CARLOS CUBILLO RODRIGUEZ, Letrado del Tribunal de Cuentas y Secretario del Procedimiento de reintegro por alcance nº A124/17 **C E R T I F I C A** que en el mismo se ha dictado la siguiente resolución:

0 0997602

RIBUNAL DE CUENTAS

TRIBUNAL DE CUENTAS
SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO PRIMERO

C/ José Ortega y Gasset 100. Planta 3ª. 28006-MADRID
Tfnos.: 91 447 87 01 / 91 592 09 00

Sentencia nº 11/2018, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance A124/17, del Ramo Sector Público Local (Informe de Fiscalización de operaciones de enajenación del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A. y controles realizados por las instituciones competentes. Ejercicios 2012 y 2013), ámbito territorial de la provincia de Madrid.

En Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, María Antonia Lozano Álvarez, Consejera del Tribunal de Cuentas los presentes autos seguidos ante este DEPARTAMENTO PRIMERO por el PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR ALCANCE Nº A124/17, del Ramo Sector Público Local (Informe de Fiscalización de operaciones de enajenación del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A. y controles realizados por las instituciones competentes. Ejercicios 2012 y 2013), Madrid, en los que la Letrada Doña Paloma Herranz Embid, en nombre y representación de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., ha ejercitado acción de responsabilidad contable contra Don Fermín Oslé Uranga, representado por la Procuradora Doña Margarita López Jiménez y asistido del letrado Don Jose María Baño León, y contra Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, representados por el Procurador Don Carlos Jiménez Padrón y asistidos del Letrado Don José María García Santos.

El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones del acto del juicio, manifestó que no mantenía pretensión de responsabilidad contable contra los demandados.

En nombre del Rey

He pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por diligencia de reparto de 30 de mayo de 2017 el presente procedimiento fue repartido al Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento; fueron emplazados el Ministerio Fiscal y el

M RCM-FNMT

representante legal de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., y se acordó la publicación de edictos.

SEGUNDO.- Debidamente personadas las partes emplazadas, se dio traslado de las actuaciones para la interposición de la correspondiente demanda, que interpuso, en tiempo y forma, el representante legal de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A en la que cifró el importe de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos en los siguientes importes:

- 4.059.695,48 euros, por la enajenación de 34 viviendas.
- 120.772.310 euros, por la enajenación de 18 promociones de viviendas.
- 2.392.775 euros, por la intermediación innecesaria.

Asimismo, solicitó que fuera condenado, como responsable contable directo, Don Fermín Oslé Uranga, y en relación con la enajenación de las 18 promociones de viviendas, también como responsables contables directos, Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Núñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral.

De forma subsidiaria solicitó que los anteriores importes se fijaran en:

- 1.080.669,69 euros, por la enajenación de 34 viviendas.
- 56.200.986 euros, por la enajenación de 18 promociones de viviendas.
- 2.392.775 euros, por la intermediación innecesaria.

El representante legal de la Asociación de Afectados y Afectadas por la venta de Viviendas Públicas por la EMVS, personado en este procedimiento, interpuso, así mismo, la correspondiente demanda, desistiendo posteriormente de la misma, por lo que se tuvo a dicha parte por apartada del procedimiento.

TERCERO.- Admitida a trámite la demanda interpuesta por la representación de la EMVS de Madrid se emplazó a los demandados a fin de que comparecieran en autos, contestaran a la demanda interpuesta y se pronunciaran sobre la cuantía del procedimiento, lo que efectuaron, en tiempo y forma, las representaciones procesales de Don Fermín Oslé Uranga, y de Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral con el resultado que consta en el procedimiento.

CUARTO.- La Sala de Justicia, con fecha 22 de marzo de 2018, dictó auto desestimando la abstención planteada por la Consejera de Cuentas, acordándose continuar con la tramitación del procedimiento de la primera instancia.

QUINTO.- Una vez fijada la cuantía del proceso en 127.224.780,48 euros, se acordó que el procedimiento siguiera los trámites del juicio ordinario, se tuvo por contestada la demanda, y se citó a las partes para que comparecieran a la audiencia previa, que fue fijada para el 30 de mayo de 2018, con el resultado que consta en la grabación de la citada vista.

SEXTO.- La celebración del juicio correspondiente se fijó para los días 3 y 5 de octubre de 2018, practicándose la prueba documental admitida, y trasladada a las partes, se acordó no admitir a trámite el escrito y CD aportado por la parte actora el 2 de octubre (informe de estimación de valor de las viviendas con anejos vinculados y locales y plazas de garaje no vinculados de 29 de diciembre de 2015, así como los anexos e informes de tasación de las viviendas), y se practicó el interrogatorio de parte, el examen de testigos y el examen de la perito Doña Mª del Mar Domínguez Blanco, única perito que finalmente quiso la actora que compareciera y admitió la Consejera de Cuentas al no haber oposición por ninguna de las partes.

Posteriormente, las partes evacuaron sus conclusiones, ratificándose en las pretensiones mantenidas hasta ese momento procesal, si bien la parte actora redujo el importe reclamado en concepto de enajenación de las 34 viviendas a 4.049.695,48 euros y por la intermediación innecesaria a 1.977.500 euros. En cuanto a la petición subsidiaria, fijó los importes reclamados en las siguientes cantidades:

- 1.063.890,23 euros, por la enajenación de 34 viviendas.
- 58.433.900 euros, por la enajenación de 18 promociones de viviendas.
- 1.977.500 euros, por la intermediación innecesaria.

El Ministerio Fiscal manifestó en sus conclusiones que los hechos enjuiciados no suponían, en su opinión, responsabilidad contable por alcance, por lo que procedía absolver a los demandados. Finalmente, el juicio quedó visto para sentencia.

SÉPTIMO.- Dada la complejidad de las cuestiones a resolver en la presente sentencia y el volumen de la prueba aportada al proceso, se ha hecho preciso ampliar el plazo para resolver establecido en el artículo 434.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II.- HECHOS PROBADOS

Los hechos que se declaran probados lo son en virtud de las pruebas documentales, interrogatorio de parte, testificales y examen de perito admitidas y practicadas en el proceso.

PRIMERO.- La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid aprobó, con fecha 30 de junio de 2016, el "*Informe de Fiscalización de operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012 y 2013*", en el que recoge diversas irregularidades relacionadas con los hechos

enjuiciados en el presente procedimiento de reintegro por alcance. Dicho Informe se da por reproducido a los efectos probatorios correspondientes.

Precisamente con base en algunas de las conclusiones incorporadas al citado Informe de Fiscalización, la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, por Auto Nº727/2017, de 29 de septiembre, resolvió reabrir las diligencias penales que habían sido archivadas por Auto del Juzgado de Instrucción Nº38 de Madrid por estos hechos. Con fecha 30 de marzo de 2016, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó la creación de una "*Comisión no permanente de investigación para analizar la gestión de la contratación realizada por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y las empresas municipales en los tres últimos mandatos, y la gestión y el origen del endeudamiento en el Ayuntamiento de Madrid.*" Dicha Comisión elaboró un Dictamen en el que se manifiesta que las enajenaciones de inmuebles realizadas por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, objeto del presente procedimiento de reintegro por alcance, no se ajustaron a la legalidad.

SEGUNDO.- La Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (en adelante EMVS) era, en las fechas en que sucedieron los hechos enjuiciados, y de acuerdo con sus Estatutos aprobados por Acuerdo del Pleno municipal de 28 de febrero de 1997, modificado por Acuerdos de Pleno de 23 de febrero 2005, y 22 de noviembre de 2013, una sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, cuyo régimen legal, se acomodaba al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le era de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

TERCERO.- La citada Empresa Municipal enajenó a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U., pertenecientes al mismo Grupo Empresarial que la Empresa Magic Real Estate SL, (Blackstone) por un precio global de 128.500.000 euros, según consta en sendas escrituras públicas de 31 de octubre de 2013, 18 promociones completas de vivienda protegida, sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles).

Esta operación fue publicada en un periódico y en la página web de la EMVS con fecha 3 de mayo de 2013, sin embargo ha quedado acreditado que con anterioridad tenían conocimiento de dicha enajenación, antes de la citada fecha, al menos cuatro empresas (Álvarez Marsal, Incus Capital Advisor, Morgan Stanley y Blackstone), una de las cuales (Blackstone de cuyo Grupo Empresarial formaban parte Magic Real Estate SL, Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U.) resultaria la adjudicataria final de la venta. Ello viene también avalado, entre otras pruebas documentales, por el plazo para presentar ofertas; que era de 14 días naturales desde la fecha de publicación de la compraventa, un período insuficiente, a menos que se pudiera disponer de información previa, para realizar una inspección, valoración económica y comprobación de la situación jurídica rigurosas, al tratarse de 5.315 inmuebles.

La enajenación se articuló sin la elaboración de los oportunos pliegos administrativos, sin la preceptiva publicidad y concurrencia, y, sobre todo, sin la previa fijación de un precio inicial de referencia basado en una tasación o en un estudio previo adecuado sobre el valor de los inmuebles enajenados.

El precio de venta de todos estos inmuebles, que estaban sometidos a un régimen de protección pública por razón de su función social, fue inferior al mínimo jurídicamente exigible, que no es otro que el valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas (151.211.518 euros), lo que dio lugar a un menoscabo injustificado en el patrimonio público que asciende a 22.711.518 de euros.

CUARTO.- La EMVS pagó a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, con fundamento en un contrato de intermediación inmobiliaria, de 12 de diciembre de 2012, y en concepto de mediación y asesoramiento, las siguientes facturas:

a) Factura Nº1/2013, de 10 de diciembre de 2013, por 1.196.387, 50 euros.
b) Factura Nº2/2014, de 31 de enero de 2014, por 1.196.387,50 euros.

Dichos pagos respondían supuestamente a la concertación por la citada Empresa Pública con la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL. del contrato de intermediación inmobiliaria de 12 de diciembre de 2012 antes citado. Sin embargo, ni en el contrato originario ni en ningún otro título jurídico posterior se recogió que la intermediación inmobiliaria contratada se extendiera a las ventas de los 5.315 inmuebles a las Empresas Fidere Vivienda SL y Fidere Gestión de Vivienda SL, que se elevaron a escritura pública con fecha 31 de octubre de 2013, ni tampoco que las prestaciones a satisfacer por la Empresa intermediaria contratada incluyeran servicios de asesoramiento. Además no ha quedado probado que se ejecutaran por la citada Empresa actuaciones de intermediación o funciones de asesoramiento relacionadas con la enajenación de inmuebles antes aludida.

QUINTO.- Magic Real Estate SL, perteneciente al mismo Grupo Empresarial que Fidere Vivienda SL y Fidere Gestión de Vivienda SL (Blackstone), envió a la EMVS, con fecha 12 de julio de 2013, una carta en la que advertía a la Empresa Pública vendedora que se habían detectado por el Grupo comprador algunas diferencias de flujo de caja neto como consecuencia de gastos que no conocían y, por tanto, que no tuvieron en cuenta al analizar la cartera, a lo que se sumaba un marcado aumento de los impagos de rentas por parte de los inquilinos en los últimos meses, del que tampoco habían sido conscientes, por lo que solicitaban una rebaja del precio de la compraventa en dos millones de euros.

La EMVS, por su parte, mediante carta dirigida a Magic Real Estate el 18 de julio de 2013, manifestó que "*tras las reuniones mantenidas con ustedes y analizado el ajuste de precio realizado, les comunicamos que aceptamos su oferta en los términos planteados*".

Sin embargo ni en las aludidas cartas ni en ningún otro medio de prueba admitido en el proceso se recoge información alguna sobre los siguientes extremos:

a) Identificación, individualización, concepto y cuantía de los gastos que la Empresa compradora decía no haber conocido al hacer su oferta definitiva y vinculante, por los que pedía la reducción del precio.
b) Cuantificación del supuesto aumento de la morosidad de los inquilinos que pudiera afectar al

precio previamente pactado.

c) Justificación de cómo se había realizado técnicamente el cálculo de la cifra en la que finalmente se rebajó el precio previamente convenido, y desglose de los diversos conceptos que integraban la suma de 2.000.000 de euros aceptada como rebaja del precio.

SEXTO.- La EMVS realizó, además, las siguientes enajenaciones de inmuebles:

1.- Venta a la Empresa Avellanar SL de 10 viviendas en las fechas siguientes:

- 21 de febrero de 2013: 2 viviendas (con fecha 26 de noviembre de 2013 se produjo una subsanación de esta enajenación en el sentido de cambiar una de las viviendas vendidas por otra, con el correspondiente ajuste del precio).
- 18 de octubre de 2013: 8 viviendas.

De las 10 viviendas enajenadas 4 pertenecían en realidad al Ayuntamiento de Madrid, ostentando la EMVS solo la titularidad fiduciaria, de forma que el Ayuntamiento estuvo representado, a través de la propia EMVS, en las dos escrituras de compraventa relativas a esta operación.

2.- Venta por la EMVS a la Empresa Madrid Town Inversiones SL de 24 viviendas y 2 plazas de garaje, en las siguientes fechas:

- 21 de febrero de 2013: 12 viviendas (esta enajenación fue objeto de subsanación con fecha 28 de febrero de 2013, en el sentido de añadir a la compraventa 2 plazas de garaje por un precio).
- 18 de octubre de 2013: 12 viviendas (esta compraventa fue objeto de subsanación con fecha 26 de noviembre de 2013, en el sentido de cambiar una de las viviendas vendidas por otra, con el correspondiente ajuste del precio).

De las 24 viviendas vendidas por la EMVS a Madrid Town Inversiones SL, 10 pertenecían en realidad al Ayuntamiento de Madrid, ostentando la EMVS solo la titularidad fiduciaria, de forma que el Ayuntamiento estuvo representado, a través de la propia EMVS, en las dos escrituras de compraventa relativas a esta operación.

Todas las viviendas vendidas a Avellanar SL y a Madrid Town Inversiones SL eran viviendas libres, no estaban sujetas a ningún régimen de protección. Así mismo, todas ellas se encontraban vacantes en el momento de la venta.

Las citadas enajenaciones se realizaron sin aplicar los requisitos de procedimiento exigibles por la normativa de derecho público que, junto con la mercantil, regulaba esas compraventas y, además, se hicieron por un precio inferior (2.072.246,32€) al mínimo jurídicamente exigible, hasta el punto de ser inferior incluso a su valor catastral cifrado en 3.138.331,95, lo que provocó un menoscabo en los fondos públicos que asciende a 1.063.085,63 euros.

SÉPTIMO.- D. Fermín Oslé Uranga era consejero delegado de la EMVS de Madrid en las fechas en las que tuvieron lugar los hechos expuestos en los apartados precedentes.

En el ejercicio de su cargo adoptó las decisiones por las que se enajenaron los bienes inmuebles de la EMVS de Madrid y del Ayuntamiento de Madrid. Dichas enajenaciones se efectuaron con los incumplimientos arriba mencionados de los requisitos de procedimiento aplicables a tales ventas y aceptando por ellas precios inferiores a los mínimos jurídicamente exigibles. También decidió la contratación de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, que cobró sendas facturas por unas supuestas gestiones y actuaciones de asesoramiento a la EMVS que no estaban incluidas en el contrato de 12 de diciembre de 2012 (ni en ningún otro documento dotado de eficacia jurídica), y que no ha quedado probado que realmente se ejecutaran. Finalmente, el Sr. Oslé Uranga negoció y aceptó una rebaja del precio de la enajenación de las 18 promociones completas de vivienda protegida, sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados, sin justificación ya que, como se ha dicho en el hecho probado cuarto, no hay información sobre el contenido y veracidad de las razones que se esgrimían para explicar la rebaja del precio ni sobre los motivos por los que esa rebaja se produjo en la cuantía de 2.000.000 de euros y no en otra cifra.

La citada participación de D. Fermín Oslé Uranga en los hechos se plasma, entre otros documentos, en los siguientes:

- Escrituras públicas de 31 de octubre de 2013, relativas a la enajenación de inmuebles realizada por la EMVS, a favor de las Empresas Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U.
- Escrituras públicas de 21 de febrero de 2013, 18 de octubre de 2013 y 26 de noviembre de 2013, relativas a la enajenación de inmuebles realizada por la EMVS a favor de la Empresa Avellanar Inversiones SL.
- Escrituras públicas de 21 de febrero de 2013, 28 de febrero de 2013, 18 de octubre de 2013 y 26 de noviembre de 2013, relativas a la enajenación de inmuebles realizada por la EMVS a favor de la Empresa Madrid Town Inversiones SL.
- Actas de las reuniones del Consejo de Administración de la EMVS de 19 de junio de 2013 y 24 de julio de 2013.
- Correspondencia con las Empresas que presentaban ofertas para la compra de los inmuebles, especialmente las cartas dirigidas por Magic Real Estate SL al Sr. Oslé Uranga con fechas 17 de mayo, 14 de junio y 12 de julio, todos de 2013, así como carta enviada por el Sr. Oslé Uranga a la Empresa Magic Real Estate SL el 18 de julio del mismo año.

OCTAVO.- Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, eran miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid en las fechas en las que tuvieron lugar los hechos enjuiciados. Dado que el Ayuntamiento de Madrid era el accionista único de la EMVS, los citados demandados constituían también la Junta General Universal de accionistas de dicha Sociedad Pública en las mismas fechas.

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid aprobó, con fecha 20 de junio de 2013, el Plan de Viabilidad de La EMVS que contemplaba, entre otras medidas, la enajenación de patrimonio de viviendas en alquiler, lo que incluía la enajenación examinada en el presente proceso de 18 promociones completas de vivienda protegida, sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados. Los miembros de dicha Junta de Gobierno, esta vez en su condición de integrantes de la Junta General Universal de accionistas de la EMVS, ratificaron dicho Plan de Viabilidad por acuerdo de 20 de junio de 2013 (acta de la Junta General Universal de accionistas de la EMVS de Madrid de 20 de junio de 2013).

La aprobación y ratificación del Plan de Viabilidad se produjo cuando el procedimiento para la mencionada enajenación estaba ya muy avanzado, quedando solo la selección de la oferta elegida de entre todas las presentadas.

El aludido Plan de Viabilidad, aunque como se acaba de decir "*a posteriori*", autorizaba la enajenación antes aludida y no establecía ninguna advertencia sobre la legalidad del procedimiento seguido ni sobre la falta de fijación previa, por la vendedora, de un precio mínimo jurídicamente exigible.

Los demandados no realizaron la supervisión de la gestión contable ni de la presupuestaria y de control del déficit que tenían encomendada tanto por la normativa mercantil como por la de derecho público. Tampoco dieron las instrucciones a los gestores de la Sociedad Pública que, nuevamente tanto el derecho público como el privado, les autorizaban a impartir para corregir las actuaciones que se alejaran de los requisitos jurídicos propios de una "*buena gestión financiera*". En concreto, no advirtieron y evitaron que la enajenación se hiciera a través de un procedimiento ilegal y por un precio lesivo para el patrimonio público.

III- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos en que se basan las pretensiones de la parte actora fueron investigados en las actuaciones previas Nº 1/17, de este Tribunal de Cuentas que a su vez se basaron en el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado por Acuerdo del Consejo, el 30 de Junio de 2016 , sobre operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la empresa municipal de la vivienda y suelo de Madrid S.A. y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012-2013.

El citado informe de fiscalización analiza, entre otras operaciones, la enajenación por parte de la EMVS de una total de 8.844 de los que 2.956 son viviendas, casi todas con algún régimen de protección en vigor, 3.842 garajes, y trasteros, y 46 locales de comercio, casi todos ellos anejos a la viviendas enajenadas, cuyo importe total asciende a 261.882.843 euros. Del total de las viviendas, 1.860 corresponden a 18 promociones vendidas en bloques, con sus correspondientes garajes,

trasteros y locales anejos, a dos entidades de un mismo grupo societario Fidere, por un importe total de 128.500.000 euros.

En relación con las enajenaciones referidas, el informe de fiscalización pone de manifiesto, con carácter general, graves irregularidades, entre las que cabe destacar:

1. La EMVS es una Sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, cuyo régimen legal, se acomoda íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a sus Estatutos aprobados por Acuerdo del Pleno municipal el 28 de febrero de 1997, modificado por Acuerdos de Pleno de 23 de febrero 2005, y 22 de noviembre de 2013. Su Consejo de Administración, el 11 de junio de 2008, en cumplimiento del artículo 176 de la entonces en vigor Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aprobó las Instrucciones internas de contratación (apartado II.2).

2. La EMVS también ha vendido a particulares además de lo anterior, 4 solares por un precio de 3.603.000 euros y ha realizado traspasos de propiedad, por diferentes conceptos, de 37 parcelas a favor del Ayuntamiento de Madrid que asume, como contraprestación, las deudas por préstamos hipotecarios que gravan las fincas traspasadas, por importe de 233.773.499 euros, de las que la EMVS queda liberada, frente a las correspondientes entidades financieras (aparatado III.5).

3. La EMVS en la venta de determinados inmuebles ha aplicado exclusivamente las reglas del mercado y ha procedido a la venta de aquéllos sin la existencia de pliegos de condiciones de la venta, sin establecimiento previo del valor de mercado del bien a enajenar -que se ha fijado por acuerdo negociado entre el comprador y el órgano de contratación-, y sin estudios o tasaciones previas que fijaran dichos valores. Lo que supone la no aplicación de los criterios de racionalidad, economía y eficacia que deben presidir la gestión de los intereses públicos

4. También la EMVS ha vendido, a dos entidades jurídicas del mismo grupo societario, Fidere Gestión S.L.U y Fidere Vivienda S.L.U, 18 promociones de viviendas protegidas, que comprenden 1.860 viviendas en régimen de arrendamiento y arrendamiento con opción a compra, más los correspondientes garajes, trasteros y locales ubicados en esas promociones, que alcanzan un total de 5.315 inmuebles, sin elaborar un pliego de condiciones de la venta, ni hacer el estudio o informes de necesidad y viabilidad técnica y jurídica de la operación, ni fijar con carácter previo al proceso de publicación de la venta el valor de las promociones a enajenar. Han sido los interesados en la compra los que han fijado el precio de venta que ha sido aceptado por el órgano de contratación (apartados IV.3.3.2; IV.3.3.4 e IV.3.3.5).

5. La venta de las 18 promociones de viviendas a las dos entidades Fidere se ha realizado conforme al artículo 18 del Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid y se ha renunciado a la aplicación del Reglamento de Adjudicación de viviendas de protección pública de la

EMVS aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en 2008 y modificado el 30 de octubre de 2012 (apartado IV.2).

6. La EMVS en la venta de las 18 promociones de viviendas protegidas, no ha promovido una verdadera concurrencia de interesados en la compra, dado que con carácter previo al anuncio de la misma el 3 de mayo de 2013, ha facilitado el acceso, de manera privilegiada, al menos a cuatro entidades jurídicas, una de las cuales resultará ser la destinataria de la venta, a los datos e información relativa a los elementos que configuran las 18 promociones, colocando a esas entidades en una situación de ventaja respecto de otros posibles interesados que no han tenido acceso a esos datos con carácter previo al anuncio (apartados IV.3.3.1 y IV.3.3.5).

7. La EMVS al hacer el anuncio de venta de las 18 promociones el 3 de mayo de 2013, no tiene fijado el valor objetivo de mercado de los bienes a enajenar. Ha renunciado a que un informe técnico hecho por personal experto en valoraciones de esos bienes o por empresa de tasación homologada, haga esa valoración. Solo tiene como referencia una estimación por aproximación al total de los bienes, que carece de la condición de informe técnico de valoración, hecha por PWC, que no solo carece de validez como tasación de la cartera inmobiliaria a enajenar según sus propias manifestaciones, sino que además se revelará, en la fase de negociación posterior con la que resultaría la compradora, como asesora de esta última. Con ello se dejan de aplicar las Instrucciones internas de contratación aplicadas en ventas similares en 2010 y 2011 (apartado IV.3.3.4).apartados III.2.2.2; III.2.2.3; III.3.2; III.3.3; III.5 y IV.3.3.2).

8. El precio de venta de las 18 promociones, que asciende a 128.500.000 euros resulta inferior al valor contable de aquéllas que es de 159.375.025,53 euros e inferior también al valor del total de las viviendas con sus correspondientes plazas de garajes y trasteros vinculados a las mismas, atendiendo al valor máximo posible de venta conforme a su calificación de VPP, que asciende a 151.211.518,09 euros (apartado IV.3.3.4).

9. La EMVS no ha establecido una Comisión o instrumento adecuado de seguimiento y control para asegurar el cumplimiento por la compradora, de las obligaciones en las que ésta se ha subrogado y que exceden de las obligaciones que tienen los promotores privados de viviendas de protección pública, cuyo control corresponde a otras instituciones de la Comunidad. Sin embargo sí se ha establecido en las escrituras de compraventa de las 18 promociones un mecanismo de liquidación final de obligaciones económicas entre EMVS y compradoras, que tuvo lugar, de manera satisfactoria, el 28 de enero de 2015, con la liquidación y contabilización adecuada de los resultados de dicha liquidación que supuso un saldo a favor de la EMVS por importe de 348.942 euros (apartados IV.8 y IV.9.h).

10. El contrato de intermediación para la venta de determinados bienes inmuebles, celebrado el 12 de diciembre de 2012, referido a varios solares, que, al parecer, se amplía posteriormente, a la venta de 18 promociones de viviendas y a un local en la calle Paraguay, carece de justificación respecto de la idoneidad de su contenido y distorsiona la concurrencia de los licitadores en las enajenaciones de inmuebles de la EMVS. Lo que resulta contrario a los principios de libre acceso a las licitaciones,

publicidad y transparencia en los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, previstos en el artículo 1 TRLCSP. Por otro lado, la ampliación a otros inmuebles, exigía la comunicación con 15 días de antelación, sin que se haya aportado la misma, y no queda otra constancia de la intermediación realizada, que las facturas por dichas intervenciones, que en el caso de la 18 promociones asciende a 2.397.775 euros (apartados III.3.3; IV.3.3.1; IV.3.3.5 e IV.10).

Los informes de fiscalización (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, 9/05 de 17 de junio y 9/04 de 4 de marzo, así como, por todos, Auto de 1 de abril de 2005) tienen una intensa eficacia probatoria como consecuencia de la relevancia institucional del organismo que los aprueba, de los destinatarios a los que van dirigidos y de su razón de ciencia, motivos por los que el contenido de estos informes solo puede desvirtuarse mediante la aportación de medios de prueba en contrario suficientes, incumbiendo la carga de demostrar la inexactitud de estos informes al demandado, por aplicación del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tal y como se interpreta por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en resoluciones como las que se acaban de citar.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. formula demanda de reintegro por alcance contra Don Fermín Oslé Uranga, Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, como responsables contables directos, y ello como consecuencia de dos operaciones de venta, en las que aprecia la parte demandante, que han concurrido los tres supuestos generadores de responsabilidad contable: acción u omisión causante de un daño en los caudales o fondos públicos, la antijuridicidad de la acción u omisión provocadora del daño y la culpabilidad o responsabilidad contable de quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Estas operaciones de venta, que se realizaron en el año 2013, lo fueron en distintas fechas y a sociedades diferentes:

a) La enajenación de 34 viviendas y dos plazas de Garaje a las Sociedades Avellanar Inversiones S.L. y Madrid Town Inversiones S.L. por un precio total de 2.072.246, 32 euros. Esta enajenación se realizó por la EMVS esencialmente en dos fechas distintas: el 21 de febrero y el 28 de octubre de 2013.

Todas las viviendas objeto de esta venta, eran viviendas libres, no sujetas a ningún régimen de protección, y se encontraban vacantes en el momento de la venta, por lo que entiende la parte demandante que no serían de aplicación en dichas operaciones ni el Reglamento de Adjudicación de viviendas de la EMVS, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 30 de Octubre de 2012 , ni las Normas por las que se regula el régimen de adjudicación de locales comerciales, plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles, cuya titularidad corresponde a la EMVS, S.A,

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

sino que debería haberse aplicado el régimen patrimonial general de venta de bienes públicos, que exige el respeto, en todo caso, de los principios de publicidad y concurrencia.

El precio total de venta de las 34 viviendas y dos plazas de garaje a Avellanar Inversiones S.L y a Madrid Town Inversiones S.L. fue de 2.072.246,32 euros, precio notablemente inferior al precio de mercado, al precio fijado para la subasta que no se llegó a celebrar y al propio valor catastral de las viviendas.

b) La enajenación de 18 promociones completas de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y de otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles) a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U. por un precio global de 128.500.000 euros. Esta operación se formalizó el 31 de octubre de 2013.

- Un total de 1.860 viviendas, 1.797 plazas de aparcamientos vinculadas y 1.569 trasteros vinculados, pertenecientes a 18 promociones de vivienda protegida en Madrid, arrendadas bajo el régimen de CPPA, VPPA-OP y VPPA-OP-J.

- Y otros 89 elementos no vinculados a dichas viviendas: 25 locales comerciales, 62 plazas de garaje y 2 trasteros, bajo los regímenes de protección de sus respectivas promociones.

El precio total de la compraventa de las 18 promociones de vivienda protegida y sus elementos vinculados y de los inmuebles no vinculados incluidos al final del proceso fue inferior al valor contable, al precio máximo como viviendas de protección pública, al valor catastral y sobre todo, al precio de mercado.

La enajenación se produjo sin tasación previa de los inmuebles, dejando la fijación del precio a los ofertantes, sin informes de viabilidad económica y jurídica de la operación, sin pliegos comprensivos de las condiciones del proceso y de la venta, sin publicidad de los criterios por los que se valorarían las ofertas, que además pueden considerarse arbitrarios, habiendo adjudicado la enajenación verbalmente a una Empresa y retirándosela posteriormente sin motivación, aceptando al adjudicatario modificaciones en el precio de la compraventa y en los inmuebles objeto de la misma (en particular, se vendieron inmuebles que no estaban incluidos en el anuncio de venta y por tanto no fueron contemplados en sus ofertas por los aspirantes), y finalmente vendiendo por un precio inferior al que pudiera considerarse adecuado aplicando cualquier criterio razonable: precio inferior al valor contable, inferior al precio máximo de calificación como protección pública, inferior al valor catastral e inferior al precio del mercado.

En la venta de las 18 promociones de vivienda, concurrieron algunos elementos adicionales, que considera constitutivos de responsabilidad contable:

1.- El proceso de enajenación había comenzado meses antes del 3 de mayo de 2013, fecha en la que se publicó el anuncio, lo cual se hizo para dar a la operación una apariencia de publicidad ficticia.

2.- El proceso se enmarca en el contexto del Plan de Viabilidad aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento el 20 de junio de 2013, sin embargo:

- En las fechas de aprobación del Plan de Viabilidad por el Consejo de Administración de la EMVS (19 de junio de 2013) y por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento (20 de junio de 2013), así como en la fecha de emisión de los informes por la Intervención general y por la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento de Madrid (19 de junio de 2013), el proceso de enajenación autorizado por dicho Plan de Viabilidad llevaba formalmente un mes y medio tramitándose y estaba a punto de concluir (la publicación se realizó el 3 de mayo de 2013, el informe de valoración de las ofertas tiene fecha de 20 de junio posterior y la selección fue comunicada a los participantes un día después). Ello induce a pensar que lo que se hizo fue dar cobertura jurídica a decisiones adoptadas con anterioridad, lo que fue conocido y permitido por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento.

- Aunque el Plan de Viabilidad, el Informe de la Interventora y el Informe de la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento dejaban claro que todas las medidas contenidas en el Plan debían contar con la aprobación de los órganos municipales competentes en cada materia, y que el Informe de Intervención manifestaba que las enajenaciones, tanto de suelo disponible como de viviendas incluidas en el Plan de Viabilidad, serían objeto de control financiero para verificar el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad, dicho control financiero, en lo que se refiere a las enajenaciones objeto del presente enjuiciamiento, nunca se realizó.

La EMVS es una Sociedad Mercantil cuyo capital pertenece íntegramente al Ayuntamiento de Madrid y que fue creada para el desarrollo de unas políticas públicas municipales en materia de vivienda, de ahí que los estatutos de dicha Sociedad vigentes en las fechas en que se produjeron los hechos establecieran en su artículo 2.1 que el objeto de la aludida Empresa pública debía cumplirse de acuerdo con las directrices municipales. No debe olvidarse que la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid tiene asumidas las funciones y competencias de la Junta General de la Sociedad, que el Alcalde es el presidente de la misma y que el Reglamento de adjudicación de viviendas de protección pública que debe observar es aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid. Por otra parte, el patrimonio de la EMVS, al estar afecto al cumplimiento de una función pública municipal, forma parte del patrimonio del Ayuntamiento, a lo que se debe añadir que el resultado de su gestión patrimonial forma parte de la cuenta del Ayuntamiento. Por otra parte, según tiene dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia 14/1986, de 31 de enero, "*Se ha dicho también que la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que*

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de derecho privado, pero internamente tal Sociedad es realmente una pertenencia de la administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma."

No cabe, por tanto, desvincular a la EMVS del derecho público en bloque ni de la actividad del Ayuntamiento.

De acuerdo con el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 25/2008, de 25 de enero de 2009, los contratos de compraventa como el examinado en el presente proceso se regirán por su normativa especial, que consiste en la aplicación integrada de las legislaciones patrimoniales estatal y autonómica. Los hechos enjuiciados deben, por tanto, valorarse mediante la aplicación a los mismos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el régimen jurídico específico de las Entidades Locales (Ley de Bases de régimen Local, Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local y Reglamento de bienes de las Entidades Locales) y la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid.

Dicho régimen jurídico permite afirmar que la EMVS debería haber ajustado la enajenación de las viviendas a las siguientes exigencias normativas:

- Respeto a los principios de publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia en la preparación y adjudicación del contrato.
- Aprobación de los correspondientes pliegos y publicación de los mismos en el perfil del contratante.
- Adjudicación mediante subasta (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004).

Visto lo anteriormente expuesto, la representación de la parte demandante entiende que las operaciones de venta analizadas reúnen los requisitos de la responsabilidad contable y enumera los siguientes motivos:

- Causaron un daño cuantificable e individualizado a los fondos públicos, por haberse aceptado un precio inferior al que habría correspondido si se hubiera aplicado un criterio razonable.
- Vulneraron la normativa contable y presupuestaria aplicable.
- La actuación generadora del daño resulta dolosa o gravemente negligente, ya que los demandados adoptaron sus decisiones sin ajustarse a la diligencia que les era exigible como gestores de fondos públicos.

En apoyo de sus pretensiones, alega la demandante que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tiene una doctrina uniforme en el sentido de que debe interpretarse de forma extensiva el requisito, de la responsabilidad contable, de infracción de norma contable o presupuestaria. Por

otra parte son muchas las normas de derecho público que exigen que el patrimonio público se gestione con eficacia y eficiencia y, en el caso presente, tales requisitos no se han cumplido, habiendo quedado claro, además, que de acuerdo con los artículos 80 del Real Decreto Legislativo por el que se aprobó el Texto Refundido de Ley de Régimen Local, 112 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y 91.3 de la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, el procedimiento común para la enajenación de bienes en el ámbito local es la subasta.

La falta de tasación y fijación del precio de los inmuebles supuso una vulneración, en ambas operaciones de enajenación, del artículo 118 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, según el cual "*será requisito previo a toda venta o permuta de bienes patrimoniales la valoración técnica de los mismos que acredite de modo fehaciente su justiprecio*". En el caso enjuiciado lo que se produjo fue una fijación del precio por los licitadores.

La Dirección General del Sector Público del Ayuntamiento de Madrid manifestó, en su informe sobre el Plan de Viabilidad de 19 de junio de 2013, que el contenido del mismo referido a las ventas inmobiliarias eran tan solo previsiones realizadas por la Empresa bajo criterios establecidos según su leal saber y entender, sin presentar en el Plan de Viabilidad ningún otro tipo de documento o estudio que soportara las mismas, por lo que la Dirección General informante no podía pronunciarse sobre la razonabilidad de ellas.

Por otra parte, el artículo 138 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas señala que "*el expediente de enajenación de bienes inmuebles...será instruido... siempre que se considere, justificando debidamente en el expediente que el bien o derecho no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación.*" Dicho precepto se ha incumplido, lo mismo que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera la ausencia de informes de oportunidad no es un mero defecto formal sino que afecta a la validez de la operación. De haberse emitido los pertinentes informes, se habría prevenido el menoscabo patrimonial que las operaciones iban a provocar en el erario público. Por ejemplo, se habrían podido tomar con el debido conocimiento las cuestionables decisiones de no enajenar por bloques o de no recurrir a la subasta como medio de adjudicación.

En otro orden de cosas, debe añadirse que debieron haberse elaborado los correspondientes pliegos dotados del contenido previsto en el artículo 137 del Real Decreto Legislativo por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento. Tales pliegos no pueden considerarse, ni por su naturaleza ni por su contenido, suplidos por el documento de "*condiciones de la enajenación*" que, sin firma ni fecha, pudo estar colgado en el perfil del contratante. La necesidad de estos pliegos en las operaciones objeto del presente enjuiciamiento se exige, además, en diversas resoluciones del Tribunal Supremo y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como en el artículo 138.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La ausencia de pliegos condujo a que tampoco existieran criterios de valoración de las ofertas que

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

los participantes en el proceso pudieran previamente conocer. Por tanto, no pudieron preparar sus ofertas adecuándose a los criterios que se iban a utilizar en su valoración. Al no haber pliegos, la valoración se hizo de forma genérica, sin determinar el valor otorgado a cada criterio ni otorgar una puntuación concreta a las diversas ofertas, esto es, de forma arbitraria.

Finalmente, también el pago derivado de un contrato de intermediación innecesaria supuso una infracción de la normativa contable y presupuestaria. Se trató, de un contrato sin causa, en lo que se refiere a la intermediación en la venta de 18 promociones de vivienda protegida, pues se destinaron fondos públicos a una finalidad injustificada no relacionada con el interés público, y que generó un perjuicio al erario público a través de una gestión que entiende dolosa o gravemente negligente. Ello es así por las siguientes razones:

- De acuerdo con la carta de 23 de junio de 2013, de uno de los socios del licitador Harbor Group, el Consejero Delegado ya había hablado sobre la venta a este grupo, al menos desde septiembre de 2012, tres meses antes de la firma del contrato de intermediación.
- Se presentaron cuatro ofertas con anterioridad al encargo de la intermediación.
- A pesar del encargo de la intermediación se abrió un procedimiento supuestamente público con fecha 3 de mayo de 2013.
- No consta el encargo de la intermediación para la venta de las 18 promociones.
- No consta acreditada la realidad material del trabajo de intermediación.
- Las facturas carecen de la conformidad de la Empresa aunque se encuentren validadas por el entonces Director del Servicio Jurídico.

En ambas operaciones, el precio de venta fue muy inferior al precio de mercado, pero también al valor contable, el precio máximo de las viviendas atendiendo a su calificación pública o al valor catastral, incluso se prescindió en la venta de las 34 viviendas del precio de subasta aprobado anteriormente para 17 de estas viviendas por el Consejo de Administración. El precio debió ajustarse al de mercado en todos los casos aunque, subsidiariamente, se acepta también que al menos dicho precio se hubiera ajustado al valor catastral. De todas formas, tanto si se toma como referencia el valor de mercado como si se atiende al valor catastral, queda claro que el precio aceptado fue inferior, lo que generó a la Sociedad un daño que reúne todos los requisitos del artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, los demandados incurrieron en negligencia grave de acuerdo con los criterios incorporados por la doctrina, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, respecto a este requisito de la responsabilidad contable.

En el caso del Consejero Delegado, su culpabilidad deriva de los siguientes motivos:

- De forma deliberada y consciente, propuso al Consejo de Administración la anulación de las normas internas reguladoras del régimen de adjudicación de locales comerciales,

plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles, con el propósito de que las enajenaciones de todos los inmuebles de la Sociedad no fueran sometidas a subasta.

- A pesar de que, al proponer la anulación de tales normas, él mismo indicó que se respetarían siempre los principios de publicidad y concurrencia, la venta de las 34 viviendas y 2 plazas de garaje se realizó de forma completamente opaca. Negoció directamente con las entidades compradoras, que fueron elegidas por él mismo con parámetros que se desconocen.
- No exigió en ninguna de las dos operaciones tasaciones ni fijó precios mínimos.
- El procedimiento que articuló para la venta de las 18 promociones sirvió solo para cubrir las apariencias, pues encargó a una sociedad de intermediación la búsqueda de posibles compradores y le pagó una cantidad por dicho servicio, que no hubiera sido necesario si se hubiera adoptado un procedimiento con publicidad y concurrencia. Además, había recibido ofertas y había contactado con una empresa aspirante antes de hacer el encargo de la intermediación.
- Consintió la modificación del objeto e importe del contrato tras su adjudicación.
- Aceptó un precio inferior al que hubiera sido razonable en atención a la aplicación de parámetros objetivos.
- Realizó la venta de las 18 promociones al margen del Consejo de Administración, sin suministrarle la información necesaria y con la oposición de alguno de sus miembros.

Por lo que se refiere a los miembros de la Junta de Gobierno, su culpabilidad en la enajenación de las 18 promociones es consecuencia de las circunstancias siguientes:

- Intervinieron y gestionaron la operación, dando directrices vinculantes y aprobando la misma con efecto directo en las cuentas del Ayuntamiento.
- La Junta de Gobierno, como accionista único de la Junta General de la EMVS, dio su conformidad a la operación al dar su aprobación al Plan de Viabilidad el mismo día en el que se firmaba el informe de valoración de las ofertas que proponía la adjudicación a Magic Real Estate. Por tanto, con el Plan de Viabilidad lo que se aprobó fue una operación ya terminada, en la que se habían fijado con anterioridad los bienes a enajenar, el precio y la Empresa Adjudicataria.
- La Junta de Gobierno permitió una enajenación por un precio inferior al mínimo razonable y un procedimiento irregular impropio para la disposición de inmuebles de naturaleza pública.
- En el Consejo de Administración celebrado con fecha 19 de junio de 2013 una Consejera afirmó haber visto en la prensa que el concurso se había rehecho por orden de la Alcaldesa y se había articulado a través de un procedimiento indebido y diferente del habitual en la Empresa.

Existe, por tanto, relación de causalidad entre la actuación culpable y el daño producido a los efectos públicos. La conducta de los demandados fue la causa eficiente del daño provocado al patrimonio público, de acuerdo con la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

La ausencia de una verdadera concurrencia, la injustificada modificación del precio y el objeto del contrato, la falta de tasación de los bienes, la contratación de una intermediación innecesaria y la aceptación de un precio muy inferior al que podría haberse obtenido aplicando un criterio razonable, constituyen causas directas del menoscabo ocasionado al Patrimonio Municipal:

La EMVS no entró en una mala situación financiera por la crisis económica sino por su mala gestión y, para su saneamiento, tanto la Intervención como la Dirección General del Sector Público del Ayuntamiento ofrecieron soluciones alternativas a la enajenación de viviendas.

Es inviable considerar que la Junta de Gobierno no estuviera informada y no interviniera en una operación tan excepcional por su volumen como la enajenación de las 18 promociones, considerando además cómo afectaba a la función social de la EMVS y el debate social y mediático que esta venta suscitó.

Con base en los argumentos que se acaban de exponer, la representación procesal de la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda solicita que se declare la existencia de un alcance en los fondos públicos por la diferencia entre el precio de venta de los inmuebles y el precio de mercado de los mismos o, subsidiariamente, por la diferencia entre el precio de la enajenación de dichos inmuebles y el valor catastral de los mismos. También pide que se considere alcance el precio pagado por la intermediación que considera innecesaria. Solicita, además, que en la suma de la condena se incluyan en el principal los correspondientes intereses. La aludida representación procesal de la parte actora pide en su demanda que se condene a Don Fermín Oslé Uranga, Consejero Delegado de la EMVS en las fechas en que sucedieron los hechos, como responsable contable directo por el importe total del alcance producido y que se condene también como responsables contables directos, pero solo por el alcance provocado como consecuencia de la venta de las 18 promociones de viviendas, a los miembros de la Junta de Gobierno de Madrid (Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Núñez Guijarro, Don Diego San Juan Benito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y don Pedro María Corral Corral), en todos los casos con condena en costas a los demandados.

TERCERO.- La representación procesal de Don Fermín Oslé Uranga se opuso a la acción de responsabilidad contable con fundamento en los siguientes motivos:

1º.- La actuación del demandado no perjudicó a los fondos públicos sino que, a través de una conducta diligente y ateniéndose a la naturaleza mercantil de la Empresa, evitó su quiebra.

2º.- No se pueden valorar adecuadamente los hechos sin tomar como punto de partida la complicada situación económica por la que atravesaba la EMVS en el año 2012 como consecuencia de las circunstancias propias del suelo y la vivienda en aquellos años (descenso de las ventas, pérdida de valor de los activos patrimoniales, mayor rigidez de los mercados financieros, etc.). La Empresa tenía

serios problemas de liquidez, una estructura de personal sobredimensionada, un negocio deficitario y un endeudamiento bancario insostenible.

Debe tenerse en cuenta que la EMVS, en su condición de Sociedad Anónima, estaba íntegramente sometida a la normativa mercantil y contable, que preveía su disolución si las pérdidas hubieran dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, así como su declaración de concurso cuando no pudiera cumplir regularmente sus operaciones de pago. La disolución de la Empresa o su declaración en concurso habrían provocado gravísimas consecuencias para sus empleados, para la política social de vivienda, el patrimonio y, en especial, sobre los inquilinos que ocupaban parte de las viviendas.

Ante esta situación, la Empresa inició en verano de 2012 un procedimiento para la selección de empresas que prestaran servicios de intermediación inmobiliaria de cara a una posible venta de inmuebles para sanear las cuentas de la Sociedad. El 12 de noviembre de 2012 la EMVS adjudicó el concurso de intermediación inmobiliaria a cinco empresas, que solo cobrarían en el caso de que sus gestiones culminaran con la formalización de la operación de venta. Este contrato de intermediación fue fiscalizado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid sin hacerle ninguna objeción.

Como consecuencia de esos encargos de intermediación, la EMVS recibió, entre diciembre de 2012 y marzo de 2013, diversas ofertas y, entre ellas, la formulada por Blackstone Group International Partners para la compra de más de 1.800 viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra. Dicha oferta fue presentada por la intermediación de una de las empresas adjudicatarias de dicho encargo, Itaca Desarrollos Urbanos S.L.- Promociones y Desarrollos Craziona (UTE).

3º.- La demanda ignora el hecho de que el 17 de enero de 2013 fue comunicada al Ayuntamiento de Madrid la reclasificación institucional de la EMVS efectuada por la Subdirección General de Análisis y Cuentas Económicas del Sector Público de la Intervención General de la Administración del Estado. Esa reclasificación, motivada por la deficiente situación económica de la Sociedad, supuso un importante cambio en su régimen jurídico en materia presupuestaria, contable y financiera, pues a partir de ese momento la empresa quedó sometida a las disposiciones del artículo 4.1 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, resultando obligada a conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, bajo la supervisión de la Consejería de Hacienda del Ayuntamiento de Madrid.

4º.- Respecto de la venta de las 18 promociones de vivienda protegida, debe tenerse en cuenta que la EMVS contrató el 1 de marzo de 2013, con objeto de avanzar en los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, a la Consultora Price Waterhouse Coopers, con vistas al desarrollo de un Plan de Viabilidad. Dado que al firmarse el contrato la EMVS ya había recibido diversas ofertas de compra de más de 1.800 viviendas de protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, la EMVS encargó a Price Waterhouse and Cooper, así mismo, incluir dentro del Plan de Viabilidad el análisis de la cartera, la estimación de valor de la misma y los aspectos claves de un potencial proceso de venta. La citada Consultora emitió dos informes, con fecha

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

2 de abril de 2013, en los que hacía un diagnóstico de la situación económica de la EMVS y proponía medidas de saneamiento que incluían la oportunidad del momento para vender acorto plazo maximizando el precio de venta hasta llegar a rangos coherentes con el valor idóneo de mercado de la cartera, estableciendo un proceso de venta competitivo y ordenado y poniendo a disposición de los interesados información clave, clara y ordenada que soportara el precio objetivo a alcanzar.

5º.- El Plan de Viabilidad formulado por la EMVS contemplaba, entre otras medidas, la venta de los inmuebles que nos ocupan por un precio estimado de 112 millones de euros con lo que se conseguiría una tesorería inmediata de unos 31 millones de euros y una reducción de la deuda hipotecaria no subrogable en 81 millones de euros. Dicho Plan de Viabilidad fue fiscalizado por la Intervención e informado por la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento, antes de su aprobación. Ambos Órganos municipales coincidieron en considerar la venta de los inmuebles como una decisión acertada ante la preocupante situación económica de la Sociedad. De tales informes se desprende, por tanto, que no había otra alternativa viable distinta de la enajenación que se hizo y que, de haberse esperado, la venta podría haber tenido que hacerse en peores condiciones.

6º.- Los años anteriores a la venta objeto del presente enjuiciamiento, se intentó adjudicar inmuebles a través de subasta y el resultado fue un fracaso. 4 viviendas de las 34 que se vendieron en 2013 y otras 17 más, fueron sacadas a subasta pública y no se pudieron adjudicar a ningún licitador. En la subasta pública celebrada el 8 de abril de 2011, fueron ofrecidas 31 viviendas no sujetas a protección pública y solo 5 de ellas fueron adjudicadas. Las restantes 26 viviendas fueron ofrecidas posteriormente mediante venta directa por el mismo precio tipo y condiciones de la subasta y solo 9 fueron adjudicadas. En resumen, tan solo 14 de las 31 viviendas fueron adjudicadas y aquellas que fueron finalmente objeto de venta directa, lo fueron por el mismo precio tipo de la subasta pública.
Ante la ineficiencia del sistema de enajenación por subasta, el Consejo de Administración de la EMVS acordó, en su sesión de 6 de junio de 2012, dejar sin efecto las denominadas "*normas por las que se regula el régimen de adjudicación de locales comerciales, plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles*", quedando de esa forma sustituido el requisito de la subasta por un modelo de venta estrictamente mercantil. Por lo tanto, esas normas que exigían la subasta no eran ya aplicables cuando se inició el proceso de enajenación aquí enjuiciado.

7º.- Con fecha 3 de mayo de mayo de 2013, para conseguir el mayor número posible de ofertas, se publicó en prensa un anuncio de venta de promociones completas para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra. Al mismo tiempo se publicó, en el perfil del contratante de la página web de la EMVS, el anuncio de la venta, la relación de edificios, las condiciones de enajenación, las fichas comerciales y las calificaciones definitivas, según acredita la certificación del Director de los Servicios Jurídicos y Suelo de la Empresa. En las condiciones de enajenación que se publicaron en el perfil del contratante se incluían los requisitos de capacidad y solvencia del comprador, los derechos y obligaciones del comprador y la indicación de las solicitudes que la vendedora debía requerir con carácter previo a la enajenación.
En el plazo de presentación de ofertas se formularon 5. Descartadas las ofertas de Goldman Sachs, por

no formular proposición alguna, y de Lone Star Real Estate Fund, por ser la menor de las ofertas presentadas, el 5 de junio de 2015 se requirió a las demás aspirantes la concreción de sus ofertas definitivas y vinculantes. Finalmente presentaron ofertas definitivas y vinculantes Grupo Azora-Morgan Stanley y Real Estate Investing VII. Global GP (118.300.000 euros), Black Stone Group International Partners LLp-Magic Real Estate (127.500.000 euros) y Harbor Group International 1,1,C y Álvarez and Marsal Capital Real Estate, LLC (130.000 euros sin garantía de ocupación mínima).

8º.- La EMVS emitió, con fecha 20 de junio de 2013, Informe en el que valoraba las ofertas con arreglo a criterios perfectamente identificados: cartera de activos, condiciones económicas (precio, financiación de la operación, forma de pago, depósito previo a la transacción, gastos de operación), otros aspectos (inversiones posteriores) y los plazos de due diligence y formalización de la compraventa. Con base en tales criterios el informe concluyó que la oferta presentada por Blackstone International Partners LLp-Magic Real Estate S.L. era la más ventajosa, aunque no fuera la más elevada, dado que no estaba condicionada. El procedimiento de due diligence llevado ya en exclusiva con dicha oferta reveló unas cifras de mora reales superiores a las comunicadas, razón por la que se redujo el precio inicial pactado para la compraventa. Por su parte, la ofertante manifestó su interés en la compraventa de los restantes activos integrantes de las promociones y no vinculados a la promoción por un precio adicional de 3.000.000 euros.

9º.- La Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, a petición de la EMVS, dio su autorización a la enajenación de las 18 promociones de vivienda junto con las correspondientes renuncias a los derechos de tanteo.

10º.- Concluido el proceso de compraventa, la EMVS procedió al pago de los honorarios derivados de la Intermediación a Itaca Desarrollos Urbanos S.L.-Promociones y Desarrollos Creaziona S.L., Sociedad que había presentado la oferta que, finalmente, resultaría ganadora.

11º.- Desde la oferta inicial de la Entidad compradora hasta el precio final pagado por la misma se fueron produciendo diversas mejoras, de forma que el precio final conseguido quedó en la parte alta de la horquilla de valoración de los inmuebles aportada en el Informe de Price Waterhouse and Coopers y fue superior al previsto en el Plan de Viabilidad fiscalizado e informado favorablemente por la Intervención Municipal y por la Dirección de Sector Público del Ayuntamiento.

12º.- Gracias a las enajenaciones de inmuebles la EMVS subsistió, cumplió con las obligaciones del Plan de Viabilidad y con los deberes de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, razones por las que las aludidas enajenaciones deben calificarse de idóneas. Así se desprende de la documentación acreditativa de la situación económica de la Empresa a 31 de diciembre de 2011, 2012 y 2013. Ninguna de las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración de la EMVS ni la autorización de la Comunidad de Madrid fueron recurridas ante ningún órgano jurisdiccional civil o contencioso-administrativo.

13º.- La liquidación provisional dictada en las Actuaciones Previas del presente procedimiento de reintegro por alcance concluye que no se dan en los hechos los requisitos para ser constitutivos de un alcance en los fondos públicos.

14º.- Para que concurra responsabilidad contable deben darse en la actuación enjuiciada todos y cada uno de los requisitos de dicho modelo de responsabilidad jurídica que se prevén en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo. En el presente caso no se cumplen las exigencias legales siguientes:

a) Las ventas de inmuebles examinadas no provocaron ningún menoscabo en el patrimonio público ya que lo que alega la parte actora no es un daño real, efectivo, económicamente evaluable e identificado en bienes concretos del patrimonio público, sino lo que la jurisprudencia llama sueños de ganancia, basados en una configuración de los posibles precios de mercado carente de todo rigor. La demanda no se basa en hechos ocurridos sino en hechos hipotéticos (eventual posibilidad de haber obtenido un precio mejor en las enajenaciones). Los precios de mercado que la actora da por buenos son los que se desprenden del Informe de Tasación elaborado por la Empresa Thirsa, de los valores fijados para las subastas y del valor catastral de los bienes. Tales precios de mercado, sin embargo, no son correctos por las razones siguientes:

   - El Informe de Thirsa recoge conclusiones retrospectivas pues se elaboró en 2015 y deduce sin motivación suficiente precios de mercado de 2013. Dicho informe se elaboró, además, con base solo en información suministrada por la parte actora y en virtud de unas comprobaciones *"in situ"* cuantitativa y cualitativamente muy limitadas. El citado Dictamen reconoce haberse emitido sin aplicar la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, que recoge el método de referencia para calcular el valor de mercado de un inmueble a efectos urbanísticos o expropiatorios y puede resultar útil como criterio de valoración para otro tipo de operaciones. Finalmente, el aludido informe se basa en las técnicas del muestreo pero no permite conocer los criterios para la selección de la muestra elegida y, además, está enfocado al escenario de una venta individualizada de inmuebles y no al de una enajenación global conjunta, que es lo que se produjo.
   - El precio de subasta fijado por la EMVS para algunos casos tampoco resulta relevante porque no se corresponde con el precio de mercado y, al no haberse llegado a celebrar las subastas, no se puede saber si hubieran quedado desiertas por haber tenido un precio de salida excesivamente elevado. En todo caso, es absurdo pretender equiparar el valor de mercado de una venta completa de 18 promociones de vivienda, con la suma del precio de salida de cada uno de los inmuebles individualmente considerados.
   - El valor catastral se fijó en Madrid en el año 2011, en unas circunstancias inmobiliarias completamente diferentes a las de 2013. Además, el valor catastral no se establece para fijar el precio de mercado de los inmuebles sino la base imponible de determinados impuestos, en particular el IBI. Traerlo como precio de mercado a unas fechas distintas a las que se fijó carece

de sentido, lo mismo que ignorar que la enajenación fue por promociones y no de inmuebles individualizados.

- El precio máximo de un inmueble de protección pública no tiene relación alguna con el precio de mercado y además no tiene sentido traerlo a colación en un caso como este en el que se ha producido una venta global de promociones y no de viviendas aisladas.
- En cuanto a la "*plusvalía latente no registrada*" a la que alude la actora, no puede ser considerada porque viene avalada a través de una contabilidad que corresponde a un tercero y que se desconoce con qué criterios se ha elaborado.
- Tampoco cabe tomar en consideración el valor contable de los activos de la EMVS pues su diferencia con el precio de venta de los inmuebles refleja el desajuste que provocó el Plan de Viabilidad. La propia liquidación provisional de las Actuaciones Previas rechaza de forma motivada el valor contable como valor de referencia para calcular el eventual daño causado a los fondos públicos.
- La venta se hizo a precio de mercado pues se concretó en una cuantía derivada de las ofertas recibidas, mejorada en un proceso competitivo y contra la que no cabe oponer meras conjeturas.
- La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tiene dicho que no hay que confundir el mero sueño o expectativa de ganancia con un daño emergente real y efectivo.
- La liquidación provisional dictada en las Actuaciones Previas indica que considerar como daño la diferencia entre un precio meramente hipotético y especulativo, y un precio correctamente abonado podría suponer un enriquecimiento injusto para la Administración Pública.

b) No se ha producido ninguna acción u omisión antijurídica ni infracción administrativa alguna:

- La demanda solo alude a irregularidades administrativas ajenas a la Jurisdicción Contable. La responsabilidad contable solo cabe por vulneración de la normativa contable y presupuestaria, no por supuestas infracciones administrativas, en general, ni de la Ley de Contratos del Sector Público en particular. En el presente caso ni han salido injustificadamente fondos de las arcas públicas ni han dejado de ingresar ilegítimamente otros en ellas. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tiene dicho que la mera ausencia de los requisitos de publicidad y concurrencia no supone, por sí misma, infracción de normativa contable o presupuestaria, como tampoco la suponen las eventuales irregularidades que pudieran concurrir en los acuerdos administrativos que dan cobertura a las operaciones, siendo imposible declarar responsabilidades contables cuando las prestaciones ejecutadas como consecuencia del contrato están acreditadas. La liquidación practicada en las Actuaciones Previas también insiste en que no cabe conocer por responsabilidad contable hechos que están en la estricta esfera administrativa y deben ser revisados por la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.
- Inexistencia de vulneración de las normas de contratación pública. La actora llega a la conclusión de que las enajenaciones estaban sujetas a la Ley de Contratos del Sector Público mediante una compleja red de remisiones entre dicha Ley y la de Patrimonio de las Administraciones Públicas, pero lo cierto es que la EMVS, de acuerdo con sus Estatutos y con

la Ley de Bases de Régimen Local, está sujeta al derecho privado como Sociedad Anónima que es. Una cosa es que el objeto de la EMVS deba desarrollarse en conexión con el Ayuntamiento y otra es que se trate de una empresa pública. Además la Ley de Contratos del Sector Público, aunque considera poderes adjudicadores a las sociedades mercantiles de capital predominantemente público, excluye de su aplicación a los negocios jurídicos patrimoniales que estas puedan hacer y, entre ellos, expresamente a los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, que se regirán por la normativa especial que les corresponda y que, en el presente caso, es el derecho privado y no la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuya aplicación no está prevista para las sociedades mercantiles públicas.

En conclusión, las enajenaciones objeto del presente enjuiciamiento se regían por las normas del Código Civil, sin que les fuera exigible tasación previa ni observancia de ningún otro requisito formal, y así se desprende tanto del Informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de 19 de abril de 2016, como de la liquidación provisional de las Actuaciones Previas.

- En cualquier caso, las alegaciones de la demanda carecen de fundamento pues, por una parte considera que la venta de las 34 viviendas libres y dos plazas de garaje no se regía por el Reglamento de Adjudicación de Viviendas con Protección Pública y por las normas de régimen de adjudicación de locales comerciales, plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles, pero por otro lado dice que tal normativa fue infringida en la operación. Lo cierto es que ni el aludido Reglamento ni las mencionadas normas resultaban aplicables a esta compraventa.

  Respecto a la venta de las 38 promociones de vivienda protegida, estaban sujetas a lo previsto en el Decreto de la Comunidad de Madrid 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, que permitía su venta en los términos en los que se realizó la examinada en el presente proceso. Más aún, la citada enajenación, pese a no estar obligada a ello, cumplió con los requisitos de publicidad, concurrencia y otros propios de la legislación administrativa. En efecto, la compraventa se hizo con publicación en un medio de comunicación y en el perfil del contratante, con una tasación practicada por Price Waterhouse and Coopers, con los informes favorables de los órganos competentes del Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma, con la cobertura de un Plan de Viabilidad aprobado con arreglo a derecho, con divulgación de las condiciones y requisitos de la operación y de las obligaciones de los ofertantes, con una decisión de adjudicación escrita (no verbal), sin impugnación por ninguno de los interesados, sin acceder a ninguna modificación que no resultara de la due diligence practicada y exigiendo un precio comprendido en los valores de mercado.

c) Inexistencia de alcance en la contratación de los servicios de intermediación ya que no es cierto que las ofertas presentadas fueran anteriores a la firma del contrato. La carta de reconocimiento del

cliente de abril de 2013, a la que aluden las facturas, no es el encargo del servicio de intermediación (que se produce con la firma del contrato), como da a entender la demandante. Por otra parte, la publicidad de la operación y los contratos de intermediación no son incompatibles y, en el presente caso, hicieron posible una concurrencia de ofertas que permitió optimizar el precio final de la operación. Además, no puede haber alcance por el pago de unos servicios contratados que, efectivamente, se prestaron, máxime cuando lo que se pactó y cumplió fue el pago de una cantidad a la empresa intermediaria que hubiera presentado al adjudicatario final y, además, el precio pagado por la intermediación se redujo respecto al originariamente convenido. El contrato de intermediación que dio lugar al pago del correspondiente precio había sido fiscalizado por la Comunidad de Madrid sin que apreciara ningún tipo de incidencia.

d) No ha concurrido dolo, culpa o negligencia grave puesto que el demandado ni ha querido un resultado lesivo para los fondos públicos ni ha dejado de aplicar el grado de diligencia que le era exigible para prevenir y evitar un eventual daño en el patrimonio público. El Consejero Delegado consiguió con sus decisiones revertir la situación de decadencia económica que padecía la empresa y lo hizo con la opinión favorable del Ayuntamiento, de la Comunidad Autónoma y del Consejo de Administración. Si no se hubiera adoptado el Plan de Viabilidad y se hubiera articulado el procedimiento de enajenación que se siguió, y se hubiera seguido con el protocolo antiguo basado en la adjudicación por subasta, la EMVS no habría sobrevivido a su pésima situación económica, lo que hubiera provocado efectos laborales, sociales y económicos muy nocivos. Por otra parte, no había otra alternativa que enajenar pues el Ayuntamiento carecía de fondos para financiar a la Empresa.

Con fundamento en los motivos que se acaban de exponer, la representación procesal de Don Fermín Oslé Uranga solicita la desestimación de la demanda, la absolución de su representado y la condena en costas a la actora.

CUARTO.- La representación procesal de Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral se opuso a la acción de responsabilidad contable con fundamento en los siguientes motivos:

1º.- La Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid aprobó con fecha 12 de junio de 2013 el Plan de Reestructuración del Sector Público del Ayuntamiento de Madrid y el Consejo de Administración de la EMVS elaboró y aprobó el Plan de Viabilidad de la misma.

2º.- A la vista del Plan de Viabilidad elaborado por la EMVS con fecha 18 de junio de 2013, se inició por la Secretaría General Técnica correspondiente la tramitación del expediente administrativo para su elevación a la Junta de Gobierno. El 19 de junio de 2013, se emitió informe de la Intervención General del Ayuntamiento no mostrando reparo alguno a la aprobación del Plan de Viabilidad por la Junta de Gobierno, que procedió a dicha aprobación el posterior 20 de junio. Esa misma fecha la Junta Universal

de Accionistas de la EMVS ratificó el Plan de Viabilidad elaborado y aprobado por el Consejero Delegado de la misma.

3º.- Con fecha 31 de octubre de 2013 se formalizó en escritura pública, otorgada por el representante legal de la EMVS, la enajenación de 18 promociones de vivienda protegida, así como otros 89 elementos no vinculados a dichas viviendas.

4º.- La participación de los demandados en la aludida enajenación se limitó a la adopción, como Junta de Gobierno, de un acuerdo de aprobación del Plan de Viabilidad elaborado y presentado por el Consejo de Administración de la EMVS, así como a la ratificación del mismo, como Junta Universal de la Sociedad Mercantil. Por tanto, los demandados ni eran cuentadantes en su condición de miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento y de la Junta General de la Sociedad, ni se les puede considerar responsables de quebranto alguno en los fondos públicos.

5º.- Los demandados no podían ser cuentadantes porque no pesaba sobre ellos obligación contable o presupuestaria alguna. El acuerdo de aprobación del Plan de Viabilidad no puede considerarse título de imputación ya que la citada aprobación no puede considerarse como ejercicio de facultades de recaudación, intervención, administración, custodia, manejo o utilización de los bienes públicos, como se exige para tener la condición de cuentadante en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

6º.- El Acuerdo de aprobación del Plan de Viabilidad no tiene carácter de directriz vinculante.

Los planes, programas y directrices vinculantes se enmarcan en el ejercicio de la función política, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de la Comunidad de Madrid, y nada tienen que ver con la facultad de disponer o administrar un bien, cometido que la normativa atribuye al órgano de administración de las entidades mercantiles. Por lo tanto, la aprobación del Plan de Viabilidad no supuso una directriz vinculante. La oposición a este criterio implica desconocer la diferencia entre la gestión directa por la propia corporación local (regulada en la normativa reguladora del régimen local), y la gestión mediante empresa privada, sujeta a la legislación mercantil, tal y como se recoge en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El tenor literal del acuerdo de aprobación del Plan de Viabilidad permite deducir que no supuso la adopción de directrices o instrucciones dictadas desde la Junta de Gobierno, sino un mero acto formal de aprobación de un Plan elaborado por la Empresa Municipal. La aprobación por la Junta de Gobierno se hizo, según consta en el acuerdo, *"en relación a los efectos que para este Ayuntamiento supone el cumplimiento de sus objetivos, para cuya consecución se iniciarán por los órganos gestores competentes los procedimientos legalmente previstos"*.

7º.- El Acuerdo de la Junta de Gobierno no es un acto de gestión del patrimonio inmobiliario de la sociedad municipal.

Dicho Plan contemplaba ya las actuaciones que se estaban realizando para la enajenación, por lo que no tenía efecto dispositivo. El supuesto daño a las arcas públicas no deriva de la enajenación, sino del precio de la misma, aspecto sobre el que la Junta de Gobierno no se pronunció en modo alguno, ya que se trataba de la enajenación de un patrimonio propio de la Sociedad Municipal, sobre el cual sus órganos societarios tenían plena capacidad de gestión. La Junta de Gobierno ni dispuso la enajenación, ni las condiciones de la misma, ni el procedimiento para llevarla a efecto, y la responsabilidad contable es una responsabilidad por acción u omisión, no por mero conocimiento de unos hechos.

Los bienes y derechos del patrimonio municipal del suelo que el Ayuntamiento adscribe a la EMVS dejan de pertenecer a este para formar parte de su patrimonio social y son los beneficios generados por la actividad de la EMVS los que revierten a este para su retroalimentación, de acuerdo con la legislación aplicable en virtud del artículo 16 del Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales.

8º.- La Junta de Gobierno carece de facultades de gestión sobre el patrimonio inmobiliario de la Sociedad Municipal y quien ejecutó el Plan de Viabilidad fue la Empresa no la citada Junta de Gobierno del Ayuntamiento.

El artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas delimita el concepto de dicho patrimonio como el integrado por el conjunto de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, abordando en un título distinto el régimen patrimonial de las sociedades mercantiles estatales, que cuentan con su patrimonio propio.

De acuerdo con los artículos 85 ter de la Ley de Bases de Régimen Local, 94 del Reglamento de Bienes y Servicios de las Corporaciones Locales, 2 y 18 de los Estatutos de la EMVS y 209 del Real Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la competencia para la gestión y representación de estas sociedades corresponde a sus órganos de administración, siendo escasas y necesariamente objeto de interpretación restrictiva las excepciones a este principio general.

9º.- El Acuerdo de la Junta de Gobierno es jurídicamente válido, no habiéndose declarado la antijuridicidad del mismo. Se trata de un acto administrativo firme que no ha sido objeto de impugnación ni en la vía administrativa ni en la Contencioso- Administrativa. Dicho acuerdo no puede ser revisado en sede contable de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A ello debe añadirse que la responsabilidad contable solo puede declararse por una conducta antijurídica y no por actuaciones supuestamente ineficientes o deficientes desde el punto de vista de la buena gestión financiera.

10º.- Aunque aceptáramos, a efectos meramente dialécticos, que la Junta General de Accionistas tiene ciertas facultades de administración y disposición sobre los bienes inmuebles de la Sociedad, habría que traer a colación el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital que, en su apartado 4, dice que la responsabilidad de los administradores no queda excluida por el hecho de que el acuerdo lesivo haya

sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General. En el caso enjuiciado, y siguiendo la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, no se puede acreditar que la Junta General hubiera creado una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produjera, ni que hubiera preparado, condicionado o completado la acción de la causa última, ya que en ningún momento se refirió al precio ni al procedimiento de la enajenación. Por el mero hecho de haber tenido conocimiento del Plan de Viabilidad no se adquiere la condición de cuentadante.

11º.- La responsabilidad de los miembros de la Junta General de la Sociedad ni siquiera podría considerarse subsidiaria ya que:

a) El Plan de Viabilidad únicamente recogía la existencia de una voluntad de enajenar y unos valores aproximados. En ningún caso la ratificación de la Junta General hacía referencia al precio de enajenación o a los procedimientos que pudieran emplearse para la misma. El posible incumplimiento normativo y el daño real a los fondos públicos, que son dos requisitos esenciales de la responsabilidad contable, ni siquiera estaban presentes en el acuerdo de aprobación del Plan de Viabilidad.
b) No cabe exigir responsabilidad subsidiaria a los miembros de la Junta General sin haber dirigido antes la acción directa contra los miembros del Consejo de Administración de la Empresa, ya que la relación jurídico procesal no hubiera quedado válidamente constituida a falta de un litisconsorcio pasivo necesario. Resulta arbitrario que la EMVS haya ejercitado su pretensión de responsabilidad contable contra el Consejero Delegado y los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, eximiendo en cambio a los miembros del Consejo de Administración, órgano encargado de la gestión y representación de la Sociedad, cuyos miembros serían responsables directos.

No cabe reclamar a responsables subsidiarios cuando no se ha dirigido igualmente la acción contra todos los responsables directos, lo que no ha sucedido en el presente caso al haber quedado fuera de la demanda los miembros del Consejo de Administración de la Empresa.

12º.- En el caso de que no se atienda a la solicitud de que no se considere a los demandados cuentadantes, se pide subsidiariamente que se les absuelva de la responsabilidad contable que se les exige, por no concurrir en su actuación los elementos calificadores de ese tipo de responsabilidad.

13º.- No existe acción u omisión en la gestión de fondos públicos que resulte imputable a los miembros de la Junta de Gobierno y de la Junta General.

Ni el acuerdo de ratificación del Plan de Viabilidad por la Junta Universal de Accionistas, ni el acuerdo de aprobación por la Junta de Gobierno (que son las únicas decisiones en que intervinieron los demandados) constituyen actos de gestión de bienes o derechos de titularidad pública. El Plan de Viabilidad era un documento meramente informativo que por sí solo no implicaba la disposición de bienes del patrimonio de la EMVS. Además, la ratificación o aprobación de dicho Plan (por parte de la Junta General o de la Junta de Gobierno) no era condición necesaria para la efectividad de las ventas

ya que ni la Junta General ni la Junta de Gobierno tenían competencia para aprobar o ejecutar la enajenación.

14º.- Los demandados no han cometido ninguna infracción de la normativa contable o presupuestaria.

La aprobación del Plan de Viabilidad no implica ninguna infracción jurídica pues dicho documento simplemente da cuenta de un proceso de enajenación de viviendas aún no consumado y no prescribe cómo llevarlo a cabo. En cualquier caso, la enajenación de las 18 promociones de vivienda respetó las normas que le resultaban de aplicación.

De acuerdo con la legislación de régimen local, a las Sociedades Públicas Municipales se les aplica con carácter general el derecho mercantil y solo en algunos aspectos tasados el derecho público. En consecuencia, en el caso enjuiciado los únicos límites a la aplicación del derecho mercantil a la enajenación son los contemplados por el Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, dictado al amparo de la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid.

Según el artículo 20 del Reglamento antes citado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 59/2013 de 18 de julio, se podían enajenar viviendas por promociones a operadores privados, en cualquier momento y a precio libre, sin más limitaciones que la autorización por la Administración Autonómica y la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones derivados del régimen de protección pública, condiciones que fueron cumplidas.

La tesis defendida por la actora de la aplicabilidad a la enajenación de algunos preceptos de la legislación de contratación pública, en particular los relativos a la publicidad y a la adjudicación por subasta, no resulta jurídicamente correcta pues la aplicación de dicha normativa, según se dice en la misma, no resulta de aplicación directa para este tipo de operaciones y, de acuerdo con la Legislación Patrimonial, tampoco resulta aplicable ni siquiera de manera subsidiaria, sin perjuicio de que las Sociedades Públicas Municipales puedan ser poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos del Sector Público.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dicha norma no resulta de aplicación a las enajenaciones realizadas por las Sociedades Públicas Municipales.

Finalmente, tampoco resulta aplicable a las enajenaciones de inmuebles realizadas por este tipo de entidades el régimen jurídico de las Entidades Locales , ni el artículo 80 del Real Decreto Legislativo por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

La responsabilidad contable, además, no puede surgir en el contexto de controversias relativas a la

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

oportunidad en tal o cual decisión económica o financiera, o a la eficiencia en la administración de los factores productivos o a la eficacia en la consecución de los objetivos marcados (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, 14/2009).

En conclusión, la enajenación de las 18 promociones de viviendas tenía un objeto excluido de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y, al no existir una normativa específica aplicable a estas operaciones para las Sociedades Públicas Municipales, deben entenderse regidas íntegramente por el derecho privado, conclusión a la que llega el informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de 19 de abril de 2016.

15º.- La enajenación no ha dado lugar a un daño real y efectivo en el Patrimonio Público.

La actora confunde el menoscabo real y efectivo de un patrimonio público con lo que son meros sueños o expectativas de ganancia, en terminología de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

El Informe pericial aportado por la actora, que fija unos precios de mercado para la enajenación superiores a los que en realidad se obtuvieron, no puede tener la eficacia probatoria que se le pretende atribuir. En primer lugar, porque parte exclusivamente de muestras seleccionadas por la EMVS, lo que pone en tela de juicio la objetividad de las muestras elegidas. Por otro lado, el número de muestras seleccionado para cada promoción resulta exiguo, sin que en ningún caso llegue a las 6 que exige la Orden ECO/805/2003 de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, norma que aunque no resulte de aplicación al presente caso, puede resultar orientativa. Además, la única fuente de información tenida en cuenta por el Informe ha sido la proporcionada por la propia EMVS, así como visitas exteriores a los inmuebles. Finalmente, el método de cálculo empleado por el Informe resulta incorrecto porque supone fijar el valor de las promociones como la suma de los elementos integrantes de las mismas, prescindiendo de que se trataba de una venta en bloque.

Por lo que se refiere al valor catastral, está lejos del valor de mercado, y no sirve como referencia para calcular el valor de 18 promociones pues supone fijar dicho valor como si en lugar de promociones se tratara de un conjunto de viviendas independientes. Además no se ha aportado ningún documento acreditativo del valor catastral de todas y cada una de las viviendas y demás elementos, sino simplemente una hoja Excel (relativa, por cierto a solo 33 viviendas) que se dice enviada por el Ayuntamiento de Madrid y cuya autenticidad no se puede corroborar.

Por lo demás, la mejor oferta económica no equivale al mejor precio, hay otros condicionantes a valorar simultáneamente.

16º.- En la aprobación del Plan de Viabilidad, única actuación que se imputa a los demandados no concurrió dolo ni negligencia grave. Ello es así porque la aprobación por ellos del Plan de Viabilidad se produjo después de la efectuada por el Consejo de Administración y tras un informe de la jefa del

departamento de contratación y de los directores de los servicios jurídicos y suelo y de gestión, en el que se afirma la sumisión de la enajenación de las promociones al Ordenamiento privado exclusivamente, además de haberse emitido un informe favorable de la Intervención General. Por otra parte, la Consejería de Vivienda y Urbanismo de la Comunidad de Madrid dio la autorización administrativa a la operación, en septiembre de 2013, sin poner objeción alguna a la misma, y los testigos coincidieron en afirmar que el procedimiento de enajenación fue normal, el precio adecuado y que los miembros de la Junta de Gobierno no tuvieron participación alguna en la enajenación.

17º.- No existe nexo causal entre la actuación de los demandados y el posible menoscabo al patrimonio público, ya que dicha actuación ni supuso disposición de bienes, ni fue ilegal, ni fue lesiva para las arcas públicas, ni se realizó con dolo o negligencia grave. El nexo causal, cuya prueba incumbía a la parte actora, debería haberse producido entre la aprobación del Plan de Viabilidad, única actuación imputable a los demandados, y el precio de la enajenación considerado insuficiente por la demandante, y no entre la supuesta improcedencia del procedimiento de enajenación y dicho precio, pues en las actuaciones específicas para articular la compraventa no tuvieron participación alguna los miembros de la Junta de Gobierno y de la de Accionistas.

Con base en los argumentos expuestos, la representación procesal de Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral solicita la desestimación de la demanda con condena en costas al demandante.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito que tuvo entrada con fecha 19 de octubre de 2016, solicitó la incoación de Diligencias Preliminares por entender que, del Informe de Fiscalización de las operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Madrid, S.A. y controles realizados por las Instituciones competentes, ejercicios 2011 a 2013, aprobado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, se desprendían hechos que podrían resultar constitutivos de responsabilidades contables por alcance. Una vez incoadas las Diligencias Preliminares A- 173/2016, el Ministerio Fiscal solicitó, mediante escrito que tuvo entrada con fecha 25 de octubre de 2016, que se propusiera el nombramiento de un Delegado Instructor para que practicase las actuaciones previstas en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Tramitadas las citadas Actuaciones Previas, se oyó a las partes sobre la no incoación o continuación del procedimiento de reintegro por alcance y el Ministerio Público, mediante escrito que tuvo entrada con fecha 13 de julio de 2017, se manifestó a favor de la continuación del proceso por entender que de las Actuaciones Previas que se habían tramitado se desprendían hechos que pudieran ser generadores de responsabilidad contable por alcance. En la Audiencia Previa celebrada el 30 de mayo de 2018, el Ministerio Fiscal solicitó el recibimiento del pleito a prueba y, en el trámite de conclusiones del acto del juicio que tuvo lugar con fecha 5 de octubre de 2018, manifestó que la Junta de Gobierno tenía legitimación pasiva en el presente proceso pero que no mantenía pretensión de responsabilidad contable por alcance contra ninguno de los demandados, puesto que los hechos denunciados no reunían los elementos legalmente exigidos para este tipo de responsabilidad jurídica

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

por las razones siguientes:

a) La ausencia de subasta no implica que las enajenaciones no hayan tenido publicidad suficiente y adecuada.
b) Las meras irregularidades procedimentales no generan, por sí solas, responsabilidad contable.
c) La demanda se basa en pruebas periciales de parte, hechas a posteriori y que no pueden tener una eficacia probatoria suficiente para fundamentar la pretensión de responsabilidad contable.
d) Lo que determina el precio de mercado es el juego de la oferta y la demanda, es decir que se pueda encontrar un comprador por un determinado precio y no por más.
e) Las enajenaciones fueron necesarias para paliar la deficiente situación económica de la Empresa.
f) El Plan de Viabilidad y el procedimiento de venta contaban con el visto bueno de la Intervención Municipal y de la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento.
g) El precio recibido está integrado dentro de los límites aceptados por el Informe de Price Waterhouse and Coopers y por la liquidación provisional de la Delegada Instructora del presente procedimiento.
h) Los testigos coinciden en sus declaraciones en cuanto a que las ofertas se hicieron con referencia a precios de mercado.
i) Si la operación hubiera sido irregularmente beneficiosa para los posibles compradores, se hubieran presentado más de cuatro ofertas.
j) El Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid no cuestiona el precio de la operación sino la legalidad de la misma.
k) La intermediación es una práctica habitual en este tipo de enajenaciones y no fue objeto de crítica en el Informe de Fiscalización que se acaba de mencionar.
l) Las compraventas se hicieron sin dolo ni negligencia grave y no dieron lugar al menoscabo de un patrimonio público.

SEXTO.- Antes de entrar en las cuestiones de fondo planteadas por las partes, deben examinarse dos cuestiones procesales derivadas de las actuaciones:

1º.- Litisconsorcio pasivo necesario para traer al proceso a los miembros del Consejo de Administración de EMVS, que no habían sido demandados.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que en las contestaciones a la demanda formuladas no se recoge de manera formal y expresa dicha excepción procesal. Por otra parte, las representaciones procesales de los demandados reconocieron, tanto en el acto de la Audiencia Previa como en el Acto del Juicio, que no habían planteado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Sin embargo, la representación procesal de Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral menciona, en su contestación a la demanda y en sus conclusiones en el juicio, el hecho, según su

criterio irregular, que supone haber demandado a sus representados, meros miembros de la Junta de Gobierno, y no a los integrantes del órgano de la Empresa que tenía atribuidas las competencias para la gestión y disposición de los bienes de la misma. Por esta razón, esta Consejera de Cuentas debe dar respuesta razonada a esta cuestión.

El artículo 12, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que "*cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*".

El litisconsorcio pasivo necesario viene impuesto por vinculaciones subjetivas de tal forma que si no son demandados todos aquellos que tienen un vínculo cualificado con la situación jurídica material deducida en el proceso, concurre una falta de legitimación pasiva que impide dictar una sentencia estimatoria, dado que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (entre otras, la sentencia de 31 de octubre de 1986), el defectuoso litisconsorcio afecta a la validez de la relación jurídico procesal, que se entiende en estos casos mal formada.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido sosteniendo que en el ámbito de la Jurisdicción Contable tiene cabida la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, si bien la misma debe interpretarse en sentido restrictivo y atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto (por todas, Sentencia 16/05, de 26 de octubre).

En este sentido, la Sala de Justicia de este Tribunal, en diversas resoluciones, por todas la sentencia 10/07 de 18 de julio, señala "*que el litisconsorcio viene impuesto por vinculaciones subjetivas, de carácter inescindible, que resultan del objeto de Derecho material deducido en juicio, y que procede estimar el litisconsorcio pasivo cuando en la demanda se ejercitan una o más acciones que puedan afectar a personas interesadas en los negocios jurídicos que se impugnan, ya que es preciso contar con la audiencia bilateral de todos los que actuaron, o cuando aunque no hubieran intervenido en la relación sustantiva, la parte no demandada tenga un interés legítimo que pueda ser perjudicado por la resolución recaída en el proceso, como ha venido reconociendo el Tribunal Supremo (STS 18 de julio de 1988, 19 de junio de 1990, 26 de julio de 1991).*"

Por otra parte, no debe olvidarse que la responsabilidad contable directa es solidaria, de acuerdo con el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 2 /1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, lo que redunda en el carácter restrictivo con el que debe evaluarse el litisconsorcio pasivo necesario en vía jurisdiccional contable (por todas, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 26/04 de 9 de diciembre).

En el caso que nos ocupa, los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento tuvieron relación con las operaciones enjuiciadas y ello por las razones siguientes:

a) La Junta de Gobierno aprobó, por acuerdo de 12 de junio de 2013, el Plan de Reestructuración

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

del sector público, en cuyo apartado 4º, rubricado "*Reestructuración estratégica*", punto 4.3 "*Desinversión*", se puso de manifiesto la necesidad de que la EMVS llevara a cabo un Plan de Viabilidad como consecuencia de las pérdidas significativas que había presentado en los últimos años, con la previsión expresa de que sería objeto de evaluación y seguimiento, con carácter trimestral, por parte del área de Gobierno, Economía, y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, para verificar su estricto cumplimiento.

b) La Junta de Gobierno aprobó, con fecha 20 de junio de 2013, el Plan de Viabilidad que dio cobertura jurídica a las enajenaciones.

c) La Junta de Gobierno era la Junta General de Accionistas de la Empresa, y en su condición de tal aprobó igualmente con fecha 20 de junio de 2013 el Plan de Viabilidad, teniendo además asignadas las competencias propias de la Junta General de una Sociedad Pública Mercantil.

d) La EMVS de Madrid pertenece íntegramente al Ayuntamiento, por lo que según sus Estatutos debe desarrollar sus finalidades públicas de acuerdo con las directrices municipales.

e) Algunas de las viviendas vendidas pertenecían al Ayuntamiento, que solo había cedido a la EMVS la titularidad fiduciaria sobre las mismas.

f) La Junta de Gobierno recibió una solicitud de explicaciones sobre la ejecución del proceso de enajenación pedida por una Empresa, así como un requerimiento de esa misma Sociedad para que procediera a una revisión de actos que pudieran ser nulos.

g) De acuerdo con el artículo 17.1,b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, la Junta de Gobierno es el órgano competente para adoptar directrices vinculantes para las empresas del Ayuntamiento de Madrid, potestad que es indelegable de acuerdo con el artículo 17.2 de la mencionada Ley.

h) La EMVS está clasificada por la Intervención General de la Administración del Estado en el subsector Administraciones Públicas, con efectos 1 de enero de 2013, a los efectos de la contabilidad nacional y del protocolo sobre el déficit excesivo, lo que implica que sus cuentas se consolidan con las del resto del Grupo Público Municipal a efectos del cálculo del déficit/superávit en términos del SEC 95 y que su endeudamiento financiero tiene la misma consideración que el municipal, siéndole de aplicación para su concertación el mismo régimen de autorizaciones por el órgano de tutela financiera al que se ve sometido el Ayuntamiento de Madrid.

i) El Plan de Viabilidad, en su apartado "*:objetivos del Plan*", dice que todas las medidas contenidas en el mismo deberán contar con la aprobación de los órganos del Ayuntamiento de Madrid competentes en cada materia, siendo importante destacar que la no autorización de alguna de las operaciones propuestas o la imposibilidad de desarrollarse en los términos aquí expuestos, afectaría directamente a la viabilidad del mismo, condicionando de este modo la consecución del objetivo pretendido, pudiendo derivarse otras consecuencias y situaciones no previstas inicialmente en el Plan.

j) El Plan de Viabilidad plantea modificar los estatutos para declarar a la Sociedad como medio propio, en los términos del artículo 24.6 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento. Por ello la EMVS facilitó, como anexo al Plan, una propuesta de nuevos estatutos que debería ser aprobada por el órgano municipal

competente, pero también por la Junta de Accionistas de la propia Empresa (coincidente, como ya se ha dicho, con la Junta de Gobierno del Ayuntamiento).

De esta conexión entre la actuación de la Junta de Gobierno y las enajenaciones realizadas se desprende que su influencia en los hechos enjuiciados resulta perfectamente escindible de la que pudiera atribuirse al Consejo de Administración de la Empresa, ya que las competencias ejercidas por uno y otro órgano y las decisiones adoptadas por los mismos son plenamente identificables y separables. Si a ello unimos el carácter solidario de la responsabilidad contable directa, que se recoge en la jurisprudencia como causa objetiva para valorar con criterio restrictivo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, se debe concluir que la relación jurídico-procesal está correctamente constituida en el presente procedimiento por alcance y que tal y como está conformada no lesiona la Tutela Judicial Efectiva de ninguna de las partes, razones que permiten rechazar que resulte jurídicamente necesaria la presencia en este proceso de los miembros del Consejo de Administración de la Empresa.

2º.- Falta de legitimación pasiva de los miembros de la Junta de Gobierno en el presente proceso.

El artículo 55.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas señala que *"se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes, y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso"*, es decir, la legitimación pasiva se atribuye a quienes puedan ser responsables contables y, en consecuencia, se les pueda exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública.

Respecto a esta excepción planteada por la representación procesal de los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, debe señalarse que el ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/82, conforme al cual, 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 se pronuncia el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, cuando afirma que la responsabilidad contable resulta exigible a quienes, por tener encomendada la gestión de bienes o derechos de titularidad pública, quedan obligados a rendir cuentas de los mismos.

Pues bien, el artículo 15 de la antes citada Ley Orgánica señala que 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.

Por su parte, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, en las sentencias 8/07 de 6 de junio, 18/04 de 13 de septiembre y 4/01 de 28 de febrero, ha venido sosteniendo que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, a quienes "*recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos*", habiéndose perfilado un

concepto amplio de gestor y de cuentadante por dicha Sala de Justicia, con base en los aludidos preceptos, según se desprende de sus Sentencias 21/99 de 26 de noviembre, 11/04 de 6 de abril de 2004, 12/1996 de 20 de noviembre, y 8/2007 de 6 de junio.

La Sentencia Nº 3 de 12 de febrero de 2012 de la citada Sala de Justicia, resume la doctrina emanada de la misma sobre esta cuestión y concluye que la legitimación pasiva en los juicios de responsabilidad contable concurre en quienes "*al menos*" hayan participado de forma relevante en la gestión económico-financiera de la entidad que dispuso de los fondos públicos a su cargo (Sentencia 7/2006, de 29 de marzo).

Esa misma Sala de Justicia, en Sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, ha dejado claro que para ser gestor de unos fondos públicos y cuentadante respecto de los mismos, no es necesario tener encomendado el manejo directo y material del patrimonio público sino que basta con tener capacidad de decisión sobre su uso. Por ello puede ser responsable contable un gestor público aunque su participación en los hechos generadores del daño al erario público no haya implicado un manejo directo del patrimonio perjudicado. En el mismo sentido Sentencia 10/1997, de 24 de julio.

En esta misma línea argumental, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia 4/2006, de 29 de marzo) indica que "*debe propugnarse un concepto amplio de cuentadante, esto es, ha de sustantivarse como tal no solo al que formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores, sino que puede predicarse la condición de cuentadante* (también) *respecto de cualquier persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de fondos públicos, esto es, que de alguna manera se sitúa como un eslabón más en la cadena del ingreso o del gasto público, tomando decisiones en relación con la actividad económico-financiera del Sector Público y debiendo rendir cuenta de su labor*"

En el caso de los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, a la vista de las circunstancias expuestas en el apartado anterior al tratar la cuestión del litisconsorcio pasivo necesario, no cabe duda de que tenían, como órgano colegiado, capacidad de decisión sobre las medidas a adoptar para invertir la tendencia desfavorable de la situación económica de la EMVS y que ejercieron dicha competencia participando en algunas actuaciones orientadas a hacer posible la enajenación de bienes inmuebles que se examina en el presente proceso jurisdiccional.

La Junta de Gobierno aprobó el Plan de Viabilidad que diseñó el marco jurídico que dio cobertura a las controvertidas enajenaciones y lo ratificó en su condición paralela de Junta General de la Empresa. Dicho Plan de Viabilidad, además, contenía una clara referencia a que sus medidas solo resultarían aplicables si contaban con la aprobación de los órganos municipales competentes y, por otra parte, proponía modificaciones estatutarias cuya viabilidad dependía de que fueran o no aprobadas por la Junta General de la Empresa.

También debe tenerse en cuenta que la Junta de Gobierno tenía jurídicamente atribuidas funciones para dictar directrices vinculantes a la Sociedad sobre su gestión económico-financiera, incluida la posible venta de viviendas, y era un órgano municipal ejecutivo jerárquicamente relevante de un Ayuntamiento propietario de algunas de las viviendas que se vendieron, pues no todas pertenecían a la Empresa sino que algunas eran de propiedad de la Corporación Local que, simplemente, había cedido a la Sociedad la titularidad fiduciaria.

Además, en su condición de Junta General de la Sociedad, la Junta de Gobierno tenía encomendadas las funciones sobre las cuentas que la legislación mercantil atribuye a estos órganos de las empresas, unas cuentas que en el presente caso no solo se incorporaban, en la forma legalmente prevista, a la contabilidad del Ayuntamiento sino que, además, tenían impacto sobre el cumplimiento por el mismo de sus obligaciones jurídicas de limitación del déficit.

Todas estas razones llevan a considerar que los miembros de la Junta de Gobierno sí eran gestores del patrimonio público afectado y cuentadantes respecto de su uso, por lo que tienen legitimación pasiva en el presente procedimiento de reintegro por alcance.

SÉPTIMO.- Una vez resueltas las cuestiones procesales planteadas, debe entrarse a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, lo que exige empezar por determinar si los hechos enjuiciados constituyen o no un alcance en los fondos públicos tal y como se define dicho concepto técnico-jurídico en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 59.1 de dicha Ley.

La demandante considera, en primer lugar, que se ha producido un alcance por la enajenación de 18 promociones completas de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y de otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles) a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U. por un precio global de 128.500.000 euros (esta operación se formalizó el 31 de octubre de 2013, en sendas escrituras públicas).

Plantea la actora, como pretensión principal, que los demandados deben reintegrar la diferencia entre el precio de mercado de los inmuebles vendidos (que estima en 249.272.310 euros) y el precio que realmente se obtuvo por ellos (128.500.000 euros), suma que supondría un alcance en los fondos públicos de 120.772.310 euros. Como pretensión subsidiaria, la demandante defiende que la cifra del alcance que debería reclamarse a los demandados ascendería a 58.433.900 euros, que sería la diferencia entre el valor catastral de los inmuebles enajenados (186.933.900 euros) y el precio real que se cobró por su venta (128.500.000 euros).

Lo cierto es que el precio pactado y obtenido por los inmuebles enajenados debe estar justificado, dado que se trata de bienes de titularidad pública y, además, en el presente caso, afectos a una finalidad social, de forma que la mala situación económica de la EMVS no puede por sí sola fundamentar una operación si esta resulta perjudicial para la integridad del patrimonio público.

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

La titularidad pública de los inmuebles enajenados no ofrece dudas pues pertenecían a una Sociedad Mercantil cuyo capital era propiedad al 100% del Ayuntamiento de Madrid. Así se desprende de diversas resoluciones de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia 18/04 de 13 de septiembre) y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, en reunión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de fecha 25 de mayo de 2017, en la que, siguiendo una abundante jurisprudencia de la propia Sala en materia de malversación de caudales públicos, acordó por unanimidad que "*los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las Sociedades Mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos deben tener la consideración de patrimonio público*". Este Acuerdo incluye expresamente en este criterio a las Sociedades Mercantiles participadas en su totalidad por dichas personas jurídico- públicas.

Tampoco resulta controvertido que el fin de la EMVS consistía, según el artículo 2 de sus Estatutos aprobados por el Pleno del Ayuntamiento por Acuerdo de 28 de enero de 1997, reformado el 23 de febrero de 2005 y el 22 de noviembre de 2013, cuando tuvieron lugar los hechos enjuiciados, en la aplicación de políticas sociales de la Corporación Local en materia de suelo y vivienda.

En consecuencia, el precio aceptado por la enajenación de los inmuebles, como se reconoce en la propia Liquidación Provisional de las Actuaciones Previas del presente procedimiento de reintegro por alcance, debería haberse adaptado al deber jurídico que obliga a la EMVS, en el ejercicio de su gestión, "*a la ordenada administración y tutela de su patrimonio inmobiliario*". Según se expone en Sentencia de esta Consejera de Cuentas 5/2016, de 13 de mayo, la incorporación a un contrato patrimonial de cláusulas injustificadamente lesivas para el patrimonio público (como puede suceder cuando el precio pactado por la venta de un bien público resulta manifiestamente inferior al valor del mismo), constituye un alcance en los fondos públicos.

Lo cierto es que la compraventa, en el presente caso, se realizó sin que la EMVS fijara un precio inicial de referencia basado en una tasación o en un estudio previo adecuado sobre el valor de los inmuebles enajenados.

Este reproche aparece contemplado en diversos apartados del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado con fecha 30 de junio de 2016, sobre operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012 y 2013:

- *"No puede considerarse como suplido dicho Pliego de condiciones por el contenido del anuncio de la enajenación efectuado el 3 de mayo de 2013 en un periódico de tirada nacional, ya que carece de los elementos más elementales de los que el Pliego de condiciones debe contener, como son la determinación del precio..."*
- "*La EMVS al hacer el anuncio de venta de las 18 promociones el 3 de mayo de 2013, no*

tenía fijado el valor objetivo de mercado de los bienes a enajenar. Ha renunciado a que un informe técnico hecho por personal experto en valoraciones de esos bienes o por empresa de tasación homologada, haga esa valoración."

- *"El desarrollo de actuaciones dirigidas a la venta de las 18 promociones pone en evidencia la renuncia del órgano de contratación a fijar una de las exigencias fundamentales de toda contratación, como es la determinación del precio del contrato, en este caso del bien a enajenar."*
- *"El hecho de no aprobar el órgano de contratación un Pliego, no debería haber impedido, al menos, que se hubiera fijado el precio, adecuado al precio general del mercado, mediante los estudios e informes técnicos precisos, por entidades competentes al respecto, para garantizar la certeza y objetividad del mismo."*
- *"La inexistencia de ese precio cierto del bien objeto del contrato, se evidencia en el anuncio de la venta hecha por el Consejero Delegado el 3 de mayo de 2015, donde no hay una sola referencia a ese precio del bien que, en sí mismo considerado, ha de tener como expresión mínima de la voluntad del vendedor y dato necesario de referencia para los posibles interesados en la compra…".*
- *"No existe un precio de referencia o precio de licitación, al no pedir un informe técnico de valoración de las propiedades a enajenar, realizado por órgano competente o empresa de tasaciones inmobiliarias homologada como tal, utilizando metodologías y criterios específicos para esa clase de bienes que iban a ser objeto de enajenación."*
- *"El precio de la compraventa no se ha decidido conforme a valores objetivos. La EMVS, no obstante disponer de los datos de valoración de las viviendas según sus respectivas calificaciones de VPP, y sus respectivos valores contables, debería haber procedido a la determinación del precio cierto del valor de mercado de los bienes a enajenar, mediante una valoración técnica que acreditara de manera fehaciente su precio, dada su decisión de vender en bloque las 18 promociones a un tercero."*
- *"Contrasta esa actitud del vendedor, de no haber fijado el valor objetivo del precio, con la actividad realizada por los interesados en la compra y, en concreto, por el futuro comprador: las empresas que presentaron oferta realizaron previamente trabajos de valoración de las 18 promociones. Magic Real Estate, empresa compradora, además de realizar una revisión técnica con visita individualizada a cada una de las viviendas, realiza una revisión jurídica y económica de las mismas. Adicionalmente, realiza un estudio comercial de la cartera en comparación con viviendas de la misma tipología y con el mercado libre en sus zonas de emplazamiento, ya finalizado. Todo ello pone de manifiesto que es el comprador y no la EMVS quien realiza la tasación de las 18 promociones objeto de venta, solo que con el riesgo de que el precio de oferta no sea precisamente el que haya resultado de dichas valoraciones"*
- *"Se puede concluir, por tanto, que la enajenación de las 18 promociones se ha realizado sin que haya un informe técnico de valoración en el que se cifre el valor objetivo y cierto de mercado de los elementos objeto de enajenación, aunque teniendo en cuenta las limitaciones, en cuanto al precio, por ser viviendas de protección pública. Ello puede ser*

indicativo, de una deficiente o mala gestión en la administración y valoración de los intereses públicos a los que la venta, en todo caso, ha de responder."

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de 19 de septiembre de 2017, considera entre los motivos para la reapertura de las diligencias penales que habían sido archivadas: "*La venta se produjo sin fijar con carácter previo el valor de los inmuebles a enajenar..."*

Los demandados, por su parte, alegan frente a los argumentos anteriores que sí fijaron un precio con carácter previo a las enajenaciones, y que lo hicieron a través de dos documentos:

a) Informes de Price Waterhouse and Coopers.

En concreto, el de 2 de abril de 2013 establecía como estimación de valor un rango de valor actual neto de entre 117.000.000 de euros y 135.000.000 millones de euros para la operación.

La decisión de vender esas 18 promociones y no otras se da por acordada previamente. Price Waterhouse and Coopers únicamente analiza la cartera que ya se ha decidido poner en venta de 18 promociones, a pesar de que el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato pactado con dicha Consultora se extendía a todos los activos de la cartera inmobiliaria de la EMVS.

Se le solicita el 1 de marzo de 2013 que elabore un informe de análisis del plan estratégico. Basta leer el capítulo de alcance y limitaciones de su informe provisional de 2 de abril de 2013 para observar que la Consultora se limitó a utilizar las premisas facilitadas por la compañía y que fue la propia EMVS quien le suministró la información. La indicación de que se iban a enajenar 1.860 viviendas con aproximación de venta de 113 millones de € era un dato previo para su estudio que no debe confundirse con un resultado de su análisis.

En cuanto al informe «Análisis de la cartera, estimación de valor de la misma y aspectos clave de un potencial proceso de venta» que consta en las actuaciones, es un borrador sujeto a cambios y debe tenerse muy en cuenta que su elaboración estuvo condicionada por los siguientes aspectos:

- La información utilizada para realizar el trabajo fue obtenida de forma íntegra de la Dirección y empleados de la EMVS, por lo que Price Waterhouse and Coopers no se hacía responsable de la veracidad y exactitud de la información facilitada por la Compañía, ni de que esta fuera completa.

- La Consultora formuló sus conclusiones sobre la base de la urgencia de vender y, por tanto, atendiendo a criterios de prevalencia de lo meramente financiero sobre los intereses públicos de la Empresa, sin considerar el hecho jurídico relevante de que la actividad que tenía

encomendada la EMVS para realizar con las viviendas vendidas estaba orientada a una finalidad pública de especial interés social.

- La Consultora hace una estimación del valor de la cartera entre 117.000.000 y 135.000.000 de euros. El cálculo lo practica basándose en su experiencia y en los parámetros comúnmente utilizados por la comunidad de inversores (utiliza los indicadores NAV Y GAV, de uso eminentemente bursátil y financiero).

- La propia Consultora recomienda, entre otros extremos:
  - Intentar maximizar el precio de venta hasta llegar a rangos coherentes con el valor idóneo de mercado de la cartera.
  - Poner a disposición de ofertantes e interesados la información clave, clara y ordenada que soporte el precio objetivo a alcanzar.

La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, en el Informe de Fiscalización al que venimos aludiendo indica que el Informe de Price Waterhouse and Coopers, de 2 de abril de 2013, carece de la condición de informe técnico de valoración, así como de validez como tasación de la cartera inmobiliaria a enajenar, según sus propias manifestaciones.

Además, de acuerdo con el citado Informe de Fiscalización, según se revelaría en la fase posterior de negociación, la Consultora que había emitido los informes para EMVS actuó como asesora de la Empresa compradora.

En síntesis, el tantas veces citado Informe de Fiscalización del Órgano de Control Externo de la Comunidad de Madrid afirma que: "*No puede considerarse como justificación de (...) la forma en que se vende, el denominado borrador del referido análisis de cartera, de PWC entregado el 2 de abril de 2013 porque se trata de un informe, provisional, parcial y además en ningún caso consta que se haya asumido por la EMVS como propio. Y lo mismo sucede, y por los mismos motivos, excepto el de la provisionalidad, con el documento entregado por PWC el 9 de mayo de 2013 "diagnóstico y análisis del plan estratégico"*. Este último informe, aparte de que no consta que se hiciera suyo por la EMVS, es posterior a la publicación de la enajenación el 3 de mayo anterior.

La estimación contenida en el Informe de Price Waterhouse and Coopers, en definitiva, no tiene la consideración de un Informe de tasación ya que no ha sido realizado por una empresa de valoraciones que figure como sociedad homologada como tal en el Registro de Entidades de Tasación del Banco de España. Además, la EMVS no había indicado a la Consultora la metodología requerida para la tasación y elaboración del informe, salvo en lo relativo a la no división por lotes.

Por otra parte, no consta en el Informe de la Consultora una identificación y descripción

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

individualizada, precisa y detallada de los bienes inmuebles objeto de enajenación, ni que se hayan visitado o inspeccionado las construcciones y recintos que conformaban los bienes objeto de venta.

Además, la valoración aportada por la Consultora se basa, entre otros extremos, en un sondeo de mercado en función de las ofertas hechas por los propios interesados en la compra, antes del anuncio de la venta, algunos de los cuales participarían en el proceso negociador después del referido anuncio, lo que refleja un enfoque inadecuado para conseguir una estimación real, basada en criterios técnicos y objetivos, del valor de los bienes a enajenar, ya que se realizó condicionada por unos valores previos aportados dentro de un proceso de enajenación que ya estaba en marcha.

En consecuencia, la valoración aportada por Price Waterhouse and Coopers no puede considerarse como una tasación de los inmuebles enajenados, a los efectos de poder extraer conclusiones sobre la corrección del precio aceptado por la enajenación de los mismos.

b) El Plan de Viabilidad aprobado por la Junta General de la EMVS, con fecha 19 de junio de 2013, que establece un precio para la enajenación de 112.000.000 de euros.

Tampoco puede considerarse que esta evaluación constituya una tasación del valor de los inmuebles a enajenar, ni una fijación del precio de los mismos por la EMVS.

Ello es así, en primer lugar, porque cuando el Plan de Viabilidad se aprobó ya estaba prácticamente concluido el proceso de selección de la oferta para la venta a la Empresa Magic Real Estate. De hecho, fue al día siguiente cuando se comunicó a dicha Empresa que su oferta – superior a la valoración prevista en el Plan de Viabilidad el día antes – había sido la seleccionada. Por ello, no puede considerarse que el Plan de Viabilidad hubiera fijado una valoración de los inmuebles a vender ni una determinación del precio exigible por ellos, sino que al aprobarse intentó dar cobertura jurídica a posteriori a una operación que se había iniciado antes y que estaba ya a punto de concluir.

Por otra parte, no constan en el Plan de Viabilidad los criterios técnicos tenidos en cuenta para llegar a esa cifra de 112.000.000 de euros, ni los estudios fundamentados que permitieran sostener esa cifra teniendo en cuenta cada bien inmueble a vender y el hecho de practicarse la enajenación completa de una serie de promociones y otros elementos conjuntamente.

Tampoco puede aceptarse, por tanto, que el Plan de Viabilidad implique que la EMVS había tasado los bienes y fijado un precio para la venta de los mismos.

En conclusión, si el precio recibido por la enajenación está o no justificado y, consecuentemente, ha producido un alcance en los fondos públicos o por el contrario debe considerarse adecuado, no puede decidirse atendiendo a la diferencia entre la cantidad satisfecha por las Empresas compradoras y la tasación de los bienes y fijación de un precio por la vendedora, ya que esta última no practicado ninguna de esas dos operaciones. De ahí que la adecuación del precio aceptado a los principios de una "*buena gestión financiera*", que exige la normativa para la administración de los recursos públicos, deba hacerse atendiendo a diversos criterios técnicos posibles.

La demandante plantea, en primer lugar, el precio de mercado, que considera muy superior al que se aceptó por la compraventa.

El Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, en el criterio de valoración 2 referente al «*valor razonable*» explica que *con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado. En este sentido, el precio cotizado en un mercado activo será la mejor referencia del valor razonable, entendiéndose por mercado activo aquel en el que se den las siguientes condiciones:*

a) *" Los bienes o servicios intercambiados en el mercado son homogéneos;*
b) *Pueden encontrarse prácticamente en cualquier momento compradores o vendedores para un determinado bien o servicio; y*
c) *Los precios son conocidos y fácilmente accesibles para el público. Estos precios, además, reflejan transacciones de mercado reales, actuales y producidas con regularidad."*

Un mercado es el sistema en el que el precio de los bienes es acordado por el consentimiento entre los vendedores y los compradores, mediante las leyes de la oferta y la demanda. Requiere para su implementación de la existencia de la libre competencia, lo que a su vez requiere que entre los participantes de una transacción comercial no haya coerción, ni fraude y, en general, que todas las transacciones sean voluntarias.

Sin embargo, técnicamente no existía en la operación enjuiciada un mercado para la compra venta de viviendas de promoción pública en régimen de alquiler "*al por mayor*", ya que no puede afirmarse que para una enajenación de tal envergadura pudieran encontrarse compradores en cualquier momento, ni que el precio fuera fácilmente accesible, ni que hubiera homogeneidad en los bienes a transmitir.

Las referencias que se citan en las pruebas aportadas o en los testimonios del juicio se refieren a la existencia de otros mercados inmobiliarios, tales como el de edificios, de terrenos o solares, de viviendas libres o de viviendas de protección pública individualizadas. El funcionamiento de tales mercados no es aplicable al caso que nos ocupa, en aquellos existen suficientes transacciones y operadores que permiten fijar el precio en condiciones de libre acción.
En este caso, además de no existir una oferta y demanda organizadas, la operación fue el resultado

de una transacción urgente, una especie de liquidación aparentemente provocada por la situación financiera de la EMVS. Tanto la realidad financiera de la Empresa vendedora como la iniciativa de enajenar un volumen tan elevado de inmuebles pueden considerarse excepcionales. El Pan General de Contabilidad considera estas circunstancias muy especiales a la hora de valorar los bienes, al entender que los precios no son los que se fijarían en condiciones normales de mercado que serían las que se corresponderían con una empresa en funcionamiento.

Por lo demás hay que volver a insistir en que el patrimonio vendido era de titularidad pública, estaba sujeto a un régimen especial de protección y estaba afecto a una finalidad social sensible, lo que dificulta aún más situar su enajenación en un contexto de mercado.

En conclusión, cabe afirmar que no existía mercado donde operase libremente la ley de la oferta y la demanda para esta particularísima transacción.

Por otra parte, el precio de mercado que aporta la demandante es el que se desprende del Informe elaborado por la Empresa Thirsa, cuyas conclusiones no resultan suficientes para fundamentar la eventual existencia de un precio de mercado para una compraventa de viviendas "*al por mayor*" que, además, en concreto ascendería a 249.272.310 euros. Ello es así, entre otras razones, porque como sostiene la parte demandada:

- El Informe de Thirsa recoge conclusiones retrospectivas pues se elaboró en 2015 y deduce sin motivación suficiente precios de mercado de 2013.
- Dicho informe se elaboró, además, con base solo en información suministrada por la parte actora y en virtud de unas comprobaciones *"in situ"* cuantitativa y cualitativamente muy limitadas.
- El citado Dictamen reconoce haberse emitido sin aplicar la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, que recoge el método de referencia para calcular el valor de mercado de un inmueble a efectos urbanísticos o expropiatorios y puede resultar útil como criterio de valoración para otro tipo de operaciones.
- El aludido informe se basa en las técnicas del muestreo pero no permite conocer los criterios para la selección de la muestra elegida y, además, está enfocado al escenario de una venta individualizada de inmuebles y no al de una enajenación global conjunta, que es lo que se produjo.
- No resulta técnicamente correcto equiparar el valor de mercado de una venta completa de 18 promociones de vivienda, con la suma del precio de salida de cada uno de los inmuebles individualmente considerados.

Por otro lado, y con carácter subsidiario, la demandante propone que se tome como referencia el valor catastral de los inmuebles vendidos, que al ser mayor al precio de venta aceptado, demostraría la existencia de un alcance en los fondos públicos de la EMVS.

El valor catastral es, desde luego, un criterio de valoración jurídicamente fundamentado y extraído de la aplicación de criterios técnicos y objetivos, por lo que podría valer en general para deducir del mismo un valor mínimo de unos inmuebles que permitiera precisar un precio mínimo para su venta, por debajo del cual esta debiera considerarse lesiva para la integridad del patrimonio público. Sin embargo la enajenación a la que nos venimos refiriendo tiene unas características especiales porque su objeto han sido inmuebles dotados de un régimen de protección pública y afectos a una finalidad social. Los elementos enajenados, por tanto, estaban condicionados por diversos factores específicos: su posible ocupación por inquilinos en régimen de arrendamiento, la vigencia de opciones de compra, la subrogación del comprador en diversos compromisos asumidos por el vendedor, etc. Estas circunstancias aconsejan buscar un precio mínimo de enajenación para estos inmuebles mediante otro criterio más especializado y ajustado al particular régimen jurídico que se les aplica.

Por tanto, la improcedencia de tomar en consideración, en el presente caso, un eventual precio de mercado –por no existir- o el valor catastral de los inmuebles enajenados no implica que no pueda establecerse una valoración de referencia mínima de los mismos, cuya comparación con el precio por el que se vendieron permita deducir si hubo o no menoscabo no justificado en los fondos públicos. En efecto, la EMVS podía haber establecido una valoración de los inmuebles enajenables atendiendo a otros criterios.

El Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, antes aludido, señala en el criterio 2 de valoración que para aquellos elementos respecto de los cuales no exista un mercado activo, el valor razonable se obtendrá, en su caso, mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración. Entre ellos destaca como posibles:

"- *Referencias a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas.*

- *Referencias al valor razonable de otros activos que sean sustancialmente iguales.*
- *Métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados, y*
- *Modelos generalmente utilizados para valorar opciones."*

No se conocen transacciones tan voluminosas de promociones en ese momento a las que pueda acudirse para que sirvan de elemento comparativo. El método de descuento de efectivo podría ser útil, pero siempre que a los ingresos por arrendamiento (protegidos) se sumaran las subvenciones y demás ayudas públicas recibidas para la construcción del inmueble. No sería admisible que la protección pública, dirigida a apoyar socialmente a los más desprotegidos, sirviera para que el posible comprador ajeno a esas dificultades económicas obtuviera un beneficio o ganancia. Y el último modelo indicado por el Plan General de Contabilidad, el de aplicar técnicas de valoración de opciones, no resulta adecuado, ya que está pensado para la valoración de instrumentos financieros no de bienes inmuebles de estas características públicas.

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

Por otra parte, la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, ofrece diferentes métodos que podrían haber servido a la EMVS como referencia, al menos, para hacer una valoración.

El ya citado Plan General de Contabilidad señala que el valor razonable de un activo para el que no existan transacciones comparables en el mercado, puede valorarse con fiabilidad si la variabilidad en el rango de las estimaciones del valor razonable del activo no es significativa o las probabilidades de las diferentes estimaciones, dentro de ese rango, pueden ser evaluadas razonablemente y utilizadas en la estimación del valor razonable.

Las técnicas de valoración empleadas deberán maximizar el uso de datos observables de mercado y otros factores que los participantes en el mercado considerarían al fijar el precio, limitando en todo lo posible el empleo de consideraciones subjetivas y de datos no observables o contrastables.

Lo cierto es que la EMVS ni procedió a una tasación del valor de los bienes ni a una fijación del precio de los mismos coherente con su valor, y ello a pesar de la envergadura de la operación. Tampoco consta que la citada Empresa Pública haya explicado convenientemente por qué no se ofertó la enajenación con un precio mínimo de salida, cuando por ejemplo ya se disponía de una oferta preliminar del Grupo Harbor-Álvarez & Marsal de diciembre de 2012. Es evidente que si un fondo de inversión pudo hacer una valoración de los inmuebles que compraba, también la EMVS podía haberlo hecho sobre sus propios activos que vendía.

Atendiendo a los anteriores argumentos y teniendo en cuenta que la pretensión de la actora consiste en que se determine si el precio de la enajenación fue inferior al correcto y, por tanto, su cobro supuso un alcance para los fondos públicos, debe esta Consejera de Cuentas determinar qué valoración de los inmuebles vendidos debe tenerse en cuenta para poderla comparar con el precio de la operación, dando así cumplimiento al principio dispositivo que rige los procedimientos de reintegro por alcance de acuerdo con el artículo 60.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Una vez descartados como valores de referencia para estas ventas, entre otros, el precio de mercado y el valor catastral de los inmuebles vendidos, deben tenerse en cuenta dos posibles criterios adicionales que permiten fijar una valoración prudente y cautelosa, como recomienda el Plan General de Contabilidad, de los elementos objeto de la enajenación.

Por una parte está el valor neto contable de los inmuebles, que el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid concreta en 159.375.025 euros, y por otra el valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como Viviendas Públicas Protegidas que el aludido informe de fiscalización cifra en 151.211.518 euros.

El valor neto contable o valor en libros de un activo es el importe neto por el que se encuentra

registrado en balance una vez deducida su amortización acumulada y cualquier corrección valorativa por deterioro que se haya registrado. En este caso, conforme se explica en la Memoria de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2012, el conjunto de las promociones objeto de enajenación estaba reconocido en libros en la cuenta de "*inversiones inmobiliarias*" que "*recoge los valores de terrenos, edificios y otras construcciones que se mantienen, bien para explotarlos en régimen de alquiler, bien para obtener una plusvalía en su venta como consecuencia de los incrementos que se produzcan en el futuro en sus respectivos precios de mercado.*" La señalada Memoria aclara que "*el inmovilizado material se valora por su precio de adquisición o coste de producción, incrementado en su caso por las actualizaciones practicadas según lo establecido por las diversas disposiciones legales, y minorado por la correspondiente amortización acumulada y las pérdidas por deterioro experimentadas*".

El valor neto contable no resulta, sin embargo, tan especializado y acorde con el régimen de protección de los inmuebles vendidos como el criterio oficialmente regulado del valor de venta de viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas ("*Precio máximo de calificación para la venta*").

La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid expone en la página 40 de su Informe de Fiscalización qué criterios técnicos ha aplicado para calcular este valor y qué datos ha examinado para poderlo determinar. Además, en esa misma página, aparece el " *Cuadro 10. Valor de las 18 promociones según precios máximos de calificaciones de VPP*", en el que se distingue entre viviendas con protección pública para arrendamiento y viviendas con protección pública para arrendamiento con opción a compra destinado a jóvenes. Cada una de estas dos categorías de viviendas viene desglosada en las promociones que la componen, que a su vez aparecen asociadas al cálculo del precio máximo de calificación definitiva, el capital pendiente de préstamos a 31 de octubre de 2013, el precio neto máximo de venta a 31 de octubre de 2013, el importe líquido percibido por la venta y la diferencia entre el precio neto y el importe líquido de la venta.

Ni el método técnico aplicado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid para calcular, en aplicación de los criterios fijados en la normativa vigente en aquel momento, el criterio del valor máximo posible de venta de viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas, ni la cifra a la que asciende dicho valor según el citado Órgano Autonómico de Control Externo (151.211.518 euros) han sido objeto de crítica u oposición por las partes del presente proceso.

No habiendo establecido la Empresa Pública vendedora un precio inicial para la enajenación de los inmuebles y vistos diversos criterios técnicos y objetivos a través de los cuales podía haber realizado una valoración de los mismos antes de su enajenación, corresponde a este Órgano de primera instancia de la Jurisdicción Contable determinar cuál es el valor mínimo de tales bienes que pueda considerarse probado. Se trata, por tanto, de decidir si alguno de los métodos de valoración expuestos permite identificar un valor que pueda acreditarse que es el mínimo que tenían los bienes vendidos, por debajo del cual no cabe establecer otros si no es aplicando criterios sin sustento ni reconocimiento jurídico o

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

forzando la aplicación de métodos previstos para fines diferentes y, por tanto, desnaturalizándolos.

Partiendo de este punto de vista, esta Consejera de Cuentas entiende que el criterio más especializado y, por tanto, más coherente con el especial régimen jurídico de los inmuebles vendidos es el de "el valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas". Por otra parte, el precio mínimo obligatorio que se obtiene mediante la aplicación de este método resulta más bajo que el que se habría fijado si se hubieran podido aplicar los métodos de precio de mercado, valor catastral o valor contable, lo que redunda en beneficio de la tutela judicial efectiva de los demandados.

Si la normativa establece un precio máximo de venta para determinados inmuebles que se enajenan a compradores en los que concurren unos requisitos de penuria económica que les permiten una situación de protección social para el acceso a la vivienda, es evidente que no puede venderse ese mismo tipo de inmuebles por debajo de ese tope máximo a personas jurídicas ajenas a la situación de precariedad económica que justifica esa limitación del precio.

El precio que el Ordenamiento Jurídico fija como máximo para la venta de viviendas calificadas como Viviendas Públicas Protegidas, a personas amparadas en un régimen de protección social por el carácter limitado de sus recursos económicos, opera como precio mínimo para la enajenación de ese tipo de inmuebles a quienes no se hallan incluidos en ese especial régimen de protección.

Resultaría jurídicamente inviable y socialmente indefendible que pudiera cobrarse un determinado precio máximo por la compra de un inmueble a una persona amparada por un régimen de protección social derivado de su situación de escasez patrimonial y, sin embargo, pudiera cobrarse un precio inferior por ese mismo inmueble a personas físicas o jurídicas que no gozaran de ese régimen de protección social al ser su situación financiera sostenible.

En el presente caso, los inmuebles vendidos tenían una calificación oficial que les vinculaba al fin social de facilitar el acceso a la vivienda de personas económicamente débiles, lo que implica que su enajenación para otros fines (adquisición rápida de liquidez ante la deficiente situación de las finanzas de la Empresa Pública vendedora) y su venta a Sociedades mercantiles que nada tienen que ver con el estado patrimonial que da derecho al amparo social antes mencionado, no podía hacerse por un precio inferior al máximo establecido para la enajenación de este tipo de inmuebles a personas necesitadas del amparo social para el que se construyeron los mismos.

En consecuencia debe admitirse como probado que el precio de los inmuebles vendidos debió haberse ajustado, al menos, al valor máximo de venta a particulares de las viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas, por lo que los vendedores no debieron haber negociado un precio inferior a 151.211.518 euros. Dado que el precio pactado y abonado por la enajenación ascendió a 128.500.000 euros, la diferencia entre la suma por la que se debió vender y la que realmente se abonó por la venta constituye un alcance en los fondos públicos que asciende a 22.711.518 euros.

La parte demandada considera que el precio que se aceptó por las enajenaciones, fuera o no inferior al que cabría haber exigido a la vista de una previa tasación o valoración cualificada de los inmuebles vendidos, estaba justificado por la urgencia de vender que la EMVS tenía como consecuencia de su deficiente situación económica, lo que se exponía con claridad en el Plan de Viabilidad aprobado para la misma.

Así, en dicho Plan de Viabilidad se dice que "*La enajenación de estos activos, si bien supondría una importante reducción de los ingresos derivados por el cobro de rentas de alquiler, supondrían obtener una tesorería en corto plazo y una importante reducción de la deuda no subrogable, con la consiguiente reducción de los gastos derivados del proceso de gestión y mantenimiento de estos 18 edificios en los que se encuentran las viviendas cuya enajenación se pretende* ".

El Informe de la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento de Madrid sobre el Plan de Viabilidad de la EMSV, de 17 de junio de 2013, dice entre otros extremos que: "*Esta venta tendría un impacto económico en la sociedad que se resume, fundamentalmente, en una entrada inmediata de liquidez en la Tesorería de la Empresa de 31.000.000 de euros y en una reducción de la deuda asociada a dichas viviendas de 81.700.000 euros (...) Si no se llevara a cabo la venta de las 18 promociones de vivienda en régimen de alquiler en los términos que se señalan en el Plan, la EMSV necesitaría de un apoyo extraordinario del Ayuntamiento de Madrid para hacer frente a sus obligaciones de pago en el mismo año 2013. Si se produjera en peores condiciones que las previstas, aumentarían las pérdidas de la Sociedad en este año 2013, así como el déficit de tesorería. Ambos escenarios supondrían un agravamiento de los riesgos mercantiles, de una parte, el previsto en el apartado 1,d) del artículo 363 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital – disolución de sociedades por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social – y, de otra, el posible estado de insolvencia que puede sobrevenir como consecuencia de la imposibilidad de atender los pagos debidos, es decir, de no cubrir las necesidades inmediatas de tesorería, con la consiguiente incoación del correspondiente proceso concursal*".

Este planteamiento aparece, igualmente, recogido en el Informe de la Intervención municipal sobre el Plan de Viabilidad, de fecha 19 de junio de 2013.

Sin embargo, el criterio que se expone en el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado con fecha 30 de junio de 2016, sobre operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012 y 2013, no coincide con el de la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento de Madrid ni con el de la Intervención municipal en lo que se refiere a la inviabilidad de haber realizado otras operaciones menos lesivas patrimonialmente, o las mismas pero de una forma más favorable a la integridad del patrimonio público, para paliar los efectos de la difícil situación financiera de la Sociedad.

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

Estas objeciones del Órgano de Control Externo de la Comunidad de Madrid se ponen claramente de relieve en los siguientes párrafos de su Informe: "*Esta Cámara no dispone, no obstante haberlo solicitado, de una documentación técnica, económica o jurídica que motive y fundamente, en términos de viabilidad economía, eficacia y eficiencia que justifique la necesidad de la venta global de esas 18 promociones, así como la viabilidad jurídica y técnica de esa venta y los fines y objeto que con la venta se pretende conseguir. No existen informes de viabilidad jurídica y económica. Y abundando en ese mismo sentido, en caso de que hubiera sido necesaria esa venta, tampoco existe justificación alguna de por qué se venden 18 promociones y no más o menos ni de por qué se venden necesariamente de manera conjunta y no por separado cada promoción o por lotes de varias promociones. Tampoco existe justificación del porqué de esta solución frente a otras posibles alternativas, o de cuál es la justificación del fin social que pueda cumplir la enajenación de las 18 promociones al que el patrimonio de la EMVS, del que es cesionaria fiduciaria de los bienes del Ayuntamiento, debe ir destinado (...) Aun en el supuesto de que la venta de las 18 promociones se hubiera revelado como la más ajustada, conveniente y necesaria en los estudios que no se han hecho y que deberían haber precedido a la decisión de vender, la forma de enajenar las 18 promociones de manera conjunta como un todo, no es la más razonable económicamente. Efectivamente dicha exigencia que figura en el anuncio de venta de 3 de mayo, o que se impone en el encargo hecho a PWC el 1 de marzo, cuando le fija como límite la imposibilidad de división en lotes de la venta de la cartera inmobiliaria a analizar, supone un riesgo evidente de infravaloración de los inmuebles, como consecuencia de la dificultad de encontrar compradores para tan alto grado de inversión y necesidad de la liquidez adecuada para hacer frente al pago del precio que resulte.*

La venta por lotes, o incluso de manera separada por cada promoción, podría haber facilitado el interés de los posibles compradores e incluso a mejor precio al aumentar la competencia entre ellos."

En efecto, no cabe considerar la mala situación económica de la EMVS y su perentoria necesidad de liquidez como justificación suficiente para aceptar como "*buena gestión financiera*" una operación de venta de la magnitud de la enjuiciada (enajenación de un total de 5.315 inmuebles entre viviendas, locales y garajes), sin informes o estudios técnicos que avalaran, objetiva y fehacientemente, que esta operación y la forma en que se llevó a cabo eran la solución más adecuada y beneficiosa para las arcas públicas.

En primer término, la falta de prueba que acredite que se valoraron otras posibles alternativas convierte a la decisión de vender el volumen de vivienda que se enajenó y las condiciones en que se hizo la venta, en actuaciones sin justificación jurídica ni motivación económica admisibles. No se puede entender que sea posible llevar a cabo la política social de vivienda en arrendamiento encomendada por el Ayuntamiento de Madrid a la EMVS vendiendo, precisamente, el instrumento necesario para poder ejecutar dicha política, que son los inmuebles calificados como viviendas públicas protegidas. Esta contradicción se hace especialmente patente si se tiene en cuenta que los

inmuebles se vendieron a fondos de inversión por un precio significativamente inferior al que el propio arrendatario podría haber tenido que satisfacer si hubiera ejercido su derecho de opción de compra.

Esta medida constaba como una más de las de saneamiento financiero y aparecía incluida de forma genérica en el Plan de Viabilidad, el cual fue formulado y aprobado con posterioridad a haberse puesto en marcha el proceso de venta, como ya se había indicado con anterioridad.

No se explica en ningún documento por qué era mejor enajenar esas 18 promociones en concreto y no otras en su lugar o adicionalmente.

Pero incluso admitiendo, a efectos meramente dialécticos, que la medida de vender fuera necesaria, lo que sigue resultando injustificado es la opción final elegida y aceptada por la EMVS como alternativa única, consistente en enajenar las 18 promociones en un solo acto.

Técnicamente no puede aceptarse que las 18 promociones constituyeran una unidad funcional no susceptible de utilización o aprovechamiento separado. No se ha aportado al proceso ningún dato objetivo que permita defender la concurrencia de esa unidad funcional a que se acaba de aludir. A preguntas de la parte demandante, el Consejero Delegado justificaba este proceder en la intención de "*maximizar los ingresos*", añadiendo que había sido una propuesta de la Dirección de Comercialización y que el declarante suponía que el citado Departamento habría estudiado la conveniencia de enajenar esos bienes de esa concreta manera.

Sin embargo, tales manifestaciones vertidas en el juicio no concuerdan con el hecho acreditado de que no se ha presentado como prueba ningún análisis comparativo con formas alternativas que pudieran justificar, en términos de mayor valor por precio, de mayor eficacia o de menor riesgo, que la fórmula elegida fuera la mejor para los intereses de la EMVS.

Cada vivienda, garaje, local o trastero tenía una funcionalidad que permitía su utilización o aprovechamiento separado y, consecuentemente, eran unidades susceptibles de venta (o arrendamiento) individualizados; pero aun aceptando, nuevamente a efectos meramente dialécticos, que la enajenación hubiera tenido que ser tan voluminosa, se podría aceptar racional y pacíficamente que constituyeran una unidad funcional los elementos que estuvieran unidos por un conjunto urbanístico (por ejemplo por edificios o conjunto de bloques que conformaran una misma comunidad de vecinos),se trataría de lo que el artículo 18 del Reglamento de Vivienda Pública Protegida de la Comunidad de Madrid llamaba "*promociones completas*", pero no cabe reconocer que supusieran una unidad funcional las 18 promociones en conjunto, situadas en diferentes zonas de la ciudad, construidas en diferentes periodos y, lógicamente, con contratos de obra independientes las unas de las otras, con diferente tipología y distintos regímenes de protección. Por otra parte, si se aceptara que cada promoción completa, de las 18 vendidas, sí constituía una unidad funcional, sigue sin haberse demostrado por qué resultaba ventajoso para el erario público que fueran esas 18 promociones y no otras las que había que vender y por qué, además, dicha venta debía hacerse de

forma conjunta y no promoción por promoción.

Resulta también contradictorio con la decisión de una enajenación de las 18 promociones a una única Empresa el hecho de que la venta se escriturara a dos Sociedades diferentes, a una de ellas las 6 promociones con viviendas en arrendamiento con opción de compra y, a la otra, las 12 promociones con viviendas en arrendamiento sin dicha opción, evidenciando que se trata de unidades funcionales diferentes.

Entre otras, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2015, apunta que "*en este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente*". Aunque la Sentencia se refiere a órganos administrativos, expresa una doctrina perfectamente extensible a entes públicos dependientes de las Administraciones.

En definitiva, no se ha acreditado que fuese económicamente acertada la venta conjunta, resultando más verosímil sostener que una venta por promociones hubiese, al menos, facilitado una mayor concurrencia, una mayor competencia entre los interesados y la posibilidad de obtener 18 precios que sumados fuesen más elevados que uno por el conjunto. No debe olvidarse, en este sentido, que la propia Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento de Madrid, en su informe de 17 de junio de 2013, indica que "*Las previsiones de ventas inmobiliarias se realizan bajo criterios establecidos por la Empresa conforme a su buen saber y entender, sin presentar en el Plan de Viabilidad ningún otro tipo de documento o estudio que soporte las mismas, por lo que esta Dirección General no puede pronunciarse sobre la razonabilidad de dichos criterios...*". Y la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid indica, en la página 38 de su Informe de Fiscalización, que "*la venta por lotes, o incluso de manera separada por cada promoción, podría haber facilitado el interés de los posibles compradores e incluso a mejor precio al aumentar la competencia entre ellos*"

En consecuencia, la situación económica difícil que atravesaba la EMVS cuando se hizo la enajenación a la que se refiere el presente fundamento de derecho, no resulta justificación jurídica y económica suficiente para enervar el hecho de que el precio aceptado por la enajenación, al ser inferior al valor mínimo posible adjudicable a los inmuebles vendidos, ha dado lugar a un menoscabo en los fondos públicos.

En conclusión, no puede aceptarse desde una perspectiva de legalidad y de buena gestión financiera que unos inmuebles, de titularidad pública y afectos a un fin social relevante, puedan enajenarse por razones económicas internas de la Sociedad Pública que los vende y por motivos externos consistentes en el escenario de crisis económica internacional que se vivía el año 2013, a un precio inferior al valor mínimo posible de tales bienes que se puede calcular atendiendo a criterios técnicos y objetivos (en este caso, el método del valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas

como Viviendas Públicas Protegidas). De aceptarse esta operación y la forma en que se llevó a efecto como actuaciones no generadoras de un daño real y efectivo en los fondos públicos, esta Jurisdicción Contable abdicaría de su competencia para declarar como alcance en los bienes y derechos de titularidad pública los casos de ineficiencia en la gestión de los mismos que, por suponer un sacrificio patrimonial injustificado para el erario público, se encuadran en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Finalmente, hay que examinar una alegación de la parte demandada que afecta a la enajenación que se examina en el presente fundamento de derecho, la que se refiere a que según el artículo 20 del Reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, dictado al amparo de la Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 59/2013 de 18 de julio, era ajustado a derecho enajenar viviendas por promociones a operadores privados, en cualquier momento y a precio libre, sin más limitaciones que la autorización por la Administración Autonómica y la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones derivados del régimen de protección pública, condiciones que fueron cumplidas en el presente caso, a juicio de los demandados.

Lo cierto es que tratándose de bienes de titularidad pública y afectos a un fin social, la expresión "*precio libre*" debe interpretarse de forma armónica con el deber jurídico de gestionar el patrimonio público con arreglo a los principios de buena gestión financiera, esto es, sin provocar un menoscabo injustificado del mismo. Este principio tiene rango constitucional pues se contempla en el artículo 31.2 de la Constitución Española, y ha tenido desarrollo en diversas normas de derecho público y desde luego en Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

En la actualidad, el Código Penal regula como delito de malversación de caudales públicos la llamada administración desleal, esto es, la provocación de un daño a los fondos públicos por el gestor que tenía encomendada su administración y ejerció un uso abusivo de sus competencias. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno considera la eficiencia en la gestión de un patrimonio público como un principio jurídicamente exigible, cuyo incumplimiento genera responsabilidad sancionatoria. En ambos casos la responsabilidad patrimonial derivada de la sanción (penal o administrativa impuesta) puede coincidir total o parcialmente con la responsabilidad contable que corresponde enjuiciar al Tribunal de Cuentas.

Estas disposiciones mencionadas no resultan aplicables a los hechos enjuiciados pues se aprobaron con posterioridad al acaecimiento de los mismos, no cabiendo en materia de derecho sancionador la aplicación retroactiva.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la parte demandada cita en defensa de su alegación el artículo 20 del Reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, dictado al amparo de la Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 59/2013 de 18 de julio. Frente a este planteamiento debe oponerse, en primer lugar, que si los

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

demandados consideran aplicable el citado Reglamento, no pueden traer al proceso solo el artículo 20 del mismo, sino toda su regulación y, los artículos 12 y 24.3,c) de esa misma Norma dejan claro que en todo caso las enajenaciones a terceros respetarán un precio mínimo legal, que coincide con el máximo posible que se pueda reclamar a las personas sujetas a régimen de protección oficial.

En consecuencia, resulta evidente que la libertad de precio en las enajenaciones a las que nos estamos refiriendo se debe entender dentro del marco de un precio que no puede ser inferior al precio máximo de venta que cabría exigir a una persona amparada en el régimen público de protección de la vivienda, pues ello supondría vender por una cantidad inferior a la mínima objetiva posible de valor de los bienes enajenados, lo que implicaría un menoscabo injustificado en el patrimonio público.

Ante el silencio que sobre la cuestión examinada en el presente fundamento de derecho ofrecen la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, deben considerarse de aplicación supletoria los artículos 38.1 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid y 111.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que prohíben la enajenación de bienes públicos mediante pactos contrarios a los principios de buena administración de los recursos públicos.
Es verdad que dichos preceptos se refieren a bienes patrimoniales de Administraciones Públicas y, en el presente caso, nos hallamos ante bienes que no son del Ayuntamiento, sino de una Sociedad Pública Municipal, y que no son patrimoniales en sentido estricto por estar afectos a una finalidad social.

Sin embargo, una elemental interpretación de la normativa anteriormente expuesta, al amparo del criterio teleológico previsto en el artículo 3 del Código civil, permite deducir que la legislación prevé cautelas para evitar que se pueda menoscabar el patrimonio público administrándolo de forma ajena a los principios de una buena gestión financiera, esto es, aplicando recursos públicos a fines indebidos o dejando de percibir caudales públicos a cuyo cobro se habría tenido derecho. En lo que se refiere al caso enjuiciado hay que tener en cuenta dos argumentos:

a) Si la normativa de aplicación supletoria limita la facultad de un Ayuntamiento para fijar el precio de una enajenación de sus bienes, exigiéndole que no renuncie a cobrar una cantidad ajustada a los principios de una buena administración, con más motivo debe considerarse aplicable esa prevención a la venta de bienes propios que vaya a hacer una Sociedad Pública Municipal. Ello es así, porque el Ayuntamiento, como cualquier Administración Pública, está sujeto a unos requisitos jurídico-presupuestarios de actuación y a un control interno previo que reducen sensiblemente el riesgo de pactar y autorizar el cobro de unas cantidades relevantemente inferiores al valor de los bienes enajenados a cambio. Una Sociedad Mercantil pública, por el contrario, no está sujeta a esas restricciones del procedimiento presupuestario y el control de sus operaciones por el órgano de control interno es a posteriori, lo que hace más sencillo

completar una venta de sus bienes por un precio notablemente inferior a su valor, sin justificación que avale una operación de tal naturaleza, lesiva para el patrimonio público.

b) Si la normativa de aplicación supletoria establece la prevención de que no pueden venderse a precios indebidamente bajos bienes patrimoniales, que son la categoría de bienes públicos a los que el Legislador reconoce el régimen más flexible de disposición, con más motivo y rigor debe entenderse aplicable esa cautela cuando se trata de bienes afectos al cumplimiento de una determinada política social especialmente sensible.

Por otra parte, la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas es clara en el sentido de que la disposición de fondos públicos no puede hacerse en condiciones que resulten lesivas para el patrimonio público. Así, Sentencia 14/03, de 14 de noviembre, que con base en una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad en la administración de los recursos públicos, entendiendo por discrecionalidad la libertad de elección entre alternativas igualmente justas y por arbitrariedad la gestión de los fondos públicos apartándolos de la finalidad que les corresponde. En la misma línea cabe citar la Sentencia 10/2006, de 9 de mayo, de la que cabe extraer que en los contratos que afectan a bienes o derechos de titularidad pública debe existir una proporcionalidad entre la prestación y el precio, de forma que las estipulaciones pactadas no supongan un sacrificio patrimonial injusto por excesivo para el Sector Público contratante.

En conclusión, la expresión reglamentaria "*precio libre*" a la que se refiere la parte demandada debe interpretarse en el sentido de precio pactado dentro de un margen de discrecionalidad que no puede sobrepasar los límites del deber de preservar la integridad del patrimonio público haciendo posible la transmisión del mismo a cambio de una contraprestación injustificadamente reducida. Este punto de vista adquiere especial relevancia cuando, además, el patrimonio enajenado son inmuebles vinculados a una finalidad social predeterminada y de especial protección.

De acuerdo con lo expuesto y razonado en el presente fundamento de derecho, debe considerarse que los hechos examinados resultan constitutivos de un alcance cuyo principal asciende a 22.711.518 euros.

OCTAVO.- Considera también la demandante que se ha producido un alcance en los fondos públicos por el pago, por la EMVS a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, de las siguientes facturas:

a) Factura Nº1/2013, de 10 de diciembre de 2013, por 1.196.387, 50 euros.
b) Factura Nº2/2014, de 31 de enero de 2014, por 1.196.387,50 euros.

Para decidir si el pago de tales facturas constituye o no un alcance en los fondos públicos deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1.- El Consejo de Administración de la EMVS aprobó, en su sesión de 12 de noviembre de 2012, la adjudicación de un contrato de intermediación para la venta de inmuebles a 5 empresas, entre las que

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

se hallaba la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.

2.- El contrato con la mencionada Empresa se firmó con fecha 12 de diciembre de 2012 y en sus cláusulas se decía, entre otras cosas que:

- Se encargaba a la adjudicataria la prestación del servicio de intermediación inmobiliaria para la venta de aquellos inmuebles de la EMVS que considerara oportunos y cuyo valor de venta no superara los 113 millones de euros (la relación inicial de inmuebles a vender se adjuntaba en el Anexo I del contrato).
- Se convenía que durante la ejecución del contrato o de su prórroga se podían incorporar o retirar inmuebles del aludido Anexo, lo que tendría que comunicarse a la adjudicataria con 15 días de antelación.
- La adjudicataria cobraría el precio cuando hubiera quedado acreditada su intervención en la operación y esta hubiera sido aceptada por la EMVS y llevada a buen fin. En particular, para que la adjudicataria cobrara sus honorarios resultaba necesario que esta hubiera presentado al cliente con el que, finalmente, se realizara la compraventa.

3.- En el Anexo I del mencionado contrato no aparecen los concretos bienes inmuebles que se vendieron a las Empresas pertenecientes al Grupo supuestamente presentado por la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.

4.- No consta en el proceso documentación acreditativa de que los inmuebles vendidos a esas Empresas, que como se ha dicho no estaban recogidos en el Anexo I del contrato de intermediación, fueran añadidos a dicho Anexo a través de documento alguno con eficacia jurídica, ni que se comunicara a la Empresa intermediaria, con los 15 días de antelación que se estipulaban en el contrato, que el objeto del mismo se iba a ampliar en 1.860 viviendas, 1.797 plazas de garaje y 1.569 trasteros, a lo que posteriormente se añadirían 89 inmuebles no vinculados, de forma que el objeto final de la compraventa y, por tanto del contrato de intermediación, se amplió en nada menos que un total de 5.315 inmuebles y ello sin que exista acreditación documental de la modificación del Anexo que acompañaba al contrato originario.

5.- El Informe de Valoración de las ofertas presentadas, elaborado por la EMVS con fecha 20 de junio de 2013, indica que solo se han tenido en cuenta las 5 ofertas presentadas entre el 3 de mayo de 2013 y el posterior día 17, fecha en que concluía el plazo de presentación.

Constan en autos diversos documentos que acreditan una relación directa entre Magic Real Estate SL y EMVS, en los que se dice que las ofertas se han recibido como consecuencia de la publicación de la compraventa el 3 de mayo de 2013, sin referencia alguna a la eventual actuación como intermediaria de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL:

- El propio Informe que se acaba de citar de la EMVS, de 20 de junio de 2013, sobre valoración de las ofertas presentadas.
- Carta de Magic Real Estate dirigida a EMVS, de 17 de mayo de 2013, en la que dice que presenta una oferta "*a la luz del anuncio publicado por parte de la EMVS*" y establece como persona de contacto a un representante de Magic Real Estate SL., sin referencia alguna a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.
- Carta de Magic Real Estate dirigida a EMVS, de 30 de mayo de 2013, en la que presenta una oferta revisada respecto de la aportada el 17 de mayo anterior, y vuelve a referirse al anuncio de 3 de mayo de 2013 y a conversaciones mantenidas con representantes de la EMVS, sin referencia alguna a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.
- Carta de EMVS a Magic Real Estate, de 5 de junio de 2013, pidiendo a esta última que presente una oferta definitiva y vinculante (nuevamente no hay referencia a la Empresa supuestamente intermediaria).
- Carta de Magic Real Estate dirigida a EMVS, de 14 de junio de 2013, en la que aporta su oferta definitiva y vinculante y ofrece como personas de contacto a un representante de Magic Real Estate SL y a otra de la Empresa Blackstone, del mismo Grupo, nuevamente sin alusión alguna a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.
- Carta de la EMVS dirigida a la Empresa Blackstone, de 21 de junio de 2013, indicando que se acepta la oferta formulada por esta última el 14 de junio de 2013 y que se inicia el plazo de la due diligence (nuevamente sin citar en ningún momento a la Empresa supuestamente intermediaria).
- Escritura pública de compraventa, de 31 de octubre de 2013, a favor de Fidere Vivienda SL (perteneciente al Grupo adjudicatario de la operación) en la que se manifiesta que por anuncio de 3 de mayo de 2013 la EMVS inició el proceso de venta y que como resultado de dicho anuncio recibió varias ofertas, entre ellas la de Magic Real Estate (que comparte Grupo con la compradora). No aparece alusión alguna a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.
- Escritura Pública de compraventa, de 31 de octubre de 2013, a favor de Fidere Gestión de Vivienda SL (perteneciente al Grupo adjudicatario de la operación) en la que se manifiesta que por anuncio de 3 de mayo de 2013 la EMVS inició el proceso de venta y que como resultado de dicho anuncio recibió varias ofertas, entre ellas la de Magic Real Estate (que comparte Grupo con la compradora). No aparece alusión alguna a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.
- Precontrato de compraventa, 13 de agosto de 2013, entre EMVS y Fidere Vivienda S.L y Fidere Gestión de Vivienda SL en el que se expone que el vendedor inició el proceso de la compraventa a través del anuncio de 3 de mayo de 2013 y que, como resultado de dicho anuncio, la EMVS recibió varias ofertas, entre ellas la de Magic Real Estate SL. Una vez más no se hace referencia alguna a la Empresa supuestamente intermediaria.
- Acta de la sesión del Consejo de Administración de la EMVS, de 18 de junio de 2013, en la que el Consejero Delegado informa de que, para decidir a qué empresa adjudicar la compraventa, se están valorando las ofertas presentadas tras el anuncio de 3 de mayo de 2013. No alude en su intervención

a la eventual intermediación de UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.

6.- El Informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado con fecha 30 de junio de 2016, sobre operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012 y 2013, dice en su página 34 que "*El contrato* (de intermediación) *no parece tener relación con la venta de las 18 promociones de viviendas, ni por la naturaleza de los bienes que constituyen el objeto de aquel, puesto que es una relación de solares, ni por otras indicaciones que pudieran encontrarse en su contenido, salvo la denominación genérica de inmuebles que constituye el objeto. Sin embargo, fundamentalmente en ese contrato, y en la carta de conformidad de cliente de 4 de abril de 2014, una de las adjudicatarias, Ítaca, emite dos facturas, una en diciembre de 2013 y otra en enero de 2014, por un importe total de 2.392.776 euros, por su intermediación en la venta a Fidere de las 18 promociones. Sin embargo ninguna de estas promociones figuraba en la relación de bienes objeto del contrato, que se refería solo a solares aun cuando cabía la sustitución o modificación de dicha relación, previa notificación con 15 días de antelación. La EMVS no ha aportado documentación justificativa del cambio de objeto, y solo ha manifestado que en enero de 2013 se entregó a todas las adjudicatarias de aquel la nueva lista de las 18 promociones.*"

Ese mismo Informe de Fiscalización, en su página 64, añade que "*El contrato de intermediación para la venta de determinados bienes inmuebles, celebrado el 12 de diciembre de 2012, referido a varios solares que, al parecer, se amplía posteriormente, a la venta de 18 promociones de viviendas y a un local en la calle Paraguay, carece de justificación respecto de la idoneidad de su contenido y distorsiona la concurrencia de los licitadores en las enajenaciones de inmuebles de la EMVS. Lo que resulta contrario a los principios de libre acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, previstos en el artículo 1 del TRLCSP. Por otro lado, la ampliación a otros inmuebles, exigía la comunicación con 15 días de antelación, sin que se haya aportado la misma, y no queda otra constancia de la intermediación realizada, que las facturas por dichas intervenciones, que en el caso de las 18 promociones asciende a 2.397.775 euros.*

Los informes de fiscalización tienen la eficacia probatoria cualificada y el efecto de trasladar la carga de la prueba al demandado que se exponen en el fundamento de derecho primero de la presente Sentencia.

7.- La Audiencia Provincial de Madrid, mediante Auto de 29 de septiembre de 2017, menciona entre los motivos por los que decide la reapertura de las diligencias penales incoadas por estos hechos el siguiente: el Informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid al que se acaba de aludir en el párrafo anterior ,"*a partir de razonamientos y datos de hecho aparentemente incontestables*", manifiesta que "*se han destinado 2.397.775 euros al pago de dos facturas de una Sociedad intermediaria en las operaciones de compraventa que no solo no resultaría necesaria en un sistema de*

contratación con las garantías de concurrencia en igualdad y publicidad, sino que no existe otra constancia de la intermediación que la aparición de las propias facturas".

Los aspectos que se acaban de exponer ponen de relieve dos cuestiones: que no ha quedado probada la existencia de título jurídico habilitante para la intermediación pagada por EMVS a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, y que tampoco ha quedado acreditado que esta última Empresa haya realizado la intermediación que supuestamente justifica el pago que se le hizo por la EMVS.

En efecto, el contrato de 12 de diciembre de 2012, firmado entre ambas Sociedades, encargaba a la adjudicataria la prestación del servicio de intermediación inmobiliaria para la venta de determinados bienes de la EMVS que constaban en el Anexo I y siempre que el valor de la venta no superara los 113 millones de euros.

Lo primero que llama la atención en el aludido contrato, por su incongruencia jurídica, es que establezca un precio máximo para vender, lo que redunda en perjuicio del patrimonio público pues la intermediación contratada queda inhabilitada para conseguir ofertas mejores. Esta cuestión resulta especialmente anómala, desde la perspectiva económica, cuando aparte de establecerse un precio máximo para las ventas, se indica en el propio contrato que el objeto de las mismas puede ser modificado con posterioridad, de manera que podría incluir nuevos inmuebles a enajenar no previstos en el Anexo I del contrato originario.

Por otra parte, en el citado Anexo I no aparecía ninguno de los bienes que se vendieron a las Sociedades pertenecientes al mismo Grupo que Magic Real Estate mediante escrituras públicas de 31 de octubre de 2013. Por lo tanto, el encargo de la intermediación no encuentra justificación en la redacción originaria del contrato de 12 de diciembre de 2012 y de su Anexo Primero.

Es verdad, como ya se ha dicho, que dicho contrato establecía que la relación de bienes recogida en el mencionado Anexo I podía ser objeto de ampliación o reducción avisando a la Empresa adjudicataria dichas modificaciones con 15 días de antelación.

Lo primero que debe indicarse respecto a dicha cláusula es que se tiene que interpretar en el sentido de que la EMVS podía hacer modificaciones puntuales en la lista inicial de inmuebles sujetos a la intermediación para su venta. Esto es, que podía añadir o quitar bienes concretos sin que ello supusiera una alteración de tal envergadura que no pudiera considerarse compatible con el objeto del contrato originario. Dicho en otros términos, del contrato de 12 de diciembre de 2012 y de su Anexo I no cabe deducir que el volumen de inmuebles sujetos a la intermediación encargada pudiera aumentar en 5.315 inmuebles, pues tal circunstancia desvirtúa el encargo inicial con tanta intensidad, que no permite considerar correcto el procedimiento de selección que se desarrolló para elegir a las seis empresas adjudicatarias del contrato de intermediación, ya que los pliegos y condiciones de dicho procedimiento no estaban en concordancia con el volumen de inmuebles que iba a quedar finalmente incluido en el

encargo y que resultó ser desproporcionadamente superior al previsible.

Otra cuestión a tener en cuenta es que no consta en autos ningún documento con eficacia jurídica para dar cobertura a una modificación contractual de tal naturaleza. No existe prueba documental que acredite que, como se establecía en el contrato originario, la EMVS elaborara un documento de ampliación del Anexo I del aludido contrato y lo enviara con 15 días de antelación a la Empresa intermediadora. De hecho no existe documento alguno en el que se plasme la decisión de la EMVS de modificar el mencionado Anexo, ni de UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL reconociendo haber recibido el aviso de que el número de inmuebles sujetos al encargo que recibió se incrementaba de una manera tan significativa.

La carta remitida por la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL a EMVS, de 4 de abril de 2013, indica que se celebró una reunión el 18 de febrero de 2013 entre representantes de ambas Empresas y del Grupo Blackstone y adjunta una oferta de dicho Grupo que se refiere a la venta de los nuevos inmuebles no recogidos en el Anexo I del contrato de 12 de diciembre de 2012. Es evidente que dicha carta y la oferta que adjunta no pueden sustituir al documento oficial que debió haber elaborado la EMVS demostrando su voluntad de alterar el patrimonio sujeto a la intermediación y que debió haber comunicado a la Empresa intermediaria, siendo dicha carta y su oferta anexa insuficientes para dar cobertura a una modificación contractual tan relevante.

Lo que queda demostrado es que la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL envió a EMVS una oferta del Grupo Blackstone que incluía un elevado número de inmuebles no previstos en el contrato de intermediación inicial, pero no ha quedado probado, sin embargo, que EMVS hubiera decidido esa relevante modificación contractual ni que la hubiera comunicado oficialmente a la Empresa adjudicataria de la intermediación, pues no consta documento alguno que contemple esa ampliación del contrato. Dado que el Anexo I del contrato de 12 de diciembre de 2012 no puede amparar la intermediación en la compraventa de unos bienes que no contemplaba, y que no consta en autos ningún documento que lo modifique y que acredite que la EMVS decidió aumentar la relación de inmuebles contemplada en el aludido Anexo I y que lo comunicara a la Empresa intermediadora, y dado que esta compraventa se pretende justificar por la EMVS como consecuencia de un anuncio en prensa y no de una acto unilateral de la Empresa intermediaria, debe concluirse que la posible intervención de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL en la operación se realizó sin título jurídico que le diera cobertura legal y, por tanto, en virtud de un posible encargo sin justificación en Derecho.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, no se debe olvidar que el contrato de 12 de diciembre de 2012 establecía un límite cuantitativo a las facultades de la Empresa adjudicataria, consistente en que su intermediación no podía ir más allá de la que pudiera afectar a bienes cuyo valor de venta no superara los 113 millones de euros. Pues bien, la oferta del Grupo Blackstone, aportada por la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA mediante carta de

4 de abril de 2013, establecía un margen de precios que iba desde los 109.600.000 euros hasta los 115.100.000 euros, por lo que al estar parte del precio de venta ofrecido por encima de los 113 millones de euros, la intermediación supuestamente realizada excedería del límite cuantitativo previsto en el contrato.

Por todo lo argumentado cabe concluir que la posible intermediación de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA en la operación de compraventa que afectó a inmuebles no incluidos en el Anexo I del contrato de 12 de diciembre de 2012, no obedecía a un encargo válido y eficaz en Derecho pues dicho encargo carecía de soporte documental que le diera cobertura y justificación jurídicas.

Pero además, tampoco ha quedado probado que la Empresa intermediaria cumpliera la prestación que, según el contrato, le atribuía el derecho a cobrar el precio pactado. En efecto, hay diversas razones que permiten no considerar demostrada la relación entre las posibles gestiones realizadas por la Empresa intermediaria y la efectiva compraventa de inmuebles plasmada en las escrituras públicas de 31 de octubre de 2013.

En primer lugar, según se desprende del escrito de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, de 26 de septiembre de 2016, elaborado en contestación a la petición de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, dentro de las Diligencias Preprocesales Nº 146/16, y del Informe de valoración de las ofertas presentadas que emitió la propia EMVS, con fecha 20 de junio de 2013, solo se tuvieron en cuenta para elegir comprador las 5 ofertas presentadas entre el 3 de mayo de 2013 (fecha de publicación de la compraventa) y el 17 de mayo posterior (fecha en la que concluía el plazo para presentar las ofertas).
Por lo tanto, las ofertas presentadas por diversas empresas (Álvarez and Marsal Capital Real Estate, Incus Capital Advisers, Morgan Stanley) antes del 3 de mayo de 2013 no fueron valoradas, como tampoco lo fue, por la misma razón, la oferta del Grupo Blackstone de 22 de marzo de 2013 que hizo llegar a la EMVS la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA.

Debe insistirse en el hecho de que el único documento que acredita la relación entre la Empresa Intermediaria y el Grupo Blackstone es la carta enviada por la primera a la EMSV, de fecha 4 de abril de 2013, en la que adjuntaba una oferta que, como se ha dicho, no fue tenida en cuenta. La siguiente oferta aportada por el Grupo Blackstone se produjo mediante carta de 17 de mayo de 2013 y se trataba de una oferta diferente a la remitida en su momento por la Empresa intermediaria. Esta carta además se dirigió por el Grupo Blackstone directamente a la EMVS, reconociendo que se refería al proceso de venta iniciado con el anuncio de 3 de mayo de 2013, dando como persona de contacto a un representante de Magic Real Estate (perteneciente al Grupo Blackstone) y sin referencia alguna a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA.

Como ya se ha dicho anteriormente, a partir de esa oferta de 17 de mayo de 2013 (que hay que insistir en que no era la misma adjuntada por la Empresa Intermediaria el anterior 4 de abril) todos los

— Tribunal de Cuentas — UNE A-4

RCM-FNMT

documentos en los que se plasma la preparación y realización de la compraventa entre el Grupo Blackstone y la EMVS, demuestran que la relación entre las dos entidades era directa, que se refería a un proceso de enajenación de inmuebles iniciado el 3 de mayo de 2013, no antes, y que no existía en dicho proceso intervención de ninguna Empresa Intermediaria que presentara las ofertas negociadas ni prestara asesoramiento de ningún tipo. Así se desprende, como ya se ha indicado con anterioridad, entre otros documentos, de las cartas dirigidas por Magic Real Estate (Gupo Blackstone) a EMVS presentando oferta inicial, oferta revisada y oferta definitiva y vinculante, de las cartas dirigidas por EMVS a Magic Real Estate (Grupo Blackstone) pidiéndole el envío de las diversas ofertas, aceptando la definitiva y abriendo el período para la due diligence, de las escrituras públicas de compraventa de 31 de octubre de 2013 y del precontrato de compraventa, de 13 de agosto de 2013, suscrito por la EMVS y las entidades del Grupo Blackstone, Fidere Vivienda SL y Fidere Gestión de Vivienda SL.

En consecuencia, la parte demandada tampoco ha probado que la compraventa de inmuebles finalmente celebrada tuviera relación alguna con gestiones realizadas por la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA.

Las facturas presentadas al pago por la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA, en diciembre de 2013 y enero de 2014, abonadas por la EMSV contemplan como concepto "*honorarios de asesoramiento e intermediación inmobiliaria en la venta de un portfolio de 18 promociones residenciales en rentabilidad propiedad de la EMVS a las entidades mercantiles Fidere Vivienda SL y Fidere Gestión de Vivienda SL (Sociedades instrumentales de Blackstone Group International Partners LLP), según contrato de intermediación inmobiliaria de fecha 12 de diciembre de 2012 para la venta de inmuebles propiedad de la EMVS y carta de reconocimiento de cliente de 4 de abril de 2013*".

Sin embargo, de acuerdo con lo argumentado en el presente fundamento de derecho, ni el contrato de 12 de diciembre de 2012 ni la "*carta de reconocimiento de cliente de 4 de abril de 2013*" son suficientes para dar validez y eficacia jurídicas a la ampliación del encargo supuestamente encomendada a la Empresa Intermediadora, sin que se haya aportado ningún otro documento que pudiera amparar en derecho dicha ampliación. Además, la intermediación de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA en la compraventa concreta que se elevó a las escrituras públicas de 31 de octubre de 2013 no se produjo, como tampoco consta prueba alguna que acredite que dicha Empresa hubiera prestado los servicios de asesoramiento no incluidos en el objeto del contrato que menciona en sus facturas. Tampoco existe prueba de que el contrato se ejecutara en dos fases diferentes que motivaran la emisión de dos facturas, en fechas distintas, por mitades de un todo, facturas cuya cuantía se desconoce a qué corresponde.

Por lo tanto, el pago de las facturas Nº1/2013, de 10 de diciembre de 2013, por 1.196.387, 50 euros y Nº2/2014, de 31 de enero de 2014, por 1.196.387,50 euros, ha dado lugar a un alcance en los fondos públicos, pues ha supuesto una salida de dinero de una Sociedad Anónima Municipal, y por consiguiente pública, para retribuir unas prestaciones cuya cobertura jurídica y ejecución material no

han quedado acreditadas, lo que se corresponde con el concepto técnico-jurídico de alcance que se recoge en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Dicho alcance se cuantifica en 1.977.500 euros, de acuerdo con lo solicitado por la actora y en aplicación del principio dispositivo que rige en los procedimientos por alcance en virtud del artículo 60.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

NOVENO.- También considera la demandante que se ha producido un alcance en los fondos públicos, de 2.000.000 de euros, como consecuencia de lo que considera una bajada injustificada del precio del contrato de compraventa de las 18 promociones de vivienda y otros inmuebles que se plasma en las escrituras públicas de 31 de octubre de 2013.

El Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid dice que " *el 12 de julio de 2013 Magic Real Estate S.L. manifiesta que la morosidad en el pago es superior a la que figura en los datos facilitados inicialmente por la EMVS. Aunque no existe constancia de ese extremo en la documentación aportada por la EMVS, lo cierto es que la EMVS acepta, en todo caso, una rebaja en el precio global fijándolo en 125.500.000 euros."*

En efecto, consta en autos carta remitida por Magic Real Estate SL a EMVS, con fecha 12 de julio de 2013, en la que la compradora advierte a la vendedora de que se han detectado "*algunas diferencias de flujo de caja neto como consecuencia de gastos que no conocíamos y por tanto no tuvimos en cuenta al analizar la cartera, que se suman a un marcado aumento de los impagos de rentas por parte de los inquilinos en los últimos meses, del que tampoco éramos conscientes*". En esta carta se hace referencia a una reunión mantenida con los representantes de EMVS en la que se habría propuesto la cuantía de la bajada del precio y el criterio en el que se basó dicha bajada. Sin embargo, no se identifican los nuevos gastos que se dice no haber conocido con anterioridad y tampoco se concreta la información que inducía a dar por bueno un indicador de morosidad superior al tenido en cuenta cuando la compradora aportó su oferta definitiva, haciéndose referencia además a que el aludido aumento de la morosidad se había producido "*en los últimos meses*", sin especificar por tanto el período de tiempo supuestamente analizado ni aportar un estudio comparativo entre los datos en los que se fundamentó la oferta firme y definitiva formulada y los que sustentaban la rebaja del precio solicitada.

La EMVS, por su parte, mediante carta dirigida a Magic Real Estate el 18 de julio de 2013, manifestó que "*tras las reuniones mantenidas con ustedes y analizado el ajuste de precio realizado, les comunicamos que aceptamos su oferta en los términos planteados*". Esta carta, por tanto, tampoco identifica los nuevos gastos alegados por la compradora para pedir la rebaja del precio, ni explica qué decisiones se adoptaron en las reuniones con representantes de la compradora a las que alude, ni aclara en qué consistió "*el análisis del ajuste de precio*" que da a entender que motivó la aceptación de la propuesta de reducción del mismo planteada por la adquirente.

Por otro lado, la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, en su escrito de 26 de septiembre de 2016 de contestación al requerimiento de información formulado por la Fiscalía del Tribunal de Cuentas

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

en las diligencias preprocesales Nº 146/16, remitió una serie de documentos, que se hallan incorporados al presente proceso, que considera que acreditan que la reducción del precio aceptada por la EMVS carece de justificación, porque no ha quedado probado qué gastos o grado de morosidad fueron indebidamente calculados, supuestamente, por la Sociedad vendedora y erróneamente tenidos en cuenta por la Empresa compradora al realizar su oferta firme y definitiva.

A ello hay que añadir que la EMVS, en contestación al requerimiento de información formulado por la Delegada Instructora con fecha 1 de febrero de 2017, contestó mediante escrito de fecha 24 de febrero posterior que no le constaba la existencia de informes técnicos sobre la reducción del precio estipulado para la enajenación.

Finalmente, el Consejero Delegado de la EMVS, según consta en el acta del Consejo de Administración de dicha Sociedad celebrado con fecha 24 de julio de 2013, informó a dicho órgano de administración de que había "*un ajuste de precio que se cuantifica en 2.000.000 de euros, respecto del precio inicialmente ofertado, motivado por el fuerte incremento de la morosidad durante el presente ejercicio, que se ha incrementado en más de cuatro puntos como consecuencia del mantenimiento de los planes de pagos en caso de dificultad de abono por parte de los inquilinos de las rentas que tienen pendientes, paralización de los procedimientos de desalojo motivados por falta de pago, y no iniciación de procedimientos judiciales*". Esta información del Consejero Delegado, sin embargo, no viene respaldada por ningún informe, estudio o revisión técnica que permitan justificar que la reducción del precio era efectivamente necesaria y que la cuantía de dicha rebaja era la correcta. Esta intervención ante el Consejo de Administración no permite conocer cómo se ha extraído el dato del aumento de la morosidad de los inquilinos en más de cuatro puntos, ni qué parte de ese_supuesto aumento de la morosidad y en qué cuantía se debe al mantenimiento de los planes de pago de las rentas pendientes o a la paralización de los procedimientos de desalojo o a la falta de iniciación de procedimientos judiciales. Además, ese ajuste para minorar el precio no estaría referido a las circunstancias acaecidas durante todo el ejercicio sino a las posibles diferencias generadas a partir de la última información facilitada al interesado, pues una parte ya la habría descontado al hacer su oferta, máxime cuando dicha parte ya había sido tenida en cuenta en informes previos como el de Price Waterhouse and Coopers, que era asesor del que resultó adjudicatario. La exposición del Consejero Delegado ante el Consejo de Administración resulta insuficiente por cuanto no explica qué información conocía y qué otra supuestamente desconocía la Empresa compradora el 14 de junio de 2013, cuando envió su oferta vinculante y definitiva, desconocimiento que le llevó a ofrecer un precio supuestamente equivocado y a tener que pedir una reducción del mismo solo un mes después. Tampoco explica la aludida intervención cómo se llega a la conclusión de que la rebaja del precio tiene que ser precisamente de una cantidad tan exacta de 2.000.000 de euros y no de otra cantidad, ya que no aporta datos que permitan conocer de dónde proceden las cifras supuestamente valoradas y cómo se calculó la relación entre las mismas y la concreta suma de modificación del precio que se aceptó.

De acuerdo con todo lo argumentado, cabe concluir que no han quedado probados los siguientes extremos:

a) Identificación, individualización, concepto y cuantía de los gastos que la Empresa compradora dice no haber conocido al hacer su oferta definitiva y vinculante, por los que pide la reducción del precio.

b) Cuantificación del supuesto aumento de la morosidad de los inquilinos que pudiera afectar al precio previamente pactado.

c) Justificación de cómo se ha realizado técnicamente el cálculo de la cifra en la que finalmente se rebajó el precio previamente convenido, lo que incluiría en su caso el necesario desglose de los diversos conceptos que integran la suma de 2.000.000 de euros aceptada.

En definitiva, frente a la referencia a la falta de justificación de la reducción del precio que alega la demandante y que se recoge en algunos de los documentos anteriormente mencionados, la parte demandada no ha sido capaz de ofrecer ningún detalle sobre los datos objetivos y la metodología de cálculo que llevó a la EMVS a aceptar una reducción del precio de la venta en 2.000.000 millones de euros. De la prueba practicada se desprende, simplemente, que el nuevo precio se pactó en virtud de unas negociaciones entre las partes de la compraventa, pero sin que exista constancia documental de los criterios debatidos en dichas reuniones, ni de las cifras y datos tenidos en cuenta en las mismas, ni de los cálculos en los que se sustenta la necesidad de bajar el precio y de hacerlo en la cuantía de 2.000.000 y no en otra.

Esta opacidad e insuficiencia probatoria no puede aceptarse cuando lo que se enjuicia es un posible menoscabo en fondos de titularidad pública, por mucho que hayan sido gestionados por una Sociedad Mercantil Municipal y no por el propio Ayuntamiento, ya que al tratarse de un menoscabo en un patrimonio público resultan de aplicación los criterios sobre justificación previstos en Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas como la 6/03, de 14 de mayo (que recoge el deber del administrador de fondos públicos de explicar suficientemente su gestión sobre los mismos), o la 12/06 de 24 de julio (que indica que la forma de justificar el manejo de los fondos públicos no puede quedar a la libre voluntad del cuentadante, sino que debe reunir los requisitos jurídicamente exigibles para poder ser considerada como suficiente).

La falta de justificación de la reducción del precio de la operación de compraventa elevada a escrituras públicas de 31 de octubre de 2013, entre EMVS y Fidere Vivienda S.L. y Fidere Gestión de Vivienda SL, encaja en la descripción técnico – jurídica de alcance en los fondos públicos recogida en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Dicho alcance debe cuantificarse en 2.000.000 de euros de principal.

DÉCIMO.- Por último, la actora considera que se ha provocado un alcance en los fondos públicos como consecuencia de las siguientes enajenaciones:

1.- Venta por la EMVS a la Empresa Avellanar SL de 10 viviendas en las fechas siguientes:

RCM-FNMT

- 21 de febrero de 2013: 2 viviendas (con fecha 26 de noviembre de 2013 se produjo una subsanación de esta enajenación en el sentido de cambiar una de las viviendas vendidas por otra, con el correspondiente ajuste del precio).
- 18 de octubre de 2013: 8 viviendas.

De las 10 viviendas enajenadas 4 pertenecían en realidad al Ayuntamiento de Madrid, ostentando la EMVS solo la titularidad fiduciaria, de forma que el Ayuntamiento estuvo representado, a través de la propia EMVS, en las dos escrituras de compraventa relativas a esta operación.

2.- Venta por la EMVS a la Empresa Madrid Town Inversiones SL de 24 viviendas y 2 plazas de garaje, en las siguientes fechas:

- 21 de febrero de 2013: 12 viviendas (esta enajenación fue objeto de subsanación con fecha 28 de febrero de 2013, en el sentido de añadir a la compraventa 2 plazas de garaje por un precio).
- 18 de octubre de 2013: 12 viviendas (esta compraventa fue objeto de subsanación con fecha 26 de noviembre de 2013, en el sentido de cambiar una de las viviendas vendidas por otra, con el correspondiente ajuste del precio).

De las 24 viviendas vendidas por la EMVS a Madrid Town Inversiones SL, 10 pertenecían en realidad al Ayuntamiento de Madrid, ostentando la EMVS solo la titularidad fiduciaria, de forma que el Ayuntamiento estuvo representado, a través de la propia EMVS, en las dos escrituras de compraventa relativas a esta operación.

Todas las viviendas vendidas a Avellanar SL y a Madrid Town Inversiones SL eran viviendas libres, no estaban sujetas a ningún régimen de protección. Así mismo, todas ellas se encontraban vacantes en el momento de la venta. De las 34 viviendas vendidas a estas Sociedades, 4 fueron incluidas en un proceso de subasta pública celebrada el 8 de abril de 2011 y que cabe deducir que quedó desierta, dado que no aparecen en los autos datos acreditados de los resultados de esta subasta y los bienes que se iban a enajenar a través de la misma han sido vendidos después dentro de la operación examinada en el presente fundamento de derecho. Por otro lado, 17 de las 34 viviendas enajenadas fueron incluidas por el Consejo de Administración de la EMVS, por acuerdo de 29 de marzo de 2012, en un listado de 20 viviendas libres que iban a ser objeto de una subasta que finalmente no se celebró pero para la que sí se había fijado un precio de las mismas.

De acuerdo con el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid y con el Informe, de fecha 31 de marzo de 2017, remitido por la EMVS a petición de la Delegada Instructora del presente Procedimiento de reintegro por alcance:

- Las enajenaciones se hicieron sin cumplir el procedimiento que les resultaba aplicable de acuerdo con el Reglamento de octubre de 2012 de adjudicación de viviendas de protección pública.

- Los precios de venta no fueron fijados por el Consejo de Administración de la EMVS, lo que sí había sucedido, en cambio, en las subastas celebradas en su momento que quedaron desiertas y resultaba obligatorio en cumplimiento del artículo 17 del Reglamento de octubre de 2012 antes citado.
- En algunos de los inmuebles enajenados el precio de venta y el valor catastral estaban muy igualados. En otras, por el contrario, dicho precio era inferior a su valor catastral o al valor equivalente de otras del mismo edificio.
- Durante los trabajos de la fiscalización, la EMVS manifestó a los auditores públicos que el precio de la venta había venido determinado por las reglas del mercado, aplicando al respecto el Acuerdo del Consejo de Administración de 6 de junio de 2012 que dejó sin efecto la norma interna para la enajenación de locales, garajes no vinculados a viviendas y otros inmuebles.
- La publicidad de estas enajenaciones se limitó a una publicación en los tablones de anuncios de las oficinas de la EMVS.
- Los bienes vendidos no forman parte de aquellos que, con la derogación de la Norma Interna de 20 de noviembre de 2009 por Acuerdo del Consejo de Administración de la EMVS de 6 de junio de 2012, podían ser vendidos a un precio determinado por el mercado.
- Estas enajenaciones reflejan una gestión poco ajustada a los intereses de la EMVS, por el posible quebranto que esa política de ventas puede haber originado al patrimonio de dicha Empresa y por la derivación al Ayuntamiento de Madrid, de cuyos fines e intereses sociales la EMVS se apartó al enajenar estas viviendas a entidades jurídicas.
- El Consejero Delegado procedió a la venta de los inmuebles a través de una negociación directa con las entidades compradoras.

- No consta en los archivos de la Empresa ninguna documentación relativa al contenido de dicha negociación, por lo que se desconoce cómo se determinó el precio.

- Tras la revisión de todas las actas del Consejo de Administración de los años 2013 y 2014, no consta que el Consejero Delegado diera cuenta de estas ventas al Consejo de Administración.

La parte demandada alega, por su, parte que ante la ineficiencia del sistema de enajenación por subasta, el Consejo de Administración de la EMVS acordó, en su sesión de 6 de junio de 2012, dejar sin efecto las denominadas *"normas por las que se regula el régimen de adjudicación de locales comerciales, plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles"*, quedando de esa forma sustituido el requisito de la subasta por un modelo de venta estrictamente mercantil. Por lo tanto, esas normas que exigían la subasta no eran ya aplicables cuando se inició el proceso de enajenación aquí enjuiciado, rigiéndose el mismo por las normas del Código Civil, sin que les fuera exigible tasación previa ni observancia de ningún otro requisito formal.

Lo cierto es que la existencia de un alcance en los fondos públicos requiere que concurran los requisitos del artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, esto es, que alguna cantidad haya salido o no haya ingresado en las arcas públicas sin justificación, porque ello

RCM-FNMT

4-A4 UNE — Papel de seguridad — UNE A4

supone un daño real, efectivo y económicamente evaluable en el patrimonio público, circunstancia que fundamenta que se reclame la pertinente indemnización a los causantes de dicho menoscabo, de acuerdo con el artículo 59.1 de la ya citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El hecho de que el procedimiento a través del que se ha realizado la operación de disposición de los bienes o derechos de titularidad pública se haya ajustado o no a derecho, influye en la posibilidad de declarar responsabilidad contable o de absolver de la petición de exigencia de la misma, pero no implica por sí solo que se hayan ocasionado daños injustificados al patrimonio público.

La Jurisprudencia de la Sala de Justicia es clara en el sentido de que el cumplimiento formal de la normativa aplicable a los procedimientos de gestión de los recursos públicos no exime de responsabilidad contable si, a pesar de ello, se ha provocado un daño injustificado en los mismos y, "*sensu contrario*", el incumplimiento formal de las aludidas normas, si no lleva asociado un menoscabo en los fondos públicos, podrá dar lugar a otros supuestos de responsabilidad jurídica, pero no a responsabilidad contable (por todas, Sentencia 10/05, de 14 de julio).

Trasladadas estas consideraciones al concreto caso ahora enjuiciado, lo que cabe concluir es que la circunstancia de que la enajenación de estos bienes inmuebles pudiera hacerse mediante la aplicación del derecho privado, en un régimen de plena libertad de pactos, o debiera haberse realizado con algunas limitaciones de derecho público, es algo que afecta a la legalidad del procedimiento de venta seguido, y será objeto de examen más adelante cuando se analice si ha habido incumplimiento de la normativa reguladora de la administración de las finanzas públicas, como exige la legislación para que se pueda declarar la responsabilidad contable, pero no afecta a la cuestión que se trata en el presente fundamento de derecho, esto es, si ha habido una falta de numerario o un saldo deudor injustificado en las cuentas, constitutivo de un menoscabo indebido en los fondos públicos.
En el presente caso la cuestión se concreta en dilucidar si el precio acordado y cobrado por la EMVS fue proporcional al valor de los inmuebles que vendió o si, por el contrario, dicho precio supuso un daño patrimonial para la Sociedad por haber sido relevantemente inferior al valor mínimo atribuible a los inmuebles enajenados. No debe olvidarse que no consta en autos ningún informe técnico, tasación oficial o identificación de criterios económicos que puedan aportarse como fundamento del precio acordado, sino que el mismo se fijó en una negociación directa entre el Consejero Delegado de la Empresa pública municipal y las entidades compradoras, sin que conste en las actas de las reuniones del Consejo de Administración de la EMVS, correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013, información alguna sobre el método o razones por las que se eligió ese concreto precio para cada enajenación.

Los bienes transferidos no estaban, en este caso, afectos a la finalidad social de facilitar el acceso a la vivienda de personas con escasez de recursos económicos, ni gravados por obligaciones frente a arrendatarios. Se trataba, como ya se ha dicho, de viviendas libres y vacantes, lo que unido al número de inmuebles transferidos (34 viviendas y dos plazas de garaje), notablemente inferior al examinado en el anterior fundamento de derecho (un total de 5.315 inmuebles), hace cuanto menos discutible que en el presente caso no existiera un mercado activo, en los términos del ya citado criterio 2 de valoración del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007. Dada la dificultad de considerar

probada la falta de mercado activo en el caso de la enajenación de las 34 viviendas y 2 plazas de garaje, no puede exigirse a la EMVS la obligación de haber calculado un precio mínimo de venta aplicando los criterios previstos en el Plan General de Contabilidad para calcular el valor razonable cuando no existe mercado activo.

En todo caso, el precio de mercado de tales bienes que aporta, con carácter de petición principal, la demandante asciende a 6.131.941,80 euros, de acuerdo con el Informe elaborado por la Empresa Thirsa. Sin embargo, los resultados de este Informe, como ya se expuso en el fundamento de derecho séptimo y por las mismas razones explicadas en el mismo, no pueden considerarse acreditativos del precio de mercado de los inmuebles vendidos, ya que: el Informe recoge conclusiones retrospectivas pues se elaboró en 2015 y deduce sin motivación suficiente precios de mercado de 2013, se elaboró con base solo en información suministrada por la parte actora y en virtud de unas comprobaciones *"in situ"* cuantitativa y cualitativamente muy limitadas, reconoce haberse emitido sin aplicar la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, que recoge el método de referencia para calcular el valor de mercado de un inmueble a efectos urbanísticos o expropiatorios y puede resultar útil como criterio de valoración para otro tipo de operaciones y, finalmente, se basa en las técnicas del muestreo pero no permite conocer los criterios para la selección de la muestra elegida y, además, está enfocado al escenario de una venta individualizada de inmuebles y no al de una enajenación global conjunta, que es lo que se produjo.

Por otro lado, tampoco cabe fijar un precio mínimo para las enajenaciones atendiendo al precio establecido en las subastas que quedaron desiertas o no se llegaron a celebrar. Ello es así por dos razones: en primer lugar porque solo una parte de los inmuebles enajenados estuvo sujeto a intentos de venta por subasta, lo que convierte este criterio en inaplicable a todos los demás. En segundo término, porque al no haber llegado a buen fin tales subastas, no puede utilizarse ningún precio extraído de las mismas para demostrar que existía una cuantía mínima por la que los inmuebles sí podían haberse vendido.

La EMVS, en su Informe de contestación a la información requerida por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas del presente procedimiento de reintegro por alcance, opta por elegir como precio mínimo al que debió haberse sometido la enajenación, el valor de los inmuebles fijado por la Comunidad de Madrid a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Sin embargo, tampoco cabe considerar que este indicador demuestre la existencia de un precio mínimo de los inmuebles por debajo del que no debieran haberse enajenado.

Ello es así por la especificidad del hecho imponible de este impuesto, que implica que la valoración se realiza con un enfoque completamente apartado de los criterios que pueden permitir apreciar un valor mínimo de los bienes enajenados (por ello se utilizan para dicha valoración parámetros como el valor de mercado corregido por determinados coeficientes). Por otra parte, no cabe considerar probado que la cantidad en la que cifra la EMVS el valor de los bienes a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en 2013 sea la correcta, ya que reconoce en su propio Informe antes aludido que los

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

valores tenidos en cuenta habían sido los correspondientes a 2017, pero que al haber variado poco el precio de la vivienda en la ciudad de Madrid entre 2013 y 2017 se consideraban admisibles, razonamiento que esta Consejera de Cuentas no puede compartir pues no resulta suficiente para justificar la cuantía concreta del alcance que se reclama, ya que la cifra que se propone parte de una especulación y no de un cálculo real, y el criterio defendido por la Empresa pública vendedora no viene acompañado de ningún estudio técnico que sustente que la aludida invariabilidad de precios pudiera predicarse de los que, en concreto, fueron objeto de la enajenación enjuiciada.

Finalmente, está el valor catastral de los inmuebles vendidos, criterio cuya aplicación pide la demandante con carácter subsidiario.

Como ya se dijo en el anterior fundamento de derecho, "*el valor catastral es, desde luego, un criterio de valoración jurídicamente fundamentado y extraído de la aplicación de criterios técnicos y objetivos, por lo que podría valer en general para deducir del mismo un valor mínimo de unos inmuebles que permitiera precisar un precio mínimo para su venta, por debajo del cual esta debiera considerarse lesiva para la integridad del patrimonio público.*"

Efectivamente, el valor catastral se identifica y define, en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, como un indicador que se determina objetivamente a partir de datos acreditados tanto por su origen como por su exactitud.

Por su parte, el artículo 23 del mencionado Real Decreto Legislativo desarrolla estos postulados cuando establece que:

"1. Para la determinación del valor catastral se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La localización del inmueble, las circunstancias urbanísticas que afecten al suelo y su aptitud para la producción.

b) El coste de ejecución material de las construcciones, los beneficios de la contrata, honorarios profesionales y tributos que gravan la construcción, el uso, la calidad y la antigüedad edificatoria, así como el carácter histórico-artístico u otras condiciones de las edificaciones.

c) Los gastos de producción y beneficios de la actividad empresarial de promoción, o los factores que correspondan en los supuestos de inexistencia de la citada promoción.

d) Las circunstancias y valores del mercado.

e) Cualquier otro factor relevante que reglamentariamente se determine.

2. El valor catastral de los inmuebles no podrá superar el valor de mercado, entendiendo por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas, a cuyo efecto se fijará, mediante orden del Ministro de Hacienda, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase.88.

En los bienes inmuebles con precio de venta limitado administrativamente, el valor catastral no podrá en ningún caso superar dicho precio.

3. Reglamentariamente, se establecerán las normas técnicas comprensivas de los conceptos, reglas y restantes factores que, de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos y en función de las características intrínsecas y extrínsecas que afecten a los bienes inmuebles, permitan determinar su valor catastral."

El artículo siguiente de esta misma Norma, se refiere al método para determinar el valor catastral, cuestión minuciosamente regulada en el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana.

Como se explica en el fundamento de derecho séptimo, el valor catastral se descartaba como precio mínimo posible de la enajenación porque esta se refería a inmuebles sujetos a un régimen especial de protección pública, lo que implicaba unos condicionantes de subrogación de las Empresas compradoras en determinadas obligaciones de la EMVS, ocupación de viviendas por inquilinos, derechos de adquisición preferente de los ocupantes de las viviendas, etc.

En el caso examinado en este punto de la Sentencia, por el contrario, las viviendas y plazas de garaje enajenadas no estaban sujetas a ningún régimen especial de protección pública y estaban vacantes, por lo que no existía normativa especial que se refiriera a un valor máximo de venta, como sucedía en el supuesto previamente analizado. Ello no quiere decir, sin embargo, que tratándose de bienes de titularidad pública (algunos de la propia EMVS y otros del Ayuntamiento) su precio pueda ser inferior a un valor mínimo que pueda considerarse acreditado y que, en el presente caso, debe ser el valor catastral de los inmuebles.

Ello es así porque, como antes se indicó, se trata de un valor con eficacia jurídica, obtenido de la aplicación de criterios técnicos y objetivos, a través de cálculos transparentes por constar en las correspondientes normativas y que resulta plenamente probado ya que no deriva de planteamientos especulativos sino de postulados de Derecho Positivo.

Nuevamente se trata del criterio para valorar el precio legal mínimo exigible a la enajenación que, además, resulta inferior al que se hubiera obtenido eligiendo otros posibles criterios, lo que como en la compraventa tratada con anterioridad redunda en beneficio de la tutela judicial efectiva de los demandados.

En consecuencia, dado que el precio mínimo por el que deberían haberse enajenado las 34 viviendas y dos plazas de garaje por la EMVS a la Empresa Avellanar SL y a la Empresa Madrid Town Inversiones SL se corresponde con el valor catastral de tales inmuebles (3.138.331,95 euros), y que el precio que pagaron las compradoras ascendió a 2.072.246,32 euros, el principal del alcance ocasionado a los fondos públicos por estas operaciones ascendería a 1.066.085,63 euros. Sin embargo, en el acto del juicio la representación procesal de la EMVS concretó su pretensión subsidiaria, basada en el valor catastral de los inmuebles, en 1.063.085, 63 euros, por lo que se estima en esta última suma el alcance producido, de acuerdo con el principio dispositivo que rige en los procesos de reintegro por alcance de acuerdo con el artículo 60.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

UNDÉCIMO.- Una vez declarada la existencia de un alcance en los fondos públicos, debe entrarse a decidir si dicho alcance genera responsabilidad contable en los demandados por cumplirse en la actuación de los mismos los requisitos que, para este modelo de responsabilidad jurídica, exigen los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo.

La primera cuestión que se plantea es si los hechos enjuiciados han supuesto o no una vulneración de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera desarrollada a través de los mismos. Dicho en otros términos, si el patrimonio público ha sido gestionado, en el presente caso, conforme a la normativa que regula su correcta administración.

Debe empezar por aclararse que no existe una norma concreta que contemple de forma completa y estructurada el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles públicas municipales. Lo que se desprende del Ordenamiento Jurídico es que el carácter público del patrimonio de estas Empresas y la finalidad de interés social de las mismas, han llevado al Legislador a someterlas a una regulación de carácter mixto en la que coinciden normas de derecho privado, propias del tráfico mercantil, con otras de derecho público orientadas a garantizar la integridad del interés general y del patrimonio público.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene una jurisprudencia clara sobre esta cuestión, que se concreta en el postulado de que cuando una sociedad mercantil tiene por objeto cubrir «necesidades de interés general», para cuya satisfacción ha sido específicamente creada, los contratos necesarios para satisfacer esa necesidad, que no es «industrial o mercantil», deberán realizarse con sujeción al derecho público (así, Sentencia SIEPSA, de 16 de octubre de 2003, c- 283/00).

En el caso enjuiciado resulta evidente (a pesar de lo alegado por los demandados) que la EMVS, en materia de contratación, no se regía solo por las normas de derecho privado propias de las relaciones mercantiles, sino que debía respetar también algunos requisitos materiales y formales exigidos por el derecho público. Esta conclusión se fundamenta en las normas y argumentos que a continuación se

exponen:

a) El artículo 1 de los propios Estatutos de la Empresa Pública Municipal.
b) El artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.
c) Los artículos 173 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
d) El artículo 2.2, en relación con el artículo 8.1, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
e) Declaración de la EMVS por la Intervención General de la Administración del Estado, con efectos desde el 1 de enero de 2013, como entidad integrada en el subsector *"Administraciones Públicas"* a los efectos de la contabilidad nacional y del protocolo sobre el déficit excesivo, lo que implicaba, de acuerdo con el Informe de la Interventora Municipal de 19 de junio de 2013 sobre el Plan de Viabilidad, que las cuentas de la EMVS se consolidaban con las del resto del grupo público municipal a efectos del cálculo del déficit / superávit y que su endeudamiento financiero tenía la misma consideración que el municipal, computando a efectos de los límites legalmente establecidos, siéndole de aplicación para su concertación el mismo régimen de autorizaciones por el órgano de tutela financiera al que se ve sometido el Ayuntamiento de Madrid.
f) Artículo 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento.
g) Artículo 50 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, aplicable en virtud del antes citado artículo 4 de la Ley de Contratos del Sector Público.
h) El artículo 1 del Reglamento de Adjudicación de Viviendas con Protección Pública Afectas a los Programas Municipales de Vivienda a aplicar por la EMVS, de 30 de octubre de 2012.
i) El Informe de Price Waterhouse and Coopers, de 2 de abril de 2013, que recomienda para la maximización del precio de venta un procedimiento competitivo y ordenado, búsqueda de potenciales compradores adicionales y puesta a disposición de información clara y adecuada que soporte el precio objetivo.
j) La contratación por la EMVS, tanto del encargo de asesoramiento a Price Waterhouse and Coopers, como del encargo de intermedición a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, se hizo previa elaboración de los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, y en el caso del aludido contrato de intermediación, mediante un procedimiento con publicidad y concurrencia. Resulta completamente contradictorio que para la contratación de un asesoramiento y una intermediación inmobiliaria se estimen aplicables importantes requisitos de derecho público y, sin embargo, para la venta de un elevadísimo número de inmuebles se defienda la simple aplicación de la libertad de pactos del derecho civil y mercantil, sin ninguna limitación o cautela procedente del derecho público.

En consecuencia, las actuaciones de la EMVS enjuiciadas en el presente procedimiento de reintegro por alcance no solo estaban reguladas por la normativa de derecho privado, sino también por

— Tribunal de Cuentas — UNE A-4

RCM-FNMT

determinados principios y preceptos de derecho público, lo que no fue apreciado en la liquidación provisional, que se limitó a aplicar una interpretación jurídica insuficiente para abarcar la complejidad del régimen jurídico mixto – público y privado- que rige la gestión económica de este tipo de Sociedades, que son mercantiles, pero también son públicas.

Partiendo de esta consideración inicial, podemos examinar las diversas vulneraciones de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera de los fondos públicos que se han producido como consecuencia de las cuatro operaciones consideradas, en líneas precedentes, como constitutivas de alcance.

En efecto, frente a la visión flexible y permisiva aportada por el Ministerio Fiscal en las conclusiones del juicio, que conducen a un escenario de enajenaciones de inmuebles públicos al margen de los requisitos de la legalidad administrativa y sujetos únicamente al principio de libertad de pactos entre contratantes en su versión propia del tráfico privado, este Órgano de Primera Instancia de la Jurisdicción Contable considera, por el contrario, que los procedimientos de enajenación que debieron emplearse, así como la fijación de un precio mínimo jurídicamente ineludible, eran exigencias de la normativa administrativa que deberían haberse respetado, lo mismo que el deber jurídico de administrar los recursos públicos de acuerdo con los principios de buena gestión financiera.

Por tanto, los hechos enjuiciados han dado lugar a la infracción de diversos preceptos jurídicos que deberían haberse aplicado y ello, como a continuación se verá, afecta a todas las operaciones que se han considerado constitutivas de alcance en líneas precedentes:

1º.- La enajenación de 18 promociones completas de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y de otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles) a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U. por un precio global de 128.500.000 euros.

Esta operación incurrió en las infracciones jurídicas que a continuación se exponen:

a) La enajenación se realizó sin elaborar un pliego de condiciones de la venta, ni hacer un estudio técnico de la necesidad económica y viabilidad jurídica de la misma, ni fijar con carácter previo, mediante el oportuno informe técnico o tasación homologada, el valor de los inmuebles a enajenar.
b) La EMVS no promovió una verdadera concurrencia de interesados en la compra, dado que antes del anuncio de 3 de mayo de 2013 (fecha que vendedora y compradoras consideran como día de iniciación del procedimiento de enajenación, y así lo hacen constar en sus comunicaciones recíprocas y en las escrituras públicas de 31 de octubre de 2013) facilitó el acceso a la información de la compraventa, con carácter previo y por tanto privilegiado, al menos a cuatro entidades jurídicas, una de las cuales resultaría ser la adjudicataria final de los inmuebles vendidos.

Destaca en este sentido la carta de Álvarez & Marsal de 27 de diciembre de 2012 por la que presenta su intención de entrar en negociación con la EMVS para la adquisición de una cartera compuesta por 18 promociones, en ese momento sujeta a diversas condiciones, sobre la que ofrecía un precio orientativo de 120.000.000 €. En el mismo sentido, la carta de 23 de junio de 2013 de Michael N. Apple Associates, socio del grupo Harbor, en la que reconoce que desde septiembre de 2012 el Grupo ya estaba teniendo conversaciones sobre la enajenación de esos inmuebles.

c) La enajenación se hizo por un precio inferior al valor mínimo posible que cabía atribuir a los inmuebles vendidos, lo que supuso el correspondiente quebranto en el patrimonio público.

d) La operación se enmarcó en un Plan de Viabilidad que se aprobó cuando el procedimiento de enajenación ya estaba a punto de concluir, de manera que la venta no se inició y concluyó bajo la cobertura jurídica de dicho Plan de Viabilidad, sino que este último se aprobó para dar respaldo jurídico a posteriori a una operación que se había decidido y ejecutado antes de que dicho Plan existiera.

e) La enajenación no tuvo el reflejo presupuestario que legalmente le hubiera correspondido ni, por tanto, la transparencia exigida por el derecho de información de los miembros del consejo de administración de la EMVS y de la ciudadanía (en el acta de la sesión del consejo de administración de la Sociedad Municipal de 19 de junio de 2013, constan las protestas de algunos miembros de dicho órgano colegiado por entender que se les daba una información inadecuada y tardía).

f) Además, en las escrituras públicas en las que se formalizaron las enajenaciones, se incluyó una cláusula de confidencialidad, mediante la cual "*las partes se comprometen a mantener la confidencialidad respecto a las negociaciones que han precedido al otorgamiento de esta escritura*", lo que evidencia la falta de transparencia y objetividad con la que se articuló una venta, por una entidad pública, de inmuebles igualmente públicos y afectos a una función social perfectamente delimitada. Esta opacidad expresamente pactada resulta incompatible con la naturaleza jurídica y finalidad de los inmuebles enajenados.

g) El Presupuesto de la EMVS para 2013 no recogía el importante volumen de ingresos que se esperaba conseguir en aquel ejercicio por la venta de tan importante patrimonio inmobiliario. En el punto tercero de la sesión ordinaria del consejo de administración de la EMVS, del día 12 de noviembre de 2012, se recoge el análisis del presupuesto de la Empresa Pública para su posterior inclusión en el general del Ayuntamiento. De la lectura del desarrollo de este punto del orden del día no se infiere que se estuviera previendo vender un patrimonio tan elevado.

El Auto de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de septiembre de 2017, por el que se reabren las diligencias penales por estos hechos cita como motivos de dicha reapertura, con base en el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, los

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

siguientes:

- *"La venta se produjo sin fijar con carácter previo el valor de los inmuebles a enajenar. Lo más parecido a ello es una estimación realizada por una Entidad que, en definitiva, resulta ser asesora de los adjudicatarios.*
- *No existe una real concurrencia de eventuales compradores dada la información privilegiada que con carácter previo al acuerdo de la venta han tenido cuatro compañías, entre ellas la adjudicataria...*
- *El precio es objetivamente inferior al precio que podría obtenerse e incluso al mero valor contable de las viviendas...*
- *Ha sido, en definitiva, el comprador y no la EMVS el que ha fijado el precio de la venta de las viviendas."*

El citado Auto pone de relieve que algunos de estos datos no se conocían cuando se archivaron las diligencias penales y califica los razonamientos e información en que se basa el Informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de "*aparentemente incontestables*".

De acuerdo con lo expuesto, la enajenación realizada por la EMVS infringió los principios de la contratación pública que le eran de aplicación supletoria. Vulneró el artículo 1 de sus propios Estatutos, el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, los artículos 137 y 138 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, los preceptos reguladores de la elaboración de pliegos, fijación de precios y respeto a los principios de publicidad y concurrencia previstos en Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento (preceptos que sin embargo la EMVS aplicó en ese mismo período de tiempo a contratos de mucha menor entidad económica y societaria como el de intermediación inmobiliaria con la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, o el de asesoramiento con Price Waterhouse and Coopers) y artículo 50 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

La publicación el 3 de mayo de 2013 de un anuncio de la enajenación en un periódico y en la página web de la Empresa Pública Municipal no resulta suficiente ni ajustada a las normas de aplicación supletoria de derecho público, antes citadas, que establecen requisitos específicos de publicidad y concurrencia a cumplir. La aludida publicación podría valer para encontrar compradores en un ámbito estricto de derecho mercantil, pero no se adecúa a las exigencias jurídicas de una enajenación que afecta a inmuebles de titularidad pública, afectos a un régimen especial de protección como consecuencia de la función social a la que están adscritos y que representan una porción muy relevante del patrimonio inmobiliario de la Empresa Pública que los vende.

Por lo demás, el anuncio concedía un plazo de 14 días naturales para la presentación de una oferta por

las 18 promociones, un período de tiempo objetivamente insuficiente dado el enorme volumen y complejidad del objeto de la compraventa, lo que induce a considerar que esta forma de publicidad solo constituía una manera de crear una apariencia de que se respetaba el requisito, pero no suponía el cumplimiento real y material del mismo. Resulta inverosímil aceptar que en un plazo de 14 días naturales una empresa que no hubiera poseído información previa sobre los inmuebles que se enajenaban, tuviera tiempo para visitarlos, examinar su situación jurídica y valorarlos económicamente con un mínimo de rigor.

2º.- Pago, por la EMVS a UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, de las siguientes facturas:

- Factura Nº1/2013, de 10 de diciembre de 2013, por 1.196.387, 50 euros.
- Factura Nº2/2014, de 31 de enero de 2014, por 1.196.387,50 euros.

Como se refleja en el correspondiente fundamento jurídico de la presente Sentencia, el pago de tales facturas carece de justificación por dos razones:

a) No hay constancia de que exista un título jurídico que acredite que las prestaciones pagadas se habían encargado por la EMVS a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL.

El contrato de 12 de diciembre de 2012, suscrito entre ambas Empresas, no se refiere a los mismos inmuebles que aparecen en las facturas, sin que conste en los autos documento alguno que demuestre que tales inmuebles se hubieran añadido al objeto del contrato con posterioridad. Por otra parte, las facturas hacen referencia a una prestación de asesoramiento que no aparece en el aludido contrato de 12 de diciembre de 2012, ni en ningún otro documento posterior que lo complete.

b) No hay constancia de que las prestaciones justificativas del pago de las aludidas facturas hubieran llegado realmente a ejecutarse. Como se explica en el correspondiente fundamento de derecho de la presente Sentencia, desde el 3 de mayo de 2014, que es la fecha que las partes de la compraventa de los inmuebles consideran como día de inicio del procedimiento de enajenación, hasta la elevación de la operación a escrituras públicas el 31 de octubre de 2013, no aparece ningún medio de prueba con relevancia jurídica suficiente como para demostrar que la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL hubiera realizado las gestiones de intermediación inmobiliaria y asesoramiento por las que cobró.

Esta conclusión en nada se ve afectada por el hecho de que la antes citada Empresa intermediaria enviara a EMVS, con fecha 4 de abril de 2013, una carta acompañada de una oferta de adquisición de los inmuebles por el Grupo Blackstone, al que finalmente se

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

elegiría como comprador en junio del mismo año. Ello es así porque dicha oferta no fue tenida en cuenta para la selección de comprador pues se había presentado, igual que sucedió con las ofertas de otras empresas, antes del 3 de mayo de 2013, fecha en la que, como ya se ha dicho, las partes sitúan el principio del procedimiento de enajenación. Por otra parte, la primera oferta que el citado Grupo Blackstone aportó después del 3 de mayo de 2013 era distinta de la enviada por la Empresa intermediaria el anterior 4 de abril y, además se dirigió por el citado Grupo Empresarial directamente a la EMVS, sin intervención alguna de la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA, que no aparecía mencionada ni cómo entidad de contacto ni en ningún otro sentido.

El Auto de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de septiembre de 2017, cita entre los motivos para reabrir las diligencias penales (con fundamento en las conclusiones del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid origen del presente procedimiento de reintegro por alcance):" *Se han destinado 2. 397. 775 euros al pago de dos facturas de una sociedad intermediaria en las operaciones de compraventa que no solo no resultaría necesaria en un sistema de contratación con las garantías de concurrencia en igualdad y publicidad, sino que no existe otra constancia de la intermediación que la aparición de las propias facturas".*

En consecuencia, el eventual encargo de las prestaciones pagadas en diciembre de 2013 y enero de 2014 careció de cobertura jurídica pues, ni puede fundamentarse en el contrato de 12 de diciembre de 2012 al que las facturas hacen referencia, ni en ningún otro título jurídico aportado al proceso. A lo que se acaba de indicar hay que añadir que no ha quedado probado que las prestaciones de intermediación y asesoramiento, a las que se refieren las facturas pagadas por la EMVS en diciembre de 2013 y enero de 2014, hubieran sido realmente ejecutadas.

Las irregularidades descritas suponen, en primer término, una infracción de las disposiciones de derecho público impulsoras de la buena gestión financiera, garantes de la integridad del patrimonio público y limitadoras de la posible desproporción entre las prestaciones recibidas y el precio pagado por ellas, normas que resultan de aplicación supletoria a los hechos enjuiciados (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Pero no solo eso, las irregularidades constatadas vulneran también los preceptos de derecho privado que el Código Civil dedica a las fuentes de las obligaciones y a la ejecución de los contratos, así como el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, normas que forman parte del régimen jurídico regulador de la actividad económico-financiera del Sector Público en lo relativo a los contratos celebrados por las Sociedades Mercantiles Públicas.

3º.- Bajada injustificada, de 2000.000. de euros, del precio del contrato de compraventa de las 18 promociones de vivienda y otros inmuebles que se plasma en las escrituras públicas de 31 de octubre

de 2013.

La falta de justificación de esta rebaja en el precio deriva, como se expone en profundidad en el correspondiente fundamento de derecho de la presente Sentencia, en que de la prueba practicada no cabe extraer la información siguiente:

a) Identificación, individualización, concepto y cuantía de los gastos que la Empresa compradora dice no haber conocido al hacer su oferta definitiva y vinculante, por los que pide la reducción del precio.
b) Cuantificación del supuesto aumento de la morosidad de los inquilinos que pudiera afectar al precio previamente pactado.
c) Justificación de cómo se ha realizado técnicamente el cálculo de la cifra en la que finalmente se rebajó el precio previamente convenido, lo que incluiría en su caso el necesario desglose de los diversos conceptos que integran la suma de 2.000.000 de euros aceptada.

Esta forma de proceder, que se resume en la aceptación por la EMVS, en virtud de causas que no han quedado debidamente acreditadas, de una reducción del precio pactado, implica la vulneración de la normativa reguladora de la forma de justificar la legalidad y eficiencia de los precios convenidos a cambio de la transmisión de bienes de titularidad pública.

En este sentido, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencias 18/06, de 16 de noviembre, y 16/2004 de 29 de julio) tiene dicho que quien administra fondos públicos debe justificar la corrección jurídica y económica de las decisiones adoptadas sobre la disposición de los mismos, en la forma legal o reglamentariamente exigida y no según su propio criterio.

De la prueba practicada se desprenden dos ilícitos:

- Falta de justificación de esta reducción del precio ante el Consejo de Administración de la Empresa Pública pues, según consta en el acta de dicho órgano colegiado de 24 de julio de 2013, el Consejero Delegado se limitó a informar de la bajada del precio inicialmente pactado y justificó esta variación en un aumento de la morosidad de los inquilinos durante el ejercicio 2013, pero no consta que extendiera su explicación a las razones por las que la aludida reducción del precio se había fijado en 2.000.000. de euros, a los cálculos realizados para determinar el supuesto aumento de la morosidad y el impacto del mismo sobre el precio de la enajenación, o a la existencia y cuantificación de gastos inesperados para el comprador. Tampoco consta que se entregara en la reunión ningún informe técnico o documentación administrativa o mercantil que permitiera valorar el acierto de la decisión adoptada.

  Ello supone la infracción del derecho de información de los miembros del Consejo de Administración tal y como se recoge en el antes citado Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, norma que,

RCM-FNMT

como antes se dijo, forma parte del régimen jurídico regulador de la actividad económico-financiera del Sector Público en lo relativo a los contratos celebrados por las Sociedades Mercantiles Públicas.

- Falta de una adecuada rendición de cuentas desde la perspectiva del derecho público, pues como se ha anticipado no consta informe, estudio, o documento de cálculo que permita estimar si se produjeron o no, y en qué grado, las supuestas causas justificativas de la bajada de precio y por qué la cantidad a la que se renunció ascendió a 2.000.000 de euros y no a otra suma. No debe olvidarse que la EMVS, de acuerdo con sus Estatutos y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, está sujeta a las normas de control de la actividad económico-financiera del Sector Público (así se desprende también del Informe de la Interventora Municipal sobre el Plan de Viabilidad), lo que implica que le son de aplicación los preceptos de la legislación presupuestaria sobre rendición de cuentas.

4º.- La enajenación, por la EMVS, a la Empresa Avellanar SL de 10 viviendas y a la Empresa Madrid Town Inversiones SL de 24 viviendas y 2 plazas de garaje.

Las citadas compraventas también se hicieron sin ajustarse a los requisitos de derecho público que les eran aplicables, lo que resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que de las 34 viviendas enajenadas, 14 pertenecían al Ayuntamiento de Madrid, ostentando la EMVS sobre ellas la mera titularidad fiduciaria.

Esta doble enajenación de inmuebles, de acuerdo con el artículo 4 del ya citado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento, debió haber respetado los principios y normas de derecho público que le resultaban de aplicación supletoria, y que eran los de ese Real Decreto Legislativo y los de las leyes de Patrimonio, tanto de las Administraciones Públicas como de la Comunidad de Madrid.

Estas operaciones se hicieron sin una previa tasación o valoración técnica de los inmuebles vendidos, sin ningún trámite que garantizara los principios de publicidad y concurrencia, sin ningún informe, documento oficial o intervención en las sesiones del consejo de administración que permitiera conocer el contenido de las negociaciones mantenidas con las empresas compradoras, particularmente los motivos por los que se eligió a dichas empresas, las razones por las que se seleccionaron esos inmuebles y no otros para ser transmitidos y los criterios por los que se estableció el precio.

Nos encontramos, pues, con la vulneración del artículo 1 de los Estatutos de la EMVS, del artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, de los artículos 137 y 138 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de los preceptos reguladores de la elaboración de pliegos, fijación de precios y respeto a los principios de publicidad y concurrencia previstos en el antes citado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento, y del artículo 50 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

DUODÉCIMO.- Por lo que se refiere a la responsabilidad contable de D. Fermín Oslé Uranga, a quien la actora reclama la totalidad del alcance exigido en su demanda, debe empezar por indicarse que era el Consejero Delegado de la EMVS y, en consecuencia, ostentaba y ejercía las funciones de dirección, gestión y administración de la Sociedad que le atribuía el artículo 28, en relación con el artículo 18, de los Estatutos de la misma. La intervención del Sr. Oslé Uranga en los hechos enjuiciados se concreta en las siguientes actuaciones:

a) Impulsó la celebración del contrato de intermediación entre la EMVS y la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA SL, cuyo objeto no contemplaba los inmuebles cuya enajenación ha sido enjuiciada en el presente proceso ni atribuía a la Empresa de intermediación inmobiliaria funciones de asesoramiento. El Sr. Oslé Uranga no propició la posterior modificación del contrato para que se incluyeran tales bienes y esa nueva obligación de asesoramiento, y dio lugar a que se pagaran en diciembre de 2013 y enero de 2014 sendas facturas a la UTE ITACA DESARROLLOS URBANOS SL y PROMOCIONES Y DESARROLLOS CREACIONA, por unos servicios de intermediación inmobiliaria y asesoramiento que no tenían cobertura jurídica, ni en el contrato ni en ningún otro documento, y cuya prestación efectiva no se produjo.
b) Fue responsable de la negociación opaca entre la EMVS y la Empresa Magic Real Estate SL que permitió una bajada de precio de 2.000.000 de euros en la enajenación pactada con dicha Empresa, sin que hubieran quedado acreditadas las razones esgrimidas para justificar dicha rebaja ni las que se tuvieron en cuenta para concretar la cuantía de la misma.
c) Fue el representante de la EMVS en la enajenación de inmuebles a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U., gestionando dichas operaciones (que se referían a bienes afectos a un fin social) al margen de los requisitos jurídicos que les eran exigibles (fijación del precio, concurrencia y publicidad, elaboración de pliegos, etc.), habiendo pactado además con las compradoras una cláusula de confidencialidad incompatible con el carácter público y especialmente protegido de los bienes transmitidos.
d) Fue el representante de la EMVS en la enajenación de inmuebles (algunos de los cuales eran del Ayuntamiento y la Empresa Pública solo tenía sobre ellos la titularidad fiduciaria) a las Empresas Avellanar SL y Madrid Town Inversiones SL, gestionando dichas operaciones sin cumplir los requisitos jurídicos que les eran exigibles (fijación del precio, concurrencia y publicidad, elaboración de pliegos, etc.).
e) Su participación en las actuaciones descritas en los apartados anteriores tuvo carácter directivo y ejecutivo, e infringió las normas de buena gestión financiera del Patrimonio Público legalmente imperativas, provocando en el mismo un menoscabo injustificado.

En consecuencia, el Sr. Oslé Uranga, en su condición de Consejero Delegado de la EMVS, tenía

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

capacidad de decisión sobre la enajenación de los inmuebles de la empresa, y la ejerció tanto en lo relativo a la promoción de la celebración de un contrato de intermediación inmobiliaria, como en el procedimiento elegido para vender los inmuebles y en la aceptación de los precios injustificadamente abonados a la empresa intermediadora y a las compradoras. Concurría, por tanto, en el citado demandado la condición de gestor del patrimonio público menoscabado, por aplicación del artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, así como la de cuentadante respecto al mismo, tal y como se desprende del alcance que a dicho concepto técnico-jurídico da la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en sus Sentencias 8/01, de 15 de marzo y 4/06, de 29 de marzo, entre otras.

Por otra parte, los hechos y preceptos jurídicos aludidos en líneas precedentes permiten considerar debidamente probado que el Sr. Oslé Uranga incumplió las normas reguladoras de la gestión económico-financiera aplicables a las operaciones en que intervino, pues no aplicó las prevenciones de derecho público exigibles a dichas operaciones y vulneró la normativa que impone el deber de ajustar la administración de los recursos públicos a los principios de buena gestión financiera.

Además, permitiendo el pago a la Empresa intermediaria por prestaciones que no tenían cobertura jurídica ni está probado que se ejecutaran, y el cobro por la venta de inmuebles por un precio inferior al mínimo jurídicamente aceptable, la actuación del demandado produjo un daño real y efectivo, económicamente evaluable e identificado en unos bienes públicos concretos, por lo que incurrió en el requisito de la responsabilidad contable previsto en el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

La actuación del aludido demandado, sin perjuicio de la valoración de su conducta desde la perspectiva del posible dolo que, en su caso, pudiera plantearse en las diligencias penales reabiertas, está incursa, al menos, en negligencia grave pues, como se ha visto, ni se atuvo al canon de diligencia cualificado exigible en la gestión de fondos públicos (por todas, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 15/04, de 26 de julio), ni agotó los medios a su alcance profesional para prevenir y evitar el menoscabo del patrimonio público puesto a su cargo (Sentencias de esa misma Sala de Justicia, entre otras, 2/03, de 26 de febrero y 4/06, de 29 de marzo), ni adoptó las mínimas cautelas necesarias para no incurrir en un descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones (Sentencia de la misma Sala de Justicia 11/04, de 6 de abril).

A ello debe añadirse que, entre la actuación gestora del Sr. Oslé Uranga y el menoscabo patrimonial provocado a las arcas públicas existe relación de causalidad, pues fueron las decisiones ilegales y gravemente negligentes del demandado las que produjeron la injustificada salida de fondos públicos con destino a la Empresa contratada como intermediaria, así como la aceptación, por las enajenaciones de inmuebles, de precios inferiores a los mínimos que habría tenido derecho a cobrar la Empresa Pública vendedora. El nexo causal apreciado entre la actuación del citado demandado y los daños patrimoniales producidos al erario público se ajusta a los requisitos que para la responsabilidad contable exige la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia, por todas, 2/04, de 4 de febrero.

Si a lo que se acaba de exponer unimos el reflejo en la documentación contable y presupuestaria que tienen los hechos enjuiciados, resulta evidente que concurren en la actuación de D. Fermín Oslé Uranga todos los requisitos de la responsabilidad contable previstos en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo, en particular los requisitos de la responsabilidad contable directa, pues su conducta se ajustó a los perfiles del artículo 42.1 de ya citada la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, por su influencia intensa y directa en el resultado lesivo producido a los fondos públicos.

DECIMOTERCERO.- La demandante pide responsabilidad contable también contra Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, en su condición de miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento y de la Junta de Accionistas de la EMVS cuando tuvieron lugar los hechos enjuiciados. En el caso de los aludidos demandados, la responsabilidad contable reclamada por la actora se limita al alcance ocasionado como consecuencia de la enajenación de 18 promociones completas de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y de otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles) a las Sociedades Fidere Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U.

Como miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, los demandados tenían las atribuciones previstas en el artículo 17 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen especial de Madrid, entre las que se encontraban funciones de gestión económico-financiera, entre otras las derivadas de la celebración de contratos, tanto en materia del patrimonio del propio Ayuntamiento como del perteneciente a sus organismos y entidades dependientes, lo que incluye desde luego los bienes y derechos de las empresas públicas municipales. Por otra parte, al ser el Ayuntamiento de Madrid el propietario de todo el capital social de la EMVS, los demandados conformaban la Junta General de la citada Sociedad, lo que les atribuía las funciones de control de la gestión y aprobación o desaprobación de la misma previstas en el artículo 160, a) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

La participación de los demandados en la enajenación de inmuebles por la que se les reclama responsabilidad contable se concreta en las siguientes actuaciones:

a) Aprobaron, en su condición de miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 20 de junio de 2013, el Plan de Viabilidad de la EMVS. Dicha aprobación se produjo cuando el procedimiento de enajenación estaba ya muy avanzado lo que dio lugar a la situación jurídicamente reprochable de que, en vez de realizarse la operación en ejecución del Plan, fue este el que se aprobó para dar aparente cobertura jurídica, a posteriori, a la enajenación.

La aprobación del Plan de Viabilidad con posterioridad al inicio del procedimiento de enajenación y estando este ya muy avanzado (de hecho al día siguiente se comunicó por la EMVS a la compradora que su oferta había sido la elegida), implicó el respaldo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento a un procedimiento de enajenación que no había respetado los requisitos que le eran jurídicamente exigibles y que implicaba un menoscabo injustificado en el Patrimonio Público.

b) Ratificaron dicho Plan de Viabilidad, como miembros únicos de la Junta General de la Sociedad, con fecha 20 de junio de 2013, según consta en el acta de la sesión de dicho órgano societario de esa misma fecha. Ello supone que no ejercieron las funciones de control de la gestión que se encomiendan a la Junta General de las Sociedades de Capital por la legislación mercantil, ni previeron los efectos nocivos de esta enajenación desde la perspectiva de la incorporación de la contabilidad de la EMVS a la del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido de que de haberse evitado esta operación lesiva para el patrimonio de la EMVS y del propio Ayuntamiento, se hubiera impedido un aumento del déficit, cuestión cuya supervisión estaba encomendada, entre otros órganos municipales, a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento.
c) No cumplieron con su deber legal de dar las instrucciones precisas, a la EMVS, para conseguir que la operación no se ejecutara o, al menos, que se realizara conforme a Derecho y sin provocar daños y perjuicios en el patrimonio público.

Este deber jurídico de influir en las Empresas Públicas Municipales para garantizar la legalidad de su gestión y la integridad de sus bienes y derechos, le viene atribuido a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento (y a la vez Junta General de la Sociedad), por los siguientes motivos:

- De acuerdo con el artículo 17.1,b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, la Junta de Gobierno es competente para adoptar planes, programas y directrices vinculantes para todos los órganos ejecutivos, organismos y empresas del Ayuntamiento de Madrid.
- El artículo 161, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, autoriza a la Junta General a dar instrucciones a los administradores de la Empresa.
- Según el apartado 2 de los objetivos del Plan de Viabilidad "*Todas las medidas contenidas en este Plan deberán contar con la aprobación de los órganos del Ayuntamiento de Madrid competentes en cada materia, siendo importante destacar que la no autorización de alguna de las operaciones propuestas o la imposibilidad de desarrollarse en los términos aquí expuestos, afectaría directamente a la viabilidad del mismo…*"

Los demandados, en parte en su calidad de miembros de la Junta General de la Sociedad pero sobre

todo como integrantes de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, tenían la condición de gestores de los inmuebles enajenados y de cuentadantes respecto a la venta de los mismos, según se desprende del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y de la Jurisprudencia sobre el particular de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas a la que se aludió en el anterior fundamento de derecho.

Ello es así, como se puso de relieve en el fundamento de derecho que desestimó la falta de legitimación pasiva de los demandados y como se desprende de la participación de los mismos en los hechos, porque su decisión, como miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, de aprobar el Plan de Viabilidad y su decisión de ratificarlo, esta vez como integrantes de la Junta General de la Sociedad, supuso la autorización (aunque fuera a posteriori) de la enajenación de los inmuebles, esto es, constituyó una actuación que hizo posible la disposición de los mismos. No debe olvidarse que la venta de dichos inmuebles estaba incluida en el propio Plan de Viabilidad.

Por otra parte, tanto la Junta de Gobierno del Ayuntamiento como la Junta General de la Empresa, esta última en menor medida, tenían la potestad para dictar instrucciones vinculantes a la Sociedad relativas a la administración de la misma. Por tanto, los demandados formaban parte de órganos que podían imponer a la Empresa criterios sobre el procedimiento para vender los inmuebles y para fijar un precio mínimo adecuado al valor de los mismos, lo que les dota igualmente de la condición de gestores de dichos inmuebles y de cuentadantes respecto a la venta de los mismos.

Finalmente, la Junta de Gobierno (desde la perspectiva administrativa) y la Junta General de la EMVS (desde la perspectiva mercantil) tenían encomendadas las funciones de garantizar la adecuada incorporación de la contabilidad de la Sociedad a la del Ayuntamiento y, en el caso de la Junta de Gobierno, la función relacionada con la anterior de valorar el impacto de esa incorporación contable desde la perspectiva del control del déficit, a los efectos de prevenir la realización de operaciones con reflejo contable que impidieran reducir el déficit por no haber propiciado los beneficios patrimoniales mínimos exigibles para el erario público.

Debe tenerse en cuenta también el concepto de gestor de fondos públicos que se recoge en la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el sentido de que para ser administrador del patrimonio público, a efectos de la responsabilidad contable, basta con haber ejercido un auténtico poder de disposición sobre los bienes o derechos menoscabados, aunque no se haya intervenido de forma directa en la ejecución de los pagos o en la ausencia de ingresos que hayan generado el daño. Así, en Sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, se indica que de acuerdo con el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 15 de su Ley Orgánica, estar a cargo de fondos públicos, como requisito de la responsabilidad contable, no exige que se realice un manejo directo de los mismos, basta con tener capacidad de decisión sobre su uso. El obligado a justificar la ausencia de numerario puede ser responsable contable directo aunque su cometido no incluya el manejo material de los fondos. En el mismo sentido, la Sentencia 10/1997, de 24 de julio.

— Tribunal de Cuentas — UNE A-4

RCM-FNMT

Por otra parte, la intervención de los demandados en la enajenación objeto de la controversia procesal supuso la infracción de diversas normas jurídicas que se exponen en los correspondientes fundamentos de derecho de la presente Sentencia, ya que su actuación provocó que la compraventa se hiciera a través de un procedimiento distinto del legalmente permitido y generador de un menoscabo injustificado en el patrimonio público.

La enajenación de los inmuebles a los que nos venimos refiriendo se aceptó por la EMVS, con fundamento en el Plan de Viabilidad aprobado y ratificado por los órganos a los que pertenecían los demandados y sin instrucción en contra por parte de los mismos, a un precio inferior al mínimo jurídicamente aceptable, razón por la que la participación de los demandados en esta operación ha supuesto un daño real, efectivo, económicamente evaluable e identificado en unos bienes concretos, requisito que para la responsabilidad contable exige el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Frente a este criterio no cabe estimar la alegación de los demandados de que lo que reclama la actora son daños meramente especulativos, *"sueños de ganancia"*, en terminología de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ya que el principal del alcance producido como consecuencia de esta compraventa se ha calculado tomando como referencia un criterio técnico y objetivo, legalmente autorizado, que permite determinar el precio por debajo del cual la enajenación resulta jurídicamente incorrecta, de manera que la diferencia entre ese precio mínimo jurídicamente avalado y el precio realmente recibido, no constituye una cifra especulativa o una previsión infundada sino un saldo deudor injustificado derivado de un daño real y efectivo en las arcas públicas.

Además, entre la actuación gestora de los demandados y los daños y perjuicios causados al erario público existe una relación de causalidad pues, la intervención activa de dichos demandados mediante la aprobación y ratificación del Plan de Viabilidad y la conducta pasiva de los mismos consistente en no emitir las instrucciones jurídicamente exigibles, dieron lugar a que la operación de compraventa se articulara de forma ilegal y culminara con un quebranto para los bienes y derechos de titularidad pública. El nexo causal apreciado, que se acaba de describir, se ajusta a los requisitos que para la responsabilidad contable exige la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencias como la 10/02, de 18 de diciembre, que afirma que "*existe nexo causal cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca*".

Debe añadirse también que, sin perjuicio de lo que, en su caso, pudiera decidirse en materia de dolo en las diligencias penales reabiertas, Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, como miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid y de la Junta General de la EMVS, incurrieron, al menos, en negligencia grave pues, al dar cobertura jurídica mediante el Plan de Viabilidad a la enajenación y al no dictar las necesarias instrucciones para que esta se ajustara a

Derecho, no previeron ni impidieron el perjuicio en el patrimonio público que la venta de los inmuebles iba a provocar. Este proceder no cumple el grado de diligencia que les era exigible en su calidad de administradores de recursos públicos, máxime cuando la venta afectaba a bienes que gozaban de un régimen especial de protección social, que estaban destinados a finalidades de interés público sensibles y que representaban una parte muy relevante del patrimonio inmobiliario de la EMVS (18 promociones completas de vivienda protegida, sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados - un total de 5.315 inmuebles-).

Esta ausencia grave de la diligencia exigible a los demandados no puede atenuarse alegando las posibles irregularidades imputables, en su caso, a otros administradores o encargados de la gestión patrimonial de la Sociedad pues, como dice la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia 12/06, de 24 de julio), la falta de cumplimiento de sus obligaciones por otros, cuando no imposibilita el ejercicio de las propias, no exime del deber de hacerlas efectivas.

Por otro lado, la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en una Jurisprudencia uniforme desde la Sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, viene reiterando que puede incurrirse en negligencia grave por acción (en este caso por la aprobación indebida de la enajenación), pero también por omisión (en el supuesto enjuiciado, por no haber dado las instrucciones necesarias para evitar una operación ilegalmente articulada e injustificadamente lesiva para los fondos públicos).

Los demandados, en definitiva, lo mismo que se indicó en su momento respecto del consejero delegado de la EMVS, ni se atuvieron al canon de diligencia cualificado exigible en la gestión de fondos públicos (por todas, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 15/04, de 26 de julio), ni agotaron los medios a su alcance profesional para prevenir y evitar el menoscabo del patrimonio público puesto a su cargo (Sentencias de esa misma Sala de Justicia, entre otras, 2/03, de 26 de febrero y 4/06, de 29 de marzo), ni adoptaron las mínimas cautelas necesarias para no incurrir en un descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones (Sentencia de la misma Sala de Justicia 11/04, de 6 de abril).

Si a lo argumentado en líneas precedentes unimos la plasmación de los hechos generadores de alcance en la documentación contable y presupuestaria de la EMVS y del Ayuntamiento, resulta evidente que concurren en la actuación de los demandados todos los requisitos de la responsabilidad contable previstos en los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo. En particular, su conducta se ajusta a lo establecido en el artículo 42.1 de la citada Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, para la responsabilidad contable directa, ya que cooperaron por acción y omisión, de forma decisiva, en la producción del alcance.

DECIMOCUARTO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado en los anteriores fundamentos de derecho, debe estimarse parcialmente la demanda formulada por la Representación Procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y, en su virtud, y, atendiendo a lo pedido en la demanda para cada responsable o grupo de responsables, procede:

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

a) Declarar la existencia de un alcance en los fondos públicos de la mencionada Sociedad que asciende a 25.752.103,63 euros de principal.

b) Declarar responsable contable directo por la suma total del principal de dicho alcance (25.752.103,63 euros) a D. Fermín Oslé Uranga, consejero delegado de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid SA en las fechas en las que se produjo el mencionado alcance.

c) Declarar responsables contables directos y solidarios de dicho alcance, pero solo hasta la cifra de 22.711.518 euros de principal, a Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, como miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid y de la Junta General de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid SA en las fechas en las que se produjeron las enajenaciones por las que se les reclama responsabilidad.

DECIMOQUINTO.- Por lo que respecta a los intereses exigibles a los responsables contables directos, deben calcularse de acuerdo con lo previsto en el artículo 71.4,e), en relación con el artículo 59.1, ambos de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Por ello, los intereses devengados hasta la fecha de la presente Sentencia se calcularán con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes los días en los que se fueron produciendo los daños y perjuicios constitutivos de alcance. En cuanto a los intereses devengados desde la fecha de esta Sentencia hasta la completa ejecución de la misma, se calcularán de acuerdo con lo prevenido en el artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El cálculo de los intereses se practicará en fase de ejecución de Sentencia, de acuerdo con la posibilidad legal contemplada en el artículo 71.4,a) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en los artículos 219 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 71.1,d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, supletoriamente aplicables de acuerdo con el artículo 73.2 de la citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y con la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo. Esta posibilidad legal de diferir la fijación de los intereses a la fase de ejecución cuenta, además, con respaldo jurisprudencial uniforme (así, Sentencias de 22 de abril de 2002 y 28 de julio de 2010, del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, Sentencias de 19 de abril de 2002 y de 10 de febrero de 2011 del Departamento Tercero de dicha Sección, y Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 1/2012 de 31 de enero y 5/2012 de 1 de marzo).

DECIMOSEXTO.- En cuanto a las costas, al haberse producido una estimación parcial de la demanda formulada por la representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, de acuerdo con el artículo 394.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil, estando exento del pago de costas el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 394.4 de la antes citada Ley Procesal Civil.

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

FALLO

Se estima parcialmente la demanda formulada por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., contra Don Fermín Oslé Uranga, Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral y se formulan en su virtud los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO.- Se cifran en VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (25.752.103,63 euros) de principal los perjuicios ocasionados en los fondos públicos de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.

SEGUNDO.- Se declara responsable contable directo por la totalidad de dicho perjuicio a Don Fermín Oslé Uranga. Se declara igualmente responsables contables directos a Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, pero solo hasta la cifra de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518 euros)

TERCERO.- Se condena a D. Fermín Oslé Uranga al pago de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (25.752.103,63 euros).

CUARTO.- Se condena a Doña Ana Botella Serrano, Doña María Concepción Dancausa Treviño, Don José Enrique Nuñez Guijarro, Don Diego Sanjuanbenito Bonal, Doña María de la Paz González García, Doña María Dolores Navarro Ruiz y Don Pedro María Corral Corral, a pagar la cantidad de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518 euros).

QUINTO.- Se declara que del total del principal del alcance, responden solidariamente todos los demandados hasta la cifra de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518 euros), respondiendo D. Fermín Oslé Uranga y no los restantes demandados de la suma de TRES MILLONES CUARENTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (3.040.585,63 euros), que completa la cuantía total del alcance producido.

—Tribunal de Cuentas— UNE A-4

RCM-FNMT

SEXTO.- Se condena a los declarados responsables contables directos al pago de los intereses devengados hasta la completa ejecución de la presente Sentencia, que se fijarán en fase de ejecución, con arreglo a los criterios incorporados al fundamento de derecho decimoquinto.

SÉPTIMO.- Sin imposición de costas.

OCTAVO.- Debe procederse a la contracción de la cantidad en que se cifra la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso, proceda.

Pronúnciese esta Sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes haciéndoles saber que, contra la presente resolución, pueden interponer recurso de apelación ante la Consejera de Cuentas, en el plazo de quince días, conforme a lo establecido en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así, lo pronuncio, mando y firmo.

La Consejera de Cuentas.- María Antonia Lozano Álvarez.- El Letrado Secretario.- Carlos Cubillo Rodríguez.- Firmados y rubricados.

Y para que conste y surta los efectos oportunos, expido la presente en Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

EL LETRADO SECRETARIO,

