



Resolución	<i>Sentencia</i>
Número/Año	<i>14/2020</i>
Dictada por	<i>Sala de Justicia</i>
Título	<i>Sentencia nº 14 del año 2020</i>
Fecha de Resolución	<i>30/09/2020</i>
Ponente/s	<i>Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz</i>
Sala de Justicia	<i>Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.- Presidente Excm. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez.- Consejera Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.- Consejero</i>
Situación actual	<i>No firme</i>
Asunto:	<i>Recursos de apelación, rollo nº 23/19, interpuestos contra la Sentencia nº 18/2018, de 28 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-212/11, al que se ha acumulado el 172/13, Entidades Locales (Entidad Metropolitana de Aguas Residuales de Valencia -EMARSA-) Valencia.</i>
Resumen doctrina:	<p><i>Una vez expuestos los distintos argumentos de las partes, la Sala pone de manifiesto que las alegaciones contenidas en los respectivos escritos de recurso contra la sentencia de instancia se podrían clasificar en las siguientes: 1) Existencia de prejudicialidad penal y exceso de jurisdicción; 2) Incongruencia; 3) Irregular ampliación de la demanda por parte de los actores públicos; 4) Falta de legitimación pasiva del Sr. Morenilla; 5) Error en la valoración de la prueba por parte de la Consejera de instancia y 6) Ausencia de los elementos necesarios para la declaración de la responsabilidad contable de los apelantes.</i></p> <p><i>En cuanto a la prejudicialidad penal, no basta para que ésta opere la pendencia de un proceso penal en el que se hayan formulado pretensiones punitivas basadas en los mismos hechos en que se determinen las acciones de responsabilidad contable, sino que es necesario que el pronunciamiento penal sobre una cuestión de su exclusiva competencia constituya un elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable. En el supuesto que nos ocupa, en el que se enjuician los daños o perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de la salida injustificada de fondos en las entidades EMARSA (ahora EMSHI) y EPSAR por incremento injustificado de precios en las prestaciones de servicios o abono de servicios o suministros no realizados, no concurre la necesidad de que haya un previo pronunciamiento penal sobre un presunto delito de falsedad o apoderamiento de fondos, ya que la delimitación del perjuicio económico causado a los fondos públicos es competencia única y exclusiva de la jurisdicción contable.</i></p> <p><i>En cuanto a la incongruencia de la sentencia, es de resaltar que la misma satisface las exigencias de coherencia cuando da respuesta razonada a las pretensiones de las partes, aunque no contenga un razonamiento autónomo y específico de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten.</i></p> <p><i>Por último, la Sala concluye que se dan todos y cada uno de los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad contable directa.</i></p>
Síntesis:	<i>La Sala desestima los recursos de apelación interpuestos con imposición de costas</i>



TRIBUNAL DE CUENTAS

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

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

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-212/11, al que se ha acumulado el 172/13, como consecuencia de los recursos interpuestos contra la Sentencia nº 18/2018, de 28 de diciembre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón. Han sido apelantes Don J. J. M. M., representado por el Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán y defendido por el Letrado don José María Gómez Magaña, y Don E. C. C., representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, bajo la asistencia letrada de don José Antonio Choclán Montalvo, y apelados la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos (EMSHI), en su condición de liquidador de la Entidad Metropolitana de Aguas Residuales de Valencia (EMARSA), la Generalitat Valenciana en representación de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana (EPSAR), los actores públicos Don R. M. V., Don R. E. A. V., Don J. C. M. B. y Don J. M. A. A. y el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-212/11, al que se ha acumulado el 172/13, Entidades Locales (Entidad Metropolitana de Aguas Residuales de Valencia -EMARSA-) Valencia, se dictó la Sentencia 18/2018, de 28 de diciembre, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“Estimo las pretensiones de las demandas presentadas por la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos (EMSHI), la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana (EPSAR) y de los actores públicos Don R. M. V., Don R. E. A. V., Don J. C. M. B. y Don J. M. A. A., a las que se ha adherido el Ministerio Fiscal, en los siguientes términos:

PRIMERO.- Declaro como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos públicos el de VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (20.490.817,87 €).

SEGUNDO.- Declaro a Don E. C. A., a Don E. A. L., y a Don E. C. C. responsables contables directos y solidarios por el importe total del alcance declarado, y a Don J. J. M. M. y a Don I. B. B. responsables directos y solidarios del alcance, junto con los anteriores, hasta un límite de 12.577.593,06 euros.



TRIBUNAL DE CUENTAS

TERCERO.- *Condeno a Don E. C. A., a Don E. A. L., a Don E. C. C., a Don J. J. M. M. y a Don I. B. B. al pago de las cantidades por las que se les ha declarado responsables contables, con sus correspondientes intereses legales de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico Decimosexto.*

CUARTO.- *Ordeno la contracción de la cantidad en que se fija el perjuicio en las correspondientes cuentas atribuyendo el 55% a la EPSAR y el 45% a la EMSHI.*

QUINTO.- *Conforme al artículo 394 de la LEC, condeno a Don E. C. A., a Don E. A. L. y a Don E. C. C. al pago de las costas causadas en este procedimiento a la EMSHI, a la EPSAR y a los actores públicos; y a Don J. J. M. M. y Don I. B. B. al pago de las costas causadas en este procedimiento a los actores públicos”.*

SEGUNDO.- La anterior Sentencia contiene la relación de hechos probados numerados del primero al décimo, que se tienen por reproducidos, y se apoya jurídicamente en los fundamentos de derecho enumerados en los correspondientes apartados del primero al decimotercero para concluir en el referido fallo estimatorio de las pretensiones de las demandas presentadas por la EMSHI, la EPSAR, los actores públicos Don R. M. V., Don R. E. A. V., Don J. C. M. B. y Don J. M. A. A., a las que se adhirió el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se han interpuesto los siguientes recursos de apelación, por:

1) El Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, en nombre y representación de Don J. J. M. M., por escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de febrero de 2019. En el escrito de recurso, se solicitó, mediante OTROSÍ, al amparo de lo establecido en el artículo 85.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), el recibimiento del pleito a prueba para la práctica de más documental, a su juicio, indebidamente denegada en la primera instancia. Y mediante OTROSÍ segundo la celebración de vista o la presentación de conclusiones conforme a lo establecido en el artículo 85.7 del citado texto legal.

2) El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don E. C. C., mediante escrito recibido en el Registro General de este Tribunal el 14 de febrero de 2019, adelantado por e-mail el día anterior.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario del procedimiento de 25 de febrero de 2019 se acordó admitir los recursos referenciados en el apartado anterior de esta resolución y dar traslado de copia de los mismos a las demás partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formalizar su oposición, si lo estimaran conveniente.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, de fecha 23 de abril de 2019, se unieron a los autos los escritos de:



TRIBUNAL DE CUENTAS

-El Ministerio Fiscal de fecha 18 de marzo de 2019, de la representación de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos de 19 de marzo de 2019, de la representación de la Generalitat Valenciana de 22 de marzo de 2019 y de la representación de los actores públicos de 28 de marzo de 2019, en los que se oponían todos ellos a los recursos de apelación interpuestos.

- Las representaciones de Don J. J. M. M. y de Don E. C. C., recibidos el 22 de marzo de 2019, por el que mostraban su adhesión a los recursos interpuestos de contrario.

Asimismo, por esta resolución procesal se acordó elevar las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes, a fin de que comparecieran ante la misma, en el plazo de treinta días, conforme a lo previsto en el artículo 85 de la LRJCA, con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarasen desiertos los recursos y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la precitada Ley.

La personación en esta Sala se produjo por escritos de:

-El Ministerio Fiscal de fecha 26 de abril de 2019.

-El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Don E. C. C., de fecha 26 de abril de 2019.

-El Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, en nombre y representación de Don J. J. M. M., de 6 de mayo de 2019.

-El Procurador de los Tribunales don Álvaro de Luis Otero, en nombre y representación de la EMSHI, de fecha 19 de mayo de 2019.

-El Letrado don Manuel Corredor Sanchís, en nombre y representación de los actores públicos de fecha 25 de mayo de 2019.

-La Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en representación de EPSAR, de fecha 10 de junio de 2019.

SSEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma de 23 de mayo de 2019 se acordó abrir el correspondiente rollo, asignándole el nº 23/19 y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.

SSEXTIMO.- Por Auto de esta Sala de 20 de septiembre de 2019, se denegó tanto el recibimiento a prueba del recurso como el trámite de vista o presentación de conclusiones escritas, solicitados por la representación procesal de Don J. J. M. M.

SSEXTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de 21 de octubre de 2019, concluida la tramitación de este recurso, se acordó pasar los autos al Consejero ponente, a fin de que preparase la pertinente resolución.



NOVENO.- Por Providencia de esta Sala de 23 de octubre de 2019 se acordó que se procediera por el Registro de Bienes Muebles de Valencia a prorrogar la anotación preventiva de los embargos practicados sobre los siguientes vehículos:

- Vehículo especial, marca Yamaha, modelo YMF600 R, matrícula XYYYYXXX, número de bastidor XXXXXXXXXXXX, propiedad de Don E. A. L.

- Vehículo a motor: marca Yamaha, modelo XP500, matrícula XXXXYYY, número de bastidor XXXXXXXXXXXX, y marca Vespa, modelo 125FL, matrícula XYYYYXX, número de bastidor XXXXXXXXXXXX, ambos propiedad de Don E. C. A.

DÉCIMO.- Por Decreto de la Secretaria de esta Sala de Justicia de 14 de enero de 2020, tras los correspondientes trámites procesales, fue desestimado el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de Don J. J. M. M. contra la Diligencia de Ordenación de 21 de octubre de 2019.

UNDÉCIMO.- Mediante Auto de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2020 fue desestimado el recurso de revisión interpuesto por la representación procesal de Don J. J. M. M. contra el Decreto de 14 de enero de 2020.

DUODÉCIMO.- Por Providencia de 10 de septiembre de 2020, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto el día 29 de septiembre de 2020, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

DECIMOTERCERO.- En la tramitación de estos recursos, rollo nº 23/19, se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Don J. J. M. M. y Don E. C. C., a los que se han adherido mutuamente, es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LOTcu), y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (LFTcu).

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos probados de la Sentencia recurrida, así como su fundamentación jurídica, en todo lo que no resulte contrario a lo que a continuación se expone.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, en nombre y representación de Don J. J. M. M., en su escrito de recurso, solicita que se proceda a revocar la resolución de primera instancia y que se declare la ausencia de responsabilidad del Sr. M., con base en las siguientes alegaciones:



1ª).- La solicitud de litisconsorcio pasivo necesario reconvertida por la Excm. Consejera en petición de ampliación de la demanda fue un hecho manifiestamente irregular por los siguientes motivos:

- a) La Consejera de instancia actuó de manera arbitraria al existir un plazo preclusivo para la ampliación de la demanda hasta el momento de la contestación del demandado -ex artículo 401 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, sin que tenga cabida justificar aquélla porque hubiesen aparecido hechos nuevos, porque los actores públicos también eran parte acusadora en el proceso penal. Indica el recurrente que, como regla general, y una vez delimitado el objeto del proceso con las alegaciones de la demanda y su contestación, no se pueden introducir nuevos hechos, puesto que rige la prohibición legal de alterar su objeto, sancionada en el artículo 412 de la LEC y reiterada en los artículos 420.1 y 426.1 de dicho texto legal.
- b) El litisconsorcio no puede ser instado por el demandante, sino por el demandado - ex artículo 420 de la LEC-.

2ª).- Falta de legitimación pasiva del Sr. M., porque al no ser cuentadante de EMARSA (EMSHI), no podía ser condenado en este proceso, aplicando la propiedad transitiva por su actuación en EPSAR, porque lo sucedido en esta última entidad no ha sido objeto de este procedimiento.

3ª).- Incongruencia de la sentencia con otros pronunciamientos anteriores de la Consejera en el procedimiento, por el hecho de que se condene al Sr. M. por su participación en los costes de financiación que EPSAR asumió de EMARSA, cuando en los Autos de 13 de marzo de 2014 y 31 de marzo de 2017 se dejó meridianamente claro que el objeto del proceso era el alcance contable en EMARSA y no en EPSAR.

4ª).- Los actores públicos no formularon escrito de conclusiones, lo que sería en su opinión un desistimiento tácito. Por el contrario, tanto el Ministerio Fiscal como la EMSHI incluyeron en sus conclusiones al Sr. M., lo que supone otra grave irregularidad procesal, pues no les correspondía concluir nada sobre alguien al que no habían demandado.

5ª).- Las cantidades reclamadas al Sr. M. por los daños causados a los fondos públicos por la gestión de lodos y desbastes lo son por pagos realizados en EMARSA, cuando el precitado no podía ni contratar ni realizar pagos en esta entidad y, además, no consta cual fue la cantidad financiada por EPSAR a EMARSA.

6ª).- La cantidad reclamada por los actores públicos se basa en el Auto del proceso penal de 25 de julio de 2013, por el que se acordó abrir pieza de responsabilidad civil, sin tener en cuenta que la sentencia penal está recurrida y que, por ello, las imputaciones realizadas al precitado, no son firmes.

7ª).- En la resolución recurrida la Consejera de instancia realiza una mutación de funciones respecto a la supervisión del funcionamiento de las depuradoras y el control de su



optimización y costes, al considerar que las funciones establecidas en el artículo 19 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, correspondían al Sr. M. como Gerente de EPSAR y no al Sr. B. y así, en la sentencia se tergiversa la realidad, atribuyéndole la competencia de establecer y negociar la financiación de la depuradora de Pinedo.

8ª).- La Consejera de Cuentas atribuye culpa in vigilando al Sr. M., lo que pone de manifiesto la irracionalidad del argumento condenatorio, ya que en la contestación a la demanda se indicó que la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, año tras año, desde 2004 hasta 2010, recogió en las Recomendaciones de sus Informes la insuficiencia de los medios personales de EPSAR para el mantenimiento y control de las instalaciones de depuración, así como a la actividad derivada de la gestión, recaudación e inspección del canon, y se debe recordar que, de acuerdo con el artículo 40 de la LOTCu, la insuficiencia de medios personales elimina la responsabilidad contable subsidiaria o la atenúa en el caso de que se exija un esfuerzo desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza del cargo.

9ª).- La resolución recurrida deriva la responsabilidad contable del Sr. M. de su intervención en las Comisiones de Seguimiento y, sin embargo, su única intervención en dichas comisiones fue dar por concluida las reuniones y oponerse en el año 2008 a tramitar el incremento de la financiación por encima de lo que habían establecido los técnicos de EPSAR, sin que en las correspondientes actas de las reuniones conste su participación para fijar el precio de los lodos. Además, se pone de manifiesto que, a pesar de la virtualidad decisoria que la Sentencia otorga a estas Comisiones de Seguimiento, éstas no aprueban nada, sólo proponen siendo validada la propuesta de costes posteriormente por el Informe de aprobación de Costes y más tarde por Resolución del Presidente del Consejo de Administración y que los precios de los tratamientos de los lodos constan en los presupuestos de EMARSA que aprobaba dicho Consejo.

10ª).- La resolución recurrida genera indefensión al Sr. M. al adolecer de una serie de incorrecciones:

- a) Indica que el precitado actuó en beneficio propio cuando no hay un solo documento bancario, de la AEAT o de cualquier organismo donde conste su incremento patrimonial irregular.
- b) No hay acción que demuestre el comportamiento doloso del Sr. M.
- c) No se identifica dónde se produjo el menoscabo de los fondos públicos.
- d) No cita una sola infracción de leyes contables y del régimen presupuestario.
- e) La Excm. Sra. Consejera para formar su convicción respecto al Sr. M. ha considerado la sentencia penal, a pesar de poner de manifiesto que aquélla no tuvo influencia en ningún pronunciamiento distinto al de la Prejudicialidad penal.



- f) Tiene en cuenta los hechos reconocidos por el Sr. B., cuando su acusación corroborada por el Sr. C., no puede servir para incriminar al Sr. M. al ser ambos codemandados.
- g) Recoge una serie de manifestaciones del Sr. C. vertidas en el proceso penal cuando por Autos de 31 de marzo de 2017 y 21 de marzo de 2018 se había acordado no admitir los testimonios y las declaraciones vertidas en sede penal y más en concreto, en la última resolución, las referidas al Sr. C.

11ª).- No puede imputarse responsabilidad contable al Sr. M. por los pagos que desde EPSAR se hicieron a EMARSA, porque el dinero no salió del ámbito público. Los fondos pasaron de EPSAR a EMARSA y fue esta última entidad quien pagó a las empresas defraudadoras los gastos por gestión de lodos y desbastes. EPSAR jamás pagó a EMARSA facturas de lodos y en los informes presentados en sede penal aquella entidad no reconoce la existencia de perjuicio económico alguno.

12ª).- La sentencia incurre en las siguientes irregularidades:

- a) Infracción del principio *non bis in ídem*, al señalar que se están juzgando los mismos hechos en la jurisdicción contable que en la penal y basarse en la sentencia penal para establecer (FJ DECIMOSÉPTIMO) el reparto de la reparación del daño.
- b) Infracción del principio de inmediación, al basarse en la sentencia penal para establecer el reparto de la reparación del daño, sin haber contado con los mismos medios de prueba que el Tribunal penal.
- c) Infracción del principio de congruencia al indicar la Consejera de Cuentas en el Auto de 18 de enero de 2019 que en el procedimiento contable la sentencia penal sólo tuvo influencia cuando se analizó la prejudicialidad penal y emplear para condenar al Sr. M. las declaraciones efectuadas en dicha sede por los Sres. B. y C. y establecer el reparto de la reparación del daño entre EPSAR Y EMSHI.
- d) Es ilógico el reparto acordado para la reparación del daño, pues en lugar de ir todos los fondos a EPSAR, única entidad que según la sentencia es perjudicada por el Sr. M., aquella percibiría el 55% y el otro 45% la EMSHI, entidad que, en modo alguno, pudo perjudicar el precitado en el ámbito contable.

A este recurso de apelación se adhirió la representación procesal de Don E. C. C., mediante escrito de 22 de marzo de 2019, solicitando que el mismo fuera estimado íntegramente.

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en la representación que ostenta de Don E. C. C., solicita en su escrito de recurso que:



TRIBUNAL DE CUENTAS

- a) Se declare la nulidad de la sentencia impugnada y la suspensión del procedimiento contable por prejudicialidad penal, hasta la resolución del Procedimiento Abreviado 2/2015-1, seguido ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, actualmente recurrido ante el Tribunal Supremo, Sala Segunda, Rec. nº 1/3391/2018.
- b) Se declare la nulidad de la sentencia dictada por exceso de jurisdicción contable.
- c) Se declare la ausencia de responsabilidad contable de Don E. C. C. en el presente procedimiento.

Invoca en la apelación interpuesta los siguientes motivos:

1º).- Prejudicialidad penal, al haberse fijado unos hechos en la resolución recurrida cuando los mismos están pendientes de ser fijados definitivamente por el Tribunal Supremo. Alega la necesidad de suspensión del procedimiento hasta la firmeza de la sentencia penal -ex. artículos 40 de la LEC, 10.2 de la LOPJ y 17.2 de la LOTCu-, ya que la autonomía que invoca el Tribunal de Cuentas ha sido tan solo aparente, pues ha basado la condena en el material probatorio producido en el proceso penal, suplantando la valoración que compete en exclusiva al Tribunal frente al que se ha producido la prueba con intermediación. Indica que el dilema se plantea no por una simple concurrencia de calificación contable/penal, sino por una discrepancia respecto a si esos hechos han tenido lugar y la participación en ellos de determinadas personas.

2º).- Exceso en el ejercicio de la jurisdicción contable, toda vez que la sentencia recurrida condena al Sr. C. como responsable directo de los perjuicios contables sufridos por EMARSA y se basa para ello en atribuirle hechos constitutivos de delito, lo que está reservado al conocimiento de la jurisdicción penal. Se indica que el Tribunal de Cuentas no puede suplantar al penal en la fijación de los hechos constitutivos de delito y dictar su particular sentencia apoyándose en un material probatorio, aportado al proceso penal, cuando aún en éste no se ha dictado sentencia firme. Además, la sentencia recurrida al fijar el hecho probado con base en exclusiva en el testimonio de un coacusado, aparte de llegar a una conclusión arbitraria, vulnera las más elementales reglas de la valoración probatoria y usurpa las funciones del Tribunal penal, excediéndose en su jurisdicción contable.

3º).- Infracción del derecho a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizados por el artículo 24 de la Constitución Española y sin que se haya valorado en forma lógica, coherente, racional y no arbitraria las pruebas de las que dispuso la Consejera del Tribunal de Cuentas. En particular, arbitraria valoración de la prueba al considerar a Don E. C. como gestor efectivo de los caudales públicos encomendados, toda vez que:



TRIBUNAL DE CUENTAS

- a) La condición formal de Presidente y Consejero Delegado no es indicio de responsabilidad contable, dada su ausencia de dominio efectivo en cuanto a la gestión de los caudales de EMARSA y de la administración de dicha mercantil.
- b) El Sr. C. jamás ejerció el cargo de Consejero Delegado para el que fue designado solo formalmente y, además, simultaneó en la época a la que se refieren los hechos, objeto de este procedimiento, varios cargos.
- c) Para la gestión efectiva de la empresa fue nombrado un Gerente con plenos poderes de gestión autónoma.
- d) El Consejo de Administración de la entidad, en sesión de 29 de octubre de 2007, acordó por unanimidad otorgar los mismos poderes al Presidente, a los dos Vicepresidentes y, al mismo tiempo, otorgar amplias facultades al Gerente.
- e) El control financiero y de gestión no correspondía al Sr. C., que actuó teniendo en cuenta la ausencia de indicaciones previas de ilegalidad por parte de los habilitados nacionales y otros órganos de control. Indica que es un hecho determinante que todos los miembros del Consejo lo eran además de la Asamblea de la EMSHI y algunos de ellos de la Comisión de Hacienda, a quienes llegaba la información de auditoría y estaba intervenida por los Habilitados Nacionales, a quienes correspondía la labor de control y la asistencia jurídica y el asesoramiento de EMARSA/EMSHI. Además, la compañía M. A. auditó a EMARSA en los años 2004 a 2010, emitiendo los correspondientes informes de auditoría financiera, de cumplimiento y operativa, sin que en ellos se hiciera salvedad alguna sobre el destino dado a los fondos recibidos o sobre el pago de servicios indebidamente percibidos.
- f) No hay prueba alguna que haga responsable al Sr. C. del desvío de fondos por el tema de los lodos ni en la determinación de la necesidad de incremento de la financiación de EMARSA por parte de EPSAR, ya que las Comisiones de Seguimiento constituían una mera formalidad, siendo sus extremos decididos previamente a nivel técnico y, además, el precitado, ante la multitud de asuntos que debía atender, como Alcalde, Diputado de Carreteras y Presidente de la EMSHI, tenía delegadas todas las cuestiones formales de dichas Comisiones en el Sr. C. y en el Gerente de la EMSHI, quien era quien administraba los fondos recibidos con autonomía. Por otra parte, se pone de manifiesto que como se indica en la resolución recurrida, los precios eran aprobados por la EPSAR sin que los técnicos de EMARSA intervinieran en su fijación.
- g) El Sr. C., tras la decisión de liquidación de EMARSA, fue cuando apreció la existencia de perjuicio económico en dicha empresa por la irregular gestión de los Sres. C. y A. y en su condición de Presidente de la EMSHI decidió ejercitar las



acciones de reintegro incluso penales necesarias para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

- h) La sentencia de condena se fundamenta nuclearmente en el testimonio que prestaron en el juicio penal los coacusados Sres. B. y C. contra el Sr. C. a cambio de un beneficio procesal en el procedimiento penal y la declaración ante este Tribunal del Sr. R., esta última en contradicción con su misma declaración en el proceso penal, debiéndose tener en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la declaración de un coimputado no puede entenderse, corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado. Además, no pueden constituir prueba de cargo válida las declaraciones inculpativas de acusados que son novedosas e inéditas hasta el momento del juicio y que tampoco han sido sometidas a contradicción por haberse negado a contestar a las preguntas de los acusados a los que inculpan.

La representación de Don J. J. M. M., por escrito de 21 de marzo de 2019, se ha adherido a este recurso señalando que debe acogerse favorablemente la nulidad de la sentencia impugnada y la suspensión del procedimiento contable, además de la prejudicialidad penal porque la resolución apelada utiliza elementos que han sido obtenidos del Procedimiento Abreviado 2/2015 y que incurre en un exceso de la jurisdicción contable. Asimismo, señala que se tiene que declarar la ausencia de responsabilidad contable del peticado por los motivos expuestos por la representación de Don E. C. además de los indicados en su escrito de apelación.

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales don Álvaro José de Luis Otero, en nombre y representación de la EMSHI, mediante un único escrito, de fecha 19 de marzo de 2019, se opone a los recursos de apelación presentados, mediante las siguientes alegaciones:

1ª).- En cuanto al recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. M., considera que:

- a) Como cuestión previa se da una causa de inadmisión formal del mismo, puesto que no menciona con claridad el motivo de la apelación, que tiene que estar sustentado necesariamente en una infracción normativa o garantía procesal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 459 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria a la norma contencioso-administrativa.
- b) El Sr. M. ha sido condenado en un proceso cuyo objeto no es el alcance contable en EMARSA sino un alcance contable contra el erario público y que en este caso concreto ha afectado, al menos, a tres entidades públicas: EPSAR, EMSHI y EMARSA, habiendo sido gerente de la primera de ellas. Por ello, entiende que no hay duda alguna sobre su legitimación pasiva cuya falta ha sido alegada de contrario.



- c) La ampliación de la demanda fue totalmente correcta y legal, ya que fue instada a raíz de una apreciación de oficio de falta de litisconsorcio pasivo necesario que, tal y como la jurisprudencia acepta, puede ser reconocida en cualquier momento del proceso. Así, el artículo 416 de la LEC, en relación con el artículo 425 de dicho texto legal, autoriza la creación del litisconsorcio pasivo de oficio el día de la audiencia previa y, por tanto, la necesidad de ampliar la demanda conforme dispone el artículo 420.3 de la LEC, que fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa.
- d) La no presentación por parte de los actores públicos de escrito de conclusiones en modo alguno supone desistir del procedimiento. Además, se olvida el apelante que el resto de los demandantes se adhirieron en el acto de la Audiencia Previa al escrito de demanda formulada por los actores públicos.
- e) El apelante ha sido condenado por ser cuentadante de una entidad pública, EPSAR, y por la actividad dolosa que desarrolló consistente en su participación al incrementar artificial e innecesariamente el precio que se pagaba a EMARSA por tonelada de lodo tratado, causando con ello un menoscabo injustificado en los caudales públicos, existiendo en los autos pruebas más que suficientes para acreditar su conocimiento y participación en los hechos enjuiciados.
- f) La Consejera en la redacción de la sentencia, aplicando la ley, ha interpretado el silencio de los demandados como una admisión tácita de los hechos.
- g) No se ha producido por parte de la Consejera de instancia una mutación de las funciones que correspondían al Sr. M. en la resolución recurrida sino que se han aplicado las determinadas en el artículo 19 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, que le correspondían como Gerente de la EPSAR. Además, la responsabilidad contable del precitado se ha deducido de la valoración de toda la prueba obrante en autos que acredita, sin ningún género de dudas, su conocimiento, y participación activa en el menoscabo de caudales públicos.
- h) Los hechos que constatan el dolo del Sr. M. no están basados, como se afirma de contrario, en la sentencia penal, sino en las declaraciones que se han realizado en dicho proceso por diferentes personas, traídas a este procedimiento como prueba documental videográfica, admitida como tal y valorada por el órgano jurisdiccional de instancia, siendo de significar que tanto las declaraciones en sede penal como la aportación de la sentencia penal fueron incorporadas a estas actuaciones como prueba documental a petición de los demandantes como diligencias finales del artículo 435 de la LEC y habiéndose adherido a dicha petición todas las partes fueron aceptadas por la Consejera de instancia.



- i) Una condena por responsabilidad contable repone un menoscabo habido en fondos públicos, siendo indiferente la entidad que perciba tales fondos.

2ª).- En cuanto al recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. C., niega que exista la alegada prejudicialidad penal y el exceso de jurisdicción invocados de contrario. Indica, además, respecto a la arbitraria valoración de la prueba que ha planteado el apelante, que lo que pretende es sustituir la que ha realizado la Consejera de Cuentas por la suya para hacer prosperar sus iniciales argumentos de defensa, cuando la valoración de la prueba sólo es facultad del Juzgador de instancia.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 18 de marzo de 2019, ha impugnado los recursos de apelación formulados, al entender que:

- Deben desestimarse las cuestiones de prejudicialidad penal, el exceso de jurisdicción y la arbitraria valoración de la prueba planteadas por la representación procesal del Sr. C. por:

- a) La jurisdicción contable es compatible con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la penal y para que exista responsabilidad contable no es necesario que exista delito y los responsables penales no tienen por qué coincidir con los contables.
- b) Las pruebas extraídas de las producidas en el juicio oral penal han sido aportadas y forman parte de la prueba documental obrante en las actuaciones.
- c) Ha quedado acreditado que Don E. C. C. (Presidente de EMARSA) tenía todas las facultades de gestión y administración y era una de las personas autorizadas en las cuentas bancarias.

- En cuanto al recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. M. pone de manifiesto que:

1º).- Consta probado que, el 21 de diciembre de 1994, el Sr. M. fue nombrado Director del Área Técnica de la Entidad de Saneamiento con efectos desde el 1 de diciembre de 1994, habiendo ejercido el cargo de Gerente en funciones desde el 19 de abril de 2002 hasta el 8 de julio de 2011.

2º).- La responsabilidad del precitado deriva de su puesto en la EPSAR, entidad que tiene la consideración de empresa pública, en la que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, como Gerente, tenía atribuidas todas las funciones directivas de gestión, aprobación de gastos y disposición de fondos, ésta última, de forma mancomunada, con el Director del Área Económica.

3º). En la Audiencia Previa celebrada el 23 de mayo de 2014 se oyó a las partes sobre la petición de los actores públicos de la estimación del litisconsorcio pasivo necesario,



acordándose que esta solicitud debía ser considerada como una petición de ampliación de demanda, tras lo cual se otorgó un plazo de quince días para su formulación.

4º).- Se opone a la falta de legitimación pasiva invocada, ya que la responsabilidad contable es solidaria y según el artículo 55.2 de la LFTCu se consideran legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

5º).- La sentencia recurrida es totalmente congruente.

6º).- El hecho de que los actores públicos no formularan conclusiones no puede entenderse como un desistimiento o renuncia al ejercicio de la acción, ni tampoco como un reconocimiento de lo alegado de contrario.

7º).- Tiene razón el recurrente al manifestar que no compareció ante la Audiencia Provincial de Valencia reconociendo su participación en los hechos ya que en el informe emitido por el Ministerio Fiscal, en fecha 25 de junio de 2018, hay un error al hacer referencia al Sr. M., cuando había sido el Sr. B. quien realizó dicho reconocimiento.

SÉPTIMO.- La Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en nombre y representación de la Entidad Pública EPSAR, mediante escrito de 22 de marzo de 2019, formuló oposición a los recursos interpuestos, con base en las siguientes alegaciones:

1ª).- Los recursos interpuestos rebasan ampliamente lo que se puede pedir en una apelación tanto desde la perspectiva del ordenamiento contencioso-administrativo como del civil, ya que no se puede pretender hacer una *tabula rasa* del juicio de instancia, dejando sin fuerza y efectos todo lo practicado para entrar en su totalidad en un nuevo debate.

2ª).- Los recurrentes basan total o parcialmente su impugnación en principios y preceptos de naturaleza penal, aplicando indebidamente dicho ordenamiento jurídico a la revisión de una sentencia por alcance contable, con la que se trata de reparar, únicamente, el daño causado a los caudales o efectos públicos.

3ª).- Ninguno de los dos apelantes cuestionan los daños causados.

4ª).- La deficitaria economía que siempre ha caracterizado a EMARSA era plenamente conocida por el Presidente de su Consejo de Administración y Consejero Delegado, a la sazón Presidente de EMSHI, Don E. C., quien, lejos de iniciar actuaciones tendentes a recuperar el equilibrio financiero, jamás hizo constar ni adoptó medida alguna que tratara siquiera de minimizar dicha situación. Además, el precitado, gracias a su condición de Consejero Delegado evitó cualquier tipo de control sobre la gestión de la empresa por parte del Consejo de Administración, permitiendo al Gerente administrarla a su antojo. Obvia, asimismo, la representación procesal del Sr. C. que el hecho de que pudieran existir más cuentadantes no le exime a él de su obligación de indemnizar. Es más el hecho de afirmar una responsabilidad conjunta supone un reconocimiento tácito de la suya.



5ª).- El conocimiento que el Sr. M. ha expresado a lo largo del proceso sobre las interioridades técnicas de los procesos de aguas residuales y del funcionamiento de la EPSAR es totalmente incompatible con su proclama de exención de responsabilidad para cargarla al técnico correspondiente, siendo impensable que un fraude de tal magnitud, que requirió de aumentos continuos de financiación pudiera realizarse sin la colaboración del máximo responsable de la EPSAR, entidad gestora del canon de saneamiento de aguas residuales y financiadora de la depuración de aguas, que era la responsable de verificar los aumentos de financiación y que éstos estuvieran justificados.

6ª).- La casación penal, que es el momento procesal en el que se encuentra el procedimiento penal sobre los mismos hechos, no tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados por la instancia, como ha recordado la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 84/2015, entre otras muchas. Por ello, debe partirse del respeto a los hechos probados por la Sentencia de la Audiencia Provincial que determinan claramente la responsabilidad contable de los dos recurrentes.

OCTAVO.- El Letrado don Manuel Corredor Sanchís, en nombre y representación de los actores públicos, por escrito de 28 de marzo de 2019, ha formulado su oposición a los recursos planteados con base en las siguientes alegaciones:

1ª).- La cuestión de prejudicialidad penal que se plantea no es nueva y ya ha sido objeto de amplios debates en el presente procedimiento, compartiéndose el criterio puesto de manifiesto por la Juzgadora de instancia, ya que, además de las responsabilidades contables hay otro tipo de responsabilidades que hay que depurar en relación al menoscabo producido en los fondos públicos que compete al Tribunal de Cuentas.

2ª).- Sentada la compatibilidad de la Jurisdicción Contable con la Penal es lógico pensar que en el desarrollo del proceso no se utilicen los medios de prueba al alcance de las partes y que entre dichos medios de prueba se incorporen los resultados de la instrucción penal.

3ª).- La responsabilidad del Sr. C. está acreditada más allá de lo que se pretende de contrario, toda vez que, por su condición de Presidente del Consejo, burlaba todos los controles financieros y de legalidad.

4ª).- La sentencia de condena se fundamenta en los testimonios que además del juicio penal fueron adverbadas en el proceso contable por los Sres. A. y R. y con el allanamiento del Sr. B.

5ª).- El tratamiento otorgado por la Juzgadora de instancia en el acto de la audiencia previa para la ampliación de la demanda fue totalmente correcto, sin que ello produjera ninguna indefensión pues en el desarrollo del procedimiento ambos recurrentes han tenido la posibilidad de ejercer su defensa con todas las garantías.

6ª).- La excepción del litisconsorcio pasivo necesario fue reconducido por la Consejera, en el acto de la audiencia previa, tras oír a las partes, a una ampliación de la demanda.



7ª).- La legitimación pasiva del Sr. M. viene refrendada por su participación en la determinación de los precios a aplicar al tratamiento de lodos así como a los sistemas de aportación de flujos de EPSAR a EMARSA.

8ª).- No ha habido desistimiento tácito ni cuestión alguna que fundamente la incongruencia de la sentencia alegada de contrario.

NOVENO.- Una vez expuestos los distintos argumentos de las partes, y para la decisión de las cuestiones planteadas, se seguirá en el análisis una exposición con base en el principio *“iura novit curia”*, respetando los principios de contradicción y congruencia y comprendiendo todos los temas expuestos, no sólo en la propia Sentencia apelada y en los escritos de los recursos de apelación interpuestos y de las correspondientes oposiciones y adhesiones a ellos formuladas, sino también los aducidos en el proceso de instancia, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, de que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una *“revisio prioris instantiae”*, en la que el Tribunal Superior u Órgano <<ad quem>> tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo relativo a las cuestiones de hecho, como a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas, para comprobar si la Sentencia recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *“reformatio in peius”* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación.

DÉCIMO.- Partiendo de lo anterior, se va a proceder a entrar a examinar los escritos de recursos, agrupando las cuestiones planteadas por los apelantes en grandes bloques, ya que las alegaciones expuestas en los mismos son bastante repetitivas y ambos se han adherido mutuamente a las apelaciones formuladas. Las argumentaciones expuestas en los respectivos escritos de recurso contra la sentencia de instancia se podrían clasificar en las siguientes: **1)** Existencia de Prejudicialidad penal y exceso de jurisdicción; **2)** Incongruencia de la sentencia; **3)** Irregular ampliación de la demanda por parte de los actores públicos; **4)** Falta de legitimación pasiva del Sr. M.; **5)** Error en la valoración de la prueba por parte de la Consejera de instancia y **6)** Ausencia de los elementos necesarios para la declaración de la responsabilidad contable de los apelantes.

Lo primero que va a ser objeto de análisis es si se pueden apreciar las distintas cuestiones procesales alegadas por los recurrentes dado que su consideración determinaría que no procediera pronunciamiento alguno sobre el resto de las pretensiones planteadas.

En cuanto a la prejudicialidad penal alegada por la representación del Sr. C., a la que se ha adherido la representación del Sr. M., conviene recordar que el tratamiento de la prejudicialidad viene establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone: <<1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del



procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca>>.

En similares términos, se pronuncia el artículo 17 de la LOTCu al disponer que la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, y que se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente.

Por ello, para que proceda la suspensión de un procedimiento contable, por la existencia de un proceso penal pendiente, se han de cumplir una de las dos condiciones siguientes: **a)** que no pueda prescindirse de la resolución que dicte en su día la jurisdicción penal para decidir sobre la responsabilidad contable pretendida en el procedimiento, y **b)** que la resolución penal condicione directamente el contenido de la decisión del juez de lo contable.

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

En este procedimiento ninguna de las partes ha cuestionado que los hechos enjuiciados en la causa criminal seguida en la Audiencia Provincial de Valencia sean los mismos que los que fundamentan las pretensiones de responsabilidad contable, pero esta circunstancia no es causa suficiente para acordar la suspensión alegada porque el artículo 18 de la LOTCu, así como el 49. 3 de la LFTCu, que lo desarrolla, establecen la compatibilidad entre las Jurisdicciones Penal y Contable por razón de la distinta naturaleza de las responsabilidades que en ellas se enjuician. Así, la caracterización legal de la responsabilidad contable como un tipo de responsabilidad jurídica de carácter reparatorio y no sancionatorio determina que el enjuiciamiento de un mismo hecho por dos jurisdicciones (penal y contable) no suponga vulneración del principio <<*non bis in idem*>>.

Por tanto, como acertadamente señala la Consejera de instancia en la resolución recurrida, no basta para que opere la prejudicialidad penal en el proceso contable, con los efectos suspensivos propios de dicha institución, la pendencia de un proceso penal en el que se hayan formulado pretensiones punitivas basadas en los mismos hechos en que se determinen las acciones de responsabilidad contable ejercitadas en esta jurisdicción, sino que es necesario que el pronunciamiento penal sobre una cuestión de su exclusiva competencia constituya un elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable. En el supuesto que nos ocupa, en el que se enjuician los daños o perjuicios que se hubieran podido causar a los fondos públicos como consecuencia de la salida injustificada de fondos en las entidades EMARSA (ahora EMSHI) y EPSAR por incremento injustificado de precios en las prestaciones de servicios o abono de servicios o suministros no realizados, no concurre la necesidad de que



haya un previo pronunciamiento penal sobre un presunto delito de falsedad o apoderamiento de fondos, ya que la delimitación del perjuicio económico causado a los fondos públicos es competencia única y exclusiva de la jurisdicción contable.

Por ello, este Órgano <<ad quem>> no puede sino desestimar la prejudicialidad penal alegada por la representación procesal del Sr. C., a la que se ha adherido la representación procesal del Sr. M.

UNDÉCIMO.- Tampoco puede compartir esta Sala el exceso en el ejercicio de la jurisdicción contable que reclama la representación del Sr. C. y al que se ha adherido el otro apelante, por lo siguiente:

- 1- La jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, según lo establecido en el artículo 17.1 de la LOTu. Esta exclusividad de la jurisdicción contable significa que en las materias que le están atribuidas conoce de cuantas posibles cuestiones se susciten con absoluta preferencia respecto de los demás órdenes jurisdiccionales. La exclusividad de esta jurisdicción está tan marcada que le corresponde determinar la responsabilidad civil en aquellos delitos que sean generadores de responsabilidad contable, a tenor de lo dispuesto en los artículos 18.2 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu.
- 2- La compatibilidad entre la jurisdicción contable y la penal es un principio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 18 de la LOTCu) que tiene dos consecuencias: **a)** la exclusividad de la jurisdicción contable para determinar, en el ámbito de su competencia, la responsabilidad de los delitos cuando éstos fueran constitutivos de responsabilidad contable y **b)** la obligada abstención de los órganos jurisdiccionales penales a favor de la jurisdicción contable, para que ésta concrete los daños y perjuicios causados a los fondos públicos (artículo 49.3 de la LFTCu).
- 3- Los hechos del procedimiento objeto de la resolución recurrida se refieren a pagos efectuados por prestaciones, servicios o suministros que no fueron entregados o realizados, a abonos de facturas sin que se haya justificado el destino o finalidad pública de los mismos o a incrementos de precios injustificados, en los que han intervenido cuentadantes de entidades públicas (EMARSA Y EPSAR) y que como consecuencia de ellos han ocasionado un perjuicio económico a los fondos de titularidad de dichas entidades, y no a la tipificación de delitos de estafa o apropiación. Por ello, el conocimiento de los hechos objeto de este procedimiento corresponde con carácter exclusivo a esta jurisdicción contable.
- 4- La resolución recurrida, en contra de lo argumentado, por la representación del Sr. C., no tipifica delito alguno ni atribuye a los responsables contables hechos constitutivos de responsabilidad penal, sino que valora, para imputar cada una de las responsabilidades contables, la totalidad de la prueba practicada en la que se



encuentra incorporada como documental parte del material probatorio aportado al proceso penal.

Partiendo de lo anterior, este Órgano <<ad quem>> considera que el planteamiento expuesto por la Consejera de instancia en la resolución recurrida, además de ser respetuoso con la competencia atribuida a cada orden jurisdiccional y con la independencia de los mismos, al valorar los hechos utilizando el material probatorio de la causa penal, no atenta contra el principio “*non bis in ídem*”, pues dada la caracterización legal de la pretensión contable y, consiguientemente, de la responsabilidad de la misma naturaleza, de carácter patrimonial y reparatorio, encaminada a la indemnización de los daños y perjuicios causados, aquel principio no tiene cabida en esta jurisdicción, por cuanto su ubicación, como ha señalado el Tribunal Constitucional, ha de fijarse, única y exclusivamente, en el ámbito de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, constitucionalizados en el artículo 25 de la Norma Fundamental.

Al poderse dictar dos resoluciones sobre los mismos hechos -una en el orden penal y otra en el contable- lo que se precisa es que ambos órdenes se pongan de acuerdo a la hora de ejecutar aquéllas, en aras de evitar una duplicidad de indemnizaciones en favor de las Entidades públicas perjudicadas (EMSHI, por disolución de EMARSA, y EPSAR) y, por ende, su enriquecimiento injusto, aunque ostente, en todo caso, preferencia la jurisdicción contable por tratarse de una materia cuyo conocimiento y decisión le corresponde de forma originaria y no accesoria como acontece con la jurisdicción penal.

DUODÉCIMO.- En cuanto a la falta de legitimación pasiva alegada por la representación procesal del Sr. M., hay que partir de que, conforme se indica en el artículo 15 de la LOTCu, el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

La jurisdicción contable, según dispone el artículo 49 de la LFTCu, conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originen menoscabo en los caudales o efectos, a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

Por ello, la extensión subjetiva de la responsabilidad contable comprende, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, no a cualquier persona, sino, solamente, a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, si bien hay que tener en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de diciembre de 2000, en “*la expresión -que tengan a su cargo- se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene*



competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario”.

Desde la perspectiva indicada, esta Sala no puede sino desestimar la falta de legitimación pasiva del Sr. M. por los motivos que se exponen a continuación:

1º).- Según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprobó el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales (EPSAR) de la Comunidad Valenciana, correspondía a esta entidad, entre otras funciones, la recaudación del canon de saneamiento establecido en la Ley 2/1992, la inspección e intervención de los fondos asignados para la financiación de inversiones, así como la gestión de la explotación de las instalaciones y la ejecución de las obras de las distintas estaciones depuradoras de la Comunidad Valenciana. La EPSAR era la entidad encargada de aprobar la financiación de las depuradoras y, además, de vigilarla y controlarla.

2º).- La Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos (EMSHI) y la EPSAR suscribieron, el 8 de noviembre de 2002, un Convenio para la ejecución de infraestructuras de mejora en la estación de aguas residuales de Pinedo, conforme al cual correspondía a EMSHI, a través de EMARSA (la EMSHI era socia única de esta sociedad), como encargada de la ejecución de obras de infraestructura de depuración de aguas y prestadora de los servicios de saneamiento y depuración, entre otras funciones, contratar y ejecutar las obras e instalaciones debiendo comunicar a la EPSAR, que financiaba dichos costes, las variaciones o modificaciones que se produjesen en cada expediente de contratación.

3º).- El Sr. M. ejerció el cargo de Gerente de EPSAR desde el 19 de abril de 2002 hasta el 8 de julio de 2011, teniendo atribuidas, por ello, entre otras funciones, en el momento en que se produjeron los hechos objeto de este procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, la dirección de todos los servicios de la Entidad y la iniciativa, dirección, gestión administración activa e inspección de la misma. Asimismo, le correspondía la gestión de los ingresos y la autorización de pagos.

4º).- El Sr. M., en el momento en que se produjeron los hechos, formó parte de las denominadas Comisiones de Seguimiento en las que se proponía la fijación de los precios del tratamiento de los lodos que financiaba dicha entidad a EMARSA que era la encargada de ejecutar las obras.

5º).- Los hechos objeto de este procedimiento se refieren a los daños causados a los fondos públicos por las actuaciones realizadas en EPSAR y EMARSA, siendo ambas las entidades perjudicadas por los mismos. Prueba de ello es que ambas han formulado las correspondientes demandas sin que en los autos se haya cuestionado la legitimación activa de ninguna de ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LFTCu. Por ello, no se puede hablar de una



aplicación de la propiedad transitiva como afirma el recurrente porque EPSAR, como se ha indicado en el párrafo anterior a esta resolución, financiaba a EMARSA.

Por lo expuesto, esta Sala solo puede desestimar la falta de legitimación pasiva del Sr. M. planteada por su representación procesal.

DECIMOTERCERO.- Tampoco puede compartir esta Sala que la solicitud del litisconsorcio pasivo necesario, reconvertida por la Consejera de instancia en petición de ampliación de la demanda, constituya una infracción de los artículos 401, 412, 420 y 426 de la LEC.

Es cierto que el artículo 401 de la LEC establece que no se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda y que el artículo 412 del citado texto legal se expresa en los mismos términos al afirmar que establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación o, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente, sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, expresamente admitidas en el artículo 426 de dicha ley. Ahora bien, el artículo 420 de la LEC permite la posible integración voluntaria de la litis y su resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario.

La representación procesal del Sr. M. alega que el litisconsorcio no puede ser instado por el demandante sino por el demandado -ex artículo 420 de la LEC-. Este artículo, en su apartado 1, señala que *<<Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia>>*. Ahora bien, nada indica este artículo sobre si se trata de una excepción que pueda apreciarse de oficio por el tribunal. El asunto ha sido muy discutido en la doctrina y en la práctica se han ofrecido soluciones diversas, quizá por la redacción dada al artículo precitado. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia ha advertido con reiteración la posibilidad de apreciarla de oficio.

En este sentido, se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo, (por todas, Sentencia 268/2012, de 17 de abril), señalando que *<<La adecuada constitución del proceso judicial exige llamar al juicio a todas las personas que, por no ser escindible la relación jurídica material controvertida (o por disponerlo así una ley) estén interesadas de manera directa o puedan resultar afectadas de la misma manera por la resolución que se dicte. El litisconsorcio pasivo necesario se traduce en un requisito de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso, pues evita resoluciones que no puedan hacerse efectivas contra los que no fueron llamados a juicio e impide sentencias contradictorias. La naturaleza de esta institución procesal determina que la falta de litisconsorcio pasivo necesario sea apreciable de oficio. Es una cuestión de orden público que queda fuera del ámbito de rogación de las partes, ya que los tribunales han de cuidar que el litigio se desarrolle con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar*



afectadas por el fallo, pues de no ser así se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído con vulneración del artículo 24 de la CE>>.

Por tanto, atendiendo a lo anterior, con independencia de la forma que utilizó la Consejera de instancia que, en el acto de la audiencia previa consideró, tras oír a las partes, que la petición de litisconsorcio planteada por los actores públicos debía ser considerada como una ampliación de la demanda, es de significar que las consecuencias jurídicas hubieran sido las mismas, al haber podido apreciar de oficio el litisconsorcio pasivo necesario con la consiguiente consecuencia de ordenar el emplazamiento de los nuevos demandados para que contestaran la demanda con suspensión de la audiencia.

DECIMOCUARTO.- En cuanto a la incongruencia de la sentencia con otros pronunciamientos anteriores de la Consejera de instancia por negar la existencia de prejudicialidad penal y en cambio emplear las declaraciones efectuadas en vía penal para la declaración de las responsabilidades contables y para establecer el reparto de la reparación del daño entre EPSAR y EMARSA, alegada por la representación del Sr. M., es de resaltar que se dice que las sentencias incurren en incongruencia, cuando se produce una descoordinación, un desajuste o ausencia de relación lógica entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, bien sea porque no se resuelven todas las cuestiones planteadas en el juicio, bien, porque se extralimite el contenido de la decisión, aludiendo a cuestiones que no han sido objeto de debate.

A efectos de la determinación de la congruencia, lo decisivo es la correlación entre las pretensiones y resistencias de las partes, que tienen reflejo en el “suplico” de los escritos de demanda y contestación, y el fallo o parte dispositiva de la Sentencia.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 29/1999 y 17/2000) que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discorra la controversia procesal. De ahí que se venga sosteniendo que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos - causa de pedir y *petitum*- y en relación a estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión.

Para que la incongruencia vulnere el derecho a la Tutela Judicial Efectiva debe constituir una desviación del “*thema decidendi*” de tal importancia que suponga una completa modificación de los límites o fines en que se produce el debate contradictorio. Ahora bien, nada impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, conforme al principio “*iura novit curia*”, los Jueces y Tribunales



no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

Por tanto, la parte dispositiva de la Sentencia, para ser congruente, debe adecuarse a la causa de pedir y al resultado que la parte pretende conseguir a consecuencia del pleito.

El principio de congruencia, sin perjuicio de encontrarse expresamente recogido en el artículo 218.1 de la LEC, es reconocido, asimismo, en el artículo 60.1 de la LFTCu, al disponer dicho precepto que la jurisdicción contable juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones de las mismas. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 71.3ª de la precitada Ley, dispone que la Sentencia debe decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimar o desestimar, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable.

La sentencia satisface las exigencias de coherencia cuando da respuesta razonada a las pretensiones de las partes, aunque no contenga un razonamiento autónomo y específico de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten.

Partiendo de lo anterior, este Órgano <<ad quem>> no aprecia la incongruencia planteada por la representación del Sr. M., dado que aunque se haya afirmado en algunas resoluciones en el seno de este procedimiento que el objeto del proceso contable era el alcance que se había producido en EMARSA, lo cierto es que los fondos de EPSAR, al ser la entidad que financiaba a EMARSA también habían resultado perjudicados y, como se ha señalado en anteriores apartados de esta resolución, este procedimiento versa, asimismo, sobre los daños causados a aquella entidad porque la representación de la misma -Letrado de la Generalitat Valenciana- formuló demanda en estos autos, por escrito de 18 de noviembre de 2013, sin que se planteara objeción alguna a su legitimación activa, que corresponde, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55 de la LFTCu, en todo caso a la Administración o entidad pública perjudicada y al Ministerio Fiscal.

Tampoco se constata que se produzca incongruencia alguna por el hecho de que la Consejera no apreciara la prejudicialidad penal, circunstancia que comparte esta Sala, con la consideración de las declaraciones que se hayan efectuado en vía penal, pues como se analizará en párrafos posteriores de esta resolución, la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica es competencia exclusiva del órgano de instancia y en aquella se puede tener en cuenta todo aquello que se estime aplicable dentro de una lógica racional. Por otra parte, el reparto que se realiza en la sentencia para reparar el daño causado entre dos entidades públicas perjudicadas por la actuación de los demandados basado en sus propios acuerdos no supone incongruencia alguna de la resolución puesto que se ha resuelto sobre los extremos alcanzados por las partes.

Tampoco se constata incongruencia en la sentencia por no haber formulado los actores públicos escrito de conclusiones, lo que sería en opinión de la representación procesal del Sr.



M. un desistimiento tácito ni por la actuación del Ministerio Fiscal y la EMSHI sobre el precitado, por lo siguiente:

-El desistimiento en la jurisdicción contable está recogido en el artículo 78 de la LFTCu como una de las formas de terminación del procedimiento, rigiéndose a tenor de dicho artículo por la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo. El artículo 74 de la LJCA regula expresamente una serie de requisitos para hacer efectivo el desistimiento, sin que a la vista de los mismos pueda efectuarse de forma tácita.

-El artículo 436 de la LEC reconoce, con carácter potestativo y no obligatorio, la posibilidad de que las partes puedan presentar escrito en el que resuman y valoren el resultado de las pruebas practicadas como diligencias finales y es en este contexto donde fueron incluidas las conclusiones del Ministerio Fiscal y de la representación de la EMSHI sobre el Sr. M.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a la errónea valoración de la prueba practicada por la Consejera de Cuentas que expresamente es planteada por la representación del Sr. C. y de forma tácita por la del Sr. M., se ha de poner de manifiesto que 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, pero, como ha reiterado esta Sala (entre otras, Sentencias 4/2015, de 2 de julio y 17/2019, de 8 de octubre) el Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «*a quo*». Ahora bien, para que pueda realizar este Órgano una nueva valoración es necesario que se detecte un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del Órgano de instancia, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa.

La representación del Sr. M. ha planteado en su escrito de recurso que en la valoración de la prueba se ha infringido el principio de inmediación, que se ha fijado la cuantía de su condena con base en la pieza de responsabilidad civil del proceso penal, que se ha realizado para su imputación una mutación de funciones respecto a la supervisión del funcionamiento de las depuradoras y el control de su optimización y costes y la negociación de la financiación de la depuradora de Pinedo, que las Comisiones de Seguimiento en las que se basa su responsabilidad no tenían competencias aprobatorias para la fijación de los precios del tratamiento de los lodos, que, además, en las Actas de las mismas no consta la participación del precitado y que se han tomado en cuenta declaraciones, testimonios vertidos en la vía penal e incluso la propia sentencia, a pesar de señalar que no se considerarían salvo para analizar la prejudicialidad penal, sin embargo, estas afirmaciones no dejan de ser meras alegaciones de parte que no contradicen, a juicio de esta Sala, la valoración de la prueba practicada que se ha efectuado en la instancia, por lo siguiente:

- El principio de inmediación, se ha de entender, como ha puesto de manifiesto esta Sala (por todas, Sentencia 16/2019, de 2 de octubre) como postulado procesal que destaca el criterio privilegiado del Juzgador de instancia, dado el contacto directo del propio juez con los sujetos procesales y la recepción, también directa, de los diferentes medios probatorios de un determinado proceso en la instancia. Por ello,



no se ha infringido dicho principio debido a que la Consejera de Cuentas ha considerado las declaraciones, testimonios e incluso la sentencia penal en el conjunto de la valoración de la prueba practicada en este procedimiento contable. Debe resaltarse que el resultado de los testimonios y declaraciones realizadas en la sede penal fue incorporado a este proceso como prueba documental e incluso la sentencia penal, aun careciendo de firmeza, fue aportada en el transcurso de las diligencias finales como prueba de este procedimiento.

- La responsabilidad contable del Sr. M. se ha fijado en la resolución recurrida tras el análisis de la demanda formulada por los actores públicos, por su intervención en las Comisiones de Seguimiento en las que se propuso el incremento injustificado de financiación a EMARSA para la gestión de lodos y desbastes en los ejercicios de 2005 a 2010, teniendo en cuenta, al efecto, que la responsabilidad contable se predica de todo aquél que con su intervención en el proceso del gasto produce el menoscabo de los fondos públicos. Se ha de destacar que al precitado le correspondían, como Gerente de EPSAR, las funciones establecidas en el artículo 19 del Decreto 172/1992, de 16 de octubre, entre las que cabe destacar, además de la iniciativa, dirección, gestión, administración activa e inspección de la entidad de saneamiento y la jefatura superior de todos los servicios.
- Según las Actas de las Comisiones de Seguimiento obrantes en los autos el Sr. M. era miembro de dichas Comisiones y en ellas se propuso el aumento injustificado de los precios de los lodos que financió EPSAR y ejecutó EMARSA.

Tampoco esta Sala puede compartir las argumentaciones expuestas en el escrito de recurso por la representación del Sr. C., que considera que no se ha efectuado la apreciación de la prueba de manera lógica, coherente y racional en la instancia, con infracción del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, y es que para que un error en la valoración de la prueba vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en dicho artículo constitucional ha de ser un error patente directamente relacionado con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, lo ha venido declarando el Tribunal Supremo, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 55/2001, de 26 de febrero) que ha venido identificando para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva que el error sea patente, es decir <<*inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia*>>.

Partiendo de lo anterior, esta Sala, considera que no se da elemento alguno para que se pueda apreciar que la responsabilidad contable que se imputa en la resolución recurrida al Sr. C. sea consecuencia de una valoración de la prueba ilógica e irracional, sino todo lo contrario, se comparte plenamente la conclusión a la que ha llegado la Consejera de instancia, por lo siguiente:



-Los nombramientos que se efectúan para ocupar los respectivos cargos en empresas o entidades llevan aparejada la asunción de las responsabilidades que les competen por la realización de las funciones que normativamente tienen atribuidas, y no son designaciones únicamente formales.

- En los años 2005 a 2010, época a la que se refieren los hechos objeto de este procedimiento, el Sr. C. era Presidente de la Junta General, del Consejo de Administración y Consejero Delegado de EMARSA, teniendo atribuidas en virtud del nombramiento de estos cargos las siguientes funciones (folios 501 y siguientes de las Actuaciones Previas):

- a) Representar a la sociedad ante cualquier persona o entidad.
- b) Administrar bienes muebles e inmuebles.
- c) Ejercitar y cumplir toda clase de derechos y obligaciones.
- d) Constituir, modificar y extinguir contratos de todo tipo.
- e) Constituir, reconocer, aceptar, pagar y cobrar deudas y créditos.
- f) Librar, aceptar, avalar, endosar, negociar, descontar, cobrar, pagar, intervenir y protestar letras de cambio, cheques, talones, pagarés y otros efectos.
- g) Operar en Cajas de Ahorro, Bancos, incluso el de España y otros oficiales o entidades similares.

- El Sr. C., en el ejercicio de las funciones señaladas anteriormente, acordó la realización de los pagos a las empresas C. y R. R., S.L., V., S.L., M. V., S.L. y S. I., S.L., sin que estas empresas hubieran realizado contraprestación alguna. Asimismo, realizó pagos a las empresas E. C. I., L. H., S.L. y V. B., S.L. sin justificación de la finalidad pública a la que estaban destinados. Además, procedió a abonar diversas cantidades a las empresas A. C. D., S.L. y M. A. S., S.L. sin que se hubiera acreditado las prestaciones realizadas por ambas empresas. Todos los pagos reseñados se encuentran delimitados en la resolución recurrida y se dan aquí por reproducidos.

- El Sr. C., en su condición de Presidente del Consejo de Administración de EMARSA, era miembro de las Comisiones de Seguimiento, en las que se proponía la financiación de esta sociedad a cargo de EPSAR, y en las que se produjo un incremento injustificado de precios para el tratamiento de los lodos y desbastes.

Por lo expuesto, se da la correspondiente relación de causalidad entre la actuación del Sr. C. y el daño producido a los fondos públicos, sin que pueda desvirtuar esta circunstancia las argumentaciones que, en términos de su defensa, han sido formuladas por su representación procesal, por lo siguiente:

1º).- Como tiene declarado esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 14/2016, de 15 de noviembre), el incumplimiento de sus obligaciones por otros no exime del deber del cumplimiento de las propias, y por ello el hecho de que tuvieran poderes de gestión, asimismo,



en la sociedad EMARSA los dos Vicepresidentes y el Gerente no empuja la responsabilidad del Sr. C. por las funciones que tenía encomendadas.

2º).- La gestión económica de EMARSA, a tenor de lo dispuesto en los artículos 219 y 220 del Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no estaba sometida a una fiscalización previa de legalidad por parte de los Habilitados Nacionales sino a un control financiero *a posteriori*, sin que el hecho de que no se hiciera salvedad alguna en los informes de auditoría de una empresa privada desvirtúe la responsabilidad de los cuentadantes por el perjuicio causado a los fondos públicos, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera, en su caso, asistirle contra la sociedad auditora.

3º).- Las Comisiones de Seguimiento, de las que el Sr. C. era miembro, propusieron el incremento indebido de la financiación de EPSAR a EMARSA mediante el aumento injustificado del precio de los lodos, sin que conste delegación alguna del precitado para el ejercicio de sus funciones en dichas Comisiones en el Sr. C. y en el Gerente.

4º).- Todas las argumentaciones expuestas por la defensa del Sr. C., en relación con la multitud de asuntos que debía atender, como Alcalde, Diputado de Carreteras y Presidente de la EMSHI, no hacen sino confirmar la dejación o incumplimiento de las funciones que debía realizar, como Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de EMARSA, que generaría su declaración de responsabilidad contable. No en vano, como ha venido declarando la Sala de Justicia de este Tribunal (entre otras, Sentencias 15/1998, de 25 de septiembre, y 36/2017, de 12 de diciembre), el núcleo de actividad que corresponda a un determinado puesto puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados y no sólo se puede incurrir en responsabilidad directa por acción, sino también por omisión, es decir, por no desarrollar la actividad que, estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales o efectos públicos, sin que esta responsabilidad quede enervada, en modo alguno, por el hecho de que ejercitara posteriormente las acciones para el resarcimiento de los perjuicios causados.

5º).- El Órgano <<*a quo*>>, a pesar de la afirmación de la representación del Sr. C., ha valorado las declaraciones efectuadas en vía penal, en el conjunto de la prueba practicada, como se ha reseñado anteriormente en esta resolución, y no hay que olvidar que es a dicho Órgano a quien corresponde la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica, sin que el apelante haya aportado elemento alguno, en su escrito de recurso, que permita desvirtuar la valoración exhaustiva que se ha realizado en la primera instancia, coincidiendo esta Sala con las argumentaciones expuestas en la resolución recurrida para imputar la responsabilidad a todos y cada uno de los declarados responsables contables.

DECIMOSEXTO.- Por último, queda por analizar, para terminar la resolución de los recursos, si se dan los elementos suficientes para que se efectúe la declaración de responsabilidad del Sr. M. La representación del precitado considera que éstos no concurren en el presente caso,



dado que no hay un solo documento que justifique que se haya producido un incremento patrimonial de su patrimonio, que no se ha demostrado el comportamiento doloso ni siquiera la culpa in vigilando, que no se identifica dónde se produjo el menoscabo en los fondos públicos y que no se cita una sola infracción de leyes contables y del régimen presupuestario.

Para dilucidar la pretensión planteada hay que partir de que la enunciación del principio de responsabilidad contable ha de hacerse a la vista del referido artículo 38.1 en relación con el 2.b) y el 15, todos ellos de la LOTCu. De la interpretación conjunta de todos ellos se deducen los siguientes elementos calificadores de la responsabilidad contable: **a)** sólo podrán incidir en aquélla quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; **b)** no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos; **c)** que la infracción legal se refiera a las obligaciones impuestas por las Leyes de Presupuestos o contables, en orden al manejo de los tan repetidos caudales o efectos y **d)** la existencia de dolo o negligencia grave en la conducta del infractor. No quiere decirse con esto que quien no se encuentre en las situaciones descritas no pueda incurrir en responsabilidad, pero no será contable y, por consiguiente, su exigencia deberá de hacerse ante los órganos jurisdiccionales del orden que proceda y no ante el Tribunal de Cuentas. Además de lo anterior, hay que precisar que el alcance está definido en el artículo 72 de la LFTCu como el saldo deudor injustificado en una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. Por tanto es el saldo deudor injustificado lo que origina el alcance, con independencia de que se haya producido o no una apropiación de los fondos y, en su caso, un incremento patrimonial.

A la vista de lo anunciado y a tenor de la documentación que obra en autos, esta Sala sólo puede coincidir con la declaración de responsabilidad del Sr. M. que se realiza en la resolución recurrida, porque:

- a) Conforme al Convenio suscrito el 8 de noviembre de 2002 entre la EMSHI y EPSAR, esta última entidad financiaba los costes de la ejecución de las obras de infraestructura de depuración de aguas y la prestación de los servicios de saneamiento y depuración que ejecutaba la primera entidad a través de EMARSA. Luego los fondos con los que esta empresa había abonado, asimismo, los trabajos de la gestión de los lodos y desbastes, objeto de este procedimiento, pertenecían a EPSAR y el perjuicio por la salida injustificada de estos fondos originó un alcance en esta entidad.
- b) El Sr. M., como Gerente de EPSAR, ostentaba la condición de cuentadante de dicha entidad, al corresponderle, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto



170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprobó el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, la dirección, gestión, administración activa e inspección de dicha entidad, así como la jefatura superior de todos los servicios y de todo el personal. En el ejercicio de sus funciones debía haber comprobado que los costes de financiación abonados correspondieran efectivamente a la ejecución de obras y prestación de servicios o suministros realizados por EMARSA y al no haberse producido esta circunstancia se deduce al menos una culpa in vigilando en la conducta del precitado, sin que se pueda escudar ésta en la insuficiencia de medios personales para así aplicar el artículo 40 de la LOTCu, como argumenta su representación procesal en su escrito de recurso.

El artículo 40 de la LOTCu recoge causas de exención -apartado 1- y de atenuación -apartado 2- de la responsabilidad subsidiaria sobre la base de la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones contables que, como establece el artículo 1104 del Código Civil (CC) está en función de la naturaleza de ésta y de las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, sin que pueda exigirse responsabilidad cuando no se pudo prever o, incluso, previendo, el resultado fuera inevitable (artículo 1105 del CC). Ahora bien, la prueba de tales circunstancias ha de enmarcarse en el artículo 217 de la LEC.

En el supuesto que nos ocupa no se podría aplicar lo señalado en este artículo, toda vez que: **1)** La responsabilidad que se imputa al Sr. M. en la resolución recurrida no es una responsabilidad subsidiaria sino directa; **2)** Las recomendaciones que hizo la Sindicatura de Cuentas de Valencia en sus respectivos Informes se refieren, como se indica en el escrito de recurso, a la insuficiencia de medios personales para el mantenimiento y control de depuración así como a la actividad derivada de la gestión, recaudación e inspección del canon, pero no a la dirección y gestión de la entidad y **3)** El Sr. M., a quien corresponde la carga de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, no ha acreditado la insuficiencia o escasez de medios personales para el ejercicio de las funciones que tenía atribuidas como Gerente de EPSAR.

- c) El artículo 29 del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, dispone que el régimen financiero de la Entidad de Saneamiento se ajustará a las disposiciones que para las empresas públicas establece la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, texto refundido aprobado por Decreto legislativo de 26 de junio de 1991 del Gobierno de Valencia (derogado por Ley 2/2015, de 6 de julio, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de subvenciones).
- d) El artículo 91 del citado Decreto 170 regula las responsabilidades de los titulares de los cargos políticos y funcionarios al servicio de la Generalitat Valenciana o de las entidades autónomas o empresas públicas en que incurran en el ejercicio de



sus funciones y el artículo 92 del mismo texto legal tipifica al alcance como infracción presupuestaria, recogándose en el artículo 93 las competencias del Tribunal de Cuentas para la exigencia de su responsabilidad.

Por ello, teniendo en cuenta que el Sr. M. originó, por dejación de sus funciones, una salida injustificada de fondos de la entidad EPSAR, que constituye un alcance tipificado como infracción presupuestaria en el artículo 92 del Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991 (aplicable en el momento en que se produjeron los hechos), sólo cabe considerar que se dan todos y cada uno de los requisitos para su imputación como responsable contable directo en los términos que se exponen en la resolución recurrida que se dan aquí por reproducidos.

DECIMOSÉPTIMO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho de esta resolución, esta Sala no puede sino desestimar los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de Don J. J. M. M. y Don E. C. C., a los que se han adherido de contrario.

Respecto a las costas causadas en esta instancia, procede su imposición a Don J. J. M. M. y Don E. C. C., al haber sido rechazadas las pretensiones formuladas en los recursos de apelación interpuestos por sus representaciones procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJCA, de aplicación por lo establecido en el artículo 80.3 de la LFTCu, sin que proceda, por el contrario su imposición por las adhesiones formuladas, al ser únicamente alegaciones y no darse los presupuestos contemplados en el artículo 85.4 de la LRJCA.

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

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de Don J. J. M. M. y Don E. C. C., a los que se han adherido de contrario, y, en consecuencia, confirmar, en todos sus términos, la Sentencia nº 18/2018, de 28 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-212/11, al que se ha acumulado el 172/13, Entidades Locales (Entidad Metropolitana de Aguas Residuales de Valencia -EMARSA-) Valencia.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta instancia a Don J. J. M. M. y Don E. C. C.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.