

Impacto de los últimos pronunciamientos del TCu sobre responsabilidad contable por alcance. Análisis de los requisitos para su concurrencia

*María Begoña Villaverde Gómez
Consello de Contas de Galicia*



II Encuentros de Servicios Jurídicos de OCEX

*2-3 de diciembre de 2021
Santiago de Compostela*



Sobre la jurisdicción contable

- ▶ La jurisdicción contable es exclusiva y plena (art. 136.2 CE): el TCu es “único pero no supremo” en el ejercicio de su jurisdicción
- ▶ Se prevén tres tipos de asuntos ante la jurisdicción contable:
 - ▶ Procedimientos de reintegro por alcance (supuestos de alcance o malversación)
 - ▶ Juicios de cuentas
 - ▶ Expedientes de cancelación de fianzas
- ▶ La responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil:
 - ▶ Carácter patrimonial y reparatorio
 - ▶ No sancionatoria
- ▶ Normativa:
 - ▶ Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas
 - ▶ Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas

Requisitos jurisprudenciales para la concurrencia de responsabilidad contable

- a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos,*
- b) que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos,*
- c) que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate,*
- d) que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave,*
- e) que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente y*
- f) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido*

Empresas públicas: ¿Estamos ante fondos públicos?

Disposición Transitoria Segunda de la LFTCu

Definición de empresa pública a los efectos de la función fiscalizadora del Tcu:

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos.

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

Jurisprudencia contable

▶ STCu 1/2014, Sala de Justicia, de 20 de enero

- ▶ Una sociedad mixta, en la que el Ayuntamiento de Ferrol posee el 51% del capital social forma parte del sector público
- ▶ Debe interpretarse de forma coordinada la función de fiscalización y de enjuiciamiento
- ▶ El daño a los fondos públicos debe predicarse en su integridad, ya que hasta el momento de la liquidación de las participaciones debe entenderse que los fondos son públicos en su totalidad

▶ STCu 17/2000 de 30 noviembre. Sociedad Quinto Centenario. Considera que los fondos de la empresa pública son privados: el hecho de que se sometan a unas pautas de control del gasto público no empece a su caracterización jurídico privada, dado que circunstancias como la aprobación de sus presupuestos como parte integrante de los Generales del Estado, así como el sometimiento al régimen de rendición de cuentas, como, finalmente, la sujeción al sistema de control financiero, no son sino manifestaciones peculiares del control que los accionistas

La noción de fondos públicos (otras jurisdicciones)

- ▶ STS 166/2014, 28 de Febrero: no existe un concepto legal de “fondos, caudales o efectos públicos” en nuestro ordenamiento jurídico. *Perfilar esta noción obliga a sumergirse en una marasma de cambiante y no clara legislación nacional y autonómica; y a diferenciar según el prisma (penal, contable, administrativo, financiero) desde el que abordemos la cuestión*
- ▶ STS 149/2015, de 11 de marzo: recoge la evolución jurisprudencial sobre la atribución de carácter público a los fondos de las sociedades mercantiles públicas

Concluye que las sociedades mercantiles públicas manejan fondos públicos porque:

- a) adoptan la forma societaria mercantil;*
- b) la Administración ejerce un control sobre sus caudales y efectos, puesto que si su control por la administración es indicativo de su carácter público, sus fondos deben tener la misma naturaleza;*
- c) los presupuestos de dichos entes integran el Presupuesto General del Estado; y*
- d) desde un punto de vista contable, el Tribunal de cuentas somete a estos entes no sólo a la fiscalización de sus cuentas, sino también al enjuiciamiento de las mismas por responsabilidad contable.*

¿Quién debe responder de los daños a estos fondos?

- ▶ Artículo 38 LOTCu:
 - ▶ Uno. El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.
 - ▶ Dos. La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria.
- ▶ Interpretación conjunta con:
 - ▶ art. 2 LOTCu: Corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. (en el mismo sentido, art. 49.1 LFTCu)
 - ▶ Art. 15 LOTCu: El enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.
- ▶ Concepto de legitimado pasivo: art. 55.2 LFTCu: Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso

Cuentadante como responsable contable

Jurisdicción contable

- ▶ Art. 15 LOTCu : quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos
- ▶ Art. 34 LFTCu:
 - ▶ 2. Serán cuentadantes, en las cuentas que hayan de rendirse al Tribunal, las Autoridades, funcionarios o empleados que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de los gastos o la gestión del patrimonio en las entidades del sector público.
 - ▶ 3. Los perceptores o beneficiarios de ayudas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o procedentes de entidades integrantes del sector público, tales como subvenciones, créditos o avales, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como los particulares que administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, hayan sido o no intervenidas la respectivas operaciones, estarán obligados a rendir las cuentas que la Ley establece.

Legislación presupuestaria

Art. 138.1 LGP: Serán cuentadantes los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas y, en todo caso:

- a) Las autoridades y los funcionarios que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de gastos, así como las demás operaciones de la Administración General del Estado.
- b) Los titulares de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como los Presidentes de las Juntas Directivas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y de los órganos equivalentes de sus Entidades y Centros Mancomunados.
- c) Los presidentes o directores de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y demás entidades del sector público estatal.
- d) Los presidentes del consejo de administración de las sociedades mercantiles estatales.
- e) Los liquidadores de las sociedades mercantiles estatales en proceso de liquidación o los órganos equivalentes que tengan atribuidas las funciones de liquidación en el caso de otras entidades.
- f) Los presidentes del patronato, o quienes tengan atribuidas funciones ejecutivas en las fundaciones del sector público estatal.

Cuentadante ¿y/o gestor de fondos públicos?

Será legitimado pasivo en un procedimiento de responsabilidad contable:

- ▶ quien participe de forma relevante en la gestión financiera de la entidad que puso los fondos públicos a su cargo
- ▶ Se considera gestor de caudales y efectos públicos a quienes los recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen
- ▶ No es necesario tener el manejo directo de los mismos, sino que se debe tener, al menos, capacidad de decisión sobre su uso (STCu 14/2019, Sala de Justicia: *“no hace falta disponibilidad directa sobre los fondos perjudicados, sino que basta tener capacidad de decisión sobre su uso (...)”*)
- ▶ Debe estar acreditado que le fueron entregados los fondos públicos menoscabados (encargados a su gestión, puestos bajo su custodia...)
- ▶ La responsabilidad contable puede recaer *“en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos”*
- ▶ STCu 13/2019: *“la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos”*.
- ▶ **Criterio decisivo ¿?: tener poder de disposición sobre los bienes o derechos.**
- ▶ Confusión con terceros que pueden tener algún tipo de responsabilidad civil o patrimonial por los daños derivados de su manejo de bienes o caudales, aún sin estar al servicio de la administración.
 - ▶ Extraneus: *Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales.* (STCu 8/2020, de 6 de julio)

El ejemplo de las sociedades mercantiles públicas

- ▶ Se debe partir del marco normativo mercantil regulador de la responsabilidad de los administradores societarios para su examen desde la perspectiva de la responsabilidad contable. (STCu 16/2019, 19/2019).
- ▶ Atendiendo a la normativa mercantil, deben tomarse en consideración:
 - ▶ Las previsiones contenidas en los estatutos sociales que rijan las sociedades,
 - ▶ en su caso los poderes otorgados por los órganos societarios para las actividades de gestión económico financiera.
- ▶ La **STCu 16/2019** se fija en los siguientes elementos:
 - ▶ amplitud de las funciones del Gerente de la sociedad pública, atendiendo al acuerdo de nombramiento del Consejo de Administración
 - ▶ amplitud de las funciones del Consejero delegado de la sociedad, atendiendo al acuerdo de nombramiento del Consejo de Administración
 - ▶ existencia -o inexistencia- de acuerdos adoptados por el Consejo de Administración, votado favorablemente por los miembros de dicho consejo, que hayan producido el menoscabo en los fondos públicos.
 - ▶ conocimiento -o no- de los miembros del consejo de administración de los pagos realizados que hayan producido el menoscabo en los fondos públicos.
 - ▶ participación en la toma de decisiones: no será considerado responsable quien no haya participado en el acuerdo lesivo o participando se haya opuesto expresamente a tal acuerdo (causas de exoneración de responsabilidad)

Responsabilidad contable sobre los fondos societarios. Premisas.

- ▶ Recae sobre los órganos de gobierno que tengan atribuida la gestión ordinaria: quien tenga la gestión y administración de los fondos societarios
- ▶ Dicha atribución es predicable respecto de quien la tenga legalmente atribuida, produciendo efectos frente a terceros por su inscripción en el Registro Mercantil
- ▶ La falta de ejercicio de las facultades legalmente atribuidas (gestión puramente formal) supone una grave negligencia
- ▶ Supuestos de delegación de facultades: ¿exoneración de responsabilidad o culpa in vigilando?

Responsabilidad directa o subsidiaria

- ▶ Responsabilidad directa: art. 42.1 LOTCu: Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución
- ▶ Responsabilidad subsidiaria. Art. 43.1 LOTCu: Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas

Miembros del Consejo de Administración: ¿tipo de responsabilidad?

- ▶ Pueden ser responsables contables directos o subsidiarios, tanto por acción como por omisión
 - ▶ *por no desarrollar la actividad que -estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada- hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos*
 - ▶ *que en el ejercicio de sus funciones, como integrantes del órgano de administración, pudieran haber llevado a cabo alguna actuación subsumible en las previsiones del artículo 42.1 de la LOTCu -sobre responsabilidad contable directa-, o del artículo 43.1 del mismo Texto legal -sobre responsabilidad contable subsidiaria-“(SSTCu, Sala de Justicia, nº 8/2020 de 6 julio 16/2019, de 2 de octubre).*
- ▶ Se matiza que *“si bien no cabe descartar a priori que los miembros del Consejo de Administración de las sociedades públicas puedan incurrir en responsabilidad contable directa, atendiendo a la intervención que hayan tenido en los actos generadores del daño a los caudales públicos, esta Sala viene considerando que la actuación negligente de los miembros del Consejo de Administración en el ejercicio de su función de control y rendición de cuentas, omitiendo las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos cuya adopción podría haber evitado la producción del daño solamente puede dar lugar a la responsabilidad contable subsidiaria, y no a la directa, reservada a quienes hayan intervenido materialmente en los pagos indebidamente realizados que hayan generado el daño” (STCu 1/2014, Sala de Justicia, de 20 de enero y STCu 11/2009, Sala de Justicia, de 12 de mayo).*

Matices sobre la responsabilidad directa

- ▶ Para que exista responsabilidad directa se requiere:
 - ▶ intervención material en los pagos o
 - ▶ Válida atribución de alguna acción u omisión concreta por su condición de miembros del consejo de administración de la que derive el daño concreto
- ▶ Ejemplos:
 - ▶ Que se hayan desarrollado funciones de gestión económico-financiera que afecten a los concretos fondos públicos menoscabados. (STCu nº 14/2018, de 10 de octubre)
 - ▶ Que el *Consejo de Administración adoptara un acuerdo formal* respecto de la actuación que produce el menoscabo en los fondos públicos. STCu 16/2017 Sala de Justicia, de 28 de abril)
 - ▶ No es relevante se aprueben los presupuestos por el consejo de administración porque no lleva aparejada la aprobación, disposición y pago de gasto concreto alguno (STCu 16/2017 Sala de Justicia, de 28 de abril)
 - ▶ No es relevante recibir un estado provisional de ingresos y gastos, sin llegar a adoptar acuerdo alguno la STCu 4/2017, Sala de Justicia, de 14 de abril)

¿Responsabilidad directa o subsidiaria?

- ▶ ¿Se produjo o debió producirse una dación de cuentas?
- ▶ ¿Quién es el tiene deber de vigilancia y control que garantice el adecuado funcionamiento de la empresa y la salvaguarda de los derechos de los socios?
- ▶ ¿Hasta dónde alcanza la delegación de las facultades de gestión?
 - ▶ Al menos, responsabilidad subsidiaria: conforme a la *diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, de suerte que la culpa imputable a aquéllos es la culpa profesional y específica, aplicando criterios especiales del canon de diligencia exigible cuando el se manejan fondos públicos*

¿Dónde está el límite entre la omisión del deber de vigilancia y la exoneración de responsabilidad?.

STCu 1/2014, Sala de Justicia, de 20 de enero:

- ▶ No hay acuerdos previos o posteriores del Consejo de Administración sobre el contrato que se considera lesivo y los pagos asociados al mismo
- ▶ la información recibida por los miembros del Consejo, en particular las cuentas anuales, *“junto con la Memoria y el Informe de Gestión, lo que permitió a los miembros del Consejo tener conocimiento de la gestión desarrollada por la sociedad y de todos los pagos que ésta realizaba”*.
- ▶ Se entiende producida una dejación de funciones por parte de los miembros del Consejo de Administración, *“al no haber llevado a cabo las labores obligadas de gestión y haber omitido cualquier vigilancia o supervisión de la sociedad, en relación con los pagos constitutivos de alcance, incumpliendo sus funciones esenciales de control de la marcha de la misma, y no desplegando la diligencia exigible a un ordenado empresario o a un gestor de fondos públicos”*.
- ▶ Se excluye la responsabilidad contable subsidiaria porque no consta la convocatoria de reunión a los efectos de dar cuenta a dicho órgano social de los pagos realizados ni que fuesen informados o conociesen los pagos que ocasionaron el alcance (STcu 16/2019, de 2 de octubre)
- ▶ STCu 19/2019 señala como “causa de exoneración” que los miembros del consejo de Administración ocupaban con un carácter meramente formal dicho cargo, sin intervenir en la toma de

Algunos ejemplos: STCu 13/2019

- ▶ Los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid no tienen la condición de cuentadantes porque si bien los miembros de la Junta aprobaron el Plan de viabilidad que dio cobertura a las enajenaciones de los inmuebles:

“no han intervenido directamente en la cadena del ingreso o del gasto público, sino, a lo sumo, a su mera planificación o programación generales, por lo que no cabría, ni siquiera, aplicar el concepto amplio de cuentadante que un criterio doctrinal reiterado y uniforme de esta Sala de Justicia ha venido aplicando, por cuanto el mismo exige, en todo caso, la efectiva administración, gestión o manejo directo de los fondos públicos.

- ▶ **Voto particular :** *“no sólo es cuentadante quien maneja fondos públicos en sentido estricto y rinde cuentas de su gestión, sino aquél que con su acción u omisión determina la producción de un daño a los fondos públicos. Bajo esta perspectiva, claramente la Junta General de Accionistas ostenta la condición de cuentadante, ya que como Junta de Gobierno municipal se implicó y vinculó directamente a la función que desarrollaba la EMVS a través de su Consejo de Administración y debió conocer las medidas que éste adoptaba en ejecución del Plan de Viabilidad de la EMVS”. “La inacción u omisión de la Junta de Gobierno municipal no le exime de responsabilidad, si no conoció con detalle la operación, pues debió solicitar información al respecto”.*
- ▶ STCu 14/2019, Sala de Justicia: *“no hace falta disponibilidad directa sobre los fondos perjudicados, sino que basta tener capacidad de decisión sobre su uso (Sentencias de esta Sala de Justicia núms. 12/1999, de 29 de septiembre, 15/1998, de 25 de septiembre y 10/1997, de 24 de julio). Las decisiones de los codemandados fueron causa directa del posterior abono de la factura a la empresa “S.”, por importe de 20.214,77 euros, pues dicho cargo nunca se hubiera realizado sin los previos encargos al CIRE”.*

Algunos ejemplos: STCu, Sala de Justicia, 13/2019, de 17 de julio

- ▶ STCu 13/2019: *“nunca ha declarado la responsabilidad de la Asamblea de accionistas de una empresa pública con forma instrumental de sociedad anónima estatal, autonómica o municipal, no estimando sino a sus gestores o a los integrantes de su Consejo de Administración como responsables contables, normalmente con carácter subsidiario de la de los gestores o Gerentes de aquellas”*.
- ▶ Voto particular: la Junta General de la EMVS *“no es una junta de accionistas de una sociedad mercantil, sino que tiene funciones directas de control. En efecto, a la Junta de Gobierno municipal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.1.b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, le correspondía adoptar planes, programas y directrices vinculantes para todos los órganos ejecutivos, organismos y empresas del Ayuntamiento de Madrid”*.

Algunos ejemplos: STCu Sala de Justicia 8/2020 de 6 de julio

- ▶ Parece seguir justo el argumento contrario a la sentencia 13/2019.

Se demanda a los miembros del Consejo de Administración de CMPD, por la adquisición de la sociedad V. por un importe de 0,99 euros, que posteriormente fue fusionada por absorción, y que presentaba en el momento de la compra un valor negativo en libros de -23.991.440,36 euros, cantidad en la que la parte recurrente cifra el menoscabo económico infligido a los fondos públicos de la Comunidad Autónoma Valenciana

Las operaciones de adquisición fueron acordadas por el Consejo ejecutivo de la Generalidad Valenciana, actuando como socio único de CMPD, a propuesta del Consejo de Administración de la mercantil pública. La demanda no se dirigió contra los miembros del Consejo ejecutivo por haber adoptado los acuerdos que la demanda considera dañosos para los fondos públicos, sino frente a quienes considera la parte actora que hicieron la propuesta al Consejo para que aprobara dichos acuerdos.

La causa eficiente productora del considerado menoscabo en el Erario autonómico se trasladó, desde la conducta observada por los miembros del Consejo de Administración que formuló sus propuestas, a otros agentes, la Junta General de Accionistas que verificó los acuerdos ratificadores de las operaciones financieras supuestamente productoras de tal alegado menoscabo económico en la Hacienda Pública Valenciana, cuya actuación sí habría permitido, de manera directa, el acaecimiento del resultado que se reputa como económicamente dañoso.

- ▶ El órgano colegiado de la sociedad mercantil autonómica ostentaba la máxima representación social, en juicio y fuera de él, y disfrutaba de las más amplias competencias y facultades para la administración, gestión y tráfico de la empresa, en los distintos negocios jurídicos que a ella le afectaban (artículo 10.1 de los Estatutos sociales). Por lo que la condición de miembros del Consejo de Administración, como integrantes del órgano decisor a nivel social, asegura la concurrencia de la calidad de cuentadantes

Algunos ejemplos: STCu del Departamento Segundo, nº 2/2021, de 20 de mayo

- ▶ Daño patrimonial producido en el marco de la firma de dos convenios con entidades deportivas por una empresa pública regional
- ▶ Naturaleza de la sociedad: legislación autonómica murciana: la actuación de este tipo de sociedades se registrará íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. Disposición Adicional Segunda *in fine* Ley 7/2004, de 28 de diciembre: las entidades con esta naturaleza en ningún caso, podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.
- ▶ Confusión sobre la persona actuante:
- ▶ *“Las “resoluciones” o “acuerdos” de 7 de mayo de 2012 y de 27 de noviembre de 2014 son firmados por el demandado en su condición de Director General de Cultura y Deportes, con invocación de la delegación que, en tal concepto ostenta del Consejero de Presidencia y Empleo, si bien dichos actos se extienden en papel con membrete de la citada Dirección General y del C.A.R. Región de Murcia, indicándose que se dictan a propuesta del C.A.R. En los acuerdos de 27 de noviembre de 2014 se hace mención a la legislación en materia de subvenciones. No es claro, en definitiva, si tales acuerdos deben ser considerados actos del C.A.R. como sociedad mercantil regional, sujeta a Derecho privado, o actos de la administración autonómica de la Región de Murcia”.*
- ▶ No se cumple ni con la normativa pública ni con la normativa privada:
 - si se tratara de actos de la mercantil pública, la referencia a la legislación en materia de subvenciones sería improcedente, pues una sociedad mercantil pública sujeta en su actuación al Derecho privado y sin “facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” no puede conceder subvenciones ni tramitar y resolver expedientes de reintegro al amparo de dicha legislación*
 - si se tratara de actos de la administración regional, su improcedencia sería manifiesta pues dicha administración solamente podría reclamar el reintegro de subvenciones concedidas por ella con arreglo a la legislación estatal y autonómica sobre subvenciones, lo que no es el caso tratándose de cantidades satisfechas por una sociedad mercantil pública, con cargo a su propio presupuesto y en virtud de convenios que contemplaban contraprestaciones a cargo de los destinatarios de los fondos.*

Prescripción en la Jurisdicción contable

Disposición Adicional 3ª LFTCu

- 1. Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen.*
- 2. Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme.*
- 3. El plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad.*
- 4. Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos.*

Notas generales sobre la prescripción de la responsabilidad contable

- ▶ Regulación completa en la normativa contable
- ▶ Prescripción extintiva
- ▶ Plazos de plazos de prescripción:
 - ▶ General: 5 años
 - ▶ Específico: 3 años (si la responsabilidad contable se detecta en un procedimiento fiscalizador previamente iniciado o declarada en sentencia firme).
 - ▶ Regla especial: se aplicarán los plazos de prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito cuando los hechos fueren constitutivos de delito
- ▶ Cada uno de los plazos tiene asociado un *dies a quo* diferente
- ▶ Se interrumpe el cómputo del plazo de prescripción por el inicio de cualquier actuación o procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable
 - ▶ No se exige el conocimiento formal por los interesados del hecho interruptivo de la prescripción

Sobre la prescripción (de hechos derivados de delitos)

- ▶ STS de 20 de noviembre de 2020 (RJ 2020/4261)

“cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable, y cuando existan elementos que permitan concluir que la identificación del hecho constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal podría condicionar directa y sustancialmente el plazo, y ocasionalmente, también la forma del cómputo de prescripción del delito. En este caso la cuestión penal constituiría un elemento que incide de forma directa en la responsabilidad contable, por lo que estaríamos en presencia de una cuestión prejudicial penal necesaria”

- ▶ Casa la STCu, Sala de Justicia, 4/2018, de 11 mayo
- ▶ Deriva de las discrepancias interpretativas manifestadas en diversos Autos (Auto 28/2015 de 11 de noviembre; Autos 17/2019, de 17 de diciembre y 16/2019, de la misma fecha, 13/2019, de 15 de noviembre y 9/2019, de 28 de junio) o STCu como la 10/2019, de 21 de junio

Posición del TCU hasta la STS de 10 de noviembre de 2020

- ▶ Se aplica el apartado 4 de la DA3^a cuando hay sentencia penal firme
- ▶ En ausencia de sentencia penal firme, se aplica el párrafo 1 de la DA3^a LFTCu
- ▶ La prescripción no puede considerarse una cuestión prejudicial penal previa que conlleve la suspensión del procedimiento de declaración de responsabilidad contable:

Prejudicialidad penal (recordatorio)

- ▶ Regla general: Art. 17.2 LOTCu: la jurisdicción contable “*Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales (...)*”.
 - ▶ no suspensión del procedimiento de declaración de responsabilidad contable.
 - ▶ los procedimientos en curso se desarrollan sin apenas limitación alguna
- ▶ Excepción: art. 17.2 *in fine*: prevé la devolutividad del asunto al orden penal en aquellos supuestos en los que la cuestión prejudicial penal constituya “*elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente*”.
- ▶ No se atiende a la identidad de los hechos sino a los requisitos del art. 17 LOTCU

¿Por qué consideraba que la prescripción no era un elemento necesario previo?

- ▶ Porque no afecta a los presupuestos de existencia de la responsabilidad contable
- ▶ Sólo afecta a la extensión económico-temporal de la responsabilidad contable (cuantificación)
- ▶ Se resuelve mediante los mecanismos de cooperación jurisdicción (art. 49.3 LFTCu)
- ▶ Se produciría un “vaciamiento” de facto de la competencia jurisdiccional contable en caso de existencia de un proceso penal dejando sin efecto la compatibilidad de jurisdicciones

*En realidad produce el efecto contrario no suspender el procedimiento.
Ejemplos en caso ERE´s

Los argumentos de la STS de 10 de noviembre de 2020

- ▶ Errónea interpretación del concepto “influencia decisiva” por el TCu respecto de la prescripción de la responsabilidad contable.
- ▶ Existencia de un régimen jurídico propio de prescripción en el ámbito de la jurisdicción contable.
- ▶ Régimen jurídico que cuenta con una regla especial para los supuestos en que exista un delito, de la que se deriva que resulta de aplicación la norma penal respecto de la prescripción de las responsabilidades civiles.
- ▶ Naturaleza sustantiva o material de la prescripción, que impide su tratamiento como una mera cuestión procesal.
- ▶ Improcedencia de resolver el asunto mediante la “cooperación jurisdiccional” sobre la base de lo dispuesto en el art. 49 LFTCu (no afecta a la prejudicialidad ni a la prescripción).

Nueva posición: conclusiones

- ▶ Tiene lugar una remisión normativa en bloque a la regulación sustantiva de la prescripción en ese ámbito penal- civil.
 - ▶ *Art. 1971 CC: el plazo de prescripción de la responsabilidad civil ex delicto se inicia a partir de la firmeza de la sentencia penal condenatoria”*
- ▶ Al aplicarse la regla del apartado 4, resultan inaplicables los plazos de la DA3ª 1 a 3 LFTCu
- ▶ No es necesario que se haya dictado sentencia penal firme
- ▶ La prescripción será cuestión prejudicial penal necesaria, que requiere la suspensión del procedimiento de declaración de responsabilidad contable, CUANDO
 - ▶ los hechos pueden ser constitutivos de delito a la vez que generadores de responsabilidad contable,
 - ▶ la identificación del hecho y calificación penal que haga el juez penal puede condicionar el plazo e incluso también la forma del cómputo de prescripción del delito

Y ello porque

- ▶ la cuestión penal incide de forma directa en la responsabilidad contable

Cuestiones (¿definitivamente?) aclaradas

- ▶ La prejudicialidad penal exige la suspensión del procedimiento cuando los hechos pudiesen ser declarados delictivos, aunque no se cuente con una sentencia penal firme
- ▶ La existencia de sentencia penal firme produce efectos en el ámbito de los hechos probados y la declaración sobre la autoría
- ▶ La prescripción es una “*institución de orden material y no meramente procesal*”, que puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso.
- ▶ El art. 49.3 LFTCu contiene una norma de distribución de competencias, que arbitra un mecanismo de cooperación jurisdiccional para hacer efectivo el contenido del art. 18.2 LOTCu

Cuestiones pendientes

- ▶ ¿Cuándo debe entenderse acreditada la existencia de causa criminal? cuándo se entiende producida “la eventualidad de que los hechos sean constitutivos de delito”: pendencia de un proceso penal
- ▶ No cabe interpretar que se requiera sentencia penal firme, pero ¿debe mejorarse la redacción de la DA3ª 4 LFTCu?
- ▶ Aplicación de las reglas de prescripción de delitos continuados: se aplican todas las reglas especiales previstas en la legislación penal en materia de prescripción.

¿Alcance continuado y reglas específicas para su prescripción?

- ▶ STCu 5/2021 de 24 junio (JUR 2021\286208), que contiene un voto concurrente.
- ▶ STCu 3/2020, Departamento Primero, de 6 de julio de 2020
- ▶ STCu, Sala de Justicia 7/2021, de 23 de julio (resuelve el recurso frente a la STCu 3/2020, Departamento Primero, de 6 de julio de 2020

Posición del Ministerio Fiscal

- ▶ Solicita que *“el cómputo de la prescripción se realice separadamente respecto a cada una de las certificaciones de obra, y solicita que se considere que se ha producido un alcance continuado computándose la prescripción, respecto a todos los pagos realizados por la obra del Polideportivo del Barrio de la Estación, desde la fecha de pago de la última certificación”*.
- ▶ Argumentación:
 - ▶ el concepto de continuidad del alcance no está previsto en la normativa específica de la responsabilidad contable
 - ▶ No se han aplicado las consecuencias de la continuidad en relación con la prescripción de la responsabilidad contable por el TCu,
 - ▶ Oros órdenes jurisdiccionales españoles se *“asume con naturalidad la consideración diferenciada que merecen los comportamientos continuos”*.

Posición de la Sala de Justicia

- ▶ Apoyo en STS sobre daños continuados:
 - ▶ “no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la producción del resultado definitivo”
 - ▶ “este criterio no se aplica cuando es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la producción de los daños”.
- ▶ Para el TCu los pagos de las distintas certificaciones de obra son “etapas diferentes o hechos diferenciados” en la producción de los daños”.
- ▶ No cabe aplicar el delito continuado y sus reglas de prescripción en la jurisdicción contable
 - ▶ Su regulación forma parte de las reglas de la respuesta a los hechos delictivos y no de la regulación de las consecuencias indemnizatorias de tales hechos
 - ▶ Naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad contable excluye la extensión analógica de una norma sancionadora en este ámbito.
 - ▶ La regla de la DA3^a.1 LFTCu es completa y no requiere complementar la norma por vía jurisprudencial.

Voto concurrente

- ▶ El alcance continuado sí puede producirse en algunos supuestos enjuiciados por la Jurisdicción Contable
- ▶ La redacción de la STCu 5/2021 contiene una argumentación jurídica que puede vetar esta posibilidad de manera taxativa y sin admitir excepciones, aunque no se da en este caso concreto (ni en los hechos de la STCu 7/2021)
- ▶ Redacción alternativa
 - ▶ aplicable a *“supuestos en los que el saldo deudor injustificado de las cuentas, la falta de numerario o el desvío indebido de fondos públicos a patrimonios privados sea consecuencia de un conjunto de acciones u omisiones conectadas entre sí, integrantes de una misma trama de gestión ilegal y generadoras, a través de una estrategia delimitada, continuada y única, del menoscabo periódico de un mismo patrimonio público” (...),*
 - ▶ no aplicables a quienes actúan *“a través operaciones distintas, que no forman parte de una trama o diseño fraudulento dirigido a una misma finalidad ilegal e injustificadamente lesiva”.*

Determinación del *dies a quo* para el cómputo de la prescripción

- ▶ Fecha en que se produce el daño (Disposición Adicional Tercera, párrafo 1º LFTCu)
 - ▶ Criterio general: se inicia cada vez que se produce la salida indebida e injustificada de unos fondos públicos
 - ▶ Fecha de transferencia cobro de cheques, elevación de escritura pública, entrega de justificantes...etc
- ▶ A modo de ejemplo, ¿cabría un alcance continuado?:
 - ▶ abono de facturas sin causa jurídica suficiente, con causa en un mismo contrato. Se toman en cuenta cada una de las fechas de pago para determinar si se ha producido la prescripción: son fechas ciertas y determinan el “*dies a quo*” a efectos del cómputo de la prescripción (STCu, sala de Justicia, 10/2015 de 15 diciembre).
 - ▶ abono de un complemento de productividad, que se reitera en el tiempo -dos ejercicios-: el plazo de prescripción comenzará a correr desde cada una de las fechas en las que se produjeron los pagos (STCu 12/2011 de 20 julio. JUR 2011\361517), atendiéndose a estos efectos al hecho más lejano en el tiempo que operará como *dies a quo* para el plazo de prescripción.
 - ▶ aplicación de un acuerdo colectivo para el personal del ayuntamiento: inicio del cómputo de la prescripción en la fecha de aprobación del mismo (STCu núm. 23/2009 de 30 septiembre). Criterio divergente, no se atiende a la fecha de cada uno de los pagos individualmente realizados sino a la fecha de adopción del acuerdo que amparaba tales salidas de fondos de manera continuada.
 - ▶ uso de tarjetas de crédito para extraer dinero y pagar comidas, hospedajes, etc. No hay conexión entre actuaciones, sin visualizarse una estrategia específica consistente en conseguir un fin único, a través del uso de la tarjeta de crédito (STCu 7/2021)

Soluciones en otros sectores del ordenamiento jurídico

Art. 132.1 del Código Penal:

- ▶ *“Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”.*

Art. 30.2 de la LRJSP

- ▶ *“El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora”.*

Algunos datos estadísticos

Informe CIJA 2021

