia al resolver sobre cuestiones planteadas ya consentidas.

Para centrar el debate debemos precisar que la pretensión impugnatoria del Ministerio Fiscal versa, en armonía con lo que ha venido defendiendo en el curso del proceso, sobre la ausencia de prueba en la justificación del pago de un importe de 6.135.244,70 euros realizado por la MUTUA UNIVERSAL MUGENAT a determinadas empresas contratadas para la prestación de servicios predeterminados contractualmente.

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando argumenta que debió estructuralmente reflejarse en el correspondiente apartado de hechos probados el referido pago, habida cuenta que el mismo fue pacíficamente admitido sin otra controversia por las partes en primera instancia, (en particular por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT), constituyendo, por ello, un hecho indiscutido, objetivo y relevante, del que debió dejarse dicho oportuno reflejo, sin perjuicio de la disputa jurídica que se ha entablado sobre su debida justificación formal y material, que sí tuvo acogida en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, y que ahora vuelve a plantearse.

No obstante, tal defecto estructural no presenta la suficiente relevancia, desde el punto de vista jurídico, para revocar el apartado 4º de la declaración de hechos probados, que no hace sino recoger la propia convicción obtenida por la Juzgadora en primera instancia acerca de los hechos que tuvieron lugar a partir del ingente material probatorio practicado, cuyo detalle quedó pormenorizado en el antecedente de hecho vigésimosegundo de la citada resolución. Como bien ha apuntado la recurrida MUTUA UNIVERSAL MUGENAT en su escrito de oposición, no se concilia del todo bien que, de un lado, se haya querido que se declarara como hecho probado, que

dicho pago adolecía de justificación suficiente, y, por otro, que se sostenga que el importe total de los pagos (6.135.240,70 euros) careció de total justificación, pues en este sentido, es plenamente coherente que las discrepancias jurídicas sobre la suficiencia o carencia de justificación de cada uno de los pagos se haya tratado como procede, al resolver cada una de las pretensiones y en los correspondientes fundamentos de derecho de la sentencia.

Tampoco se debe admitir, de entrada, sin perjuicio de las precisiones que posteriormente se expresarán, la tacha del Fiscal sobre la declaración como hecho probado en el mismo apartado 4º de la sentencia, de la prestación de determinados servicios por las empresas proveedoras contratadas en los contratos pactados, así como la declarada ausencia de prueba acerca de si tales servicios fueron, o no, todos los que se pagaron. Sólo cabe decir ahora, otra vez, que la Consejera, en su libre ejercicio jurisdiccional, ponderó especialmente para llegar a esa declaración, de entre el conjunto del material probatorio practicado, la documental consistente en historias clínicas y cuadros informativos incorporados al procedimiento, sin impugnación de parte, así como las declaraciones testificales de varias personas idóneas, que pudieron dar noticia de los hechos controvertidos por su vinculación con las empresas a las que pertenecían los trabajadores atendidos o empleados en las empresas proveedoras (sobre el alegado error en la valoración de la prueba presentada nos pronunciaremos más adelante al tratar la segunda impugnación del Fiscal, Conclusión C).

En el segundo motivo de impugnación, construye el Ministerio Fiscal su discurso sobre el razonamiento principal de la falta de prueba suficiente del cumplimiento del objeto contractual, jurídicamente respaldado por su discrepancia respecto, por un lado, a la aplicación invertida al caso, de las reglas sobre carga de la prueba que, según su criterio, imponía a los entonces demandados, ahora recurridos, la demostración de todos y cada uno de los servicios y actuaciones por los que se realizaron los abonos, y, de otro, respecto a los resultados obtenidos por la Consejera de las pruebas practicadas, que no habrían resultado valoradas con acierto.

Debemos partir, pues, para resolver esta impugnación de la aplicación en el seno de esta jurisdicción contable (cuyo contenido versa sobre una responsabilidad patrimonial, no sancionadora), del principio civil de carga de la prueba regulado ahora en el artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (anteriormente en el artículo 1.214 del Código Civil); como señala, por todas, la sentencia de esta Sala de Justicia número 18/2008, de 3 de diciembre, en su Fundamento de Derecho Duodécimo, citando otras anteriores nº 10/2005, de 17 de julio y nº 19/2007, de 15 de octubre, pues el apartado 2 del citado precepto establece que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; e incumbe al demandado, a tenor del apartado 3 del citado 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 anterior. Además, es principio de consolidada aplicación en nuestro ámbito el del «onus probandi establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas cabe citar su 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 otra sentencia del Alto Tribunal 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. Por tanto, únicamente, si los hechos hubieran quedado inciertos, por aplicación del referido principio, habría que acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que los efectos perjudiciales de la falta de prueba fueran soportados por aquél a quien le correspondía la carga de probar.

La Consejera, frente a lo alegado por el Ministerio Fiscal, formó su convicción sobre los hechos acaecidos a partir del material probatorio practicado, obteniendo como resultados los que constan en el extenso Fundamento de Derecho Decimoséptimo ahora combatido, y por ello, esta Sala debe constatar que dicha Juzgadora no dejó de ponderar alguno de los medios de los enunciados en el ya citado antecedente fáctico vigesimosegundo, (tanto la extensa documental incorporada al proceso, como los interrogatorios de parte, pericial y testifical de las personas que pudieron dar cuenta de los hechos).

En este orden, el razonamiento jurídico discutido deja constancia de los hechos que a criterio de la Juzgadora, lograron demostrar las partes en conflicto, incluidos los llevados por el propio Ministerio Fiscal y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, que resumidamente son los siguientes:

1. La deficiente justificación documental (por incompleta) de la correcta prestación de los servicios.
2. Se aplicó deficientemente el sistema de flujo de información previsto en los contratos entre MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y los proveedores.
3. La prestación de los servicios no puede acreditarse, por sí sola, en virtud de la información que los proveedores facilitaban a la Intervención General de la Seguridad Social.

El mismo fundamento de derecho recoge también la valoración que a la Consejera mereció la prueba practicada a instancia de los demandados, ahora destinatarios del recurso del Fiscal, de cuyo conjunto extrajo siete conclusiones a modo de resultado probatorio, seis de las cuales han sido objeto de impugnación por dicho Ministerio Público, a saber, Conclusiones A, B, C, D, E y G; el resultado final obtenido del acervo probatorio relatado permitió a la Juzgadora resolver que quedó acreditado que determinados servicios o

prestaciones facturados (se ignora cuántos) por las empresas contratadas por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, fueron efectivamente prestados por ellas y, asimismo, que no fue posible identificar, ni cuantificar servicios concretos, que, en su caso, no se hubieran realizado.

Declaró, en virtud de ello, la inexistencia de alcance por tales hechos, habida cuenta que las reglas sobre carga de la prueba que hacían recaer en los demandados (MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Sres. A. M. y T. B.), la demostración de la prestación efectiva de los servicios no habrían sido conculcadas, no obstante las deficiencias declaradas a partir de la prueba de las actoras.

A la vista de todos estos resultados, habrá de verse, sobre la impugnación planteada por el Ministerio Fiscal, si, en el seno del procedimiento en primera instancia que concluyó con la sentencia recurrida, de 8 de junio de 2012, pudo incurrir la Consejera de instancia en vulneración de las referidas reglas y criterios sobre carga de la prueba, onus probandi y apreciación o valoración conjunta de la prueba, legal y jurisprudencialmente consagrados, y, también, si hubo algún tipo de quiebra en el razonamiento lógico que condujo, desde los hechos sucedidos declarados probados a la solución exculpatoria de responsabilidad por inexistencia de irregularidad contable.

Así, respecto a la conclusión A), debemos ratificar el criterio interpretativo del órgano a quo acrisolado en la doctrina de esta Sala de Justicia, acerca de la inadmisibilidad del procedimiento basado en la técnica de muestreo, a los efectos de cuantificar una pretensión de resarcimiento en este ámbito, que exige demostrar de forma individualizada el daño o menoscabo, debiendo, por ello, rechazarse el planteamiento del Fiscal, que comparte esta interpretación, pero trata de sustentar su postura, no en ella, sino en la insuficiencia de la documental incorporada, que, como veremos, valora de forma distinta dicho órgano de enjuiciamiento.

Carece de relevancia jurídica para la resolución del recurso la segunda de las impugnaciones referidas a la conclusión B), habida cuenta que, como reconoce el propio Ministerio público versaba sobre hechos no planteados por él, sin que la demostración, o no, de la prestación de determinados servicios haya dependido, ni dependa ahora en esta instancia, de la discutida irregularidad consistente en la realización o prestación de determinados servicios de forma extemporánea (controles realizados, antes del decimosexto día a contar desde la fecha de baja en diversos procesos).

Tampoco sirve al fin del recurso la denuncia sobre la irrelevancia documental sobre la justificación de los pagos por determinados servicios. En efecto, en la conclusión C) del meritado razonamiento jurídico decimoséptimo, se razona que, al margen de la discusión sobre la idoneidad y suficiencia de los documentos incorporados como prueba (historias clínicas), sus contenidos se reputan demostrativos de la realización de las prestaciones concertadas. La juzgadora, además de tales documentos, ponderó, para resolver esta controversia, las declaraciones testificales en juicio del responsable de contingencia común de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, así como las del demandado, SR. T. B., de la Interventora de la Seguridad Social que elaboró el informe de 19 de julio de 2007 y del Sr. F. C., a la sazón médico auditor de dicha Intervención General, quien verificó la inspección de las historias clínicas, plasmándose sus conclusiones en el precitado informe.

En línea con lo que razona MUTUA UNIVERSAL MUGENAT en su escrito de oposición, no resulta admisible acceder a lo pedido por el Fiscal, que quiere que prevalezca su valoración de los hechos probados por encima del criterio valorativo de la juzgadora a quo, sin que, además, se promoviera por él impugnación alguna en relación a los documentos controvertidos. No resulta, tampoco, posible entrar a valorar la denuncia del Fiscal sobre la posible divergencia entre el contenido de la información de esta documental, según su apoyo en distinto formato, habida cuenta que no se ha pedido recibimiento a prueba en esta instancia, por lo que debe prevalecer, insistimos otra vez más, la apreciación verificada por la Consejera sobre el material objeto de prueba, so pena de conculcar en otro caso las reglas legales y jurisprudencialmente aceptadas sobre el reparto de competencias jurisdiccionales, profusamente repetidas en esta resolución.

A idéntica solución desestimatoria debe de llegarse respecto a la impugnación de la conclusión D) del Razonamiento Jurídico Decimoséptimo, habida cuenta, por un lado, la ausencia de impugnación de los documentos (cuadros informativos), que se incorporaron a la litis a instancia de los entonces demandados MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y SR. T. B., en su contestación a la demanda, siendo preciso recordar, nuevamente, que la valoración de dicha documental, junto con los restantes medios probatorios corresponde a la Consejera en primera instancia, quien conforme a las reglas de la sana crítica, ponderó que los documentos aportados servirán para demostrar la práctica real y efectiva de actividades de control y seguimiento de contingencia común y de actuaciones de prestación de asistencia sanitaria. Los contenidos de los referidos documentos aparecen extensamente detallados en la citada conclusión D) y su virtualidad a efectos de apreciación probatoria de los hechos discutidos (justificación de los abonos por cumplimiento del objeto pactado) fue sopesada por la Juzgadora en compañía de las restantes pruebas practicadas, sin que hayan surgido elementos nuevos que permitan apreciar alguna fisura en el razonamiento lógico que llevó a la misma a considerar justificadas aquellas prestaciones y, en consecuencia, los pagos reclamados. Así lo dicta la doctrina de esta Sala, de los que son exponentes las sentencias nº 7/97, 17/98,20/00, 16/03,03/05 y 14/06, que atribuyen al juzgador de instancia dicha valoración probatoria con apoyatura en criterios de crítica racional, sin que puedan prevalecer frente a dicho juicio valorativo, meras alegaciones de parte, por lo que se hace ineludible desvirtuar la relación fáctica con medios que acrediten la inexactitud o importancia de los hechos declarados probados y la veracidad o mayor peso específico de los alegados de contrario, en circunstancias que, por lo visto, no es dable apreciar en este caso.

Respecto a la impugnación de la conclusión E) del repetido razonamiento, esta Sala coincide con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que la acreditada adquisición por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT de determinados centros de trabajo que pertenecían a alguno de sus proveedores externos, sólo sirve para demostrar que en tales centros se realizaban actividades y se prestaban determinados servicios que presentan relación con el objeto contractual, pero carece de virtualidad probatoria, por sí sola, de la justificación de los pagos; no obstante, los efectos de la apreciación de este motivo impugnatorio se circunscriben a constatar dicha errónea inferencia lógica extraída de los hechos, sin otra consecuencia jurídica en relación a la solución principal sobre la demostración de la justificación del importe reclamado de los abonos, que se estima sustentada no en la referida conclusión E), sino en los restantes razonamientos y conclusiones contenidas en el mismo razonamiento de la resolución impugnada.

Pretende, por último, el Ministerio Fiscal, que se dé prevalencia al contenido de la declaración de algunas personas: de un demandado (SR. T. B.), de un perito, de una auditora y de un testigo, frente al contenido de las declaraciones de otras personas (diversos testigos), tanto vinculados a las empresas a las que pertenecían los trabajadores atendidos por los proveedores externos de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, como empleados de las empresas contratadas para atender a los trabajadores en caso de contingencia común. Dicha pretensión no puede prosperar, en virtud de los razonamientos que venimos exponiendo sobre la distribución competencial respecto a la fijación de los hechos relevantes y valoración de las pruebas practicadas sobre ellos entre ambas instancias jurisdiccionales, que reserva, con los matices también señalados, dicha función señaladora y valorativa al órgano que conoce en primera instancia, y dicha función jurisdiccional se extiende coherentemente, también a la elección de los contenidos prevalentes de las declaraciones personales de testigos, peritos o partes intervinientes (dando o restando credibilidad a sus declaraciones en juicio) que, en virtud del principio de libre apreciación probatoria también aplicable en nuestro ámbito de enjuiciamiento, conduzcan a la obtención de un resultado probatorio. En este orden, la Consejera, en virtud, de los referidos principios, así como del de inmediación a que alude la MUTUA UNIVERSAL MUGENAT en su escrito de oposición, y a la vista del conjunto de dicho material probatorio, entre el que se cuentan también las declaraciones de las personas a que se refiere el Ministerio Público, resolvió estimar que sí habían sido prestados efectivamente determinados servicios facturados por las empresas contratadas por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, una vez sopesados sin exclusión los contenidos de todas las declaraciones, dentro de las que gozaron de mayor entidad las de los trabajadores mencionados.

El Fiscal estima que no se ha justificado partida alguna del importe total reclamado (6.135.244,70 euros), si se observan las exigencias de justificación material del destino dado a los fondos públicos, atribuyendo las consecuencias negativas o perjudiciales del vacío probatorio sobre las prestaciones realizadas a los recurridos MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Sres. A. M. y T. B., quienes deberían probar individualizadamente los servicios prestados que justificarían los pagos.

Ya se ha hecho mención de la aplicación en nuestro ámbito de los principios rectores de la prueba en el orden civil. Los resultados probatorios obtenidos por la Consejera permitieron concluir que se prestaron servicios determinados, sin que hayan podido cuantificarse los mismos, desconociéndose por ello el total de los que fueron facturados; tampoco pudo probarse (por no identificarse ni cuantificarse) que no se realizaran servicios que fueron facturados. La duda o incertidumbre derivaría entonces, no de la ausencia de prestación de los servicios por los que se realizaron los abonos, sino de la falta de prueba fehaciente de su individualización, identificación y cuantificación.

Ante éste vacío probatorio, (el hecho probado cuarto de la sentencia impugnada es demostrativo del mismo cuando declara En ejecución de estos contratos se prestaron determinados servicios por las empresas proveedoras contratadas, sin que haya quedado probado que estos fueran o no todos los que se pactaron, facturaron o pagaron...), deben considerarse las soluciones interpretativas de nuestro Tribunal Supremo, que ha venido señalando reiteradamente, así, por todas cabe citar la sentencia de su Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 646/2009, de 1 de octubre, Fundamento Derecho Tercero, que resultan de aplicación las normas de distribución de la carga probatoria, pues así acontece en los supuestos, como el presente, en que algún hecho relevante no haya quedado acreditado en el proceso, cualquiera que sea la parte que haya procurado su acreditación, de modo que tales normas distributivas, en concreto el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán infringidas en los supuestos en que el Tribunal, ante tal vacío probatorio, haya hecho recaer sus efectos negativos sobre la parte a la que no correspondía la carga de probar tal hecho (sentencias de 16 de octubre de 2007, 17 de septiembre de 2008 y 5 de mayo de 2009, entre las más recientes). En efecto, la misma Sala 1ª, Sección 1ª, en Sentencia número 185/2009, de 12 de marzo, Fundamento de Derecho Cuarto, abundando en lo que venimos razonando, señaló: el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la distribución de la carga de la prueba (la llamada regla de juicio) y su aplicación procede en aquellos supuestos en que el tribunal considera que determinado hecho de carácter relevante no ha quedado probado; supuesto en el que atendiendo a las citadas reglas, habrá de determinar a cuál de las partes ha de perjudicar dicho vacío probatorio según las reglas que imponen la carga de la prueba a una u otras.

Se da en la presente controversia y respecto a los hechos referidos el presupuesto necesario para la debida aplicación del artículo 217 de la repetida Ley ritaria civil, imputando a la parte a quien correspondía la prueba, que, según razonaremos era el Ministerio Público recurrente (mediante documentos o por cualquier otro medio), las consecuencias de la falta de ésta; la sentencia últimamente señalada cita, al efecto, otra de la propia Sala Primera del Tribunal supremo, de 12 de junio de 2007 (RJ 2007, 3721), que resumen la jurisprudencia a que venimos haciendo referencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos:

1.- Para que se produzca la infracción del artículo 1.214 del Código Civil (precedente del actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho -afirmación fáctica positiva o negativa- precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones: b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa: c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal: y) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material.

2.- No cabe aducir infracción de la carga de la prueba -artículo 1.214 del Código Civil (LEG 1889,27)- para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad -incoherencia- pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba.

3.- El artículo 1.214 del Código Civil no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual cabe citar como sentencias más recientes las de 26 (RJ 2006, 3052) y 31 de mayo (RJ 2006,3175), 1 (RJ 2006, 3060) y 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 2406), 21 julio 2006 (RJ 2006, 5138) y 2 marzo 2007 (RJ 2207, 2524).

En la presente alzada se cuestiona por el Ministerio Fiscal la correcta aplicación a los hechos probados de las relatadas reglas sobre la distribución de la carga de la prueba ex artículo 217.2 y 3 de la Ley procesal civil 1/2000, habida cuenta que del lado de los recurridos estaba probar que los pagos correspondían a prestaciones efectivamente realizadas.

Frente a ello, es de apreciar, que en el litigio, a la vista, por un lado, de los hechos declarados probados y, de otro, del vacío probatorio existente acerca de la justificación de la pretensión deducida por dicha parte actora, ahora recurrente, era al Ministerio Fiscal y no a los demandados, ahora recurridos, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Sres. A. M. y T. B., a quien incumbía, a tenor del repetido artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la jurisprudencia que ha venido interpretándolo y aplicándolo en el seno de los procedimientos jurisdiccionales contables, la carga de la prueba de los elementos constitutivos de su señalada pretensión, a saber en este caso, que no se realizaron determinadas prestaciones que la Sentencia declara acreditadas, el recurrente, frente a la apreciación del órgano a quo, no ha podido acreditar la inexistencia de dichas actuaciones o prestaciones, sustentando exclusivamente su reclamación de reintegro en los razonamientos que se han venido exponiendo, que, esencialmente, se apoyan en una divergente valoración del material probatorio practicado en el proceso.

Esta Sala no puede, en consecuencia, sino ratificar la apreciación realizada por el órgano de instancia de la regla distributiva de la carga de la prueba en el proceso, que se ha hecho recaer en dicha parte actora motivadamente, siendo, además, de señalar, también, que el artículo 217.7 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero prevé que para la aplicación de los apartados anteriores (relativo a la meritada regla de juicio), el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, y en el supuesto de autos, esta Sala no alberga duda alguna acerca de la facilidad probatoria del Ministerio Fiscal respecto a la identificación y concreción de los hechos litigiosos a partir del material incorporado.

En definitiva, la Consejera, al apreciar la prueba en su conjunto, ha valorado o fijado la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, (documental, interrogatorio de parte, pericial y testifical). Respecto a la pretendida incorrecta valoración probatoria que se derivaría de haber ponderado la Consejera dichas pruebas de forma incongruente en relación a los hechos probados, es doctrina consolidada de esta Sala la aplicación a este tipo de procesos de la figura jurídico-procesal denominada valoración o apreciación conjunta de la prueba, de creación jurisprudencial, reiteradamente admitida por el Tribunal Supremo, consistente en general en impedir toda la impugnación de la eficacia que se haya atribuido a cualquier medio de prueba, aún de los considerados como prueba plena, cuando se aprecia en unión de otros medios probatorios, por no ser lícito descomponer los diversos elementos que en tales casos integran la convicción del Juez. En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de noviembre de 2008, RJ/2008/7893, en su Fundamento de Derecho Cuarto, el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado segundo, recoge que las sentencias deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón; continúa señalando que el Tribunal Constitucional, en Stc. 36/2006, de 13 de febrero (RTC 2006, 136) reputa suficiente que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o lo que es lo mismo, su ratio decidendi, (Stc. 75/2007, de 16 de abril (RCT 2207, 75), Fundamento Cuarto, y con cita de otras muchas.). Pues la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podrá vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas (ATC 307/1985, de 8 de mayo).

Este es, por otra parte, en lo que nos importa, el criterio seguido por esta Sala de Justicia, recogido, por todas, en Sentencia nº 16/2005, de 26 de octubre, Fundamento de Derecho Séptimo, que atribuye al órgano jurisdiccional la apreciación judicial de las pruebas aportadas por cada parte, así como la valoración en conjunto de su resultado, (entre otras, Sentencia de la Sala Primera del

Tribunal Supremo, de 20 de octubre y de 31 de diciembre de 1997), además del de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio, al que anteriormente hemos hechos referencia. El órgano de instancia ha ponderado todas las pruebas practicadas a la luz de los criterios expresados, concluyendo, tras un análisis de conjunto de dicho material probatorio, que no resultó demostrada la falta de justificación de los pagos por los servicios prestados por las empresas proveedoras a MUTUA UNIVERSAL MUGENAT; además, respecto del material probatorio existente no se han introducido nuevos elementos fundados en los que esta Sala pudiera soportar una valoración probatoria diferente a la efectuada por la Consejera de instancia, debiendo recordarse, por última vez, que siempre ha de partirse de la premisa de que esta valoración de la prueba, así como la mayor relevancia de una frente a otra, es criterio soberano del órgano de instancia, al que compete interpretar el alcance de cada una de las pruebas conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, función ésta, por otra parte, que, en virtud del art. 117.3 C.E. constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios y, en el ámbito de esta jurisdicción contable corresponde, ordinariamente, como ya hemos razonado, a los órganos jurisdiccionales contables que conocen del asunto en primera instancia jurisdiccional.

Es de destacar, asimismo, que es criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, por todas sentencias de su Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 485/2009, de 25 de junio, RJ/2009/4237, Fundamento de Derecho Cuarto, que el hecho de que se dé mayor valor a una prueba sobre otra, (testifical frente a documental), en absoluto incide en el principio del «onus probandi o carga de la prueba, cuya observación obliga al tribunal a derivar correctamente los efectos negativos de un vacío probatorio (como acontece en la presente litis), sobre la parte que deba legalmente soportarlo (el Ministerio Público recurrente en el supuesto de autos), pero no a dar prevalencia al resultado de unos medios probatorios sobre otros.

No procede, por todo lo razonado en el presente Fundamento de Derecho, sino rechazar las pretensiones del Ministerio Fiscal, confirmando, tanto los pronunciamientos como la parte dispositiva de la resolución impugnada, con el matiz a que hemos hecho referencia respecto a la conclusión E) del Fundamento Jurídico Vigésimoséptimo de dicha resolución.

VIGESIMOCUARTO.- Por lo que se refiere a las costas causadas en esta instancia, al ser de aplicación a los recursos de apelación que se sustancian ante esta Sala el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por aplicación supletoria de la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 2/1982, procede imponerlas a los recurrentes MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, a DON F. J. T. B. y a DON J. A. M., en atención a la norma general establecida en el artículo precitado, la de imposición de costas al recurrente que viere desestimadas todas sus pretensiones, dado que lo que se ha producido en esta instancia ha sido la desestimación total de sus recursos.

De acuerdo con lo previsto 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 4, de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las costas de esta instancia respecto del recurso del Ministerio Fiscal, ya que en ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Público en los procesos en que intervenga como parte.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la representaciones legales de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº10, DON F. J. T. B., DON J. A. M. y el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia de 8 de junio de 2012, recaída en autos de procedimiento de reintegro por alcance nº A-86/08.

Con expresa imposición de las costas causadas en la presente instancia, a todos los recurrentes con excepción del Ministerio Público.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación de que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por los motivos y en la forma prevista en los artículos 82 y 84 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo disponemos, mandamos y firmamos. Doy fe.