



TRIBUNAL DE CUENTAS

| | |
|---------------------|--|
| Resolución | <i>Sentencia</i> |
| Número/Año | <i>9/2021</i> |
| Dictada por | <i>Sala de Justicia</i> |
| Título | <i>Sentencia nº 9 del año 2021</i> |
| Fecha de Resolución | <i>27/10/2021</i> |
| Ponente/s | <i>Excmo. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez</i> |
| Sala de Justicia | <i>Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.- Presidente Excmo. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez.- Consejera Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.- Consejero</i> |
| Situación actual | <i>Firme</i> |
| Asunto: | <i>Recurso de apelación, rollo Nº 28/21, interpuesto contra la Sentencia Nº 4/2021, de 31 de mayo, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-14/20, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de Empleo y Seguridad Social -CEYSS de Venezuela), Madrid.</i> |
| Resumen doctrina: | <p><i>Los apelantes consideran que el procedimiento de concesión y control de las ayudas concedidas por la Consejería de Empleo y Seguridad Social en Venezuela no se ajustó a derecho. Entienden que los fondos correspondientes a dichas ayudas deberían haberse entregado por la Consejería directamente a los beneficiarios, sin intervención de la Fundación como intermediaria.</i></p> <p><i>La Sala entiende que la articulación de las ayudas a través de la Fundación no puede considerarse, por sí sola, un incumplimiento legal al estar constituida con arreglo a derecho y constar probado que colabora con la Administración General del Estado en diversos lugares y proyectos.</i></p> <p><i>Por otro lado, las presuntas irregularidades de organización y funcionamiento de la citada entidad puestas de relieve por el Ministerio Fiscal en su recurso no pueden enjuiciarse en el presente procedimiento pues la Sala de Justicia no puede conocer sobre cuestiones adicionales que, por su eventual naturaleza penal o disciplinaria, quedarían fuera de su competencia.</i></p> <p><i>Además, ha quedado probado que la Fundación, en el contexto de la aguda crisis económica venezolana, podía conseguir mejores tipos de cambio de moneda que la Consejería de Empleo y Seguridad Social y acceder a productos farmacéuticos y sanitarios de difícil adquisición en un mercado desabastecido.</i></p> <p><i>Los recurrentes sostienen su argumentación sobre una serie de documentos que ponen de relieve, desde luego, incumplimientos formales en la tramitación de los procedimientos, ausencia de documentación justificativa suficiente del destino dado a todos los fondos y deficiencias en algunos de los documentos obrantes en el expediente. Sin embargo, dicha documentación no permite concluir que ninguna de las cantidades transferidas por la Consejería a la Fundación se aplicara a los fines legalmente previstos.</i></p> <p><i>En estas circunstancias, no puede estimarse la pretensión de los apelantes.</i></p> |
| Síntesis: | <i>Desestimación. Sin costas.</i> |



TRIBUNAL DE CUENTAS

En Madrid, a la 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-14/20, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de Empleo y Seguridad Social – CEYSS de Venezuela), Madrid, como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado contra la Sentencia Nº 4/2021, de 31 de mayo, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, Doña Margarita Mariscal De Gante y Mirón.

El Letrado D. José Mariano Benítez de Lugo, en nombre y representación de Don J.M.G.A.V., se opuso al recurso formulado por el Abogado del Estado. La Procuradora de los tribunales Doña Cristina Bota Vinuesa, en nombre y representación de Don J.S.G.S.R. se opuso tanto al recurso formulado por el Ministerio Fiscal como al planteado por el Abogado del Estado.

Ha actuado como ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña María Antonia Lozano Álvarez, quien, previa deliberación y votación, expone la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de reintegro por alcance Nº B-14/20 se dictó, con fecha 31 de mayo de 2021, Sentencia cuya parte dispositiva establecía lo siguiente:

“IV.- FALLO

“Desestimo la demanda interpuesta por el Abogado del Estado, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, contra Don J.S.G.S.R. y Don J.M.G.A.V. Sin costas.”

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado formularon, con fechas 16 de junio y 21 de junio, ambos de 2021, respectivamente, sendos recursos de apelación contra la aludida Sentencia de primera instancia.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación, de 29 de junio de 2021, del Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, se admitieron los recursos y se dio traslado de los mismos a las demás partes a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formular, en su caso, su oposición.

CUARTO.- La representación procesal de Don J.M.G.A.V. impugnó el recurso del Abogado del Estado y la de Don J.S.G.S.R. impugnó los recursos tanto del Abogado del Estado como del Ministerio Fiscal. Ambos escritos de impugnación se formularon con fecha de 20 de julio de 2021.



TRIBUNAL DE CUENTAS

QUINTO.- El Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento resolvió, por diligencia de ordenación de 26 de julio de 2021, elevar los autos a la Sala de Justicia y emplazar a las partes a comparecer ante la misma. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se personaron mediante escritos de 28 de julio y 30 de agosto, ambos de 2021, respectivamente.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma, se acordó abrir el correspondiente rollo, constatar la composición de la Sala para conocer de los recursos, nombrar ponente, siguiendo el turno establecido, a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez y declarar concluso el recurso.

SÉPTIMO.- Los autos pasaron a la ponente en cumplimiento de diligencia de la Secretaria de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2021.

OCTAVO.- Por Providencia de 20 de octubre de 2021, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 26 de octubre de 2021, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

NOVENO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver el presente recurso de apelación 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, y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal fundamentó su recurso en los motivos siguientes:

1.-El demandado Don J.S.G.S.R. no observó el procedimiento establecido en la Orden TAS/561/2006/ de 24 de febrero y transfirió todos los fondos según los recibió a una persona jurídica venezolana privada denominada Fundación España Salud, la cual dispuso de ellos según su propio criterio, sin que la Consejería retuviese control alguno sobre la distribución, gasto y destino final de los fondos, que no ha quedado justificado.

2.- Aunque se considerase probada la autorización verbal del Director General, la misma no justificaría que el demandado dispusiera de los fondos en favor de una entidad privada extranjera prescindiendo absolutamente del procedimiento reglamentariamente establecido.

3.-La tramitación y concesión, el pago y el destino final de los fondos destinados a las ayudas no han quedado acreditados pues las explicaciones facilitadas por la Fundación España Salud no pueden resultar suficientes como medio de prueba. La Sentencia considera probado el destino de los fondos con base en las cuentas presentadas por la Fundación, que no era cuentadante, sin tener en cuenta la falta de justificación por la Consejería ni las críticas contenidas en el Informe de la Intervención General.



4.- Aunque pudiera aceptarse la bondad y conveniencia de que la Consejería hubiera podido recabar de la Fundación su ayuda desinteresada para procurar un mejor tipo de cambio del dólar al bolívar, ello no justifica la entrega de los fondos a dicha entidad sin la necesaria solicitud oficial y escrita del Consejero exponiendo a su superior jerárquico las circunstancias excepcionales concurrentes, y una resolución expresa, escrita y motivada de este. Además, la posibilidad de obtener un cambio de divisas más beneficioso a través de la Fundación concluyó con fecha 10 de marzo de 2016 y a pesar de ello se siguieron transfiriendo fondos a la misma.

5.- La Sentencia otorga plena eficacia probatoria a un mero documento privado en el que se contempla que el Director General autorizó verbalmente la intervención de la Fundación.

6.- No parece que el Director General fuera informado de que los fondos públicos españoles destinados a las ayudas a los emigrantes en situación de extraordinaria necesidad en Venezuela fueran transferidos por la Consejería a la Fundación España Salud.

7.- La Sentencia recurrida no ha dado la relevancia jurídica debida al hecho de que las peticiones, en la mayoría de los casos, no adjuntaran toda la documentación justificativa, tampoco al hecho de que podrían estarse atendiendo con cargo al programa 2 ayudas que por su naturaleza corresponderían a los programas 1 y 3, ni al hecho de que dado el elevado número de beneficiarios, la ayuda podría estar perdiendo el carácter extraordinario. Además, la Sentencia impugnada no extrae consecuencia alguna de la constatación por la Intervención General de que el sistema de control posterior de beneficiarios y ayudas fuera muy limitado y prácticamente inexistente ni de las deficiencias y carencias de la documentación aportada a la Intervención por la Consejería.

8.- La Sentencia apelada está razonada pero, a juicio de la Fiscalía, no es razonable porque no explica por qué se da prevalencia a la Información procedente de la Fundación sobre la aportada, a través de su informe, por la Intervención General, la aportada por la Abogacía del Estado, la obrante en las Actuaciones Previas, la procedente de la Inspección General de Servicios del Ministerio, la incluida en los expedientes disciplinarios y otros documentos de interés.

9.- Se ha producido en la primera instancia error en la valoración de la prueba pues se ha llevado a cabo una valoración fragmentaria de la misma, lo que no permite el derecho.

10.- La Sentencia no ha tenido en cuenta los siguientes hechos relevantes y acreditados:

- a) Detrás de la Fundación España Salud, que es teóricamente una entidad sin ánimo de lucro, se esconde un provechoso negocio mercantil que lleva años aprovechándose de la colonia española en Venezuela y de los fondos públicos de ayuda del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- b) El Sr. S.R. tenía dos adjuntos en la Consejería y ambos fueron objeto de sanciones disciplinarias.



TRIBUNAL DE CUENTAS

- c) La Sentencia otorga plena eficacia probatoria a la información procedente de diversas personas en las que concurren vínculos simultáneos con la Consejería y con la Fundación, lo que debería poner en tela de juicio la prueba procedente de las mismas:
- El demandado Sr. S.R.
 - El Jefe de Administración Financiera en la Consejería.
 - El Presidente de la Fundación España Salud.
 - El Tesorero de la Fundación.
 - El dueño del edificio donde tenía sus oficinas en arrendamiento la Consejería.
- d) La auditoría de cuentas de la Fundación, entidad que a pesar de su naturaleza no lucrativa tiene 15 millones de dólares situados off shore, y especula con los fondos públicos españoles suscribiendo bonos de la deuda pública estadounidense y venezolana. Las cuentas de la Fundación no merecen fiabilidad dadas las circunstancias concurrentes en el Tesorero y por no haber sido auditadas.
- e) El Informe de la Intervención General, que recoge las limitaciones y deficiencias de la documentación aportada por la Fundación.
- f) La existencia de listados duplicados entre los entregados por la Fundación. Los listados aportados en 2020 se refieren a prestaciones sanitarias del programa 3 y no a ayudas extraordinarias del programa 2. Estas últimas ayudas ya se cubrían con otros fondos.
- g) Los beneficiarios inexistentes de la Fundación. Se cita como beneficiarias a personas asistidas en el Hogar de San José de las Hermanitas de los Ancianos Desamparados de Caracas, que nunca recibieron ayudas del programa 2. El Sr. R.N., en su expediente disciplinario, reconoció que confeccionó expedientes y los listados del programa 2 para 2015 sin presencia física ni solicitud de los interesados, sobre la base de las listas de perceptores de medicamentos de los ejercicios anteriores facilitadas por la Fundación, sin comprobar la situación de necesidad ni seguir el procedimiento, y sin realizar pago alguno a los beneficiarios, que lo recibirían en especie de la Fundación.

11.- No ha quedado acreditada la responsabilidad contable del Sr. G.A., bien porque no dispuso de los fondos, bien porque no lo hizo con dolo o negligencia grave.

Con base en los motivos expuestos, la Fiscalía solicita que se dicte nueva Sentencia condenando a Don J.S.G.S.R. y manteniendo la absolución de Don J.G.A.V.

TERCERO.- La Abogacía del Estado interpuso su recurso con base en los motivos siguientes:

1.- Las cantidades transferidas por la Consejería de Empleo y Seguridad Social de Venezuela a la Fundación España Salud quedaron fuera de cualquier control que permitiera justificar su destino real y, en consecuencia, el cumplimiento del objetivo establecido en la Orden TAS/561/2006, de



24 de febrero, en lo relativo al programa 2. Dicho objetivo establece ayudas que deberían darse directamente a los beneficiarios y solo para suministro de medicamentos y servicios sanitarios.

2.- La ilegalidad de las transferencias enjuiciadas se desprende de los siguientes documentos:

- a) Informe de Control Financiero de la Intervención General de la Administración del Estado.
- b) Acta de liquidación provisional positiva practicada en las actuaciones previas del presente procedimiento de reintegro por alcance.
- c) Informe de la Inspección General de Servicios del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- d) Resolución sancionadora disciplinaria a Don J.L.R.N.
- e) Documentación de los expedientes de las ayudas del Programa 2.
- f) Informe aclaratorio aportado por el Consejo Actual a las actuaciones previas.

3.- De la declaración de las partes demandadas en el acto del juicio se desprende la falta de expediente que soportara las transferencias y la ausencia de justificación del destino dado a las mismas.

4.- La Sentencia impugnada considera acreditado que el destino de parte de los fondos financiados a través del Programa 2 fue distinto del previsto en dicho programa.

5.- Los listados remitidos por la Fundación en los que se hace constar el destino de las cantidades no han sido cotejados con la documentación obrante en la Consejería. Posiblemente, tales listados se refieren a otras actividades de la Fundación ajenas al Programa 2.

6.- La Fundación contaba, para atender a otros fines no previstos en el Programa 2, con otros fondos distintos de los asignados a la financiación de dicho programa.

7.- Si la falta de justificación del destino de las ayudas se pone en conexión con el hecho de que la Fundación tenía fondos millonarios en el extranjero, se llega a la conclusión de que las cantidades se pudieron destinar a cualquier fin, propio o impropio del objeto de la Fundación.

8.- La competencia del Director General de Migración para exceptuar determinados requisitos formales en la inversión de estas ayudas, aunque está legalmente prevista, no puede interpretarse en el sentido en el que lo hace la Sentencia impugnada. Esta posibilidad solo se refiere a que en casos concretos y con carácter previo a su concesión el Director General puede excepcionar alguno de los requisitos formales para la obtención de la ayuda, como podría ser no tener que acreditar alguna exigencia o poder entregar los fondos de un modo menos formal.

Lo que no cabe dentro de esta competencia es hacer una manifestación escrita, años después de los hechos, afirmando que conocía cómo se estaban gestionando esas ayudas y que, dadas



las circunstancias extraordinarias existentes en Venezuela, le parecía bien. Esta declaración no puede tener la relevancia jurídica que le otorga la Sentencia apelada y ello por las razones siguientes:

- No supone una resolución de exención de requisitos formales sino un simple apoyo, a posteriori, a una decisión que en realidad adoptó el Sr. S.
- Con lo que manifestó estar de acuerdo el Director General fue con buscar la colaboración de la Fundación no con transferir los fondos para que esta los gestionase sin control alguno.
- La declaración examinada no tiene valor probatorio porque pudo realizarse con fines autoexculpatorios.

9.- La situación excepcional de Venezuela cuando se produjeron los hechos no justifica que se prescindiera total y absolutamente del procedimiento para la concesión y control de las ayudas.

10.- Concurren en los dos demandados los requisitos de la responsabilidad contable por alcance de acuerdo con la normativa aplicable y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Con base en los motivos expuestos, El Abogado del Estado solicita la estimación del recurso y la revocación de la Sentencia recurrida.

CUARTO.- La representación procesal de Don J.S.G.S.R. se opuso a los recursos del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal con base en los motivos siguientes:

1. En la tramitación del Programa de Ayudas cuya gestión y responsabilidad se mantuvo en la Consejería, se siguió el procedimiento establecido, de forma que, a la vista de las solicitudes se verificó la instrucción del procedimiento mediante la emisión de los correspondientes informes por parte de los empleados de la Consejería (incluido el Informe Social emitido por el correspondiente trabajador social) en virtud de los cuales se formulaba la propuesta y el Consejero dictaba la resolución, que cuando era estimatoria determinaba la entrega de la ayuda al beneficiario.
2. La situación extraordinariamente grave de crisis que asolaba Venezuela caracterizada, en lo que afecta al asunto, por el tipo de cambio y por la situación de desabastecimiento generalizada, obligó a la Consejería a adoptar soluciones extraordinarias para hacer frente a las necesidades existentes y a las finalidades que justificaban el otorgamiento de las ayudas. Para ello se aprobó el acuerdo con la Fundación, que posibilitaba un incremento sustancial de los recursos económicos en virtud del tipo de cambio aplicable, así como la obtención real y efectiva de productos que los españoles beneficiarios de las ayudas necesitaban y que no podrían haber encontrado en un mercado desabastecido.



3. Consta en los autos una declaración del Director General en la que se refleja que el demandado le comunicó verbalmente que había decidido buscar la colaboración con la Fundación para desarrollar el Programa 2 en atención a las circunstancias excepcionales existentes en Venezuela y que, en función de lo explicado y de la realidad de las cosas, considera que la decisión adoptada por el Sr. S. resultaba adecuada, apropiada y justificada para la consecución de los objetivos o fines del Programa 2 en el concreto supuesto de hecho.
4. Se ha acreditado con numerosa documentación la existencia, con carácter general, de los expedientes a los que se aludió en las actuaciones; no solo con los listados remitidos, que constituyen prueba admisible y adecuada, sino con documentos concretos de expedientes obrantes en las actuaciones (algunos de los cuales fueron identificados en la contestación a la demanda y en el acto público de prueba y conclusiones) en los que se reflejan solicitudes, documentos acreditativos, informes, propuestas, acuerdos de concesión y documentos de recepción.
5. No hubo cesión de la competencia, por la Consejería a la Fundación, sino mera colaboración, como quedó acreditado por el hecho de que la tramitación de los expedientes se realizaba en la Consejería.
6. La Sentencia apelada se ajusta a derecho tanto en su fundamentación como en su parte dispositiva.
7. Los recursos del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal introducen cuestiones ajenas al presente procedimiento y a la Sentencia recurrida.
8. El Escrito del recurso del Abogado del Estado reconoce que el tipo de cambio en Venezuela era absolutamente desproporcionado y que había importantes problemas de suministro de bienes de primera necesidad y, especialmente, de medicamentos. Por su parte, también el Ministerio Fiscal reconoce en su recurso la situación de crisis económica y política en Venezuela en 2015 y 2016. El Fiscal indica, además, que la Fundación pudo encontrar mejores condiciones de cambio.
9. El recurso de la Fiscalía considera que hubiera sido necesaria una solicitud oficial y escrita del demandado y una resolución expresa, escrita y motivada del Director General, pero no explica qué norma da cobertura a la exigencia de ese tipo de resolución.
10. El recurso formulado por el Ministerio Fiscal se limita a reiterar lo ya argumentado en instancia, a reflejar su discrepancia con la Sentencia y a tratar de sustituir el juicio de la Consejera que dictó la Sentencia por el del apelante. Lo mismo cabe decir de la impugnación planteada por el Abogado del Estado.



11. El recurso del Ministerio Fiscal incurre en contradicciones al pedir la condena de un demandado y la absolución de otro pese a reconocerles conductas similares aunque en fechas distintas.
12. La mera reproducción de los argumentos expuestos en primera instancia sin aportar en el recurso una crítica de la Sentencia impugnada, debería conducir a su inadmisión de acuerdo con la Jurisprudencia. La apelación no puede limitarse a una mera repetición del debate procesal de la primera instancia.
13. El Ministerio Fiscal incluye en su recurso aspectos que suponen una modificación indebida de la pretensión que había formulado en la primera instancia.
14. La valoración de la prueba que efectúa la Sentencia y la relación de hechos probados incorporada a la misma son correctas y no hay razón jurídica que fundamente su revisión.
15. Los meros incumplimientos formales en la tramitación de un expediente no implican, por sí solos, responsabilidad contable si no van acompañados de un menoscabo de los fondos públicos.
16. La organización y el funcionamiento de la Fundación se ajustaron a derecho.

Con fundamento en los motivos expuestos, la representación procesal de Don J.S.G.S.R. se opuso a los recursos de apelación formulados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, solicitó la desestimación de los mismos y la confirmación de la Sentencia apelada.

QUINTO.- La representación procesal de Don J.M.G.A.V. se opuso al recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado y lo hizo con fundamento en las siguientes alegaciones:

1. Resulta acertada la conclusión del Ministerio Fiscal de que el Sr. G.A.V. debe ser absuelto.
2. El citado demandado fue el denunciante del irregular procedimiento que se seguía en la Consejería, por lo que está sujeto a la protección que deriva de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa Nº 2019/1937, de 23 de noviembre, relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del derecho de la Unión, que prohíbe cualquier forma de represalia contra el denunciante y que este incurra en responsabilidad jurídica como consecuencia de su denuncia.
3. El demandado negó haber ordenado la transferencia litigiosa y aseguró que de existir una firma suya disponiendo el pago, la firma sería falsa. La Abogacía del Estado no ha probado que el Sr. G.A.V. firmara la aludida transferencia, circunstancia que se hallaba dentro de la carga de la prueba que le incumbía.
4. Subsidiariamente, se alega que:



- La Intervención Delegada no incluyó al demandado como posible infractor en las irregularidades aquí enjuiciadas.
 - La Inspección de Servicios reconoció que las actuaciones inspectoras estaban originadas por la denuncia del demandado y que ello culminó con expedientes disciplinarios a terceros.
5. La Sentencia impugnada considera acertadamente que:
- Para el singular procedimiento de entregar las cantidades a la Fundación España Salud, se contaba con la aquiescencia del Director General de Migraciones.
 - La mencionada Fundación aportó relación detallada de los destinatarios de las ayudas, acreditación de que las cantidades se destinaron a las finalidades normativamente establecidas y, por tanto, prueba de la inexistencia de menoscabo en los fondos públicos.
6. La Abogacía del Estado reconoce que la declaración del demandado en el juicio resulta verosímil, pero luego solo le concede relevancia en lo que resulta perjudicial para el declarante.
7. La Abogacía del Estado afirma en su recurso que es imposible saber a qué se destinaron los fondos del Programa 2, siendo tal circunstancia de su incumbencia probatoria.
8. La cuestión que se debate no es dilucidar si era posible prescindir del procedimiento establecido, como sostiene el Abogado del Estado, sino si esa hipotética irregularidad jurídica supuso un perjuicio para los caudales públicos.
9. El Abogado del Estado, en su demanda:
- Reconoce que la Fundación recibía los importes para los destinatarios para que se encargara de la gestión de esos fondos.
 - Indica que el hecho sustancial que constituye la única irregularidad fue la transferencia de las cantidades a la Fundación.
 - Afirma, en referencia al Informe de la Intervención Delegada, que no existe certeza de la materialización de los fondos transferidos a la Fundación en ayudas a los beneficiarios de las mismas.
 - Admite que se desconoce si los fondos han podido llegar a todos los destinatarios pues resulta imposible comprobar el destino real de las partidas.

A pesar de las expresadas dudas y carencias probatorias, la Abogacía del Estado pretende que se condene al Sr. G.A.V.



Con base en los motivos expuestos, la representación procesal de Don J.M.G.A.V. solicita la confirmación de la Sentencia impugnada, en lo relativo a la absolución del mismo, y la condena en costas al Abogado del Estado recurrente.

SEXTO.- Una vez expuestas las alegaciones de las partes debe esta Sala empezar por determinar si, a la vista de las mismas, los hechos enjuiciados deben considerarse o no constitutivos de un alcance en los fondos públicos, en el sentido en el que se recoge esta figura jurídica en el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Los apelantes consideran que el procedimiento de concesión y control de las Ayudas concedidas al amparo del Programa 2 de la Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero, por la Consejería de Empleo y Seguridad Social en Venezuela, por valor de 251.005,48 euros de principal durante 2015 y 2016, no se ajustó a derecho. Entienden los impugnantes que los fondos correspondientes a dichas ayudas deberían haberse entregado por la Consejería directamente a los beneficiarios, sin intervención de la Fundación España Salud como intermediaria. Consideran, además, que se incumplieron diversos trámites en las tramitaciones y no se ejerció el debido control del destino dado a los fondos.

Estos argumentos del recurso deben analizarse a la vista de dos hechos concurrentes en las fechas en que se produjeron las salidas de fondos objeto de la controversia procesal: fluctuaciones extraordinarias en el tipo de cambio de moneda y desabastecimiento de todo tipo de bienes y, en particular, de medicamentos, todo ello como consecuencia de la aguda crisis económica que padecía Venezuela.

Ambos hechos han sido reconocidos por los recurrentes pero discrepan de la relevancia jurídica que les atribuye la Sentencia de primera instancia, que consideran desmesurada.

Debe esta Sala de Justicia, por tanto, examinar las consecuencias que desde el punto de vista de la interpretación y aplicación del derecho positivo genera una situación de excepcionalidad económica como la que ha quedado probado que experimentaba Venezuela en los años 2015 y 2016. Para ello, hay que distinguir dos tipos de normas:

- a) Normas jurídicas de naturaleza excepcional, esto es, dictadas para dar respuesta a situaciones de crisis extrema que ya se han producido. De acuerdo con el artículo 4.2 del Código Civil deben ser objeto de interpretación restrictiva ya que dicho precepto indica que las normas excepcionales *“no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”*.
- b) Normas jurídicas de naturaleza común, esto es, las que no se han dictado con ocasión de la crisis extrema producida pero deben aplicarse en el contexto generado por la misma. Para estos casos, el título preliminar del Código Civil establece la necesidad de una interpretación flexible, que suponga que:
 - Las normas se interpreten de acuerdo con la realidad social del momento en que deban aplicarse.



- Las normas se apliquen tomando en consideración el criterio de equidad.

La Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero, por las que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas asistenciales correspondientes a los programas de actuación en favor de los emigrantes españoles no residentes en España no es una norma de derecho excepcional dictada para abordar consecuencias de la profunda crisis económica venezolana de aquellos años, sino una norma de derecho común aplicable con carácter general a determinado tipo de ayudas destinadas a beneficiarios de nacionalidad española residentes en el extranjero.

En consecuencia, estima esta Sala de Justicia que los requisitos formales de tramitación que se prevén en dicha Orden no pueden interpretarse, a los efectos de una posible declaración de responsabilidad contable, con el rigor que solicitan los recurrentes y ello sin perjuicio de que desde la perspectiva del control interno o desde la vertiente disciplinaria se hayan podido detectar irregularidades en el contenido de diversos expedientes.

La articulación de las ayudas a través de la Fundación España Salud no puede considerarse, por sí sola, un incumplimiento legal por las siguientes razones:

- Dicha Fundación está constituida con arreglo a derecho y consta probado que colabora con la Administración General del Estado en diversos lugares y proyectos. Las presuntas irregularidades de organización y funcionamiento de la citada entidad puestas de relieve por el Ministerio Fiscal en su recurso, no pueden enjuiciarse en el presente procedimiento de reintegro por alcance pues el objeto del mismo es determinar si las ayudas articuladas a través de la citada entidad tuvieron la finalidad que legalmente les correspondía, no pudiendo conocer esta Sala de Justicia sobre cuestiones adicionales que por su eventual naturaleza penal o disciplinaria quedarían fuera de su competencia.
- Ha quedado probado que la Fundación España Salud, en el contexto de la aguda crisis económica venezolana, podía conseguir mejores tipos de cambio de moneda que la Consejería de Empleo y Seguridad Social y acceder a productos farmacéuticos y sanitarios de difícil adquisición en un mercado desabastecido de ellos. Estas circunstancias implicaban una mayor efectividad de las ayudas y, consecuentemente, un mejor servicio público para los beneficiarios.
- La posibilidad de acuerdos de colaboración entre la Consejería y otras entidades públicas o privadas para la gestión de actuaciones relacionadas con este tipo de ayudas tiene fundamento jurídico en la Disposición Final Primera de la Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero.

Por otro lado, también ha quedado demostrado que la competencia para disponer de los fondos asignados para dichas ayudas se mantuvo en la Consejería de Empleo y Seguridad Social, habiéndose otorgado a la Fundación España Salud únicamente la facultad de gestión de las



mismas y ello en ejecución de una colaboración concertada con la citada Consejería, que así lo decidió en el ejercicio de sus competencias por las razones de excepcionalidad antes descritas.

Por lo demás, la propia Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero, en su disposición adicional única, permite que en situaciones de excepcionalidad se puedan tramitar los expedientes de las ayudas omitiendo algunos requisitos formales.

SÉPTIMO.- Por otra parte, la mera concurrencia de deficiencias de tramitación administrativa y presupuestaria no puede implicar por sí sola responsabilidad contable, se precisa que además el procedimiento irregularmente seguido haya dado lugar a un saldo deudor injustificado o a una falta de numerario en el erario público, en definitiva que haya ocasionado un daño real, efectivo, económicamente evaluable e identificado respecto a concretos caudales o efectos públicos (artículos 72.1 y 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Como concreta acertadamente el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia apelada: *“La parte demandante pide que se declare alcance por el importe total de las transferencias realizadas a la Federación...su pretensión incluye todas las cantidades transferidas sin impugnar alguna concreta partida o expediente”*.

Los apelantes consideran que la pretensión que plantearon en la primera instancia estaría fundamentada, principalmente, en los siguientes documentos:

- Informe de Control Financiero de la Intervención General de la Administración del Estado.
- Acta de liquidación provisional positiva practicada en las actuaciones previas del presente procedimiento de reintegro por alcance.
- Informe de la Inspección General de Servicios del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Resolución sancionadora disciplinaria a Don J.L.R.N.
- Informe aclaratorio aportado por el Consejo Actual a las actuaciones previas.

Los citados documentos ponen de relieve, desde luego, incumplimientos formales en la tramitación de los procedimientos, ausencia de documentación justificativa suficiente del destino dado a todos los fondos y deficiencias en algunos de los documentos obrantes en el expediente. Sin embargo, dicha documentación no permite concluir que ninguna de las cantidades transferidas por la Consejería a la Fundación se aplicara a los fines legalmente previstos.

De hecho, constan en autos dos tipos de documentos que prueban que al menos algunos de los fondos transferidos sí fueron aplicados a los objetivos que jurídicamente correspondía:



- a) Expedientes relativos a estas ayudas aportados por la Consejería en los que constan:
- Informes sociales.
 - Informes médicos.
 - Algunas solicitudes firmadas.
 - Declaraciones de posibles beneficiarios de las ayudas sobre su situación.
 - Resoluciones de concesión de algunas ayudas.
 - Algunos recibís firmados por los beneficiarios.
- b) Documentación procedente de la Fundación España Salud:
- Informe de 13 de noviembre de 2020 indicando cantidades que se destinaron a la compra de productos para su entrega a los beneficiarios de las ayudas.
 - Listados en los que se especifica el destino de cada una de las ayudas, la identidad de algunos perceptores, importes asignados a los mismos, fechas y objeto de algunas prestaciones realizadas (aportaciones económicas directas o medicamentos, pañales, asistencia sanitaria, etc.).

El examen de este material probatorio permite extraer dos conclusiones:

- a) Ha quedado probado que algunas ayudas tuvieron el destino material que jurídicamente les correspondía.
- b) No ha quedado probado que alguna ayuda concreta, definida, individualizada y determinada se haya aplicado a finalidades diferentes de las legalmente previstas.

En estas circunstancias, no puede estimarse la pretensión de los apelantes puesto que, una vez probado el destino jurídicamente correcto que se dio a determinados fondos, les incumbía la carga de demostrar que otros no fueron debidamente utilizados, para lo que tendrían que haber indicado las sumas y ayudas concretas indebidamente aplicadas, información que no se ha aportado a los autos.

El criterio que se acaba de exponer coincide con el establecido por esta Sala de Justicia en supuestos similares, así Sentencia 19/2013, de 17 de septiembre, que confirmó la de primera instancia de 8 de junio de 2012.

OCTAVO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado deben desestimarse los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado y confirmarse la Sentencia recurrida.

NOVENO.- En cuanto a las costas, de acuerdo con los artículos 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 394 de la Ley 1/2000, de 1 de enero:



TRIBUNAL DE CUENTAS

- a) No procede su imposición al Abogado del Estado puesto que, pese a haberse desestimado su pretensión impugnatoria, la misma se sustentaba, entre otros extremos, en la concurrencia, que ha quedado acreditada, de incumplimientos formales en la tramitación de las ayudas objeto del presente enjuiciamiento.
- b) El Ministerio Fiscal está exento legalmente de las costas del proceso.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar los recursos de apelación formulados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia Nº 4/2021, de 31 de mayo, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en el procedimiento de reintegro por alcance Nº B-14/20, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de Empleo y Seguridad Social – CEYSS de Venezuela), Madrid, quedando confirmada la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Sin costas.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.