



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01007374

**TRIBUNAL DE CUENTAS
SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
SALA DE JUSTICIA**

C/ Fuencarral, 81.- 28004 MADRID
Tfno.: 91 447 87 01 / 91 592 09 00
Fax: 91 446 76 00

RECEPCIÓN
- 7 JUN 2019

NOTIFICACIÓN
10 JUN 2019

L.E.C. 1/2000

Artículo 151.2

ENTRADA Nº	
SALIDA Nº	518/19
FECHA	06-06-2019

**Recurso de Apelación nº 6/19
Proc. Reintegro Nº B-174/16**

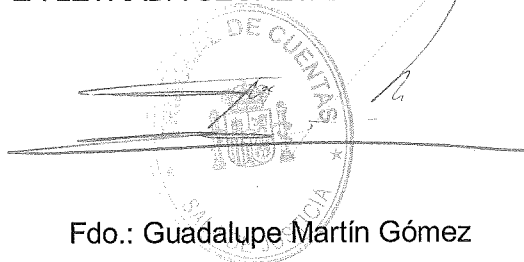
**Ramo: Sector Público Autonómico.-Informe de Fiscalización de la cuenta general del
Consortio de Residuos de Guipuzcoa, ejercicio 2012.-
PAÍS VASCO**

NOTIFICACIÓN

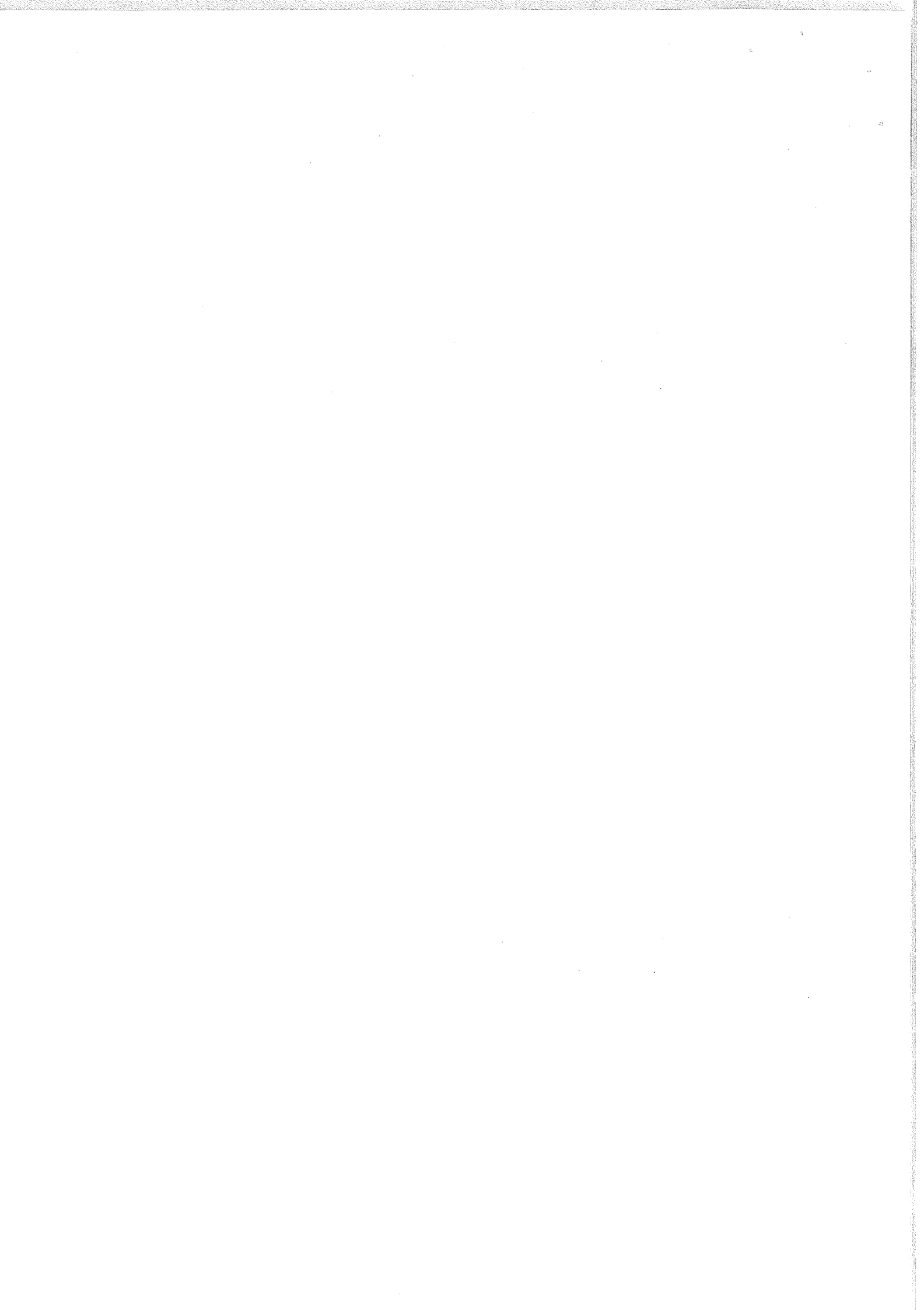
En el recurso al margen referenciado se ha dictado por la Sala, con fecha 4 de junio de 2019, la Sentencia cuya copia del testimonio se acompaña.

Y para que sirva de notificación a la Procuradora Dña Isabel Lobera Argüelles, en nombre y representación de Dña. Ainhoa Intxaurrendieta Excurra y de D. Iñaki Errazkin Vitoria, con la advertencia de que contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 7/2015, expido la presente en Madrid, a 4 de junio de 2019.

LA LETRADA SECRETARIA DE LA SALA,


Fdo.: Guadalupe Martín Gómez

**PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
DÑA. ISABEL LOBERA ARGÜELLES
SALÓN DE PROCURADORES**





DOY FE Y TESTIMONIO: Que en los autos del recurso seguido
en esta Sala se ha dictado la siguiente resolución:



**TRIBUNAL DE CUENTAS
SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
SALA DE JUSTICIA**

SENTENCIA Nº 6/2019

ASUNTO: Recurso de apelación nº 6/19, interpuesto contra la Sentencia nº 13/2018, de 8 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del ramo de Sector Público Autonómico.- Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Guipúzcoa, ejercicio 2012.- PAÍS VASCO.

PONENTE: Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.

SALA DE JUSTICIA:

Excmo. Sr. José Manuel Suárez Robledano. Presidente
Excma. Sra. Dña. Mª Antonia Lozano Álvarez. Consejera
Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz. Consejero

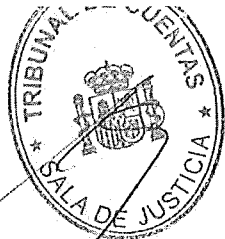
En Madrid, a cuatro de junio de dos mil diecinueve

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance B-174/16, del ramo reseñado, contra la Sentencia de 8 de octubre de 2018, dictada en primera instancia por la Excma. Sra. Consejera de Cuentas Dª Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

Han sido apelantes las entidades "Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa, SAU" y el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa Castro Rodríguez y el Ministerio Fiscal, que se adhirió al recurso y, como partes apeladas Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y Don Iñaki Errazkin Vitoria, representados por la Procuradora de los Tribunales, Doña Isabel Lobera Argüelles.



Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas Don José Manuel Suárez Robledano, quien, previa deliberación y votación, expresa la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

" IV.-FALLO.../... Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la entidad GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA, a la que se adherido el Ministerio Fiscal, contra don IÑAKI ERRAZKIN VITORIA y doña AINHOA INTXAURRANDIETA EZKURRA. Se condena a GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU y al CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA al pago de las costas procesales..."

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, de hechos probados y de fundamentos de derecho en los que se detallan los particulares relativos a la eventual producción de un alcance de fondos públicos en las entidades públicas, por un importe total de CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (40.495.981,54 €), según se estableció en el Auto de cuantía, dictado por la Juzgadora de instancia el día 15 de enero de 2018, concluyendo que no resultaban responsables contables los demandados, Doña Ainhoa Intxaurrandieta Ezkurra y Don Iñaki Errazkin Vitoria.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de las entidades "GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU" (en adelante, GHK) y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA (en adelante, el Consorcio), interpuso recurso de apelación contra la misma, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal, el día 6 de noviembre de 2018.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 4 de diciembre de 2018, vino a adherirse al recurso de apelación presentado por la representación procesal de las entidades públicas anteriormente citadas.



TRIBUNAL DE
CUENTAS



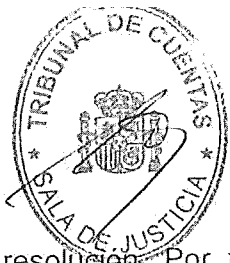
En virtud de sendos escritos, ambos, con fecha de entrada en este Tribunal de Cuentas, el día 19 de diciembre de 2018, la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Lobera Argüelles, en nombre y representación de Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra, e, igualmente, de Don Iñaki Errazkin Vitoria, formuló sus respectivos alegatos de oposición al recurso de apelación interpuesto por la ya expresada parte recurrente.

CUARTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 8 de febrero de 2019, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de Sala con el número 6/19, declarar concluso el presente recurso y nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano, así como pasar los autos, a dicho Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

QUINTO.- Por medio de Diligencia posterior de la Secretaria de la Sala, de fecha 19 de febrero de 2019, se materializó la remisión de los autos, recibidos por el Consejero Ponente el mismo día, compuestos por la pieza del recurso y seis cajas conteniendo:

- DILIGENCIAS PRELIMINARES Nº B-188/14 (folios 1 a 103).
- ACTUACIONES PREVIAS Nº 317/15 (folios 1 a 44)
- PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO Nº B-174/16 (folios 1 a 1.002).
- PIEZA SEPARADA DE PRUEBA DE D^a LEIRE LERTXUNDI BERISTAIN (folios 1 a 23).
- PIEZA SEPARADA DE PRUEBA DE D. AITOR IZTUETA GARAIKOETXEA y D. IKER URBINA FERNÁNDEZ (folios 1 a 9).
- INFORME DE FISCALIZACIÓN DEL CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA 2012 (folios 1 a 123).
- ANEXO I a ACTUACIONES PREVIAS (folios 1 a 433).
- ANEXO II a ACTUACIONES PREVIAS (folios 1 a 645).

SEXTO.- Con fecha 6 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas, escrito de la representación procesal del Consorcio y de GHK, mediante el que vino a comunicar que había sido dictada Providencia de 10 de enero de 2019, por la que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo inadmitió a trámite el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de 29 de diciembre de 2017, dictada por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, así como que había recaído Diligencia de Ordenación del mismo Alto Tribunal, en fecha 25 de febrero de 2019, declarando firme la anterior



resolución. Por todo ello, solicitó que se admitiesen, como prueba documental, ambas Resoluciones del Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- Se dictó Diligencia de Ordenación por la Secretaria de esta Sala de Justicia, de fecha 7 de marzo de 2017, mediante la que dio traslado a las partes del escrito y documentos recibidos, a fin de que, por plazo común de cinco días, manifestaran lo que estimaran pertinente, a efectos de lo dispuesto en el artículo 271 de la LEC.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 12 de marzo de 2019, manifestó que se mostraba conforme con la admisión de prueba documental aportada por la parte apelante, al amparo de lo previsto en el artículo 460.1, en relación con los artículos 270.1.1º y 271.2 de la LEC.

Por su parte, la representación procesal de la Sra. Intxaurrendieta Ezkurra y el Sr. Errazkin Vitoria, presentó sendos escritos de alegaciones, con fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal el día 19 de marzo de 2019, por los que los apelados se opusieron a la práctica de la prueba documental propuesta, solicitando su desestimación.

NOVENO.- Con fecha 11 de abril de 2019, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas, escrito de la representación procesal del Consorcio y de GHK, mediante el que vino a comunicar que se habían dictado sendas Providencias por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, cuyas copias adjuntó.

DÉCIMO.- Se dictó Diligencia de Ordenación por la Secretaria de esta Sala de Justicia, de fecha 11 de abril de 2017, mediante la que dio traslado a las partes del escrito y documentos recibidos, a fin de que, por plazo común de cinco días, manifestaran lo que estimaran pertinente, a efectos de lo dispuesto en el artículo 271 de la LEC.

UNDÉCIMO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 30 de abril de 2019, manifestó que se mostraba conforme con la admisión de prueba documental aportada por la parte apelante, al amparo de lo previsto en el artículo 460.1, en relación con los artículos 270.1.1º y 271.2 de la LEC.

Por su parte, la representación procesal de la Sra. Intxaurrendieta Ezkurra presentó escrito de alegaciones, con fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal el día 30 de abril de 2019, por los que la parte apelada se opuso a la práctica de la prueba documental propuesta, solicitando su desestimación.



TRIBUNAL DE
CUENTAS



El día 3 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas, escrito de la representación procesal del Sr. Errazkin Vitoria, mediante el que se opuso, asimismo, a la práctica de la nueva prueba documental propuesta por la parte apelante, remitiéndose a los razonamientos expuestos en su anterior escrito de fecha 18 de marzo de 2019.

DUODÉCIMO.- Por Providencia de 3 de mayo de 2019, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 14 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

DÉCIMOTERCERO.- En fecha 13 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas, escrito de la representación procesal del Consorcio y de GHK, manifestando dicha parte apelante que consideraba que esta Sala de Justicia debería pronunciarse antes de la deliberación y fallo del recurso, sobre la admisión, o no, de la prueba documental presentada.

En fechas 13 y 14 de mayo de 2013, se recibieron sendos escritos de las partes apeladas, Sr. Errazkin Vitoria y Sra Intxaurrandieta Ezkurra, mediante los que formularon recurso de reposición contra la Providencia de 3 de mayo de 2019.

DECIMOCUARTO.- Se dictó Providencia de fecha 14 de mayo de 2019, por la que esta Sala de Justicia, acusando recibo del escrito formulado por la parte apelante, se le indicó que había que estarse a lo que se declarara en sentencia.

DECIMOQUINTO.- El mismo día 14 de mayo de 2019 se dictó Diligencia de Ordenación por la Secretaria de la Sala, mediante la que se acordó dar traslado de los recursos de reposición formulados por las partes apeladas contra la Providencia de 3 de mayo de 2019, con el fin de que, por plazo común de tres días, alegaran lo que estimaran conveniente, respecto a su impugnación.

DECIMOSEXTO.- Por escrito con fecha de entrada en el Registro General del Tribunal de Cuentas el día 23 de mayo de 2019, la representación procesal del Consorcio y GHK se remitieron a su escrito de fecha 13 de mayo de 2019.

DECIMOSÉPTIMO.- En fecha 4 de junio de 2019, se dictó Auto por esta Sala de Justicia, por el que se acordó desestimar los recursos de reposición interpuestos.



DECIMOCTAVO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

DÉCIMONOVENO.- Por Providencia de 3 de mayo de 2019, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 14 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar el citado trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano de la jurisdicción contable competente para conocer y resolver el presente recurso es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 52.1,b) y 54.1,b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

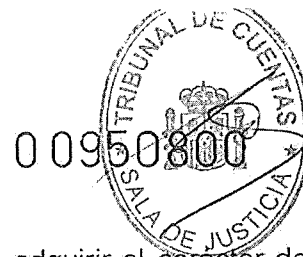
SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del recurso de apelación presentado por la representación procesal del Consorcio y de GHK, esta Sala de Justicia debe resolver acerca de los escritos presentados por esa parte recurrente en solicitud de la admisión, como prueba sobrevenida, de las Resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de 29 de diciembre de 2017, dictada por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, así como de las posteriores Providencias dictadas por esa misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cumpliéndose, así, lo prevenido en el párrafo tercero del artículo 271.2 de la LEC, aplicable en virtud de lo establecido en la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El mencionado precepto establece, como excepción, la regla de admisibilidad de la prueba presentada de forma extemporánea, cuando se trate (a los efectos que ahora interesan) de sentencias o resoluciones judiciales dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

Al respecto, esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dictamina que, si bien considera –como se razonará jurídicamente en un Fundamento de Derecho posterior- que las Sentencias y Providencias recaídas en el Orden Contencioso-Administrativo, y, en concreto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de



TRIBUNAL DE
CUENTAS



Justicia del País Vasco, de 29 de diciembre de 2017, no alcanzan a adquirir el carácter de prueba "*decisiva*" para la Resolución a dictar en el presente pleito, si han condicionado, en cierto modo, el debate suscitado por las distintas partes de esta apelación, por cuanto, siendo tenidas en cuenta por la Juzgadora de instancia, en su valoración junto a otros elementos probatorios del procedimiento, dichos intervinientes en esta fase de recurso, desarrollaron buena parte de sus alegaciones discrepantes, arguyendo, en un sentido u otro, sobre dichas Sentencias que, como se ha indicado, fueron incluidas dentro del acervo probatorio del procedimiento contable por alcance.

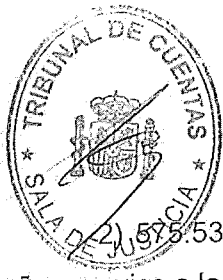
Se reconoce, por tanto, que concurre el requisito para la admisión por ese carácter "*condicionante*" de las expresadas Resoluciones del Tribunal Supremo (Providencia y Diligencia de Ordenación) y posteriores Providencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, exigido del artículo 271.2 de la LEC, al venir referidas directamente a otras (Sentencias), también "*condicionantes*", aunque no "*decisivas*", dictadas por órganos jurisdiccionales del Orden Contencioso-Administrativo que constan aportadas a los autos, que estaban vinculadas con el tema litigioso discutido en este Orden Contable y que afectan al debate planteado en esta fase de apelación.

Ello requerirá, en su momento procesal oportuno, un pronunciamiento de esta Sala de Justicia que dirima tal polémica y, por consiguiente, sólo desde esa perspectiva, entendemos que procede acordar la admisión de la prueba documental propuesta por la representación procesal del Consorcio y de GHK, en sus escritos de 6 de marzo y 11 de abril, de 2019.

TERCERO.- La Sentencia recurrida, dictada el 8 de octubre de 2018, recogió los términos de la pretensión actora, en el Fundamento jurídico Primero de dicha Resolución.

El perjuicio económico, susceptible de reintegro, que, según la parte actora –hoy apelante-, se habría producido a los fondos públicos, provendrían de los desembolsos realizados en virtud del Acuerdo de 13 de noviembre de 2013, de resolución del contrato mixto del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa (en adelante, CGRG), suscrito entre los apelados, actuando en representación de GHK, SAU y la UTE CGRG Gipuzkoa y que comprenderían los siguientes importes:

1) La indemnización, por 8.190.000 euros, reconocida a la UTE, por la no ejecución de los trabajos que se le habían encomendado.



2) 575.535 euros, en concepto de gastos causados y abonados a la UTE en los dos años previos a la resolución, soportados en facturas.

3) Los pagos que se iban realizando a causa de los contratos de cobertura de los riesgos de tipo de interés (contratos SWAP) de los créditos concertados para la financiación del contrato mixto CGRG, cuantificados por las entidades actoras en el acto de la audiencia previa en 36.342.389,44 euros, correspondientes a las liquidaciones giradas hasta diciembre de 2017, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se debían añadir los importes de las liquidaciones que se pudieran producir a partir de dicha fecha.

La Juzgadora "a quo" vino a concluir que no era posible declarar que la actuación de los demandados en la instancia, al firmar el acuerdo de resolución del contrato del CGRG, hubieran ocasionado daño alguno a los fondos públicos de las entidades públicas, hoy apelantes, que pudiera dar lugar a un alcance.

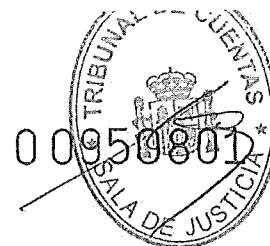
CUARTO.- Frente a dicha resolución ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de la mercantil pública GHK y del Consorcio, que ha procedido a articular su impugnación de la Sentencia dictada en primera instancia, en cuatro motivos que se resumen a continuación.

1. El motivo Primero del recurso de apelación tiene por objeto la revisión de los Hechos Probados de la Sentencia recurrida, toda vez que la parte apelante entiende que en la misma se incurre en error en la valoración de la prueba.

- a. Comenzó, en un apartado (A) realizando una introducción, en la que, en primer término, invocó la doctrina general desarrollada por la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, acerca del concepto, naturaleza y límites del recurso de apelación, así como de la necesidad de aplicación de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los artículos 249.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- b. Destacó la falta de atención en que había incurrido la Juzgadora de instancia, a la hora de valorar los hechos y consecuencias jurídicas que se derivaban de los pronunciamientos recaídos en el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, que apreciaron desviación de poder en las decisiones adoptadas por las partes apeladas en orden a resolver el contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del CGRG.



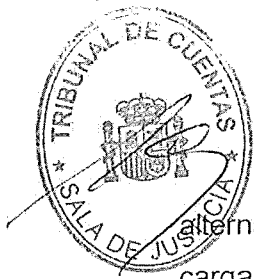
TRIBUNAL DE
CUENTAS



- c. Manifestó que de ello derivaba la plasmación de una decisión estratégica de dichas partes apeladas, previamente adoptada cuando tomaron posesión de sus cargos, de carácter estructural, definitivo y de radical y completo apartamiento del modelo, aprobado por las Juntas Generales, al que el contrato rescindido se habría ajustado.
- d. Consideró que dichos datos fácticos fueron postergados en la Sentencia recurrida, sin que la Juzgadora "a quo" motivara el porqué de la atribución del valor convictivo a ciertos datos y el silencio acerca de la "*ratio decidendi*" de otros particulares que no deberían, en principio, calificarse de irrelevantes, tal y como se enfatizaba en las Resoluciones recaídas, tanto en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de San Sebastián, como en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en las que se reflejaban cuáles fueron las verdaderas causas por las que se procedió a la Resolución del contrato de construcción del CGRG.

Por todas estas razones, la parte apelante dedicó un segundo apartado (B), en este Primer motivo de apelación, en el que interesó la revisión de los Hechos declarados Probados en la Sentencia recurrida, proponiendo la modificación de dos de ellos (el Primero y el Segundo) y la incorporación de catorce más, que, en aras de la brevedad y economía procesal, se dan ahora por debidamente reproducidos.

- 2. En su Segundo motivo de apelación, la parte recurrente denunció que la Sentencia incurría en una vulneración de las reglas distributivas de la carga de la prueba, con
- 3. infracción del artículo 217, apartados 3 y 7 de la LEC.
 - a. Hizo una exposición general sobre el tratamiento con que la doctrina jurisprudencial trata la problemática interpretativa de las normas sobre la carga de la prueba que incumbe a las partes en el procedimiento.
 - b. Manifestó que la obligación impuesta sobre ella, como parte actora, consistió en acreditar que la Sociedad pública GHK había suscrito un contrato el 15 de mayo de 2011 con la UTE cuyo objeto era la construcción de una Planta de Valorización Energética (en adelante, PVE), conforme a la planificación contenida en la Norma Foral 7/2008, de las Juntas Generales de Guipúzcoa y que los importes y conceptos, objeto de reclamación, correspondían a los daños y perjuicios inferidos a las Arcas Públicas debidos a la decisión de los demandados como consecuencia de la resolución del contrato referido.
 - c. Alegó que la Resolución impugnada, al fundamentar su decisión desestimatoria de la demanda por considerar que no se había aportado prueba alguna sobre la



alternativa más viable y menos costosa al interés público, vulneraba las reglas de carga de la prueba, en virtud de las cuales, correspondía a los demandados probar que la obligación derivada del contrato devino imposible, jurídica y económicamente, resolviéndose el contrato, al no resultar idónea y más costosa para el interés general la ejecución de una planta industrial redimensionada que la adopción de su decisión de resolver el contrato, impidiendo la ejecución de la construcción que tenían encomendada.

- d. Justificó la irreversibilidad de la resolución del contrato debido a que el resto de alternativas eran más costosas o inviables, perjudicaba a los demandados y no a la parte actora, conforme al artículo 217.3 de la LEC. No sería conforme a Derecho hacer recaer la prueba de consideración de otras alternativas más eficaces, sino que tal extremo era un hecho que debía ser probado por las entonces partes demandadas en autos.
 - e. Tras examinar otros aspectos técnicos sobre el problema del sobredimensionamiento de la planta industrial, consideró que la decisión de los apelados de resolver el contrato se basó en criterios ideológicos y no técnicos, desde el primer momento en que tomaron posesión de sus cargos en GHK.
- 4 El motivo Tercero de su recurso tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba efectuada en la Sentencia recurrida, en sus Fundamentos Sexto a Noveno, en lo que afectaba a la acreditación, por parte de las entidades públicas recurrentes, de la responsabilidad de las personas que fueron demandados en autos, en relación a las diversas partidas de gastos abonados a la UTE.
- a. La parte recurrente admitía que determinados pagos a la UTE se encontraban justificados, por ser hitos del contrato, como ocurría con los gastos derivados de la aprobación del Proyecto Básico, y verificarse la realización de los mismos. Por ello no se habían incluido en el "*petitum*" de la demanda. Pero no ocurría lo mismo con los otros gastos que fueron objeto de reclamación.
 - b. Alegó que el pago, en concepto de indemnización, por una cantidad superior a 8 millones de euros fue contrario al interés público, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.
 - c. Que los gastos referidos a Servicios de ingeniería y Asistencia jurídica, no sólo no se referían a ningún hito del contrato, sino que las facturas no existían en el momento de la rescisión y no constaba ninguna documentación referida a las labores o servicios concretos a las que se referían.



TRIBUNAL DE
CUENTAS



- d. Que asimismo, no se podía saber el importe indemnizatorio que hubiese fijado un árbitro, de no haberse transaccionado su cifra entre las partes, pero ello no convalidaba la disposición económica efectuada por los demandados, con cargo a las arcas públicas, lo que les obligaba a reintegrar las cantidades abonadas, toda vez que existía el nexo causal entre el desembolso, en concepto de indemnización y el desplazamiento patrimonial dañoso para los fondos públicos.
- e. En cuanto al reclamado reintegro de las cantidades, ya liquidadas y también las futuras, abonadas por GHK por cumplimiento de los contratos "SWAPS", la parte apelante discrepó del criterio mantenido por la Juzgadora de instancia, estimando incorrecta su cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2016, porque en ella se resolvió un supuesto diferente al enjuiciado en el presente caso.
- f. A pesar de que se afirmó en la Sentencia apelada que la paralización de la ejecución del contrato había provocado, definitivamente, el carácter especulativo del contrato, las dos pruebas periciales practicadas en autos coincidieron en que ese carácter especulativo devino incorregible y vino provocado, de una manera definitiva, por la resolución del contrato.
- g. El Banco Europeo de Inversiones manifestó su disposición a no retirar la financiación, en caso de redimensionamiento de la planta industrial, pero no se estudió técnicamente esa posibilidad porque los demandados decidieron abandonar el proyecto financiable y, consiguientemente, la financiación. Según el informe pericial aportado por las entidades públicas apelantes, los pagos relativos a los contratos de cobertura financiera ("SWAPS") constituyen salidas de tesorería en perjuicio directo de la situación financiera de la sociedad y, asimismo, no les suponen una inversión aprovechable, sino un mayor gasto financiero.
5. Por último, en el motivo Cuarto del recurso de apelación, las entidades públicas apelantes denunciaron infracción de los artículos 38.1 y 42 de la LOTCu, de los artículos 49.1, 59 y 72 de la LFTCu, así como las Leyes Reguladoras del Régimen Presupuestario y de Contabilidad aplicables al Sector Público, por remisión del citado artículo 49.1 de la LFTCu, entre ellos, el artículo 69.1 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 7 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, de los artículos 1 y 25 de la Ley de Contratos del Sector Público, el Principio de lealtad institucional, así como, por aplicación analógica, infracción de los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.
- a. La parte apelante entendió que no resultaba posible analizar la resolución del contrato mixto del CGRG, al margen de la Norma Foral 7/2008 y de todo el



sistema organizativo, técnico y económico-financiero que se creó alrededor de la misma. La entidad mercantil pública GHK se constituyó como la última pieza necesaria para materializar el modelo de gestión de residuos en Guipúzcoa, con facultades únicamente ejecutivas, sin ninguna competencia, en materia de planificación.

- b. Que la resolución contractual fue acordada por una sociedad instrumental que carecía, absolutamente, de competencias y facultades para adoptar dicha decisión.
- c. Por ello, resultaba necesario e imprescindible que la Jurisdicción Contable entrase a analizar los motivos reales que llevaron a los hoy apelados a rescindir el contrato mixto del CGRG, que no serían otros que imponer el modelo de gestión de residuos defendido por su formación política, a costa de no respetar la Norma Foral, ni los mandatos de las Juntas Generales, en el sentido manifestado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No cabía poner de excusa un problema técnico de sobredimensionamiento y de necesidad de redimensionamiento, pues no existía ningún acta, ni ningún documento que acreditara que los entonces gestores de GHK o del Consorcio así lo manifestaran, ni dicha razón aparecía en el Acuerdo de resolución del contrato mixto.
- d. Y si tal era el problema, la obligación de dichos gestores -.hoy apelados- debería haber consistido en haberlo puesto en conocimiento de los órganos competentes, en concreto, de la Diputación Foral de Guipúzcoa., como órgano competente para actualizar los datos de la previsión de residuos y su tratamiento. Pero los apelados no cumplieron tal obligación.
- e. El problema de sobredimensionamiento fue una excusa y no la causa de la resolución del contrato y de la salida ilícita de fondos públicos, llevada a cabo por los apelados, cantidades que debían ser reintegradas.
- f. Si los anteriores argumentos no fueran estimados, la parte apelante solicitó que, subsidiariamente, se estimase el Motivo Segundo de su recurso, por cuanto los demandados en el procedimiento de instancia tenían que haber acreditado que el coste de la resolución contractual operada fue inferior al que hubiera generado la ejecución de la planta sobredimensionada.
- g. Por lo demás, respecto a la responsabilidad de los apelados, la parte recurrente se remitió a los fundamentos de derecho contenidos en su escrito de demanda, para evitar reiteraciones, solicitando, en definitiva, la estimación del recurso de apelación.



TRIBUNAL DE
CUENTAS



QUINTO.- El Ministerio Fiscal, por su parte, se adhirió al recurso formulado por GHK y el CRG y, además de los argumentos esgrimidos por dicha parte apelante en su recurso, manifestó los siguientes:

1. Entendió probado que el 13 de noviembre de 2013, los demandados en autos, Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y Don Iñaki Errazkin Vitoria, firmaron un acuerdo con la UTE contratista, con el fin de resolver, de mutuo acuerdo y previa indemnización a tal agrupación de empresas, el contrato por el que se había encargado la construcción del CGRG, así como su puesta en marcha y explotación, incluyendo una PVE.
2. Las Juntas Generales de Guipúzcoa habían aprobado la Norma Foral 7/2008, la cual establecía el sistema normativo, organizativo, económico-financiero y técnico en relación al modelo de gestión de residuos. Dichas Juntas Generales eran las competentes para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del contrato.
3. Los demandados fueron requeridos por las Juntas Generales para que continuaran con el contrato de construcción, teniendo éstos perfecto conocimiento de que la competencia era de las citadas Juntas. A pesar de ello, dichos demandados firmaron el acuerdo de rescisión del contrato.
4. Tal acuerdo de resolución del contrato fue declarado ilegal por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de San Sebastián.
5. Que del testimonio de varios testigos se desprendía que existía un general conocimiento del incumplimiento de las normas aplicables, llegando, alguno de ellos, a dimitir del Consejo para eludir responsabilidades legales y patrimoniales. También, en el testimonio prestado por el codemandado Sr. Errazkin Vitoria, éste declaró que conocía la falta de competencia para resolver el contrato y las responsabilidades a las que se enfrentaban los codemandados en autos, ponía de manifiesto motivaciones de tipo político, ya que su postura era contraria a la construcción de la incineradora.
6. El Ministerio Público terminó señalando que quedaron probados los hechos denunciados en la demanda y consideraba que se produjo un perjuicio a los caudales públicos en la cuantía solicitada, por lo que interesaba que se dictara Sentencia que condenara a los apelados a reintegrar las cantidades reclamadas por las entidades públicas recurrentes.

SEXTO.- La representación procesal de Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra formuló su oposición al recurso de apelación presentado por las entidades públicas GHK y el CONSORCIO, al que se había adherido el Ministerio Fiscal. Cabe hacer la apreciación de que la representación procesal de Don Iñaki Errazkin Vitoria, también se opuso al expresado



recurso de apelación. Los argumentos esgrimidos por esta última parte apelada, en su escrito de oposición, prácticamente coinciden con los manifestados por la representación de la Sra. Intxaurrendieta Ezkurra, por lo que se resumirán ambos fundamentos.

1. En el primero de los motivos de oposición del recurso, las partes apeladas solicitaron la desestimación íntegra de los mismos, por cuanto la mayoría de ellos estaban principalmente articulados en la crítica a la valoración que, de la prueba obrante en las actuaciones, había realizado la Juzgadora de instancia.
 - a. Con cita y transcripción de parte de la Sentencia de esta Sala de Justicia, nº 17/2016, de 13 de diciembre, las partes apeladas manifestaron que las valoraciones contenidas en la Resolución recurrida no contenían conclusiones que resultaran arbitrarias, ilógicas o contradictorias con la prueba practicada.
 - b. El recurso no venía sino a reproducir los argumentos y pretensiones perseguidas en la primera instancia, actividad que debía ser rechazada, de acuerdo con el criterio doctrinal de este Órgano "*ad quem*", en Sentencias, como la más arriba señalada.
 - c. La valoración recogida en la Sentencia recurrida no sólo era exclusiva de ésta, sino que, con anterioridad, la Delegada Instructora, en el Acta de Liquidación Provisional de 29 de junio de 2016, recaída en las Actuaciones Previas nº 317/2015, ya había llegado a la conclusión de que no se daban los requisitos para generar responsabilidad contable por alcance de los apelados.
2. Las partes apeladas dedicaron el siguiente motivo a impugnar el Primero del recurso de apelación.
 - a. En cuanto a los argumentos introductorios del mismo (apartado A) se reiteró el argumento de oposición anterior y, en cuanto al contenido del apartado B, es decir, la solicitud de nueva redacción y adición de hechos nuevos en el relato fáctico de la Sentencia recurrida, entendieron que debía desestimarse íntegramente, por cuanto, algunos de los hechos propuestos carecían de trascendencia para la resolución del litigio suscitado, y otros obedecían a meras conjeturas, propias interpretaciones e, incluso, opiniones de la parte apelante.
 - b. Las partes recurridas identificaron como cuestiones nucleares del hilo argumental de la parte apelante, la desviación de poder y las que calificaba de actuaciones contrarias a la Norma Foral 7/2008.
 - c. Respecto a la desviación de poder, en primer lugar, se opusieron al argumento consistente en que la Sentencia recurrida no justificaba la no consideración, como

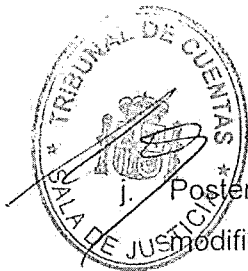


TRIBUNAL DE
CUENTAS



trascendente, de dicha conducta, puesto que, simplemente, la Juzgadora "a quo" había señalado que, aunque existiera vulneración legal, ello era condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la responsabilidad contable, que exigía, también la prueba de existencia de un perjuicio a los fondos públicos.

- d. En segundo término, las partes recurridas criticaron el hecho de que las apelantes afirmaran que se incurrió en desviación de poder cuando se firmó con la UTE el acuerdo de voluntades de 13 de noviembre de 2013, para la resolución, por mutuo acuerdo, del contrato mixto, objeto del procedimiento, porque no desplegó ningún efecto jurídico.
- e. Sostienen que dicho acuerdo de voluntades desplegaría efectos jurídicos cuando fuera ratificado por la Junta de Accionistas de GHK y una vez que la Asamblea del Consorcio desistiese del procedimiento de revisión de oficio que había sido iniciado por ésta última. Estos hechos se produjeron días después, el 25 de noviembre de 2013, y a partir de ese momento es cuando el contrato se consideró resuelto y se procedió a los pagos en él establecidos.
- f. Tanto era así que las dos Sentencias recaídas en el Orden Contencioso-Administrativo correspondían a recursos interpuestos frente al Acuerdo de 25 de noviembre y no, frente al acuerdo de voluntades de 13 de noviembre, que tenía naturaleza privada.
- g. En cualquier caso, consideraban las partes recurridas que las Sentencias dictadas en el Orden Contencioso-Administrativo no debían incluirse en el relato de Hechos Probados, toda vez que se encontraban pendientes de recurso ante el Tribunal Supremo y, además, el contenido de ambas Resoluciones darían pie a mantener tesis contradictorias.
- h. En cuanto a la supuesta vulneración del contenido de la Norma Foral 7/2008 de las Juntas Generales, las partes apeladas destacaron que dicha Norma sigue en vigor, nunca se derogó, pero a su amparo se había proyectado una nueva PVE pero redimensionada a la baja: en un 30% respecto a lo inicialmente previsto por dicha norma y en un 60%, respecto a la adjudicada en el contrato resuelto.
- i. Respecto al problema del sobredimensionamiento se subrayó que la parte apelante había tenido, a lo largo del procedimiento, una posición contradictoria y cambiante. En algún momento negó su existencia y, en otro, asumió que existía pero desconocía cuál era su verdadero grado y, finalmente, lo asumió y lo constató, precisamente por el nuevo contenido de la Norma Foral, como ya se había visto. En todo caso, subrayó que la Sentencia recurrida consideró acreditado que el sobredimensionamiento de la PVE la hacía ineficiente, si no directamente inviable.

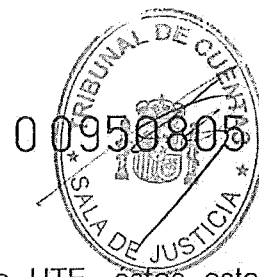


Posteriormente, las partes apeladas rebatieron, uno a uno, la pertinencia de modificar y/adicionar los Hechos Probados, por parte de las entidades apelantes, manifestando, en algunos casos, su falta de significancia para la resolución del pleito, y, en otros supuestos, la fragilidad de los argumentos desarrollados de adverso, así como la interpretación interesada de la parte recurrente y la intención de hacer valer como hechos probados, meras conjeturas e interesadas (algunas erróneas) consideraciones. Todos estos alegatos se dan aquí por debidamente reproducidos, en aras de la brevedad y economía procesal.

3. Las partes apeladas se opusieron a las alegaciones realizadas por su contraparte en el Segundo motivo de apelación, que denunciaba indebida aplicación, por parte de la Juzgadora de instancia, de las reglas de la carga de la prueba.
 - a. Afirieron la correcta aplicación en la Sentencia impugnada, del artículo 217, apartados 2 y 3 de la LEC.
 - b. Señalaron que la parte actora, estableció el origen del perjuicio a las arcas públicas en el hecho de haberse procedido a la resolución del contrato CGRG y a la falta de cumplimiento en su integridad.
 - c. En base a esa premisa, las entidades demandantes consideraron como perjuicio causado, a todos los gastos derivados de la rescisión del contrato. Sin embargo, tal y como establecía la Sentencia recurrida, ese esquema quebró al no considerarse viable, la opción de cumplir el contrato mixto, en los términos en que había sido planteado.
 - d. La parte recurrente trató de desplazar la carga de la prueba en aquello que únicamente a dicha parte incumbía, que era probar el perjuicio, conforme a aquella nueva circunstancia, que ya había quedado de manifiesto, en la fase probatoria del procedimiento, variando su alegato, en fase de alegaciones de conclusiones.
 - e. La modificación del contrato no era una opción jurídicamente viable y el redimensionamiento de la planta no correspondía decidirlo y acordarlo a los entonces demandados sino a la Diputación Foral de Guipúzcoa. En todo caso, la carga de probar los perjuicios económicos a los fondos públicos correspondía a la parte actora y nunca a la demandada.
4. También se opusieron las partes apeladas, a una solicitud de revisión de la prueba efectuada, respecto a la acreditación por la entonces parte actora, de la responsabilidad de los demandados en relación a diversas partidas que eran objeto de reclamación en la demanda rectora de los autos (motivo Tercero del recurso de apelación).

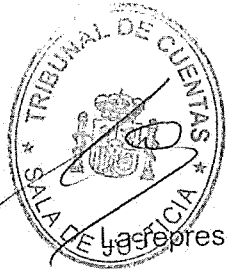


TRIBUNAL DE
CUENTAS



- a. En cuanto al pago de la indemnización y gastos a la UTE, éstos estaban amparados por las normas de contratación de las Administraciones Públicas aplicables, en materia de resolución del contrato por mutuo acuerdo, y así había sido señalado en el Acta de Liquidación Provisional, por parte de la Delegada Instructora.
 - b. En lo referente a las cantidades abonadas, en concepto de los contratos SWAPS, las obligaciones de pago no eran consecuencia de la resolución contractual, sino que se venían realizando en cumplimiento de lo acordado en los contratos de fecha 9 de febrero y 12 de mayo de 2011, por lo que eran pagos debidos y legales. Por lo tanto, al no existir infracción legal, no constituía un saldo deudor injustificado, ni tan siquiera un pago indebido. En suma, no podía ser constitutivo de alcance.
 - c. Además, los SWAPS perdieron el carácter de cobertura con la paralización o suspensión del contrato operada en diciembre de 2011. Comenzando entonces su carácter especulativo, que se habría producido, igualmente, caso de haberse modificado el contrato.
 - d. No existía ese efecto por el acuerdo de voluntades de resolución del contrato de 13 de noviembre de 2013, ni tan siquiera cuando ese acuerdo fue efectivo con las ratificaciones de los órganos colegiados, que dieron lugar al acuerdo de 25 de noviembre de 2013.
5. Respecto a las alegaciones de las entidades públicas apelantes, tendentes a examinar el derecho aplicado en la Sentencia recurrida (motivo Cuarto de su recurso), las partes recurridas se opusieron, reiterando argumentos fácticos, técnicos y jurídicos, ya expuestos en otros motivos de oposición anteriores y concluyeron que, en atención a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y a los criterios doctrinales elaborados por esta Sala de Justicia, no concurrían en el presente caso, los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad contable por alcance de Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y Don Iñaki Errazkin Vitoria, por lo que solicitaron la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la Sentencia dictada en primera instancia.

SÉPTIMO.- Sistematizadas y resumidas, de esta manera, las alegaciones y pretensiones de las distintas partes intervinientes en este debate de apelación, se puede proceder a su enjuiciamiento, por esta Sala de Justicia.



La representación procesal del Consorcio y de GHK ha propuesto en el primer motivo de su recurso de apelación la modificación de dos Hechos Probados de la Sentencia de instancia y la adición de hasta catorce puntos que, según su criterio, deberían haber constado en la Resolución impugnada y que se dan ahora por reproducidos.

En cuanto a esta pretensión, constituye un reiterado criterio doctrinal de esta Sala de Justicia, que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba, con base en criterios de crítica racional, es competencia del Juez de instancia.

Es cierto que la Sala puede valorar las pruebas practicadas en la Resolución que se recurra y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo», debido a la propia naturaleza del recurso de apelación, que otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que representa un «*novum iudicium*», como asimismo en reiteradas ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, frente al juicio de apreciación de la prueba que la Sentencia de instancia contenga, no pueden prevalecer meras alegaciones de parte, sino que se requiere, que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador. De manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador «a quo», de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer, como ya se ha subrayado, el criterio del Órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte.

La Sala, una vez analizados los extremos alegados por la parte recurrente, dictamina que ésta pretende reproducir, dentro de este motivo de apelación la práctica totalidad del debate fáctico, e incluso jurídico sustantivo, tratando de tachar de erróneas las conclusiones fácticas alcanzadas por la Juzgadora de instancia, con el fin de imponer su propia valoración en la práctica totalidad de las pruebas más importantes practicadas en el proceso, sin que esas acusaciones de error encubran otra cosa que el desacuerdo de la parte, en cuanto al fondo del litigio suscitado, con el criterio que sustenta la Sentencia apelada.

En lo que respecta, en concreto, al valor que la Juzgadora «a quo» habría dado a las conclusiones que resultan de las Sentencias recaídas en el Orden jurisdiccional Contencioso-



TRIBUNAL DE
CUENTAS



Administrativo, las alegaciones reflejadas en este motivo Primero de recurso no son asumibles por esta Sala de Justicia.

En primer lugar, no resulta veraz que la Sentencia recurrida omita la consideración de tales resoluciones dictadas por esa Jurisdicción, como oportunamente han opuesto las partes recurridas y se deduce, sin duda alguna, de la atenta lectura de la Resolución de instancia.

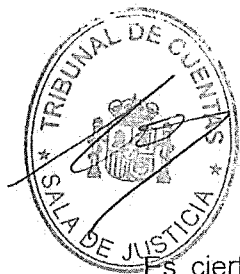
Y, por otra parte, esta Sala de Justicia no otorga a los pronunciamientos recaídos en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, el carácter decisivo que la parte recurrente les otorga, a la hora de dilucidar su pretensión de reintegro de cantidades derivada de la acción de responsabilidad contable por alcance de fondos públicos, entablada ante esta Jurisdicción. La dimensión práctica de la anterior afirmación se comprobará en un posterior Fundamento jurídico de esta misma Resolución.

Baste decir, en este momento, que la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y de la que, en su caso, se concreta a través de los procedimientos contencioso-administrativos, no ha de ser necesariamente coincidente, en tanto en cuanto sus objetos procesales no son iguales.

En el ámbito Contable lo es la declaración y exigencia de responsabilidad que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra a la Hacienda Pública, que ha sufrido un daño real, efectivo y económicamente evaluable, como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados más los intereses correspondientes.

En el ámbito Contencioso-Administrativo, sin embargo, como recuerda, entre otras, la Sentencia de esta Sala de Justicia 16/2003, de 23 de diciembre, se enjuician "*pretensiones relativas a la conformidad a derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo, disposiciones de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación...*"

Ambos Órdenes jurisdiccionales, Contable y Contencioso-Administrativo conocen de los hechos desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva. De ahí la fijación del principio de compatibilidad entre la Jurisdicción Contable y otros Órdenes jurisdiccionales, que destaca el artículo 18.1 de la LOTCu.



Es cierto que lo anterior hay que entenderlo sin perjuicio de la prejudicialidad, que recoge el artículo 17.2 de la misma Ley Orgánica, por la que, bien entendido cuál es el objeto procesal propio de las pretensiones de tipo contable, no se pueda excluir el análisis, por ejemplo, de la legalidad de determinados actos administrativos que se hallen ínsitos a la evaluación de concurrencia de uno o varios de los elementos de la responsabilidad contable, cual pudiera ser la apreciación de existencia de una infracción normativa administrativa. Aunque la decisión que se pronuncie en nuestra Jurisdicción, no producirá efectos fuera del ámbito de este Orden Contable (artículo 17.3 de la LOTCu). Pero ello nunca conllevaría la decisión sobre la posible nulidad o anulabilidad de una norma o un acto, pues ésta, se reitera, es competencia del Orden Contencioso-Administrativo.

Por supuesto, si las resoluciones del Orden Contencioso-Administrativo son aportadas a la causa y se juzgan como prueba pertinente, al estar vinculadas con el tema litigioso –como ha ocurrido en el presente caso–, formarán parte del ramo de prueba documental correspondiente y, como tal, deberá ser valorada junto con el resto del caudal probatorio del proceso, de acuerdo con los principios de sana crítica, lo que obligará a admitir, tanto lo que pueda favorecer, como lo que pueda perjudicar a la parte que intenta servirse de ella.

Pero siempre teniendo muy en cuenta la diferencia entre los objetos procesales que se dirimen en el Orden jurisdiccional Contable y en Contencioso-Administrativo, con el fin de no incurrir en exceso de Jurisdicción, y atendiendo a la influencia limitada que puedan tener las decisiones recaídas en una y otra Jurisdicción, pues prevalecerá siempre el principio de valoración libre de la prueba, por parte del Juez Contable.

Esta actividad enjuiciadora que se ha descrito, ha sido desarrollada con total corrección –a juicio de esta Sala de Justicia–, por la Juzgadora de instancia, en el procedimiento de reintegro por alcance del que trae causa esta apelación. Por lo que, también por estas razones, no cabe admitir el reproche jurídico que la parte apelante ha realizado.

Por consiguiente, al no considerar que se haya producido un error manifiesto en la valoración de la prueba que hiciera necesaria la modificación de los Hechos Probados de la Sentencia apelada, este Órgano “*ad quem*” rechaza admitir la revisión de los mismos que figuran en la Sentencia recurrida, desestimándose, así, el motivo Primero del recurso de apelación.



TRIBUNAL DE
CUENTAS



OCTAVO.- Alega, también, la representación procesal de las entidades públicas JCHK y el Consorcio, en el motivo Segundo del recurso, una defectuosa aplicación de las reglas de la carga de la prueba en la Sentencia dictada en la primera instancia, pues considera que era a los demandados, a quienes incumbía demostrar los hechos que impidieron el cumplimiento del mandato recibido de las Juntas Generales de Guipúzcoa para la construcción de la PVE, como infraestructura básica del Plan de Gestión de Residuos diseñado por la mencionada Junta General, y, en definitiva, tenían que haber probado las causas por las que esa obligación devino imposible jurídica y/o económicamente, resultando más idónea la resolución del contrato por el que se ejecutaba dicha encomienda, en lugar de su puro y debido cumplimiento, por parte de los apelados, dado los cargos que entonces ostentaban.

Es doctrina uniforme de esta Sala (por todas, Sentencias 10/2006 de 9 de mayo y 13/2006 de 24 de junio), que las reglas de la carga de la prueba aplicables a los procesos de responsabilidad contable son las del artículo 217 de la LEC, que, aplicadas al enjuiciamiento contable, suponen que *"corresponde al demandante probar que se ha producido un menoscabo en los fondos públicos ... Por lo que respecta a los demandados, les corresponde la carga de probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados."*

Se aplica, por tanto, en nuestro ámbito, el denominado *"onus probandi"*. Según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, este principio toma como base de que su aplicación, por parte del Juez, es necesaria en las contiendas en que, efectuada una actividad probatoria, los hechos hayan quedado inciertos, lo que supone que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma.

De esta manera, en el litigio suscitado en la instancia, ha correspondido:

- A las entidades públicas demandantes, probar que se había producido un menoscabo en los fondos públicos efectivo, real y evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública. Y, además, que el mismo era consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente culpable o negligente de los demandados de lo que deriva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49.1 de la Ley 7/88 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios causados.



Por lo que respecta a los demandados, su obligación ha sido probar los hechos que impedian, desvirtuaban o extinguían la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se reclamaron por la parte actora. Es decir, en el presente caso, que el pago de cantidades, en concepto de gastos derivados de la rescisión del contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa, celebrado entre GHK y la UTE constituida al efecto, no representó un menoscabo para los fondos públicos, constitutivo de alcance, ni se cumplían el resto de los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para sostener la acción de reintegro por responsabilidad contable, mantenida por las entidades demandantes.

Del examen detenido de la Sentencia recurrida se extrae la consecuencia de que resulta infundada la alegación de defectos por inversión de las reglas de carga de la prueba. Y ello, porque queda acreditado que la Juzgadora de instancia ha puesto de manifiesto, con precisión, a lo largo de toda su fundamentación jurídica, la necesidad ineludible de que la parte demandante en autos cumpliera con su obligación de probar la existencia de un daño económico a los fondos públicos y su debida cuantificación, como primer requisito ineludible para una eventual declaración de responsabilidad contable por alcance en la conducta de los demandados. Y, una vez analizado y valorado el material probatorio y las distintas alegaciones de las partes, ha hecho constar en su resolución que la parte actora no había satisfecho tal carga probatoria.

Se debe concluir, por consiguiente, que la Juzgadora de instancia ha respetado debidamente las reglas vigentes sobre la carga de la prueba, lo que debe llevar a desestimar el motivo Segundo del recurso de apelación interpuesto.

NOVENO.- Igualmente ha de decaer el motivo Tercero del recurso de apelación, que tendría por objeto "...la Revisión de la Valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida en los Fundamentos Sexto a Noveno...".

La mera enunciación del motivo, en sus términos literales, revela la improcedencia de su planteamiento, por cuanto el tratamiento de las cuestiones que en él se contienen vuelven a incidir, por una parte, en la facultad soberana de la Juzgadora de instancia de valorar conjuntamente la prueba practicada, ateniéndose a las reglas de sana crítica, punto éste ya extensamente tratado en nuestro Fundamento jurídico Séptimo, por lo que no se volverá a incidir sobre ello, dándose aquél por debidamente reproducido, en su argumentación en contra de la estimación de lo instado por la parte recurrente.

Y, en segundo lugar, porque las alegaciones que se desarrollan en este motivo deben de ser tratadas en el examen del Derecho aplicado en la Sentencia recurrida.

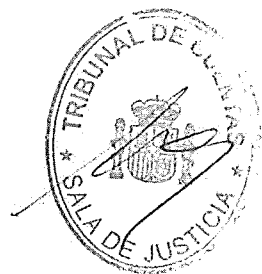
DÉCIMO.- En el Cuarto motivo del recurso de apelación se alega la infracción del Derecho aplicado en que incurriría la Juzgadora de instancia, en la Sentencia impugnada.

Dada la índole de los argumentos vertidos por ambas partes, aunque de modo especial, por la parte recurrente, que ha basado su recurso, de forma extensa, en consideraciones de muy distinta índole (administrativas, técnicas e, incluso, políticas...), esta Sala de Justicia entiende que, para un apropiado enjuiciamiento de las pretensiones de las aludidas entidades públicas recurrentes y del Ministerio Fiscal, que se ha adherido a la apelación, se debe centrar el debate con un enfoque jurídico estrictamente vinculado al ámbito del Ordenamiento jurídico Contable, en el que nos encontramos.

La responsabilidad contable surge en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de los fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia: el cargo o entrega de fondos y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca el descargo, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión o bien bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas. Acreditada la entrega de los fondos y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

Tal perjuicio es calificable de alcance, esto es, el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas, surgiendo la obligación de indemnizar, a todas las personas que tengan a su cargo el manejo y custodia de los fondos públicos y resulten obligados a su justificación (artículos 15.1, 38.1, 42.1 y 43 de la LOTCu y los artículos 49.1 y 72 de la Ley de Funcionamiento, reguladores de la responsabilidad contable).

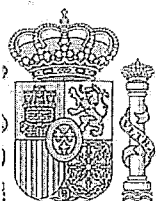
El daño o menoscabo, ha de ser real, evaluable económicamente e individualizado en relación a los caudales o efectos públicos, conforme establece el párrafo segundo del artículo 59.1 de la LFTCu.



Ahora bien, la correcta aplicación de los preceptos que anteriormente se han entendido aplicables, obliga a tener en cuenta que, para que se pueda declarar la existencia de un alcance, y por ende, el surgimiento de la acción de la responsabilidad contable, con una pretensión de reintegro indemnizatorio, no basta sólo con que se detecte un menoscabo económico en los fondos públicos. sino que, además, deben concurrir todos los requisitos o elementos configuradores de dicha responsabilidad contable, que se derivan del contenido de todos esos artículos, tanto de la LOTCu, como de la LFTCu, sistematizados por una constante línea doctrinal de esta misma Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia nº 1/2004, de 4 de febrero) y, asimismo por el Tribunal Supremo, por todas, en Sentencia de 6 de octubre de 2004 (ROJ STS 6273/2004), en los apartados que a continuación se exponen: a) Que haya 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 conducta 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, la concurrencia de 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 relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

UNDÉCIMO.- Habiendo dejado sentado lo anterior, para resolver la pretensión planteada por el CONSORCIO y la mercantil pública GHK, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, hay que partir de lo siguiente, según consta acreditado en los ramos de prueba obrantes en autos y debidamente valorados en la Sentencia recurrida:

- 1- La sociedad pública GHK, firmó el 12 de mayo de 2011 un contrato con la UTE CGRG Gipuzkoa cuyo objeto era la Redacción del Proyecto, Dirección Facultativa y Ejecución de las obras de construcción, puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa. En dicho contrato, estaba prevista la construcción de una PVE localizada en Zubieta, de acuerdo con la planificación contenida en la Norma Foral 7/2008.
- 2- La PVE prevista en el contrato estaba sobredimensionada, de manera que, de construirse conforme a lo previsto, los residuos susceptibles de valorización energética procedentes de Guipúzcoa no serían suficientes para garantizar el funcionamiento de la instalación.



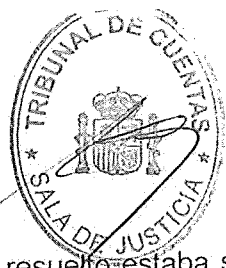
TRIBUNAL DE
CUENTAS



- 3- El día 22 de diciembre de 2011, la Asamblea General del Consorcio acordó suspender el contrato de CGRG por un plazo de seis meses. Posteriormente, el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa (en sesión del día 27 de diciembre de 2011) consideró, atendiendo al hecho de que GHK debería adoptar decisiones relevantes en relación al contrato suscrito sobre el CGRG cuya tipología y dimensionamiento podían verse afectados por diversos motivos técnicos, iniciar un proceso de reevaluación de las necesidades de infraestructuras de gestión de residuos de Guipúzcoa.
- 4- La situación de suspensión contractual se alargó en el tiempo, iniciándose un procedimiento de revisión de oficio el 12 de julio de 2013. El 27 de junio de 2013, la UTE presentó demanda de arbitraje, reclamando a GHK una indemnización de 25 millones de euros por incumplimiento del contrato.
- 5- El 13 de noviembre de 2013 Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra, en calidad de Presidenta de GHK (cargo al que había accedido el día 2 de julio de 2013), y Don Iñaki Errazkin Vitoria, en calidad de Consejero de GHK (nombrado en representación de la Diputación Foral en dicha mercantil pública), firmaron con la UTE contratista un acuerdo de resolución del contrato mixto, suscrito en su día. Entre los puntos acordados, GHK se comprometió a solicitar al Consorcio el desistimiento del procedimiento de revisión de oficio que se estaba incoando, mientras que la UTE aceptó desistir del arbitraje que había promovido, reconociendo a la misma el abono de cantidades por la no ejecución de los trabajos que se le habían encomendado.
- 6- En dicho acuerdo transaccional también se preveía que los compromisos a los que llegaron las partes intervinientes, se ejecutarían, de forma efectiva, una vez ratificados por la Asamblea General del Consorcio (actuando en calidad de Junta General de Accionistas de GHK). La ratificación del acuerdo suscrito, por parte del órgano colegiado citado, se produjo mediante la celebración de una sesión extraordinaria urgente que tuvo lugar el día 25 de noviembre de 2013.

Una vez analizado el caudal probatorio aportado a la causa, esta Sala de Justicia no puede sino llegar a las mismas conclusiones que la Consejera de instancia y considerar que el abono de los importes pactados en el acuerdo de resolución del contrato mixto de CGRG, en fecha 13 de noviembre de 2013 no ha originado perjuicio o menoscabo a los fondos públicos, susceptible de generar responsabilidad contable por alcance en las personas de los apelados, y ello por lo siguiente:

1. En cuanto a la cuantía de 8.190.000 euros, de indemnización abonada a la UTE CGRG Gipuzkoa, ha quedado acreditado en autos que la PVE proyectada en el contrato



resuelto estaba sobredimensionada, por lo que no era una opción viable el mantenimiento y cumplimiento del citado contrato. Ello impide apreciar que la resolución del contrato hubiera causado un perjuicio a los fondos públicos al no haber quedado probado que el coste de la misma hubiera sido superior a la modificación del proyecto para dar respuesta al sobredimensionamiento de la infraestructura.

2. Respecto a los diversos gastos pagados a la UTE, por valor de 575.535 euros, el acuerdo de resolución del contrato tuvo un carácter transaccional, para evitar que la UTE promoviera un procedimiento arbitral en el que GHK podría haber sido condenada a pagar hasta 25 millones de euros. Por tanto, los pagos realizados a la UTE, como consecuencia del acuerdo de resolución, tuvieron como contrapartida la eliminación del riesgo que suponía para GHK un eventual resultado adverso del procedimiento arbitral, debiendo considerarse que los importes satisfechos no fueron desproporcionados en relación con los riesgos económicos que se conjuraban mediante el acuerdo. Por lo que tampoco, desde esta perspectiva, se podía considerar que los pagos efectuados a la UTE supusieran un daño a los fondos públicos de GHK y del Consorcio.

3. Por último, en cuanto a los pagos realizados en virtud de los contratos SWAP, con posterioridad a que éstos perdieran su carácter de contratos de cobertura del riesgo de alza de tipos de interés y pasaran a ser meramente especulativos, tampoco cabe considerar que ello hubiera ocasionado un daño a los fondos públicos de GHK:

- En primer lugar porque, dado el carácter aleatorio de estos contratos, quedaba abierta la posibilidad de que, en función de la evolución del Euribor, GHK en lugar de realizar pagos (como había sucedido hasta ese momento) podría tener, en el futuro, ingresos derivados de dichos contratos, lo que impedía considerar que los mismos produjeran, necesariamente, un desequilibrio patrimonial determinante de daño a los fondos públicos de la entidad.

- Incluso prescindiendo de lo anterior, no había quedado probada la parte de los pagos de los contratos SWAP que correspondería a la financiación del contrato mixto del CGRG, y no a los de otras inversiones, lo que impide cuantificar el presunto daño causado por este concepto.

- Tampoco se ha identificado la relación causal entre la firma del acuerdo de resolución del contrato mixto y la conversión de los contratos SWAP en especulativos, ya que dicha conversión se produjo con mucha anterioridad al acuerdo resolutorio de noviembre de 2013, con la suspensión de los contratos del CGRG acordada por la Asamblea del Consorcio el 22

de diciembre de 2011, suspensión que vino refrendada por el acuerdo adoptado por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa, de 27 de diciembre de 2011.

- Finalmente, tampoco cabe considerar que no existiera ninguna posibilidad de que prosperase un recurso de casación contra eventuales resoluciones de primera y segunda instancia desestimatorios de las demandas interpuestas por GHK, a fin de anular los contratos SWAP, siendo ello suficiente, para excluir la vinculación causal entre la actuación de los demandados y la necesidad de seguir cumpliendo dichos contratos.

DUODÉCIMO.- Todas las anteriores consideraciones fácticas y jurídicas constituyen el resumen de la fundamentación desarrollada por la Juzgadora de instancia, en la Sentencia recurrida, que esta Sala de Justicia hace suya, en su totalidad.

No obstante, teniendo en cuenta las alegaciones planteadas en esta fase de apelación, deben añadirse los siguientes razonamientos.

En primer lugar cabe destacar que la representación procesal del Consorcio y de GHK, así como el Ministerio Fiscal, han manifestado una vulneración, por parte de los apelados, del Ordenamiento jurídico aplicable que vendría constituida por la inobservancia de las Normas Forales, y, en particular, de la Norma 7/2008, que establecía el sistema normativo, organizativo, económico-financiero y técnico, en relación al modelo de gestión de residuos. El Ministerio Fiscal afirmó, en su escrito de adhesión al recurso de apelación formulado por GHK y el Consorcio, que, teniendo en cuenta esa Norma Foral, eran las Juntas Generales de Guipúzcoa las que tenían la competencia para adoptar cualquier tipo de decisión respecto al contrato de referencia. En parecidos términos, las entidades públicas apelantes han subrayado que un correcto cumplimiento de la Norma Foral citada y sus concordantes, exigía que, dado que la resolución del contrato representaba la no construcción de la PVE proyectada y, por ende, la afectación directa a la planificación misma de la política medio-ambiental y la gestión de residuos en el Territorio Foral, los apelados habían actuado ilícitamente al no haber recabado el permiso de las Juntas Generales antes de proceder a la rescisión del contrato mixto.

Sin perjuicio de que los reproches jurídicos tienen fundamento, es preciso señalar que esta Sala de Justicia ha venido reiterando (entre otras, Sentencias nº 6/2013, de 6 de marzo y nº 12/2016, de 27 de septiembre) que la contravención de la normativa reguladora de la contratación administrativa no es susceptible de generar, por sí sola, responsabilidad contable, sino que es necesario que concurran todos y cada uno de los elementos configuradores de



este tipo de responsabilidad, en especial, que se haya producido un daño en los fondos públicos que reúna los requisitos exigidos por el artículo 59 de la LFTCU, que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo (ROJ STS 910/2008, y las que en ella se citan), la infracción, en su caso, de las formalidades administrativas establecidas en la legislación aplicable a los contratos, por parte de la Administración contratante, nunca podría enervar el derecho del contratista al cobro de las cantidades jurídicamente debidas, pues, admitir lo contrario, supondría un enriquecimiento injusto de la Administración.

Y, en esta línea, no resulta posible desconocer, como se apuntó en fase de Actuaciones Previas, la Cláusula 49.2.c) del Pliego de Condiciones del contrato mixto de CGRG, que regía en el mismo, y el artículo 1255 del Código civil, que amparan las cantidades en que las partes contratantes (GHK y UTE) cuantificaron la indemnización, con arreglo a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entonces vigente, derivada de la resolución por mutuo acuerdo del contrato suscrito el 12 de mayo de 2011, parte del cual (Redacción del Proyecto), ya se había ejecutado, antes de ser suspendido.

La sociedad pública GHK (y, por extensión, el Consorcio), como entidad adjudicataria del contrato, era competente para, al amparo legal antes expresado, comprometerse a las obligaciones con la UTE, derivadas de la extinción del contrato por mutuo acuerdo. De esto, no le caben dudas a esta Sala de Justicia, pero tampoco, desde luego, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) que dictó la Sentencia de 29 de diciembre de 2017, aportada en autos y que, a fecha actual, ha sido declarada firme, por dictarse la inadmisión del Recurso de Casación interpuesto contra ella, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así, consta acreditado en el Fundamento Jurídico Tercero (segundo párrafo) cuando dice: *"...lo que hace plausible prescindir de todo mayor adentramiento en esa razón competencial que, como tal, no puede ser la clave determinante de la invalidación del acuerdo del Consorcio [de 25 de noviembre de 2013] sin confundir lo que es competencia o las facultades para la extinción del contrato en sentido estricto, -que indudablemente recaían en dicho Ente como poder adjudicador-, de lo que pueden ser las competencias de orden político-administrativo superior para definir el modelo de gestión de residuos y el eventual quebrantamiento del mismo, que, se insiste, no es un problema de competencia, sino de vinculación del Consorcio a los fines para los que fue creado, y, por tanto, de eventual trasgresión estatutaria asociable con la desviación de poder [Subrayado y destacado, de esta Sala] ..."*



TRIBUNAL DE
CUENTAS



En suma, el TSJPV ha deslindado la dimensión jurídica del tema sometido a enjuiciamiento por este Orden jurisdiccional Contable, distinguiendo:

- 1.- Las facultades contractuales que correspondían al Consorcio (a través de su ente instrumental, GHK, SAU), como entidad pública adjudicadora del contrato, posteriormente resuelto por mutuo acuerdo de las partes, y
- 2.- Las competencias de orden político-administrativo superior para definir el modelo de gestión de residuos, de las cuales no debe conocer este Tribunal de Cuentas, por ser competencia del Orden Contencioso-Administrativo.

Dentro de su propio ámbito competencial, el TSJPV ha considerado concurrentes, conductas merecedoras de la declaración de desviación de poder, por infracción de normas de orden político-administrativo superior (Normas Forales de planificación de la política medio-ambiental y la gestión de residuos en el Territorio Foral), que llevan a la nulidad del acuerdo de la Asamblea del Consorcio, de fecha 25 de noviembre de 2013.

No existiendo alcance contable, como ya se ha razonado, las consecuencias del incumplimiento de la Administración Foral de las obligaciones contractuales, legalmente establecidas (especialmente las pecuniarias), podrían provocar un enriquecimiento injusto de dicha Administración, de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ya señalada. Porque las sociedades mercantiles que conformaron la UTE no estaban obligadas a soportar las consecuencias económicas negativas derivadas de las disfunciones puestas de manifiesto en el defectuoso funcionamiento de la Administración Foral, a nivel político y administrativo, en relación con el planeamiento y ejecución del procedimiento de contratación que ha originado este litigio. De hecho, puede entenderse que el enriquecimiento injusto de la Administración Foral quedaría de manifiesto al reflejar el Informe de Fiscalización sobre el CRG, ejercicio 2012, elaborado por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, en su página 63, apartado III.2 –“Presupuestos y Contabilidad”, que, como consecuencia de las suspensiones cautelares de los contratos de gestión de residuos *«...el nivel de ejecución de los presupuestos de 2012 del Consorcio ha sido nulo y en la Sociedad el capítulo de “Inversiones reales” se ha ejecutado en un 10% en relación a lo inicialmente previsto...»*

Ello refuerza, tanto el criterio mantenido por la Consejera de instancia, en su Sentencia, así como la fundamentación de esta Sala de Justicia para rechazar los alegatos esgrimidos por el Consorcio, GHK y el Ministerio Fiscal, ya que los mismos revelan claramente, la confusión de los planos argumentales que, desde el punto de vista jurídico,



deben servir para sostener la acción de responsabilidad contable por alcance contra las personas apeladas, necesariamente distintos de los que hicieron viable la declaración de desviación de poder por el Orden Contencioso-Administrativo.

DECIMOTERCERO.- Por lo expuesto, esta Sala de Justicia considera de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de enero de 2012 (ROJ 798/2012) y de 28 de noviembre de 2012 (ROJ 8506/2012), que han sido seguidas por otras, como las Sentencias de 21 de enero y 20 de febrero de 2015 (ROJ núms. 159/2015 y 759/2015, respectivamente). Tal doctrina puede resumirse como sigue:

- A. Hay que empezar distinguiendo entre el concepto de alcance regulado, en la LOTCu y la LFTCu, así como en el artículo 171.1 a) de la Ley General Presupuestaria y el concepto de "pagos indebidos", contemplado en el apartado d) de dicho precepto legal.
- B. El concepto de "pagos indebidos" no puede identificarse a efectos de responsabilidad contable, con el de pagos efectuados bajo la cobertura presupuestaria y contable de acuerdos de un órgano colegiado que los viabiliza, por el hecho de que esos acuerdos puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado (o de otras normas presupuestarias aplicables).
- C. La ilegalidad de los acuerdos adoptados por el órgano colegiado tiene su ámbito de planteamiento en el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, mediante los oportunos recursos, y no en el de la exigencia de responsabilidad en un procedimiento de reintegro por alcance, dirigido contra la persona que ordenó los pagos amparados por aquellos acuerdos, a los que, con arreglo a la normativa aplicable, estaba vinculado.
- D. El que los acuerdos del correspondiente órgano colegiado acabaran siendo declarados ilegales y nulos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es razón suficiente para poder afirmar que los pagos efectuados bajo la cobertura de esos acuerdos, en momento anterior a la declaración de su ilegalidad, y efectuados desde una condición jurídica distinta de la de los sujetos que adoptaron tales acuerdos, pudieran calificarse de ilegales. Considerarlos así, supondría extender la Sentencia a actos distintos de los que fueron recurridos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por ello, las partes apelantes, al ejercitar su acción de responsabilidad contable por alcance contra Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y Don Iñaki Errazkin Vitoria han incurrido en una traslación de responsabilidad, de un órgano a otro:



TRIBUNAL DE
CUENTAS



1. En primer lugar, como miembros ejecutivos del Consejo de Dirección de la empresa GHK, en su calidad de ordenador de pagos –cuentadantes- (en especial la Sra. Intxaurrendieta Ezkurra, como Presidenta de la empresa pública).
2. En segundo lugar, como Presidenta y miembro, del órgano colegiado, Asamblea General plenaria del Consorcio, constituida en Junta General de Accionistas de la mercantil GHK, que ratificó y autorizó, el día 25 de noviembre de 2013, por mayoría, el acuerdo transaccional de resolución del contrato, de fecha 13 de noviembre de 2013, con abono de las correspondientes indemnizaciones a la UTE.

Según el Tribunal Supremo, tal confusión de planos, no resulta aceptable, pues, dado que nos hallamos en el ámbito de un procedimiento de reintegro por alcance, es sólo la condición de cuentadante, como ordenador de pagos, encargado de dar cuenta de los mismos, la que debe ser atendida para decidir si es en tal calidad, en la que se ha producido la vulneración legal, causante de la responsabilidad por alcance.

Si se prescinde de su condición de cuentadantes, deben enjuiciarse los hechos teniendo en cuenta su calidad de miembros del órgano colegiado correspondiente (principalmente su Presidenta), pudiendo ser responsables de una vulneración legal. Pero respecto de la cual, la exigencia de responsabilidad no tiene relación con el procedimiento contable de reintegro por alcance, sino que ha debido ser dirimida en el ámbito del Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, por ser el competente para ello.

Dicho Orden jurisdiccional ya ha establecido, en un posterior veredicto, que es firme, la infracción de las normas aplicables, por desviación de poder. Pero sin que pueda otorgarse efecto retroactivo a la Sentencia dictada por el TSJPV, respecto de actos distintos de los que fueron recurridos ante dicha Jurisdicción Contencioso-administrativa, como eran los derivados de obligaciones contractuales pactadas entre el órgano adjudicador y la UTE, con amparo legal, y que fueron ratificadas mediante la autorización de resolución del contrato por acuerdo del órgano colegiado y que, sin embargo, devino nula por desviación de poder, en el ámbito interno de la actuación administrativa.

DECIMOCUARTO.- En virtud de todo lo razonado, esta Sala de Justicia resuelve que procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de las entidades "GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU" y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE



GIPUZKOA, contra la contra la Sentencia nº 13/2018, de 8 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del ramo de Sector Público Autonómico.- Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Guipúzcoa, ejercicio 2012.- País Vasco, que debe confirmarse en su integridad.

DECIMOQUINTO.- Respecto a las costas causadas en esta instancia, pese a que corresponderían imponerse a "GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU" y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA, al haber sido desestimado totalmente el recurso de apelación, por dicha parte interpuesto, esta Sala de Justicia considera que existen, motivos fundados para la no imposición de costas a dicha parte apelada, conforme al artículo 139.1 "in fine" de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, toda vez que la Sentencia recaída en sede Contencioso-Administrativa apreció desviación de poder en los hechos vinculados con la cuestión sometida a enjuiciamiento por este Orden Contable, lo que han motivado serias dudas de hecho y de derecho respecto a la misma.

Estándose, en el caso del Ministerio Fiscal, a lo previsto en el artículo 139.6 de dicha norma procesal y eximiéndose, por tanto, al mismo, de pago alguno de costas comunes.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Desestimar el recurso nº 6/19, deducido por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de las entidades "GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU" y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA, contra la Sentencia nº 13/2018, de 8 de octubre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, titular del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal de Cuentas, en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del ramo de Sector Público Autonómico.- Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Guipúzcoa, ejercicio 2012.- País Vasco, que se confirma íntegramente.

SEGUNDO.- Sin imposición de las costas de esta apelación a la parte apelante "GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU" y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE

GIPUZKOA y eximiendo de las mismas al Ministerio Fiscal, conforme a lo razonado en el Fundamento jurídico Decimoquinto de esta Resolución.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN: Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en la forma prevista en el artículo 84 de la precitada Ley, en relación con el artículo 89 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la modificación operada por la disposición final 3ª de la LO 7/2015.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la precedente Sentencia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas Ponente en estos autos, Don José Manuel Suárez Robledano, celebrada Audiencia Pública de la Sala de Justicia, de todo lo cual, como Secretaria de la misma, certifico en Madrid, a cuatro de junio de dos mil diecinueve.

Lo testimoniado concuerda bien y fielmente con su original y para que conste y surta los efectos oportunos expido y firmo, el presente testimonio en Madrid, a 4 de junio de 2019.

LA LETRADA SECRETARIA DE LA SALA

