TRIBUNAL DE CUENTAS

Detalles del documento

SENTENCIA nº A184/11 año 2012 dictada por DEPARTAMENTO PRIMERO

Información sobre el documento :

Resolución SENTENCIA nº A184/11 año 2012 dictada por DEPARTAMENTO PRIMERO

Número: A184/11

Año: 2012

Tipo de Documento: SENTENCIA

Sección: ENJ: DEPARTAMENTO PRIMERO

Asunto: Procedimiento de reintegro por alcance nº A184/11, ramo de Comunidades Autónomas, Empresa Hispanagua, S.A.U., Ejercicio 2005-2007, Provincia de Madrid

Fecha de Resolución: 04/12/2012

Dictada por: ENJ: DEPARTAMENTO PRIMERO

Ponente: EXCMA SRA DÑA MARÍA ANTONIA LOZANO ÁLVAREZ

Sala de Justicia:

Resumen doctrina:

Voces:

CARGA DE LA PRUEBA
COSTA PROCESALES
DAÑO DE LOS FONDOS PUBLICOS
INFORMES DE FISCALIZACION (VALOR PROBATORIO)

Situación Actual:

Texto

En Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil doce.

Vistos por mí, María Antonia Lozano Álvarez, Consejera del Tribunal de Cuentas los presentes autos seguidos ante este DEPARTAMENTO PRIMERO por el PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR ALCANCE nº A184/11, del Ramo de Comunidades Autónomas (Informe de fiscalización empresa Hispanagua, S.A.U, ejercicios 2005, 2006, 2007), ámbito territorial de la provincia de Madrid, en el que el letrado Don Gonzalo Stampa Casa, en representación de la empresa pública Hispanagua, S.A.U, ha ejercitado demanda de responsabilidad contable contra Don Jaime L. G., representado por el letrada Doña Elena Regúlez Morales y contra Doña Susana R. T., representada por el letrado Don Miguel A. Gómez de Liaño Botella. El Ministerio Fiscal no se adhirió a la demanda.

En nombre del Rey.

He pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento de reintegro por alcance fue turnado al Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento por diligencia de reparto de 25 de noviembre de 2011. El mismo trae causa de las Actuaciones Previas nº 126/11-0, instruidas por Delegado Instructor del Tribunal de Cuentas. En el mismo se acordó anunciar mediante edictos los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable y emplazar al Ministerio Fiscal y al representante legal de la empresa Hispanagua, S.A.U, para que comparecieran en autos.

SEGUNDO.- Personado en las actuaciones el Ministerio Fiscal y el abogado Don Adolfo Perez de la Cruz, en representación de la empresa Hispanagua, S.A.U, se acordó dar traslado de las actuaciones a este último para que dedujera la oportuna demanda. Con fecha 23 de febrero de 2012 la citada empresa designó a Don Gonzalo Stampa Casas como nuevo letrado.

TERCERO.- Con fecha 14 de marzo de 2012, el letrado de Hispanagua, S.A.U, interpuso demanda de procedimiento de reintegro por

alcance contra Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T., en la que solicitó que fueran condenados, como responsables contables directos, al reintegro de 62.089 euros.

CUARTO.- Por decreto de 23 de marzo de 2012 se acordó admitir a trámite la demanda interpuesta, emplazar a Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T. y darles traslado de la demanda para que la contestasen.

QUINTO.- Don Jaime L. G. se personó en las actuaciones el 3 de abril de 2012, otorgó poder apud acta a favor de la letrada Doña Elena Regúlez Morales, y contestó a la demanda con fecha 17 de abril de 2012.

SEXTO.- Doña Susana R. T. se personó en las actuaciones con fecha 10 de abril de 2012, otorgó poder apud acta a favor del letrado Don Miguel A. Gómez de Liaño Botella, y contestó a la demanda con fecha 4 de mayo de 2012.

SÉPTIMO.- La cuantía del procedimiento se fijó en 62.089 euros y se acordó que el proceso siguiera los trámites previstos en la LEC de 7 de enero de 2000 para el juicio declarativo ordinario.

OCTAVO.- Una vez admitidos los escritos de contestación a la demanda, se acordó emplazar a las partes para la celebración de la audiencia prevista, que se fijó para el 19 de septiembre de 2012.

En la citada vista el Ministerio Fiscal manifestó que no ejercitaba pretensión de responsabilidad contable. A continuación, la Consejera acordó resolver la falta de legitimación pasiva, alegada por Doña Susana R. T., en la sentencia que pusiera fin al procedimiento en esta primera instancia, al tratarse de una cuestión ad causam.

Seguidamente acordó recibir el procedimiento a prueba y una vez oídas las partes admitió las pruebas propuestas, consistentes en la documental, así como en el examen de testigos y testigos-peritos. Las partes mostraron su protesta por las pruebas no admitidas.

NOVENO.- Con fecha 21 de noviembre de 2012 tuvo lugar el juicio previsto en los artículos 431 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se practicó el examen de los testigos y testigos-peritos.

Seguidamente se acordó oír las conclusiones de las partes intervinientes. La parte actora se ratificó en su escrito de demanda y los demandados solicitaron una sentencia desestimatoria. Finalmente la Consejera declaró el pleito concluso y visto para sentencia.

II- HECHOS PROBADOS

Los hechos que se declaran probados lo son en virtud de las pruebas documentales obrantes en las actuaciones previas y en las diligencias preliminares, así como las aportadas por las partes y la testifical practicada a presencia judicial.

PRIMERO.- En el periodo septiembre 2004-julio 2005 Don Jaime L. G. ostentó el cargo de Jefe del Departamento Comercial, Informática y Comunicaciones en la empresa Hispanagua, S.A., y de agosto de 2005 a septiembre de 2006 de Jefe del Área de Servicios Comerciales, cesando en dicho puesto en octubre de 2006, fecha en que fue sustituido por Don José María R..

Doña Susana R. T. ostentó durante el mismo periodo el cargo de Técnico del Departamento Comercial, si bien estuvo de baja por maternidad desde el 18 de marzo de 2005 hasta el 7 de julio de 2005 y del 15 de enero de 2007 al 6 de mayo de 2007. Asimismo, estuvo de baja por enfermedad común desde el 23 de noviembre de 2006 al 14 de enero de 2007. Folios 152 a 159 de las actuaciones previas y 15 y siguientes de la pieza principal.

SEGUNDO.- Con fecha 3 de enero de 2002 la empresa Hispanagua, S.A. contrató a Morer 99, S.L. la realización de trabajos relativos a las obras que el Departamento de Obras y Proyectos realizase en el ámbito de la Comunidad de Madrid, por un año prorrogable, devengándose por dichos trabajos los precios que figuran en el anexo I del referido contrato, más IVA. También se estableció que "Anualmente ambas partes acordarán, en su caso, revisar los precios estipulados". El citado contrato se dio por finalizado por la sociedad Morer 99, S.L. el 31 de marzo de 2007. Folios 74 a 79 de las actuaciones previas.

La citada empresa presentó, entre otras, las siguientes facturas por trabajos realizados (anexos 14 y 26 del informe de la sociedad KPMG Asesores, S.L., Forensic, de 13 de mayo de 2008):

- Mayo de 2005: Facturas nº 3259, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264 y 3234, por importe total de 32.395,61 euros.
- Mayo de 2006: Facturas nº 3550, 3551, 3552, 3553, 3554 y 3555, por importe total de 32.335,76 euros.

TERCERO.- Con fecha 1 de julio de 2006 la empresa Hispanagua, S.A. contrató con Silvalex, S.L. la realización de ciertos trabajos que se detallan en el propio contrato, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, devengándose por ellos los precios que figuran en el anexo I del mismo, más IVA. El citado contrato se dio por finalizado por Hispanagua, S.A. en abril de 2007. Folios 80 a 93 de las actuaciones previas.

La citada empresa presentó por trabajos realizados, entre otras, las facturas nº 500/06, 501/06, 502/06, 503/06, 504/06 y 506/06, de noviembre de 2006, por importe total de 45.509,99 € (anexos 36 del informe de la sociedad KPMG Asesores, S.L., Forensic, de 13 de mayo de 2008).

CUARTO.- En el Informe de Fiscalización de la Actividad Económica de la Empresa Hispanagua, S.A. de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Consejo de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid el 27 de julio de 2010, en su epígrafe II.2.2.2 A), se recoge que del examen de la documentación facilitada por el Departamento Jurídico de la citada sociedad se desprende lo siguiente:

"- Mayo 2005 y 2006: (…) se están facturando por subcontratistas, trabajos realizados por personal de Hispanagua, y no se ha podido verificar si los trabajos incluidos en las relaciones valoradas se han realizado por personal de la contrata, por falta de información.

- Noviembre de 2006: (…) parte de los trabajos facturados han sido realizados por personal de Hispanagua...".

(Folios 74 y 75 del Informe de Fiscalización, anexo II de las diligencias preliminares.)

QUINTO.- La sociedad KPMG Asesores, S.L., Forensic, elaboró, con fecha 13 de mayo de 2008, un informe pericial a instancia de los representantes del grupo Canal de Isabel II, S.A., sobre las irregularidades detectadas en el departamento de servicios comerciales de

Hispanagua, S.A. (Caja dos de las actuaciones previas). El mismo se limitó, y así lo dice, al estudió con carácter general del procedimiento de contratación, compras y pagos del área de servicios comerciales para los principales proveedores y se centró exclusivamente en las operaciones con las empresas Morer, 99, S.A. y Silvalex, S.L. (Folio 8 del referido informe, apartados 4 y 5).

En el mismo se concluye que existe una "Sobrevaloración de los trabajos facturados por MORER y SILVALEX en el Área de Servicios Comerciales, es decir, las facturas y por consiguiente los pagos efectuados a MORER y SILVALEX no se corresponden con los trabajos reales efectuados por ambos subcontratistas, durante el periodo de 2005 y 2006.

Evidencias encontradas:

- Las facturas que emitía MORER y SILVALEX no se correspondían con los trabajos llevados a cabo por sus trabajadores, sino que se efectuaban trabajos que hacían los propios trabajadores de HISPANAGUA, o bien trabajos que no se llevaban a cabo.
- Además dichas facturaciones contemplaban unos precios por trabajo realizado, que no estaban recogidos en los contratos. También hemos evidenciado que se facturaban ciertos tipos de trabajo cuando realmente se habían realizado otros de precio muy inferior, sobrevalorando de esta manera las facturas"

SEXTO.- Los citados hechos fueron denunciados ante la Jurisdicción penal con fecha 22 de mayo de 2008 y dieron lugar a las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado nº2381/08, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid, en las que se dictó, con fecha 11 de julio de 2011, auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, que fue recurrido en apelación y desestimado mediante el auto nº 393/12, de 12 de marzo de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid. Folios 55 y siguientes del anexo I de la pieza principal.

SÉPTIMO.- Por los citados hechos se incoaron expedientes disciplinarios a diversos trabajadores de la empresa Hispanagua, S.A., entre ellos a Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T., quienes fueron despedidos de la empresa con fecha 21 de noviembre de 2007. Documentos 1.1 y 1.2 de las actuaciones previas, caja 3.

Con fecha 22 de septiembre de 2008 el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, Sección 6, de Madrid, dictó sentencia en el rollo nº RSU 3221-08, en la que acordó desestimar el recurso interpuesto por Doña Susana R. T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, con fecha 11 de marzo de 2008, y confirmar el despido disciplinario de la recurrente. Documento 4.2 de las actuaciones previas, caja 4.

Con fecha 23 de diciembre de 2008 el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, Sección 5ª, de Madrid, dictó la sentencia nº 1071, en la que acordó estimar el recurso interpuesto por Hispanagua, S.A.U, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, con fecha 1 de abril de 2008, y declarar el despido disciplinario de Don Jaime L. G. procedente. Documento 4.1 de las actuaciones previas, caja 4.

OCTAVO.- Con fecha 12 de junio de 2012 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 1507/2007, en la que se estimó la demanda interpuesta en su día por Morer 99, S.L., contra Hispanagua, S.A., y se condenó a esta última a abonar a la actora 306.662,91 euros, más intereses y costas, en concepto de facturas no abonadas correspondientes a la ejecución del contrato firmado entre las partes el 3 de enero de 2002. Folios 6 y siguientes de la pieza separada de prueba de Don Jaime L..

III- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable de aquéllos que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, de acuerdo con el artículo 2, apartado b) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982, siendo competente para dictar la presente resolución la Consejera de Cuentas que la suscribe, en virtud de la diligencia de reparto de 25 de noviembre de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52, 53 y 61 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEGUNDO.- La pretensión de responsabilidad contable planteada por el representante legal de la empresa Hispanagua, S.A. se concreta en que sea declarada la existencia de un perjuicio en los fondos públicos por importe total de 62.089 euros y que sean condenados, como responsables contables directos, Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T.. Alega la parte actora que:

- A principios de 2007 se descubrieron graves irregularidades en la gestión de las relaciones contractuales y comerciales con dos subcontratistas de Hispanagua, S.A.U: las mercantiles Morer y Silvalex.
- El importe reclamado, que asciende a 62.089 euros, corresponde a los siguientes conceptos:
- Mayo de 2005: El total neto facturado por Morer asciende a 32.785 € (facturas 3259 a 3264 y 3234) y el importe facturado de forma irregular a 25.971 €.
- Mayo de 2006: El total neto facturado por Morer asciende a 32.335,76 € (facturas 3550 a 3555) y el importe facturado de forma irregular a 14.165 €.
- Noviembre de 2006: El total neto facturado por Silvalex asciende a 45.500,99 € (facturas 501/06 a 504/06 y 506/06) y el importe facturado de forma irregular a 21.953 €.
- En la confección irregular de estas facturas, el Sr. L. G. y la Sra. R. T. tuvieron una participación activa y directa. Ambos, trabajadores en plantilla de Hispanagua, S.A., actuaron sin el conocimiento ni autorización de sus superiores jerárquicos, ejecutando los hechos que han producido el referido menoscabo, así como su posterior ocultación.
- Desde mayo de 1999 hasta octubre de 2006, el Sr. L. G. fue responsable del Área de Servicios Comerciales y de Acometidas de Hispanagua, S.A.U. Sirviéndose de esta posición diseñó, dirigió y coordinó, con las citadas empresas, la trama de facturación ilegal descubierta, acordando sobreprecios irregulares con los responsables de las sociedades Morer y Silvalex.
- Su colaboradora directa, Doña Susana R. T., técnico de operación, organizó, gestionó y abonó los trabajos relacionados con las acometidas a realizar aparentemente por dichas sociedades, siguiendo en todo momento las indicaciones cursadas por su superior jerárquico, el Sr. L. G.. Se encargó de las gestiones necesarias para acordar el contenido, la elaboración y la determinación del importe de estas facturas carentes de justificación documental.
- Los trabajos fueron parcialmente ejecutados por trabajadores de Hispanagua, S.A., fuera de su horario laboral y con

instrumentos y medios de la propia sociedad. Además, las facturas antes citadas carecían de la mínima justificación exigida para su abono, su pago fue autorizado por el Sr. L. G. y realizado por la Sra. R. T., aun conscientes de la ausencia de soporte documental.

TERCERO.- La representación legal de Don Jaime L. G. solicita la desestimación de la demanda interpuesta, con imposición de costas a la parte demandante. Sostiene que:

- Fue apartado de Hispanagua, S.A.U., el 21 de mayo de 2007, por lo que no ha conocido hasta ahora el contenido de las Diligencias Preliminares nº A61/11 y de las Actuaciones Previas nº 126/11.
- Las actuaciones penales que se incoaron por estos hechos fueron sobreseídas y en las mismas se presentó un informe pericial elaborado por el auditor economista Don Pedro T. M., en el que se recoge que el Informe de KPMG se basa en conjeturas y no en evidencias.
- Las irregularidades que señala el Informe de KPMG formaban parte de una práctica establecida en Hispanagua, S.A., conocida por todos los Departamentos o Áreas (Dirección, Económico-Financiero, Asesoría Jurídica), que tenían capacidad y obligación de control sobre el Departamento de Servicios Comerciales, que dirigía el demandado, y ello según el procedimiento de calidad aprobado por la empresa.
- Todas las facturas que se emitieron se debían a trabajos realmente realizados, independientemente del concepto que se consignara en la factura. La propia KPMG dice en su informe que los trabajos realizados fueron hechos por empleados de Hispanagua, S.A., fuera de su jornada laboral.
- El Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas se basa en el informe de KPMG y en la información que le ha suministrado la propia empresa fiscalizada, por lo tanto, resulta parcial e incompleto.
- Todas las facturas fueron confeccionadas, supervisadas y abonadas por todos los departamentos supervisores correspondientes y competentes de Hispanagua, S.A., tras haber sido sometidas al procedimiento de calidad de la empresa. De existir alguna irregularidad contable no sería atribuible al demandado.
- En el caso de existir alguna irregularidad la parte actora no ha individualizado el perjuicio concreto sufrido, sino que se ha limitado a considerar que todas las cantidades facturadas constituyen perjuicio, sin tener en cuenta que de dichas cantidades debería descontarse el importe de los trabajos efectivamente realizados.

CUARTO- La representación legal de Doña Susana R. T., por su parte, solicita la desestimación de la demanda interpuesta, con imposición de costas a la parte demandante. Alega que:

- El archivo de las diligencias penales pone de manifiesto la falta de acreditación de los hechos denunciados.
- La demandada nunca ha participado en un sistema de facturación ilícita y todas sus actuaciones era de pleno y total conocimiento de los responsables de su departamento, superiores y cúpula directiva de la compañía. Nunca abonó importe alguno a las empresas subcontratadas, ni a persona física o jurídica vinculada con Hispanagua, S.A.
- En relación con la facturación de Morer, de mayo de 2005, sostiene que en ese mes la demandada se encontraba de baja por maternidad, lo que demuestra que con anterioridad ya existía un "modus operandi" en el Departamento.
- En cuanto a la facturación de Morer, de mayo de 2006, dice que las facturas giradas responden a trabajos efectivamente encargados y ejecutados, al igual que los de Sílvalex de noviembre de 2006, si bien en este último mes la aprobación efectiva de la factura se produce siendo el Sr. H. Jefe del Área de Producción.
- Hispanagua, S.A. tenía un sistema informático por el cual se daban las órdenes de trabajos del Canal a la sociedad. El sistema emitía las facturas de forma automática y correlativa, facturas a las que daba el conforme el Jefe de Área o Departamento y que igualmente debía ser registrada. Este "conforme" no suponía el pago automático de la misma, sino que la factura era remitida al Área Administrativa, donde debía ser revisada, cotejada, contabilizada y autorizado su pago por el Jefe de Área Administrativa o Financiera y archivada.
- No puede aseverarse que los trabajos no fueren realizados, ni el importe concreto y determinado a que ascendería el menoscabo. El propio Informe de Fiscalización y el acta de liquidación provisional ponen de manifiesto la imposibilidad de evaluar y cuantificar de forma exacta los perjuicios ocasionados y la sociedad reconoce que resulta de una extrema dificultad llevar a cabo una cuantificación y verificación de los cálculos.

QUINTO.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto procede pronunciarse sobre la falta de legitimación pasiva alegada por Doña Susana R. T..

De acuerdo con el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se considera legitimados pasivos en estos procesos, entre otros, a los presuntos responsables contables y, según el artículo 49.1 de la misma norma, la responsabilidad contable resulta exigible a quienes, por tener encomendada la gestión de bienes o derechos de titularidad pública, quedan obligados a rendir cuentas de los mismos.

La Sala de Justicia de este Tribunal, entre otras, en las sentencias 8/07 de 6 de junio, 18/04 de 13 de septiembre y 4/01 de 28 de febrero, ha venido sosteniendo que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable se extiende, de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, a quienes “recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”, debiendo además la actividad gestora de bienes y derechos de titularidad pública tener su fundamento en un vínculo jurídico “funcionarial, laboral o administrativo”, sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 27/04, de 13 de diciembre, si bien tampoco puede olvidarse que se ha perfilado un concepto amplio de gestor y de cuentadante en los términos recogidos, entre otras, en las sentencias 21/99 de 26 de noviembre, 11/04 de 6 de abril de 2004, 12/1996 de 20 de noviembre, y 8/2007 de 6 de junio de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que los requisitos antes mencionados concurren en la demandada, Doña Susana R. T., en relación con los caudales públicos cuyo menoscabo es objeto del presente proceso de responsabilidad contable ya que, conforme consta en los Hechos Probados, mantenía una relación laboral con la sociedad Hispanagua, S.A. cuando se produjeron los hechos y consta en autos su intervención en la tramitación de expedientes relativos al pago de diversas cantidades por las obras encargadas y ejecutadas a que se refieren las presentes actuaciones ostentando, por lo tanto, de facto, la condición de gestora de caudales públicos a efectos de su legitimación pasiva, con independencia de que dicha condición pudieran asimismo ostentarla

además otras personas por el manejo de los fondos públicos de la referida sociedad.

En consecuencia, ostentando la demandada la condición de gestora de fondos públicos de la mencionada entidad, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49.1 y 55 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, procede desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Doña Susana R. T..

SEXTO.- La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo. Tanto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984), como la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (sentencia 11/93 de 26 de febrero), coinciden en señalar que la compatibilidad jurisdiccional requiere un absoluto respeto a la fijación y declaración de los hechos probados y a la autoría de los mismos realizada por un órgano jurisdiccional, pues una supuesta contradicción entre dos pronunciamientos jurisdiccionales acerca de este último particular, no sólo vulneraría los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, sino que, además, y como ha reconocido la apuntada Jurisprudencia Constitucional, iría en contra de la más elemental lógica jurídica. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 16/2008, de 31 enero y nº 151/2001, de 2 de julio.

A la vista de lo anteriormente expuesto, no puede dejar de tenerse en cuenta que en la sentencia de 23 de diciembre de 2008, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, se relata dentro de sus Hechos Probados la existencia de una serie de irregularidades en el funcionamiento del Departamento Comercial de la empresa Hispanagua, S.A., a las que asimismo se refiere el auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid, en las Diligencias Previas nº 2381/08, y el auto de 12 de marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoséptima, confirmatorio del anterior, resoluciones firmes a día de hoy.

En las citadas resoluciones se pone de manifiesto un funcionamiento deficiente en el proceso de gestión del gasto, debido a la facturación de algunos trabajos como urgentes cuando en los cuadros de precios del contrato de prestación de servicios suscrito con una de las empresas subcontratadas no existían precios distintos por razón de la urgencia; al abono de ciertos trabajos en concepto de sustitución de contadores cuando realmente lo que se llevaba a cabo era la instalación de los mismos y los precios eran sustancialmente diferentes, y que algunos trabajadores de la empresa Hispanagua, S.A. realizasen trabajos para otra empresa, con material de aquélla, fuera de su jornada laboral, que eran abonados en metálico.

En cuanto a Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T., el primero desempeñó el cargo de Jefe del Departamento Comercial en la empresa Hispanagua, S.A., y la segunda de Técnico del referido departamento, ambos en las fechas que constan detalladas en el Hecho Probado Primero de la presente sentencia. En las resoluciones antes citadas consta que el Sr. L. autorizó a autónomos o subcontratistas la facturación por otros conceptos, o por precio distinto al estipulado inicialmente y que conocía que empleados de Hispanagua, S.A., trabajaban para otras empresas los fines de semana. También se puso de manifiesto que en la facturación de su departamento se empleaban, en numerosas ocasiones, expresiones genéricas o conceptos de otros departamentos para el uso de las partidas presupuestarias del departamento comercial y que la contabilidad cuadraba porque cuando se acababa el presupuesto de un departamento se utilizaba el de otro departamento que todavía tuviera presupuesto, lo que explica que Doña Susana R. indicase el concepto de facturación, sin que ello supusiese que la obra no se hubiere realizado o que la factura fuese falsa. Además, las facturas se realizaban conforme a un documento elaborado por el área de servicios comerciales, manuscrito por la Sra. R., que era enviado a la subcontratista, en el que se indicaban los conceptos por los que se debía facturar y que no respondía a la realidad.

La existencia de dichas irregularidades o actuaciones anómalas, que llevaron en su día a una sentencia que declaró los despidos disciplinarios del Sr. L. y de la Sra. R. procedentes, son infracciones que podrían, en su caso, ser sancionadas disciplinariamente en el ámbito laboral, pero que en sí mismas, como recogió el auto de 12 de marzo de 2012 antes citado, no constituían base para la imputación de un delito de estafa, razonamiento trasladable a esta jurisdicción en el sentido de que tampoco la existencia de dichas irregularidades, por sí mismas, lleva consigo una condena de responsabilidad contable si no concurren todos los requisitos derivados de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo 7/1988, de 5 de abril, lo que corresponde evaluar a la Jurisdicción Contable dentro de su competencia.

Tampoco puede olvidarse, en este sentido, que en las resoluciones antes referidas también consta que:

- El peritaje practicado por KPMH fue realizado con la documentación facilitada por la denunciante, pero sin tener en cuenta la documentación de las subcontratistas, ni el propio proceso de facturación y pago establecido por Hispanagua, S.A.
- En los cálculos realizados por la denunciante no se tuvieron en cuenta las órdenes de trabajo realmente emitidas, por lo que no se puede sacar la conclusión de que toda esa facturación no sea correcta, ni que los trabajos no hubieran sido realmente efectuados.
- El sistema de control de los trabajos realizados constaba en el sistema “Greco” y todo trabajo que no figurara en dicho sistema no era susceptible de facturación. Además, las facturas las controlaba el equipo administrativo y se llevaban partes de trabajo.
- Era compromiso de todas las áreas de la empresa abonar las horas de disposición de las brigadas de las contratas, hubiese o no resultado tangible objeto de facturación.
- A la hora de facturar, el área tenía que manejar de una parte los trabajos que el Canal les encargaba y de otra, los presupuestos que para cada tipo de tarea tenían previsto para HISPANAGUA y allí encajaban los trabajos extraordinarios realizados.
- En numerosas ocasiones se empleaban expresiones genéricas o conceptos de otros departamentos, precisamente para utilizar sus partidas presupuestarias. En ocasiones no existía contrato previo que se suscribiera con posterioridad a la realización de los trabajos y la contabilidad cuadraba porque esto era conocido por todos los departamentos, y cuando se acababa el presupuesto de uno, se cargaba en el de otro que todavía tenía presupuesto.

SÉPTIMO.- A la vista de las pretensiones de las partes expuestas y teniendo en cuenta lo anteriormente referido, debe valorarse ante todo si los hechos enjuiciados constituyen o no un alcance en los fondos públicos de la Corporación Local, en los términos previstos

en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el 38.1 de la Ley Orgánica 2/82 y si los mismos son generadores de responsabilidad contable (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas nº 4/11, de 25 de marzo, y nº 12/92, de 30 de junio)

En el ámbito de la jurisdicción contable es de aplicación el principio de carga de la prueba, establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula la distribución de la misma en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma, y deben traerse a colación, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1998 (RJ 1998/4685) y de 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2443), así como la amplia doctrina de la Sala de Justicia, por todas Sentencia 13/07, de 23 de julio, sobre esta cuestión.

También debe recordarse que es innegable el valor probatorio de los informes de fiscalización aportados al proceso contable, en especial del aprobado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid a que se refiere la parte actora en su escrito de demanda, por cuanto son el medio técnico adecuado para ejercer el control de la actividad económico-financiera de los entes y Administraciones Públicas, y permiten extraer conclusiones sobre el sometimiento de dicha actividad al marco jurídico que la enmarca, si bien resulta igualmente incuestionable que las conclusiones a las que puedan llegar dichos informes no son evidentemente vinculantes para los Tribunales, ni pueden afectar a las resoluciones judiciales, expresándose en el mismo sentido el Fundamento Jurídico Primero del Auto del Tribunal Constitucional núm. 664/1984, de 7 de noviembre, así como en el ámbito de la jurisdicción contable la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras en las Sentencia nº 9/04, de 4 de marzo, y nº 32/04, de 29 de diciembre.

Por lo que se refiere a la eficacia probatoria del resto de informes aportados, entre ellos el informe de la sociedad KPMG Asesores, S.L., de 13 de mayo de 2008, en el que la parte actora basa asimismo su demanda, y el informe pericial de Don Pedro F. T. M., de 15 de enero de 2010, al que se refieren los demandados en su contestación, basta remitirnos a lo expuesto en la sentencia nº 37/09 de 16 de junio de 2011, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

OCTAVO.- En el presente caso, el importe reclamado por la parte actora asciende a 62.089 euros, de los que 25.971 euros y 14.165 euros corresponden, según la propia demandante, a la facturación irregular de la empresa Morer, de mayo de 2005 y mayo de 2006, y 21.953 euros a la facturación irregular de la empresa Silvalex.

Todos los importes que la parte actora considera facturados de forma irregular anteriormente expuestos corresponden, conforme consta en los folios 43 y 44 del informe de la sociedad KPMG Asesores, S.L., de 13 de mayo de 2008 y 4, 5 y 16 de su anexo I, a órdenes de servicios realizadas fuera de horas por empleados de Hispanagua, S.A.

En relación con el citado informe de la sociedad KPMG Asesores, S.L., elaborado a instancia de los representantes del grupo Canal de Isabel II, S.A., el mismo tuvo por objeto las irregularidades detectadas en el departamento de servicios comerciales de Hispanagua, S.A., y como ya se hizo referencia anteriormente se limitó al estudio, con carácter general, del procedimiento de contratación, compras y pagos exclusivamente del área de servicios comerciales para los principales proveedores y se centró, también exclusivamente, en las operaciones con las empresas Morer 99, S.A. y Silvalex, S.L.

Además, aun cuando en las conclusiones del citado informe se recoge que se llevó a cabo una sobrevaloración de los trabajos facturados por MORER y SILVALEX en el Área de Servicios Comerciales, que parte de estos trabajos no se ejecutaron o fueron ejecutados por los propios trabajadores de HISPANAGUA o incluso facturados por un importe no contemplado en los contratos, la realidad es que las conclusiones de dicho informe fueron puestas en tela de juicio por el Juzgado de Instrucción nº 24, en cuyo auto de archivo de 11 de julio de 2011 se recoge que "Tampoco ha quedado determinado el perjuicio causado, pues la pericial de KPMG se limita a considerar que todas las cantidades facturadas constituyen perjuicio sin tener en cuenta que a dichas cantidades debían de sustraerse las correspondientes a los trabajos efectivamente realizados, lo que no se ha tenido en cuenta. Por tanto y en relación a las cantidades fijas facturadas que, según la denunciante pudiera corresponder a un fijo pactado por trabajos realizados por empleados de Morer (folio 30 informe) se desconoce cual fue el trabajo realmente realizado y por tanto el precio que debió realmente pagarse y si existió o no perjuicio.

Por lo que se refiere a las cantidades pagadas por los trabajos realizados en fin de semana para las empresas denunciadas por los trabajadores de Hispanagua, en ningún caso puede considerarse un perjuicio, pues como declararon los peritos si los trabajadores no hubieran dispuesto de horas extraordinarias el pago sería correcto, lo que significa que el precio era correcto si los trabajadores hubiesen sido autónomos contratados por la empresa (…).

(…) no cabe pensar razonablemente que se mantuvieran en el año 2006 los precios fijados para el año 2002 y al menos debería tenerse en cuenta la actualización de los mismos conforme al IPC de cada año, como recoge el Informe de Fiscalización, circunstancia que no fue tenida en cuenta por KPMG.

Tampoco cabe tener como probada la existencia facturación por trabajos no realizados, no disponiéndose de la totalidad de los partes de trabajo, como acredita la presentación por parte de la representación de Morer de 424 actuaciones de dicha empresa en el departamento comercial correspondientes al mes de septiembre de 2006, frente a los 192 partes examinados por KPMG".

También el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2012, que confirmó el archivo anteriormente acordado por el Juzgado de Instrucción nº 24, sostiene que "En cuanto al peritaje realizado por KPMG fue realizado con la documentación facilitada por la denunciante pero sin tener en cuenta la documentación de las subcontratistas, ni ha tenido en cuenta el propio proceso de facturación y pago establecido por Hispanagua".

A lo anteriormente expuesto debe añadirse, una vez examinado en su integridad el referido informe, que:

- En el citado informe no se procedió a la comprobación de si los procedimientos seguidos en el departamento comercial eran también utilizados con otros proveedores, ni si los demás departamentos seguían el mismo proceder que el departamento comercial, centrándose exclusivamente en los dos subcontratistas antes referidos y en el departamento comercial.
- En relación con las cantidades cobradas por trabajos extraordinarios de las brigadas de Hispanagua facturados por Morer, en el propio informe se recoge, página 31, que a dichos trabajadores no se les abonó por Hispanagua cantidad alguna por dichas horas extraordinarias (a pesar de que en las relaciones de órdenes de servicio fuera de horas aparecen numerosos trabajos realizados por ellos) y que dichos trabajos sí constan facturados por Morer y se refieren a trabajos realizados "fuera del horario ordinario".
- En el caso de noviembre de 2006, en el informe consta a su folio 44 que "se ha verificado en los partes de trabajo que se encontraban archivados en Hispanagua, S.A. que, efectivamente, estos trabajos eran realizados por una Brigada de Hispanagua".
- El informe basa sus cálculos en varias ocasiones en estimaciones y datos aproximados, pero no en datos reales. Así, en la página 29 del mismo consta que "Como consecuencia del trabajo realizado en estos cuatro meses, suponemos razonable que el resto de "Relaciones Valoradas hechas por HISPANAGUA de los trabajos realizados por MORER" también se ajusta a los mismos términos.". En la página 31 figura que "… respecto de los trabajos realizados por HISPANAGUA fuera del horario ordinario, las cifras que hemos podido deducir que pertenecen a los conceptos de este subapartado ascienden a 318.090 euros…" y "Todo ello a pesar de que en las relaciones de órdenes de servicios fuera de horas correspondientes a esos meses aparecen numerosos trabajos realizados".
- En relación con los conceptos facturados, en la página 30 sostiene el informe que en todos los meses "parece" que existe un importe pactado con Morer como contraprestación por los servicios realizados por sus operarios en función de su número, con independencia de los trabajos que realmente llevasen a cabo.
- En su página 38 consta que se ha verificado que ninguno de los precios unitarios se corresponde con los precios recogidos en la lista de precios del propio contrato. No obstante, no menciona el informe que el referido contrato estuvo vigente durante varios años y que los citados precios se debieron ir al menos actualizando en los términos convenidos. Además, como se desprende también del informe de Don Pedro F. T. M., folio 28, existen adendas o anexos al contrato con precios que no han sido tenidos en cuenta por el informe de KPMG.

También debemos hacer referencia al informe pericial de Don Pedro F. T. M. de 15 de enero de 2010, emitido en relación con las actuaciones seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid, y referente al análisis del informe de KPMG de 13 de mayo de 2008, de las declaraciones y testificales obrantes en la causa, así como de la documentación de la empresa Morer. En el mismo se concluye, en relación con el informe de KPMG, que no hace mención alguna al programa de gestión enlazado con el Canal de Isabel II, ni a los controles de gestión que mantiene el programa informático "Sistema Greco". También recoge que la autonomía del departamento comercial no es real y que existían otras áreas que intervenían en el proceso de gestión del gasto y del pago, con capacidad y obligación de control sobre el área de servicios comerciales; que no se han examinado todos los partes de trabajo de Morer que eran entregados a Hispanagua y que la empresa emisora del informe no ha tenido en cuenta las adendas (anexos) al contrato inicial con Morer, donde se estipulan los precios para las nuevas actuaciones.(Folios 123 a 199 del anexo I de la contestación a la demanda de Don Jaime L., pieza principal).

Debe finalmente añadirse que en la empresa Hispanagua, S.A. se aprobó un procedimiento de calidad que tiene por objeto describir el sistema establecido en la sociedad para gestionar y controlar la tesorería, la conformidad de pagos y cobros y la gestión de los impagados. En el mismo se detalla la intervención de las distintas Áreas y Departamentos de la sociedad, atribuyendo responsabilidades específicas a la Dirección, así como al Departamento Económico-Financiero y al Asesor Jurídico en estas cuestiones. En concreto atribuye a la Dirección la aprobación de los pagos, una vez autorizados por el Jefe del Departamento Económico-Financiero, así como establecer las condiciones generales de pago en los contratos celebrados. En cuanto al Departamento Económico-Financiero le atribuye, entre otras, la competencia de autorizar los cobros y pagos, pero también la competencia de revisar y autorizar el pago de todas las facturas recibidas, determinar las condiciones de pago con los contratistas y recibir las autorizaciones de pago.

Aun cuando en el presente caso, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, se han producido ciertas irregularidades con los citados subcontratistas en la gestión de los gastos y pagos de las obras contratadas, debe recordarse que no compete a este Tribunal, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, entrar a conocer de aspectos ajenos a esta Jurisdicción, como la valoración de idoneidad del procedimiento seguido para la contratación, su oportunidad, el cumplimiento de los requisitos u objetivos cuando no generen un perjuicio económico a los fondos públicos o, incluso, la nulidad de los acuerdos adoptados (sentencia 10/05, de 14 de julio y auto de 4 de febrero de 2004, ambos de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas).

Para que dichas irregularidades den lugar a la exigencia de responsabilidades contables debe haberse producido, entre otros requisitos, un daño real y efectivo en los fondos públicos (artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), al ser su resarcimiento lo que se pretende en el proceso de responsabilidad contable, así como una actuación dolosa o gravemente negligente de los demandados (artículo 49.1 de esa misma Ley).

Conforme se desprende del Hecho Probado Vigesimotercero de la sentencia nº 1071 de 23 de diciembre de 2008, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como del informe de Don Pedro F. T. M., parte de los trabajos facturados por las dos empresas subcontratadas a que nos venimos refiriendo fueron realizados por trabajadores de Hispanagua, S.A. Es más, el propio informe de KPMG también recoge que los trabajos se realizaron por trabajadores de Hispanagua, S.A. fuera de su horario ordinario, que varios de esos trabajos realizados figuran en las relaciones de órdenes de servicios fuera de las horas ordinarias, que por los mismos no percibieron retribución alguna de la citada sociedad en concepto de horas extraordinarias, como se desprende de los partes de horas extraordinarias y de sus nóminas de la empresa, y que en cambio sí fueron facturados por las subcontratistas.

También ha quedado probado que en el proceso de gestión de pagos no intervenían exclusivamente los demandados, sino que

por el contrario existían diversos departamentos de la sociedad con competencias específicas en la materia que tenían atribuidas funciones de control, verificación y autorización de pagos (folios 23 y siguientes de la pieza separa de prueba de Don Jaime L.), así como la existencia de un sistema informático para la gestión de los trabajos encomendados y su facturación.

El hecho de que los trabajos a que nos venimos refiriendo se hayan ejecutado por trabajadores de la empresa Hispananagua, S.A. no supone por sí mismo la producción de un perjuicio a los fondos públicos de la referida sociedad, sin que la parte actora haya probado que se hayan producido pagos duplicados en dichos casos, que los trabajos no se hayan realizado o incluso que los trabajadores tuvieran exclusividad con dicha empresa.

Es la parte actora, en cuanto ejercitante de la acción, a quien le corresponde probar que se ha ocasionado dicho daño y la cuantía del mismo (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y sentencias de la Sala de Justicia de este Tribunal 21/99 de 26 de noviembre, 14/00 de 2 de octubre, 2/04 de 4 de febrero y 21/05 de 14 de noviembre), así como la responsabilidad de los demandados, extremos que no se han probado por la empresa Hispanagua, S.A.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede desestimar las pretensiones de la parte actora, al no concurrir los elementos necesarios establecidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, en relación con los artículos 49, 59 y 72 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a que anteriormente nos referimos, para declarar la existencia de un perjuicio en los fondos públicos de la empresa Hispanagua, S.A.

NOVENO.- En cuanto a las costas, aun cuando se ha desestimado íntegramente la demanda interpuesta, concurren circunstancias excepcionales que justifican que cada parte deba abonar las suyas y las comunes por mitad, conforme a lo establecido en el artículo 394, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 71, apartado cuarto letra g), de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En efecto, consta acreditado que en el informe de fiscalización se pusieron de manifiesto una serie de irregularidades en la gestión de los fondos públicos de la sociedad Hispanagua, S.A., lo que planteó una situación indiciaria, jurídicamente relevante, a los efectos de decidir sobre la formulación de una pretensión de responsabilidad contable. También se alude a anomalías de gestión en las resoluciones jurisdiccionales de las jurisdicciones penal y laboral relativas a los hechos enjuiciados en el presente procedimiento de reintegro por alcance. La cuestión fáctica de la concurrencia o no de las citadas irregularidades, a la vista de la prueba practicada, y el problema del alcance jurídico de las mismas a los efectos de la responsabilidad contable, constituyen aspectos de especial complejidad que aconsejan un tratamiento de las costas diferente al del puro criterio objetivo del vencimiento.

En su virtud, vista la legislación en vigor, procede dictar el siguiente FALLO

Desestimo la demanda interpuesta el 14 de marzo de 2012 por la empresa Hispanagua, S.A., contra Don Jaime L. G. y Doña Susana R. T., que quedan absueltos de la responsabilidad contable que se les reclama, sin especial imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad.

Contra la presente resolución las partes pueden interponer recurso de apelación ante la Consejera de Cuentas, en el plazo de quince días, conforme a lo establecido en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Consejera que la suscribe.