

Responsabilidad contable directa por alcance de secretarios de ayuntamientos por el perjuicio causado a los fondos municipales por la actuación de un asesor económico externo



En este artículo el secretario general de la Cámara de Comptos de Navarra, analiza varias sentencias recientes del Tribunal de Cuentas en las que este Tribunal declara responsables contables directos por alcance a varios secretarios de ayuntamientos, por los daños causados a los fondos públicos municipales por la actuación de un asesor económico externo contratado por esos ayuntamientos. Lo destacable de estos pronunciamientos y lo que el autor resalta en su artículo, es que la condena por responsabilidad contable y por tanto la obligación de resarcir a la entidad local respectiva los daños y perjuicios causados, no ha recaído sobre el citado asesor económico, causante del perjuicio y, presuntamente, beneficiario del mismo, sino sobre los secretarios municipales, que con su actuación “*gravemente negligente*” en el ejercicio de sus funciones de intervención y control de la gestión de los fondos municipales, permitieron a dicho profesional externo causarlo.

Dado que los supuestos de hecho que concurren en estos ayuntamientos son comunes a muchas entidades locales, es importante conocer esta doctrina jurisprudencial para que los secretarios municipales extremen en estos casos la diligencia en el ejercicio de sus funciones, evitando que asesores externos contratados para prestar servicios de asesoramiento económico-contable a la entidad puedan causar daños a los fondos públicos, aprovechando su posición y una cierta dejadez en el ejercicio de las funciones de intervención y control que corresponde ejercer al secretario en los ayuntamientos en que no existe la figura del interventor.

In this article, the general secretary of the Navarre Auditing Chamber analyses several recent sentences delivered by the Court of Auditors in which the Court holds several Town Council secretaries directly liable for damage caused to municipal public funds due to the actions of an external financial consultant contracted by the aforementioned Town Councils. What is significant about these decisions, and is indeed highlighted by the author, is that the conviction for accounting liability, and therefore the obligation to reimburse the respective local entity for the damage caused, did not fall upon the aforementioned financial consultant who caused the damage and, presumably, benefited from this loss, but the municipal secretaries, who, due to their “*seriously negligent*” actions in the exercise of their duties to intervene in and monitor the management of municipal funds, allowed the external professional to cause such damage.

Given that the supposed circumstances in which the town councils were involved are common to many local entities, awareness of this case law is important, so that municipal secretaries act with particular diligence in the exercise of their duties, preventing external advisers, contracted to provide finance-accounting consultancy services to the entity, from causing damage to public funds by taking advantage of their position and certain neglect in the exercise of the duties relating to intervention and monitoring, for which the secretary is responsible in those town councils which do not have a financial controller.

I.- INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Cuentas ha dictado en los últimos años diversas sentencias en las que ha declarado la responsabilidad contable directa por alcance de varios secretarios de ayuntamientos, por los perjuicios causados a los fondos públicos municipales a consecuencia de la actuación irregular de un profesional externo, contratado por la entidad local para prestar un servicio de asesoramiento económico-contable.

Los pronunciamientos del Tribunal vinieron precedidos, en los supuestos analizados, por la realización de los correspondientes informes de fiscalización elaborados por un órgano de control externo que, teniendo en cuenta los indicios de responsabilidad contable detectados, los trasladó a la Sección de Enjuiciamiento del citado Tribunal.

En el primero de los casos en que se determinó la existencia de alcance, el Tribunal de Cuentas, mediante sentencia de primera instancia de 2 de noviembre de 2006, declara responsables directos solidarios por alcance al alcalde y al secretario municipal, por pagos indebidos no justificados al profesional externo contratado por la entidad. En los otros dos supuestos, la sala de apelación del Tribunal, mediante sentencias de 24 de abril y 2 de noviembre de 2007, confirma las sentencias de primera instancia y declara responsables directos del alcance producido

a los secretarios municipales, por falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones.

Lo destacable de estos pronunciamientos y lo que deseo resaltar en este artículo es el hecho de que la condena por responsabilidad contable directa y por tanto la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados a los fondos municipales, no ha recaído sobre el asesor económico externo causante del perjuicio y presuntamente beneficiario del mismo, sino sobre los secretarios municipales y en un caso también sobre un alcalde, que con su actuación “*gravemente negligente*” en el ejercicio de sus funciones de intervención y control de la gestión de los fondos municipales, permitieron a dicho profesional causarlo.

Dado que los supuestos aquí contemplados no son infrecuentes en nuestro ámbito local, creo importante analizar estas sentencias, especialmente, las dos del año 2007 dictadas por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas, en la medida que la doctrina establecida puede servir a otros secretarios municipales para extremar su diligencia en el cumplimiento de las obligaciones legales que por ley tienen establecidas en el ámbito de la gestión, contabilización, intervención y control de los fondos públicos municipales, cuando por no existir en la organización municipal el puesto específico de interventor deben ellos asumirlas.

Comenzaré, no obstante, esta reflexión, exponiendo el concepto y algunos aspectos básicos de la jurisdicción contable y del alcance de fondos públicos como supuesto típico de la misma, a fin de poder entender mejor la doctrina que sientan estas sentencias.

II.- EL CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE Y DEL ALCANCE DE FONDOS PÚBLICOS

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCu), partiendo de la expresión «*sin perjuicio de su propia jurisdicción*», contenida en el artículo 136.2 de la Constitución, instaura un nuevo orden jurisdiccional y encomienda al Tribunal de Cuentas en su artículo 2.b), la función de enjuiciamiento de responsabilidades contables en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Por su parte, el artículo 15 de la LOTCu establece que “El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión”.

El artículo 17.1 de la LOTCu señala que la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, y el artículo 38.1 de esta ley la define, en términos muy generales, como aquella responsabilidad en la que incurren quienes por acción u omisión contraria a la ley originen el menoscabo de los caudales o efectos públicos.

Esta definición, sin embargo, presentaba unos contornos muy amplios que la equiparaban prácticamente a la responsabilidad civil frente a las administraciones públicas por lo que, desde 1982, el propio Tribunal de Cuentas y, en especial, su Sala de Apelación fue delimitando progresivamente en sus resoluciones este concepto.

Finalmente, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu, en su artículo 49.f), delimita y perfila el

concepto de responsabilidad contable señalando las siguientes notas que la configuran:

1ª. Acción u omisión contraria a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las entidades del sector público (ilícito contable).

2ª. Efectuada con dolo, culpa o negligencia grave, es decir, con culpabilidad en el causante de la acción u omisión (elemento subjetivo).

3ª. Debe desprenderse de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, incluidos los perceptores de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del sector público.

4ª. Que se haya producido un daño o menoscabo en los caudales o efectos públicos (elemento objetivo).

5ª. Que exista una relación de causa a efecto entre la acción u omisión antijurídica y culpable, y el daño producido (relación de causalidad).

Asimismo, y como señala el artículo 59.6 de la LFTCu, los daños determinantes de la responsabilidad contable deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

De esta forma, la LFTCu matiza el contenido y alcance de esta jurisdicción contable, dándole un perfil más restrictivo que el inicial, definido en términos muy amplios por el artículo 38.1 de la LOTCu.

La responsabilidad contable, según el artículo 38 de la LOTCu, puede ser de dos clases:

a) Directa, en que incurren quienes hayan ejecutado, forzado, inducido a ejecutar o cooperado, en la comisión de los hechos y quienes con posterioridad hayan participado para ocultarlos o impedir su persecución. Esta responsabilidad será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados (artículo 42 LOTCu).

b) Subsidiaria, en que incurren quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de sus obligaciones hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados. Esta responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean

consecuencia de los actos concretos en que hayan incurrido este tipo de responsables y su exigencia sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas (artículo 43 LOTCu).

Por lo que respecta a los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables, la LFTCu desarrolla dos procedimientos:

1. El procedimiento de reintegro por alcance, previsto cuando los hechos sean constitutivos de alcance, entendido como saldo deudor injustificado de una cuenta, o de malversación. Estos dos puede decirse que son los supuestos típicos de la responsabilidad contable.

2. El juicio de cuentas, para los demás supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance, recogidos fundamentalmente en el artículo 177 de la Ley 4/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP). Entre estos supuestos se incluyen: administrar los recursos y demás derechos de la hacienda pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso; comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlo o con infracción de la normativa contable-presupuestaria aplicable; dar lugar a pagos indebidos y no justificar la inversión de fondos y subvenciones.

La normativa reguladora de estos procedimientos viene básicamente establecida en el título V de la LFTCu (artículos 49 a 87), si bien el apartado 2 de la disposición final segunda de la LOTCu remite, supletoriamente, en esta materia a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y a las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por ese mismo orden de prelación.

La responsabilidad contable, por otra parte, puede exigirse a través de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y en vía administrativa, mediante el correspondiente expediente administrativo de responsabilidad contable, salvo en el caso de los supuestos de alcance o malversación de fondos públicos, previstos en el apartado a) del número 1 del artículo 177 de la LGP. En estos casos, la responsabilidad

contable será exigida por el Tribunal de Cuentas mediante el oportuno expediente de reintegro por alcance.

En el supuesto de exigencia de responsabilidad contable en vía administrativa, habrá que tener en cuenta para su tramitación lo dispuesto en los artículos 176 a 182 de la LGP y en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de infracciones previstas en la LGP, publicado en el BOE n.º 162, de 7 de julio de 1988.

Por otra parte, 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 18.1 de la LOTCu), siendo su finalidad esencial conseguir el reintegro o devolución a la Hacienda Pública de los daños y perjuicios originados a los caudales o efectos públicos. Cuando los hechos fuesen constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, esto es, el legislador establece la prevalencia de la jurisdicción contable sobre la penal, en cuanto a la fijación de la responsabilidad civil derivada del delito, en la medida en que ésta sea coincidente con la contable (artículos 18 LOTCu y 49.3 LFTCu).

Los órganos de la jurisdicción contable según la LOTCu (artículos 24 a 26) y la LFTCu (artículo 52 y ss) son los siguientes:

1. Los consejeros de cuentas a quienes, básicamente, compete, en primera instancia, la resolución de los juicios de cuentas y de los procedimientos de reintegro por alcance.

2. Las salas del Tribunal de Cuentas a quienes, básicamente, compete resolver las apelaciones deducidas contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los consejeros de cuentas.

3. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que conocerá de los recursos de casación y revisión que se interpongan contra las sentencias dictadas por las salas del Tribunal de

Cuentas en los casos previstos en su ley de funcionamiento (artículo 49 LOTCu). El conocimiento de estos recursos corresponde exclusivamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (artículo 81 LFTCu); procederán en los casos previstos en los artículos 81 a 83 de la LFTCu y se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo (artículo 84.1 de la LFTCu).

En definitiva, podemos definir la responsabilidad contable como una subespecie de la responsabilidad civil en el ámbito de la administración, cuyo objeto viene delimitado por el calificativo de «contable» y cuyo supuesto más típico es el alcance, entendido como el saldo deudor injustificado de una cuenta. Puede ser directa y subsidiaria, exigirse en vía contable y administrativa, y su fin básico es lograr el reintegro al Tesoro Público de los daños y perjuicios causados, siendo compatible, respecto de unos mismos hechos, con otro tipo de responsabilidades como las disciplinarias y las penales. Su concepto viene delimitado por el artículo 49.1 de la LFTCu, aunque es esencial seguir de cerca la interpretación que del mismo hacen los órganos jurisdiccionales competentes del propio Tribunal de Cuentas y del Tribunal Supremo, a

través de sus distintas resoluciones y sentencias, en la medida en que algunos elementos que la delimitan vienen siendo objeto, a nivel doctrinal, de interpretaciones diversas.

Por su parte el alcance viene definido en el artículo 72.1 de la LFTCu como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, como 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. El alcance es uno de los supuestos que, en la legislación del Tribunal de Cuentas dan lugar a la exigencia de responsabilidad contable y que aparece, asimismo, citado en la LGP (art. 177.1) como el primer supuesto de infracción que puede generar responsabilidad patrimonial de los gestores públicos, cuando por dolo o culpa grave adopten resoluciones o realicen actos contrarios a dicha ley que originen daño o perjuicio a los fondos públicos.

Detectado un supuesto de alcance, los artículos 46 y 47 de la LFTCu son los que determinan las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables que deberán emprenderse, entre las que destaca el nombramiento por el Tribunal de Cuentas de un delegado instructor que procederá a la práctica de una serie de actuaciones dirigidas al esclarecimiento de los hechos. En el supuesto de



que se confirmen los indicios del alcance, esas actuaciones culminan con la formalización de un acta de liquidación provisional en la que se identificarán los supuestos responsables contables y el importe del alcance; en el supuesto de que no se confirmen esos indicios el instructor concluirá sus trabajos con la propuesta de archivo de actuaciones. En ambos casos la propuesta pasa a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas dando lugar, en el primero de los casos, al inicio del procedimiento judicial para la exigencia de responsabilidad contable y, en el segundo, al auto judicial de archivo de actuaciones.

Señalar, para terminar este apartado, que los órganos de control externo deben comunicar a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, los indicios de responsabilidad contable que pudieran detectar en sus informes de fiscalización de las entidades que integran el sector público.

III.- DESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS ANALIZADOS EN LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE APELACIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE 24 DE ABRIL Y 2 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y DE PRIMERA INSTANCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006

Paso a continuación a describir los supuestos de hecho analizados en las sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 24 de abril y 2 de noviembre de 2007, y en la de primera instancia de 2 de noviembre de 2006.

Comenzaré diciendo que aunque las sentencias afectan a municipios distintos, con secretarios diferentes, los supuestos de hecho analizados causantes de las condenas a los secretarios por responsabilidad contable directa son similares, por lo que las conclusiones que pueden extraerse de las sentencias, especialmente en el caso de las de la Sala de Apelación son las mismas.

La situación, por otra parte, creo que se da con cierta frecuencia en el ámbito local, de ahí que las consecuencias y conclusiones obtenidas puedan ser extrapolables a otras entidades locales e, incluso, a otras administraciones públicas en situación similar.

Se trata de ayuntamientos pequeños, en algunos casos con secretarios compartidos y en los que no existe la figura del interventor, en los que la corporación contrata –con un mayor o menor grado de formalización– los servicios de asesoramiento económico-contable a un profesional externo. Con el paso de los años los secretarios municipales, que por ley, y ante la ausencia del puesto de interventor en la organización municipal, tienen atribuidas las funciones de gestión, contabilización, intervención y control económico del ayuntamiento, “van cediendo”, en mayor o menor grado, el ejercicio de esas funciones al asesor económico o, como es frecuente, se encuentran a su toma de posesión con una situación de hecho ya existente que asumen en mayor o menor grado.

El cuadro se completa con el hecho de que, en algunos casos, el profesional externo contratado lleva prestando sus servicios al ayuntamiento durante más años que los propios secretarios y que éstos, en ocasiones, son interinos contando, seguramente, con un menor grado de confianza por parte de la corporación municipal que el propio asesor económico externo, que goza de un estatus, tanto dentro de la entidad como frente a terceros, superior al del secretario y despliega en la práctica una actividad también superior a la que inicialmente le fue fijada en el contrato.

En definitiva, aunque el profesional externo, inicialmente, fue contratado para realizar tareas contables y de asesoramiento, con los años y ante la pasividad o exceso de confianza del secretario y de la corporación, llega a acceder y ejercer de facto amplias funciones en el ámbito económico-financiero de la entidad local que llegan al manejo y gestión de fondos públicos y, en los supuestos que nos ocupan, incluso, al control de las cuentas municipales, manejo y suplantación de firmas en los talonarios de los ayuntamientos, autopago de sus servicios de asesoramiento en función de la facturación que él mismo efectúa etc., y todo ello sin el exigible control municipal.

IV.- ALGUNAS CONSIDERACIONES DE INTERÉS DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CONTABLE DE LOS SECRETARIOS MUNICIPALES

Paso a continuación a analizar algunos aspectos relevantes de los pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas en relación a estos supuestos. Las consideraciones recogidas en los apartados a), b) y c) derivan, fundamentalmente, de las sentencias de la sala de apelación del Tribunal de Cuentas de 24 de abril y 2 noviembre de 2007, mientras que la recogida en el apartado d), deriva de la de primera instancia de 2 de noviembre de 2006.

a) El concepto de gestor de fondos públicos no alcanza a un profesional externo contratado por un ayuntamiento para realizar funciones de asesoramiento económico-contable.

La primera conclusión relevante de las sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas surge cuando los apelantes plantean ante la Sala en su defensa que, en estos supuestos, los verdaderos gestores de fondos públicos municipales no han sido ellos como secretarios municipales, sino el profesional contratado que, además, es el causante del perjuicio a los fondos públicos municipales y quien se ha beneficiado de ello. Alegan los secretarios en su defensa que el asesor económico externo ya venía desempeñando amplias funciones de manejo y gestión de los fondos municipales cuando ellos tomaron posesión de sus cargos de secretarios, y lo venía haciendo desde varios años antes con el conocimiento y consentimiento de la corporación municipal. Por tanto, señalan, que no fueron ellos (los secretarios), sino el citado asesor económico, el verdadero gestor de los fondos públicos menoscabados y sobre quien debiera recaer la condena por responsabilidad contable.

Frente a esta argumentación la Sala señala que, aunque es doctrina consolidada del Tribunal de Cuentas que el concepto de gestor público a efectos de determinar la responsabilidad contable ha de ser amplio y alcanza a cualquier empleado público, sea funcionario, laboral o contratado administrativo, con nombramiento o sin él, con delegación expresa o in-

cluso de hecho; el concepto no alcanza a las personas vinculadas con una administración por una relación de servicios que actúan por cuenta propia como es el caso. Las relaciones contractuales con profesionales externos no determinan la incorporación de éstos al concepto de empleado público, incluso en supuestos como los que nos ocupan en los que ese profesional externo, sin la debida autorización, ha manejado y gestionado fondos públicos.

En este caso, continúa la Sala, las funciones que en la práctica desarrollaba el asesor económico, legalmente formaban parte del contenido del puesto de Secretaría-Intervención. La contratación de dicho profesional externo era únicamente para realizar la gestión contable del ayuntamiento y el asesoramiento económico de la corporación, sin que tuviera asignado el manejo de los fondos públicos municipales, función que, de conformidad con la normativa en vigor debería corresponder tanto al ordenante de pagos o alcalde, como al secretario-interventor. Por tanto, la manipulación de los fondos públicos por el asesor, fue un acto de intrusismo profesional que no debió ser aceptado ni consentido por la corporación municipal ni por el secretario-interventor.

Concluye su argumento la Sala en este punto señalando que, al margen de las responsabilidades civiles y penales que correspondan al asesor económico por la manipulación y falsificación de firmas en los talonarios municipales y por el uso y apropiación indebido de fondos públicos, la responsabilidad contable en este caso no puede recaer sobre él sino sobre quienes han hecho dejación de sus funciones y consentido que aquél manipulara los cheques y pudiera disponer en su beneficio de los fondos públicos.

Todo ello sin perjuicio, asimismo, de las responsabilidades disciplinarias que se pudieran derivar de la actuación de los secretarios municipales.

b) Sobre la diligencia exigible a los secretarios municipales en el cumplimiento de sus obligaciones de intervención y control de fondos públicos.

También en este punto los secretarios municipales alegaron en su defensa la no concurrencia del ele-



mento subjetivo del dolo, culpa o negligencia grave que debe estar presente para que pueda determinarse la existencia de responsabilidad contable. A su juicio, no concurría este elemento subjetivo porque ellos actuaron con la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones y porque, dentro de la situación que se encontraron a su toma de posesión, era muy difícil detectar las irregularidades que estaba cometiendo el asesor económico “*dada su pericia y experiencia*”, así como la amplitud de funciones que en la práctica venía desempeñando de índole económico-contable, que le permitía el acceso a prácticamente todos los documentos y extractos que tenían que ver con los ingresos y gastos municipales.

Como puede suponerse, la Sala desestima de plano esos argumentos y señala que no son atendibles como suficientes para excluir la culpa atribuida a los secretarios, ya que su conducta fue doblemente negligente al no cumplir con la debida diligencia sus funciones de custodia de los talonarios municipales que expresamente tenían encomendada y, en términos más amplios, por la dejación de funciones inherentes al cargo de secretario-interventor, que incluían la intervención y control de los movimientos y saldos de las cuentas bancarias de la corporación municipal así como de los pagos de la entidad, cuyo diligente cumplimiento, hubiera permitido detectar mucho antes la conducta defraudatoria del asesor

económico, tanto en relación a la falsificación de firmas como a la apropiación indebida de fondos.

Asimismo, la situación de hecho existente en el ayuntamiento en cuanto a la actuación del citado profesional y las limitaciones organizativas y de medios que alegan los apelantes en su defensa, lejos de exonerar a los secretarios del ejercicio de sus funciones debió ser motivo de extremar su grado de diligencia y control de la gestión de los fondos municipales, en la medida en que siendo conscientes de tal situación deberían haber extremado su cuidado y control sobre la actuación de aquél.

En definitiva, la Sala entiende que la falta de diligencia de los secretarios municipales en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, intervención y control, supuso una conducta gravemente negligente que propició y favoreció la actuación irregular del asesor económico y el consiguiente perjuicio de los fondos municipales.

c) Sobre los medios con que cuenta el secretario para reclamar de quien se lucró con el perjuicio causado a los fondos municipales del que se le hace responsable contable directo.

Cuestión importante también es la que plantean los secretarios en la apelación en el sentido de la duplicidad en que podría incurrirse entre el proceso contable y penal, en el supuesto probable de que se hiciese efectiva tanto una eventual responsabilidad

civil que pudiera derivarse de los delitos por los que está procesado el asesor económico si así fuera declarada en el proceso penal, como la responsabilidad contable que a ellos se les imputa. Se daría entonces una posible duplicidad o, al menos, un exceso de resarcimiento, que determinaría un enriquecimiento injusto para la administración perjudicada.

La Sala en sus sentencias tras reafirmar, como no podía ser menos, la compatibilidad respecto de unos mismos hechos entre la jurisdicción contable y la penal, y señalar que cuando los hechos sean constitutivos de delito la responsabilidad contable nacida de ellos deberá ser determinada por el Tribunal de Cuentas en el ámbito de su competencia, matiza que en este caso concreto la jurisdicción contable y la penal no concurren sobre unos mismos hechos. Así la jurisdicción contable conoce sobre el menoscabo originado en los fondos públicos municipales a consecuencia de la actuación gravemente negligente de los secretarios municipales en el desempeño de sus funciones y, muy singularmente, en la inobservancia de la diligencia debida en la custodia de los talonarios de cheques y de sus funciones de intervención y control de la gestión de los fondos municipales, mientras que la jurisdicción penal y la posible responsabilidad civil que pudiera derivarse del proceso penal, conoce sobre la actuación del asesor económico respecto de la suplantación de firmas en los talones de las personas autorizadas para librarlos y de la apropiación de fondos municipales obtenidos de forma fraudulenta.

Son por tanto responsabilidades jurídicas diferentes, exigidas a personas distintas, por hechos diferentes, cuyo único nexo de unión, prosigue la Sala, es el menoscabo producido en los fondos de la corporación local a consecuencia de la actuación gravemente negligente de los secretarios municipales que propician la conducta presuntamente delictiva que se ventila ante la jurisdicción penal.

En todo caso, señala la Sala, el ordenamiento jurídico contempla mecanismos para evitar que pueda producirse la posible duplicidad que señalan los apelantes, como es el ejercicio por parte de ellos, en calidad

de terceros perjudicados por el delito al que se refiere el artículo 113 del Código Penal, de la correspondiente acción civil en el proceso penal que se sigue contra el asesor económico contratado por el ayuntamiento. La situación de los apelantes como personas que han tenido que reparar las consecuencias civiles del delito presuntamente cometido por el citado profesional, podría quedar perfectamente subsumida en el concepto de perjudicado propugnado por el Tribunal Supremo en interpretación y aplicación del citado artículo 113 del Código Penal, estando por tanto legitimados para el ejercicio de la citada acción civil.

Por otra parte, continúa la Sala, la vía anterior no impide a los apelantes acudir directamente a la vía civil, en el caso de que en el proceso penal no recayese un pronunciamiento condenatorio contra el asesor económico y todo ello para impedir que pueda producirse el enriquecimiento injusto del mismo.

La Sala señala, por tanto, el camino a seguir por los secretarios para reclamar y eventualmente recuperar del causante del perjuicio que se lucró con él indebidamente, las cantidades a las que hayan tenido que hacer frente como consecuencia de haber sido declarados responsables contables directos del alcance.

d) Sobre la calificación como pago indebido de cantidades abonadas por encima de lo estipulado en un contrato cuando no queda acreditada su justificación.

La sentencia de primera instancia de 2 de noviembre de 2006, contiene algún matiz importante respecto de las dos de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas antes citadas.

En primer lugar se declara la responsabilidad contable directa solidaria del alcalde, como ordenador de pagos y del secretario municipal, como responsable de la gestión y control de los fondos municipales, que los autorizó previa intervención del pago, sin advertir la irregularidad que se estaba cometiendo.

En segundo lugar, la imputación de responsabilidad contable deriva de que el ayuntamiento efectuó los pagos al profesional por él contratado, previa

presentación por éste de unos honorarios muy superiores a los inicialmente pactados en su contratación y sin que pueda llegar a justificarse que esos honorarios correspondiesen a servicios efectivamente prestados por el mismo, a pesar de lo cual el ayuntamiento abona las cantidades facturadas.

La Sentencia de instancia no fue recurrida en apelación ante la Sala del Tribunal de Cuentas, al haber satisfecho los demandados el principal del alcance e intereses declarados por aquélla.

En este caso la responsabilidad contable no deriva, como en los anteriores, de que la actuación gravemente negligente de los secretarios municipales por falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones de control, haya permitido actuaciones irregulares del asesor económico externo que desembocan en el perjuicio de fondos públicos, sino en que el ayuntamiento le abona unas cantidades muy superiores a las cantidades estipuladas inicialmente en el contrato, como compensación a sus servicios de asesoramiento económico-contable, sin que pueda acreditarse que el importe pagado de más corresponda realmente a servicios prestados.

Las facturas presentadas por el citado profesional al ayuntamiento por sus servicios de asesoría no detallan ni los días ni las horas empleadas, ni en muchos casos la actividad concreta realizada. Tampoco consta que la corporación municipal manifestara nuevas necesidades o le encomendara otros cometidos por encima de lo estipulado en el contrato, por lo que resulta imposible poder deducir si lo cobrado por el asesor externo, responde a la realización de un mayor trabajo, ya que ni siquiera puede acreditarse con certeza la realidad de la prestación.

A pesar de ello y sin conocimiento de la prestación realizada y sin acreditarse el derecho a percibir esas cantidades, el ayuntamiento procede al abono de las facturas presentadas por el asesor contratado, lo que la Sala califica como un pago indebido que origina un alcance por la diferencia entre el importe abonado y el que según el contrato le correspondía por su labor de asesoramiento.

La Sala aprecia la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable al entender que existe actuación dolosa o gravemente culpable o negligente tanto del alcalde que ordenó el pago en contra de lo dispuesto en las normas reguladoras de la contratación, como del secretario-interventor que lo intervino y autorizó, cuando por su condición de secretario debía conocer perfectamente la irregularidad que se estaba cometiendo al abonar una cifra superior a la pactada en el contrato. A este respecto, señala la Sala que ha de partirse no sólo de la diligencia exigible a un buen padre de familia sino de la que debe esperarse de todo gestor de fondos públicos, puesto que como tiene señalado el Tribunal Supremo, la medida de la diligencia exigible habrá de determinarse en función de la clase de actitud de que se trate y de la que debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso.

El consejero aprecia la concurrencia del resto de elementos que tipifican la responsabilidad contable y como he señalado, declara la responsabilidad contable solidaria por alcance del alcalde y del secretario-interventor municipal, por haber dado lugar a pagos indebidos al asesor contratado por encima de las cantidades pactadas en el contrato sin que quede acreditada su justificación.

V.- CONCLUSIONES

De las sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 4 de abril y 2 de noviembre de 2007 y de Primera Instancia de 2 de noviembre 2006, en las que el Tribunal de Cuentas resuelve sobre la existencia de responsabilidad contable directa por alcance de varios secretarios municipales, por los perjuicios causados a los fondos públicos de la entidad, a consecuencia de la actuación de un profesional externo contratado por el ayuntamiento para prestarle servicios de asesoramiento económico-contable, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª.- Aunque es doctrina consolidada del Tribunal de Cuentas aplicar un concepto amplio de gestor

público a efectos de determinar la responsabilidad contable, que alcanza a cualquier empleado público, sea funcionario, laboral o contratado administrativo, con nombramiento o sin él, con delegación expresa o incluso de hecho, ese concepto no alcanza a las personas vinculadas con una administración por una relación de servicios que actúan por cuenta propia. En este sentido, señala el Tribunal de Cuentas, que las relaciones contractuales con profesionales externos, no determinan la incorporación de éstos al concepto de empleado público aunque ejerzan en la práctica, sin la debida autorización, funciones que corresponden a este último, incluso, en el ámbito de la gestión y manejo de fondos públicos.

2ª.- El Tribunal de Cuentas declara responsable directo por alcance a los secretarios municipales cuando, como consecuencia de su falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones de gestión, intervención y control de los fondos públicos, permiten que un profesional externo cause perjuicio a los mismos en beneficio propio. En este sentido, el Tribunal señala que, independientemente de la responsabilidad penal que pueda imputarse a quien falsificó o suplantó firmas en los talonarios municipales y se apropió indebidamente de fondos públicos, la responsabilidad contable recae sobre quien, con su actuación gravemente negligente, propició o posibilitó esa conducta, en este caso el secretario municipal.

3ª.- Para evitar que pueda producirse una posible duplicidad entre la responsabilidad contable impu-

tada al secretario municipal por el Tribunal de Cuentas y la eventual responsabilidad civil que pudiera declararse al asesor económico externo en el proceso penal, y el posible enriquecimiento injusto para la administración perjudicada, señala el Tribunal que el secretario municipal estaría legitimado para ejercer la acción civil en el proceso penal que se sigue contra el citado asesor o para acudir directamente a la vía civil en el caso de que en el proceso penal no recayese un pronunciamiento condenatorio contra el mismo. De esta forma, quienes fueron declarados por el Tribunal de Cuentas responsables contables directos por alcance y tuvieron que reintegrar a los fondos municipales las cantidades a que ascendió el citado alcance, pueden reclamar de quien con su conducta se lucró en beneficio propio de los fondos municipales, las cantidades que tuvieron que reintegrar.

4ª.- El Tribunal de Cuentas declara como pago indebido el abono a un profesional externo de cantidades superiores a las estipuladas en el contrato inicial, cuando no queda debidamente acreditado la realización de funciones o tareas que justifiquen las cantidades abonadas en exceso. En este caso el Tribunal declara responsables contables directos y solidarios por negligencia grave en el ejercicio de sus funciones, tanto al alcalde que ordenó el pago en contra de lo dispuesto en las normas reguladoras de la contratación, como al secretario-interventor que lo intervino y autorizó sin advertir la irregularidad del mismo.