



TRIBUNAL DE CUENTAS

Resolución	<i>Sentencia</i>
Número/Año	<i>13/2019</i>
Dictada por	<i>Sala de Justicia</i>
Título	<i>Sentencia nº 13 del año 2019</i>
Fecha de Resolución	<i>17/07/2019</i>
Ponente/s	<i>Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano</i>
Sala de Justicia	<i>Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano. Presidente Excmo. Sr. Don Felipe García Ortíz. Consejero Excma. Sra. Doña. Margarita Mariscal de Gante y Mirón. Consejera</i>
Voces	
Situación actual	
Asunto:	<i>Recurso de apelación nº 20/19, interpuesto contra la Sentencia nº 11/2018, de 27 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-124/17, del ramo de 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.</i>
Resumen doctrina:	<p><i>La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por la EMVS, sin imposición de costas, y estima los recursos interpuestos por las representaciones de las partes demandadas con la adhesión parcial del Ministerio Fiscal. Comienza analizando la excepción de falta de legitimación pasiva que ha invocado la representación procesal de quienes ostentaron, en su día, la doble cualidad de miembros de la Junta de Gobierno municipal de Madrid y de la Junta Universal de Accionistas de EMVS y concluye con su estimación.</i></p> <p><i>A continuación, y tras exponer la naturaleza del recurso de apelación, centra la cuestión debatida en determinar si, como ha resuelto la Juzgadora de instancia en la Sentencia recurrida, ha existido responsabilidad contable por alcance derivado de unas operaciones de enajenación del patrimonio inmobiliario de la EMVS, y concluye que los hechos enjuiciados no resultan subsumibles en el concepto legal de alcance que implica o presupone un perjuicio ilegítimo, real y evaluable económicamente.</i></p> <p>VOTO PARTICULAR: <i>Las discrepancias con la opinión de la mayoría se centran en parte de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho Noveno, Decimoquinto, Decimoctavo, Decimonoveno, Vigésimo, Vigesimalprimero, Vigesimaltercero y Vigesimalcuarto y, correlativamente, en el Fallo de la Sentencia votada en Sala.</i></p>
Síntesis:	<i>Se estiman los recursos de apelación debido a la inexistencia de un perjuicio real efectivo y determinado en los caudales públicos municipales.</i>



TRIBUNAL DE CUENTAS

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve

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

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante esta Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance A-124/17, del ramo de 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, contra la Sentencia Nº 11/2018, de 27 de diciembre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas D^a María Antonia Lozano Álvarez.

Han sido apelantes, en primer lugar, Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., representados por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Jiménez Padrón, habiéndose adherido, parcialmente, a su recurso de apelación el Ministerio Fiscal; en segundo lugar, ha sido, también, apelante Don F. O. U., representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Margarita López Jiménez, a cuyo recurso de apelación se ha adherido, también, parcialmente, el Ministerio Fiscal; y, por último, ha sido, igualmente, apelante la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), representada por la Letrada Doña Paloma Herranz Embid, a cuyo recurso de apelación se ha opuesto el Ministerio Fiscal, en todo lo que no resulte incompatible con la adhesión parcial de dicho Ministerio Público a los otros recursos de apelación presentados; y, como partes apeladas, de manera recíproca, los apelantes anteriormente señalados. Tanto apelantes como apelados han formulado los pertinentes escritos de oposición a los respectivos recursos, y, en el caso de los recurrentes representados por el Procurador de los Tribunales, Sr. Jiménez Padrón, éstos se han opuesto, parcialmente, al escrito de adhesión a su recurso presentado por el Ministerio Fiscal.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

“ FALLO

Se estima parcialmente la demanda formulada por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., contra Don F. O. U., Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C. y se formulan en su virtud los siguientes pronunciamientos:



TRIBUNAL DE CUENTAS

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 F. O. U. Se declara igualmente responsables contables directos a Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., pero solo hasta la cifra de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518 euros)

TERCERO.- Se condena a Don F. O. U. 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 A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C. 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 Don F. O. U. 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.

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“.

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada contiene las correspondientes relaciones de antecedentes de hecho, de hechos probados y de fundamentos de derecho en los que se detallan los particulares relativos a la eventual producción de un perjuicio y alcance en los fondos públicos de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), por un importe total de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (25.752.103,63 euros), del que el demandado Don F. O. U. debe responder en su totalidad, como responsable contable directo, y los demandados Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., como, también, responsables contables directos, hasta la cantidad de VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518



euros), cuantías, todas ellas, a las que se deben sumar los correspondientes intereses devengados, a calcular en fase de ejecución de sentencia.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, el Procurador de los Tribunales Don Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., interpuso recurso de apelación contra la misma, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal, el día 21 de enero de 2019.

En la misma fecha, la Procuradora de los Tribunales Doña Margarita López Jiménez, en nombre y representación de Don F. O. U., interpuso, asimismo, recurso de apelación contra la citada sentencia. Finalmente, con fecha 22 de enero de 2019 la Letrada Doña Paloma Herranz Embid, en nombre y representación de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), presentó, también, recurso de apelación contra la meritada sentencia. Mediante sendos escritos recibidos con fechas 29 y 31 de enero de 2019, las representaciones procesales, por una parte, de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., y de otra, de Don F. O. U., solicitaron que se incorporara como prueba al procedimiento el Auto de 23 de enero de 2019, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, donde se decretaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa abierta por los mismos hechos que se venían siguiendo ante este Tribunal de Cuentas.

Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Primero de Enjuiciamiento, de 30 de enero de 2019, se admitieron a trámite los recursos interpuestos, se dio traslado a las partes respectivas para que pudieran formular los pertinentes escritos de oposición y se acordó tener por unido a los autos el escrito de 29 de enero de 2019, de Don Carlos Jiménez Padrón, así como el Auto del Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, del día 23 del mismo mes y año, que lo acompañaba, a los efectos previstos en el artículo 464.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Mediante nueva Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Primero de Enjuiciamiento, de 1 de febrero de 2019, se acordó tener por unido a los autos el escrito de la representación legal de Don F. O. U., así como el Auto de 23 de enero de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, que lo acompañaba, igualmente, a los efectos previstos en el artículo 464.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante tres escritos, todos ellos, de fecha 20 de febrero de 2019, vino, respectivamente, a:

1.- oponerse al recurso de apelación interpuesto por la representación de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), interesando su desestimación y la correlativa confirmación de la resolución recurrida, en todo lo que no resultara incompatible con la adhesión parcial de dicho Ministerio Público a los otros recursos de apelación presentados contra ella;



TRIBUNAL DE CUENTAS

2.- adherirse parcialmente al recurso formulado por la representación de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C.;

3.- adherirse parcialmente al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don F. O. U.

En virtud de sendos escritos, ambos, con fecha de entrada en este Tribunal de Cuentas el día 21 de febrero de 2019, la representación de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS) formuló sus respectivos alegatos de oposición a los recursos de apelación interpuestos por los ya expresados recurrentes, por un lado, Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., y por otro, Don F. O. U.

También, el 21 de febrero de 2019, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la representación procesal de Don F. O. U., oponiéndose al recurso de apelación de la EMVS.

Asimismo, con fecha 21 de febrero de 2019, se recibió escrito del representante procesal de Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., por el que se oponía al recurso de apelación formulado por la EMVS.

Mediante Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Primero de Enjuiciamiento, de 28 de febrero de 2019, se tuvieron por unidos a los autos los anteriores escritos, acordándose dar traslado al representante procesal de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., y al representante procesal de Don F. O. U., de los escritos de adhesión a sus recursos de apelación presentados por el Ministerio Fiscal, para que, en el plazo de diez días, pudieran, si interesaba a su derecho, oponerse a la adhesión planteada.

Por escrito de 18 de marzo de 2019, el representante procesal de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., manifestó que se oponía, exclusivamente, al contenido del fundamento jurídico primero del escrito de adhesión a su recurso formulado por el Ministerio Público.

Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Primero de Enjuiciamiento, de 26 de marzo de 2019, se acordó elevar los autos a esta Sala de Justicia y emplazar a las partes para que comparecieran en el plazo de treinta días

CUARTO.- Una vez cumplimentados los trámites legalmente previstos, por Diligencia de Ordenación de 17 de mayo de 2019, la Secretaria de esta Sala de Justicia acordó abrir el rollo de Sala con el número 20/19 y nombrar Ponente al Consejero de Cuentas, Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.

QUINTO.- Con fecha 30 de mayo de 2019 se recibió en el Registro General de este Tribunal de Cuentas escrito de la Letrada Dña. Paloma Herranz Embid, en nombre y representación de la



EMVS, al que acompañaba copia del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 409/2019, que revoca el Auto de 23 de enero de 2019 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, solicitando se tenga por incorporado al procedimiento.

SIXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de Justicia de 3 de junio de 2019, se dio traslado del anterior escrito a las demás partes, por plazo de cinco días, a efectos de que manifestaran los que estimaran pertinente, de acuerdo con que preceptúa el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con fecha 5 de junio siguiente, el Ministerio Fiscal presentó escrito no oponiéndose a la incorporación a la causa del Auto 409/2019, antes citado, mientras que el 12 de junio de 2019, la representación procesal del Sr. O. U., formuló escrito en el que se manifestaba que tal aportación resultaba irrelevante para esta apelación. Asimismo, con fecha 13 del mismo mes, la representación procesal de la Sra. B. S. y otros presentó escrito en el que hizo constar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 460 en relación con el 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referidos a la práctica de la prueba o aportación de documentos en la fase de apelación, la admisión de tales documentos sólo procede junto con el escrito de interposición del recurso de apelación y no en un momento posterior, pues lo contrario determinaría dejar indeterminado el momento en el que el órgano jurisdiccional dispone de los medios y elementos sobre los que fundar su resolución, generando una profunda inseguridad jurídica, y, en cualquier caso, que el auto que se pretende incorporar resulta absolutamente ajeno a sus representados, en la medida que se refiere a un procedimiento en el que no son parte.

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de junio de 2019 se dictó Auto por esta Sala de Justicia en el que se acordó: “**1º)** INCORPORAR al rollo de apelación como prueba documental el Auto de fecha 23 de enero de 2019 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, de sobreseimiento provisional y archivo de actuaciones; el Auto de fecha 11 de febrero de 2019, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el anterior Auto de 23 de enero de 2019; y el Auto 409/2019, de 27 de mayo, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, mediante el que se revoca el Auto de 23 de enero de 2019 referido.

2º) DENEGAR el recibimiento a prueba para la práctica de la documental consistente en que se remita oficio a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación de la Comunidad de Madrid, a fin de que emita certificación sobre cuáles eran los precios máximos como vivienda protegida de las 18 promociones de vivienda protegida y elementos vinculados y no vinculados aplicables en la venta de estos inmuebles en octubre de 2013”.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de esta Sala de Justicia de 28 de junio de 2019 se acordó tener por concluso el presente recurso, así como pasar los autos, al Excmo. Sr. Consejero Ponente, a fin de preparar la pertinente resolución.

NOVENO.- Por Providencia de 3 de julio de 2019, esta Sala señaló para deliberación y fallo del recurso interpuesto, el día 10 de julio de 2019, fecha en que tuvo lugar el citado trámite. En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.



DÉCIMO.- Mediante Providencia de fecha 9 de julio de 2019, se acordó no haber lugar a admitir el escrito presentado por la representación de Don F. O. U., a tenor de lo establecido en el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los recursos de apelación presentados por las representaciones procesales de las partes actora y demandadas, con la adhesión parcial del Ministerio Fiscal a los recursos de estas últimas, esta Sala de Justicia se remite a lo debatido y resuelto en el Auto dictado, con fecha 19 de junio de 2019, acerca de los escritos presentados por las referidas partes en solicitud de la admisión, como prueba sobrevenida, de las resoluciones dictadas en la jurisdicción penal (Autos de 23 de enero y de 11 de febrero de 2019 del Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, y Auto nº 409/2019, de 27 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid) y de la petición de documental, solicitada mediante OTROSÍ en el recurso de apelación de la EMVS, cuyo acuerdo consta, transcrito en su literalidad, en el Antecedente de Hecho Séptimo de la presente sentencia.

TERCERO.- La Sentencia recurrida, dictada el 27 de diciembre de 2018, refiere, en su Fundamento de Derecho Primero, que los hechos en que se basa la pretensión de la parte actora fueron investigados en las Actuaciones Previas nº 1/17 de este Tribunal de Cuentas, basadas, a su vez, en el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado 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, poniendo de manifiesto lo que entiende, con carácter general, como graves irregularidades apreciadas en el referido informe, y haciendo mención de la intensa eficacia probatoria de la que gozan los informes de fiscalización. No se hace referencia, sin embargo, en dicho fundamento al hecho de que en el acta de liquidación levantada, en su día, en la fase de instrucción ante este Tribunal, se concluyó que los hechos valorados, de acuerdo con el reflejo que de los mismos había efectuado el Ministerio Fiscal, no eran susceptibles de generar un presunto alcance contable en los fondos públicos, por lo que no cabía interpretar un ilícito contable.

A continuación, ya en el Fundamento de Derecho Segundo de dicha Resolución, se recogen los términos de la pretensión actora, plasmados en su escrito de demanda, y referidos a varias operaciones de ventas de inmuebles efectuadas en 2013, que se pueden resumir en lo siguiente:



- 1) Enajenación por la EMVS de 34 viviendas y dos plazas de garaje a las sociedades “A. I., S.L.” y “M. T. I., S.L.” por un total de 2.072.246,32 €, y llevada a cabo, esencialmente, en dos fechas diferentes, el 21 de febrero y el 28 de octubre de 2013. Se señala en la demanda que las viviendas objeto de esta enajenación eran libres, y, por lo tanto, no sujetas a régimen alguno de protección, encontrándose vacantes en el momento de la venta, por lo que no sería de aplicación en las distintas 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 rige el régimen de adjudicación de locales comerciales, plazas de aparcamiento y otros bienes inmuebles, cuya titularidad corresponda a la citada EMVS, sino el régimen patrimonial general aplicable a la venta de bienes públicos, con el necesario respeto de los principios de publicidad y concurrencia. Se alega que las viviendas se malvendieron, pues el precio antes indicado fue muy inferior al de mercado, al que habría podido alcanzarse en una subasta que no llegó a celebrarse, y al propio valor catastral de las viviendas.

- 2) Enajenación de 18 promociones completas de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y de otros inmuebles no vinculados que suponían un total de 5.315 inmuebles, a las sociedades “F. V., S.L.U.” y “F. G., S.L.U.”, concretamente, 1.860 viviendas, 1.797 plazas de aparcamiento vinculadas y 1.569 trasteros vinculados pertenecientes a 18 promociones de vivienda protegida en Madrid, arrendadas bajo los regímenes de viviendas con protección pública para arrendamiento (VPPA), viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra (VPPA-OP) y viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de contra para jóvenes (VPPA-OP-J). Asimismo, enajenación de 89 elementos no vinculados a dichas viviendas, concretamente, 25 locales comerciales, 62 plazas de garaje y 2 trasteros, bajo los regímenes de protección correspondientes a sus respectivas promociones.

Se expone en la demanda que estos inmuebles, también, se malvendieron a pérdida, al resultar su precio inferior al valor contable, al precio máximo como viviendas de protección pública, al valor catastral, y al precio de mercado. Por otra parte, se incide en que la enajenación se produjo sin tasación previa de los bienes, dejando la fijación del precio al criterio de los ofertantes, sin informes de viabilidad económica, sin pliegos comprensivos de las condiciones del proceso y venta, y sin publicidad de los criterios, supuestamente, arbitrarios por los que se valorarían las ofertas de los interesados. Se establece, igualmente, que la enajenación se adjudicó verbalmente a una empresa, rectificando esta decisión días después sin justificación, aceptando el adjudicatario modificaciones en el precio de la compraventa y en los inmuebles objeto de esta, al venderse algunos que no estaban incluidos en el anuncio de venta y que no pudieron ser contemplados en las ofertas de los participantes en la operación.



Asimismo, se hace referencia a que el proceso de enajenación habría comenzado antes de la fecha del anuncio de venta, publicado el 3 de mayo de 2013, y que, aunque dicho proceso se enmarcara dentro del Plan de Viabilidad de la EMVS, este último no se aprobó hasta el 20 de junio de 2013, fecha posterior a la tramitación de las ventas objeto del presente procedimiento. También, se reclama el gasto derivado de un innecesario contrato de intermediación que habría generado un perjuicio al erario público.

En apoyo de la postura de la parte actora se relacionan, a continuación, diferentes alegaciones con citas normativas, doctrinales y jurisprudenciales para acreditar la existencia de un daño a los fondos públicos y la responsabilidad contable de los diferentes demandados. Finalmente, el suplico del escrito de demanda solicita:

1. “Se cifren los daños y perjuicios causados en los caudales públicos en los siguientes importes (que atienden al valor de mercado) más los correspondientes intereses legales generados y que se generen:
 - a) Por la enajenación de las 34 viviendas: 4.059.695,48 euros.
 - b) Por la enajenación de las 18 promociones: 120.772.310 euros.
 - c) Por la intermediación innecesaria: 2.392.775 euros.”
2. “De forma subsidiaria, para el caso de que no se atienda la petición principal, se solicita que se cifren los daños y perjuicios causados en los caudales públicos atendiendo a un valor mínimo razonable de los mismos. En este momento procesal, se fija como tal el valor catastral de los inmuebles, lo que resulta en los siguientes importes más los correspondientes intereses legales generados y que se generen:
 - a) Por la enajenación de las 34 viviendas: 1.080.669,69 euros.
 - b) Por la enajenación de las 18 promociones: 56.200.986 euros.
 - c) Por la intermediación innecesaria: 2.392.775 euros.”

La petición de responsabilidad directa se postula frente a Don F. O. U. y el resto de demandados, Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C.

La Asociación de Afectados y Afectadas por la Venta de Viviendas Públicas EMVS, que había formulado demanda contra las mismas personas que figuraban en la demanda de la EMVS, tras haber sido requerida por Decreto de fecha 29 de noviembre de 2017 para que procediera a subsanar aquella, haciendo constar la cuantía concreta que reclamaba a todos y cada uno de los demandados, mediante escrito de 15 de diciembre de 2017, solicitó que se la tuviera por desistida y apartada del procedimiento.



CUARTO.- Frente a la resolución de instancia, en la que se estima la existencia de perjuicio y un alcance en los fondos públicos de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), por un importe total de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (25.752.103,63 euros), del que el demandado Don F. O. U. debe responder en su totalidad, como responsable contable directo, y los demandados Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., como, también, responsables contables directos, hasta la cantidad de VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS (22.711.518 euros), cuantías, todas ellas, a las que se deben sumar los correspondientes intereses devengados, a calcular en fase de ejecución de sentencia, han interpuesto recurso de apelación las representaciones procesales de los demandados, esto es, por un lado, de Don F. O. U., y por otro, de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., e, igualmente, ha interpuesto recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, partes todas, que han procedido a articular su impugnación de la Sentencia dictada en primera instancia, de conformidad con lo que, resumidamente, se refleja a continuación, comenzando con el recurso de apelación de la representante procesal de Don F. O. U., que inicia el mismo exponiendo un relato de hechos objeto del procedimiento ante este Tribunal de Cuentas, en el que se hace mención de:

- 1- Las operaciones de venta realizadas por la EMVS en 2013, referidas a la venta de 34 viviendas libres y dos plazas de garaje por un precio total de 2.072.246,32 €, efectuadas los días 21 de febrero y 18 de octubre de 2013; la venta de 18 promociones de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados por un precio total de 128.500.000 €, llevada a cabo el 31 de octubre de 2013; y el abono a la “UTE I. D. U., S.L. y P. D. C., S.L.” de 1.196.387,50 € (factura 1/2013) y 1.196.387,50 € (factura 2/2104), en pago de los servicios de intermediación inmobiliaria prestados en la venta de las 18 promociones de vivienda, anteriormente reseñadas.
- 2- La difícil situación económica por la que atravesaba la EMVS en los ejercicios anteriores al proceso de venta de los inmuebles citados, acreditada por el balance de situación de la empresa incluido en la auditoría de dicha entidad, que habría hecho necesaria la operación señalada para sanear las cuentas de la sociedad y evitar su disolución.
- 3- El hecho, soslayado en la sentencia recurrida, de que la Intervención General de la Administración del Estado había comunicado al Ayuntamiento de Madrid, con fecha 17 de enero de 2013, la reclasificación institucional de la empresa, que suponía una modificación del régimen jurídico aplicable a la misma en materia presupuestaria, contable y financiera, por lo que, desde ese momento, quedaba sometida a las disposiciones del artículo 4.1 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, y, por tanto, obligada a alcanzar los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera por sus propios medios y procedimientos de mercado, bajo la supervisión de



la Concejalía de Hacienda del Ayuntamiento de Madrid. Esta comunicación habría agravado considerablemente la situación de la EMVS, que no tuvo otra opción que vender parte de sus inmuebles para evitar haber entrado en causa de disolución automática, por imperativo legal. La cita que se hace en la sentencia del citado Real Decreto habría sido para los equivocados efectos de someter a la EMVS a las normas de contratación pública, cuando lo cierto es que los contratos de venta de inmuebles están expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

- 4- Las operaciones de compraventa objeto de la demanda supusieron un resultado económico que permitió que la EMVS, no solo subsistiera, sino que cumpliera en 2013 tanto las previsiones del Plan de Viabilidad, como las obligaciones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, invirtiéndose la tendencia y las magnitudes de ejercicios anteriores y que la empresa se situara en cifras de equilibrio patrimonial y solvencia financiera.
- 5- Los actos objeto del presente procedimiento no fueron impugnados por nadie, ni en la jurisdicción civil, ni en sede contencioso-administrativa, contando, además, con la aprobación del Consejo de Administración y Junta General de Accionistas de la EMVS, así como con el apoyo de todos los órganos que intervinieron en el proceso de venta y el respaldo de los servicios técnicos y jurídicos de la citada EMVS, habiendo sido, finalmente, aprobados, también, por la Comunidad de Madrid, con el sustento de los informes externos emitidos por empresas del máximo prestigio internacional, en donde se establecía que el momento era apropiado para vender, dada la existencia de un alto interés de inversores para adquirir carteras de esa tipología en España.
- 6- La venta de los inmuebles respetó plenamente el principio de publicidad, a pesar de que dicha publicidad no fuera necesaria en los términos recogidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al estar excluida, expresamente, de su ámbito de aplicación, habiéndose publicado la referida venta en una plataforma especializada, en la página web de la EMVS y en un diario de tirada nacional, lo que se tradujo en la presentación de hasta cinco propuestas diferentes, cuatro ofertas firmes y una carta de intenciones que, finalmente, no se tradujo en una oferta como tal.
- 7- El procedimiento competitivo para la venta se desarrolló con absoluta regularidad y plenas garantías de concurrencia, habiéndose incrementado el precio desde la primera propuesta de la empresa ganadora, e, incluso, con el desacuerdo de otra empresa que hizo una oferta similar, pero que no asumió el mantenimiento de una renta mínima durante un período de diez años, por lo que no puede entenderse que el mismo sólo se hiciera para cubrir las apariencias, tal como se afirma en la sentencia recurrida.
- 8- Las ofertas fueron analizadas por un órgano técnico de la EMVS, del que no formaba parte el Consejero Delegado, que concluyó que la opción mejor era la ofrecida por la empresa finalmente seleccionada. Esta oferta estaba sujeta a una “due diligence”



confirmatoria. La auditoría puso de manifiesto determinadas incidencias no apreciadas previamente, tales como la existencia de deficiencias de flujo de caja neto y un aumento de los impagos de rentas en esos meses de 2013, que obligaban a efectuar un pequeño ajuste en el precio de dos millones de euros, y que fue aprobado por la Dirección Económica de la EMVS.

- 9- Ninguno de los actos o acuerdos dictados por la EMVS en el proceso de venta fue objetado, cuestionado o recurrido por ninguno de los diferentes órganos, Administraciones, personas físicas o jurídicas, que han intervenido en el mismo. La sentencia no concreta una sola vulneración de la normativa económico financiera para concluir la existencia de alcance, limitándose a aducir meras irregularidades administrativas ajenas a la jurisdicción contable.
- 10- La sentencia soslaya hechos de enorme importancia para resolver el procedimiento, como el desistimiento de la demanda que formuló en su momento la Asociación de Afectados y Afectadas por la venta de Viviendas Públicas por la EMVS, que denota la inexistencia de cualquier afección a los particulares, el acta de liquidación provisional dictada en las Actuaciones Previas 1/17, que aparece más que fundado, pero que según la Consejera “se limitó a aplicar una interpretación jurídica insuficiente para abarcar la complejidad del régimen jurídico mixto de este tipo de sociedades”, y, por último, la postura defendida por el Ministerio Fiscal, que, a la vista de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada, pidió el archivo de las actuaciones al concluir que no había existido perjuicio, ni responsabilidad contable de los demandados.

Los motivos, propiamente, del recurso se articulan a continuación en los siguientes términos:

En primer lugar se realiza una consideración preliminar sobre la sentencia apelada, afirmando que

- a) No existió daño a los caudales públicos. La sentencia deduce el menoscabo de meros “sueños de ganancia” (precio máximo de venta de vivienda protegida o valor catastral) que no pueden justificar una condena por alcance, alterando radicalmente los términos en que se planteó el debate procesal y negando la evidencia de unos servicios que nadie discutió y que están efectivamente acreditados. No existe falta de numerario, al estar acreditado el ingreso de las cantidades estipuladas en las ventas y justificado el pago de los servicios por el buen fin de la operación.
- b) No existió acción antijurídica alguna. La sentencia se inventa la infracción a la normativa contable presupuestaria, cuya contravención sería imprescindible para concluir la existencia de alcance, ya que las decisiones de la EMVS se ajustaron, tanto a la naturaleza jurídica de la mercantil, que es una sociedad anónima sujeta al derecho privado, como a los negocios jurídicos celebrados, que fueron contratos patrimoniales de compraventa, excluidos expresamente del ámbito de contratación pública y de patrimonio de las Administraciones Públicas.



- c) No existió actuación culposa alguna de los dirigentes de la EMVS, sino todo lo contrario, esto es, una actuación diligente, respaldada, en todo caso, por los servicios técnicos y jurídicos de la empresa, por el Plan de Viabilidad aprobado por la EMVS, por el Ayuntamiento de Madrid y por la Comunidad Autónoma, que logró invertir las pérdidas de la empresa, evitando su disolución y la supresión de 300 puestos de trabajo.

Como reflexión final se hace la pregunta retórica de cuál hubiera sido la valoración de los hechos si los dirigentes de la EMVS, a pesar de la obligatoriedad de cumplir los objetivos de sostenibilidad financiera con un Plan de Viabilidad que exigía la enajenación de activos y un riesgo inminente de disolución de la empresa, hubieran seguido convocando subastas, a sabiendas del fracaso de las anteriores o se hubieran cruzado de brazos. Se entiende que sería entonces cuando podría haberse acusado a los administradores de no haber tomado las medidas necesarias para evitar un resultado perjudicial, y no, como fue el caso, adoptando decisiones impecables, desde un punto de vista contable, en la defensa del patrimonio público de la mercantil.

A continuación se articulan los motivos del recurso, examinando por separado los diferentes requisitos para que se declare la existencia de responsabilidad contable.

Respecto de la Inexistencia de menoscabo a los caudales públicos:

- 1- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTCu), al apreciar la existencia de alcance en la enajenación de las 18 promociones completas de vivienda protegida, por haberlo sido por un precio inferior al “mínimo jurídicamente exigible”. La Consejera de Cuentas partió de la premisa de que “la mala situación económica” de la EMVS no podía por sí sola fundamentar una operación perjudicial para la integridad del patrimonio público, entendiéndolo que al ser públicos los inmuebles y el fin de la EMVS, con la aplicación de las políticas sociales el precio de venta debería haberse adaptado a lo que se denomina en la resolución recurrida “ordenada administración y tutela de su patrimonio inmobiliario”. Asimismo, añade que, en opinión de la Juzgadora, la venta se hizo, indebidamente, sin tasación previa, por un precio inferior al “valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como Viviendas Públicas Protegidas”, sin justificar por qué se realizó una venta conjunta de las 18 promociones, y sin que pueda oponerse a ello el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, que permite la venta de viviendas por promociones completas de vivienda protegida a “precio libre”.

Manifiesta el apelante que no comparte las premisas de que parte la sentencia ni las afirmaciones que contiene por las siguientes opiniones:

- a) La sentencia deduce la existencia de alcance de un precio que no es real, sino teórico. No puede aceptarse que se considere que ha habido menoscabo a los



caudales públicos por no haberse alcanzado el “valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como Viviendas Públicas Protegidas”, ya que ese indicador es un precio meramente hipotético que las viviendas podían haber alcanzado, o no. Entiende, pues, que para apreciar un alcance tiene que existir un daño concreto, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo exigible siempre una perfecta e inequívoca constatación de la existencia y cuantía de los daños causados al erario público. Al referir la sentencia el supuesto daño a un dato teórico, sin tener en cuenta factores como la situación económica de la empresa, el estado del mercado inmobiliario o el fracaso de las subastas previamente convocadas por la EMVS, la Consejera de Cuentas se basa en una pura especulación, “en sueños de fortuna”, que no pueden identificarse con un perjuicio real y efectivo.

- b) Aun ignorando lo anterior, carece de toda lógica equiparar un valor máximo, que es un dato teórico, al precio de mercado de un bien en un momento determinado, que responde a criterios completamente distintos, como es la conjunción entre la oferta y la demanda. Mucho más cuando se trata de una venta conjunta de 18 promociones, con más de 5.300 inmuebles, cuyo precio global nunca puede equipararse a la suma del precio de los mismos, individualmente considerados. Incide el recurrente en que en la página 44 de la sentencia se rechaza la aplicación del informe T. aportado, al afirmar textualmente que “no resulta metodológicamente 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 lo que existe una abierta contradicción que invalida, así, su alegato sobre el supuesto alcance en este punto.
- c) La sentencia recalca correctamente la necesidad de atender al “valor fiable de mercado” de un bien, concluyendo que el precio de mercado de un inmueble es el que se fija por el juego de la oferta y la demanda, por lo que no se entiende el afán de la sentencia por rebuscar referencias alternativas al valor de mercado, cuando lo tenía acreditado en las actuaciones, al disponer de cuatro ofertas de compra de las 18 promociones formuladas confidencialmente por cuatro inversores diferentes en un proceso competitivo. Estas ofertas no diferían sustancialmente, lo que permitía concluir que el precio finalmente pactado estaba dentro del valor razonable o fiable de mercado.
- d) No puede aceptarse la premisa de la que parte la Consejera de instancia, al considerar que la mala situación de la EMVS no justifica una operación perjudicial para la integridad del patrimonio público, pues esta es una jurisdicción contable en la que se trata de valorar si una determinada operación, realizada en un momento dado, ha causado, o no, perjuicio a los caudales públicos, por lo que resulta, no solo necesario, sino fundamental tener en cuenta la situación económica de la empresa pública y la propia situación del mercado inmobiliario, la necesidad de



venta y la propia existencia de compradores, como expuso el Ministerio Fiscal en el acto del juicio. No cabe apreciar alcance en una operación que permitió a la EMVS, no sólo invertir su situación económica, sino sencillamente subsistir.

- e) No puede sostenerse que el precio pactado fuera “manifiestamente inferior al valor del mismo”, como se afirma en la sentencia, pues fue un precio de mercado, y mucho menos deducir la existencia de alcance de la inclusión en un contrato patrimonial de cláusulas “injustificadamente lesivas para el patrimonio público” al amparo de la sentencia de la misma Consejera de Cuentas 5/2016, de 13 de mayo, ya que la misma fue revocada por la sentencia de esta Sala 18/2016, de 14 de diciembre.
 - f) Las anteriores consideraciones se realizan a efectos puramente dialécticos, porque el supuesto enjuiciado está expresamente regulado en el artículo 18 del Reglamento de Viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid (vigente desde el Decreto 74/2009, de 30 de julio y, posteriormente, en el Decreto 59/2013, de 18 de julio) que permite la enajenación de promociones completas y a precio libre, con el sólo requisito de la autorización previa de la Administración Autonómica y la subrogación del comprador en los derechos y obligaciones del vendedor. Se afirma que la sentencia recurrida intenta soslayar ese precepto, que no se ve afectado por lo dispuesto en los artículos 12 y 24.3.c) de esa misma norma con una interpretación tan forzada de aquél que le lleva a concluir justo lo contrario de lo que dice, pues donde el artículo 18 del Decreto 74/2009 permite la venta a “precio libre”, la sentencia pretende concluir que se refiere a “precio limitado”, y ello, en virtud de la aplicación supletoria de preceptos que la Consejera de Cuentas declara inaplicables a las empresas públicas (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) y del artículo 3 del Código Civil, que precisamente establece, como primer criterio hermenéutico, la necesidad de interpretar las normas “según el sentido propio de sus palabras”, que en este caso es inequívoco. No hubo ausencia de numerario, porque consta que el precio (aprobado por el Consejo de Administración de la empresa y ubicado en la parte alta de la horquilla de precio fijada previamente por una consultora de prestigio internacional como PwC, y contando con la cobertura del Plan de Viabilidad refrendado por la propia EMVS y el informe favorable de los órganos del Ayuntamiento de Madrid) fue abonado, no hubo ninguna cuenta injustificada, y no se dejó de ingresar importe alguno que estuviera pendiente de abonar a las arcas públicas, por lo que no puede hablarse de alcance.
- 2- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTcu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTcu), al apreciar la existencia de alcance en el pago de los servicios de intermediación inmobiliaria a la “UTE I. D. U.,



S.L. – P. D.C., S.L.”, concluyendo que ni en el contrato de intermediación originario, ni en ningún título jurídico posterior se incluía la venta de los 5.315 inmuebles finalmente enajenados, por lo que, a juicio de la Juzgadora, la intervención se hizo sin título jurídico habilitante y sin que quedara acreditado el cumplimiento de la prestación del contrato. Entiende el recurrente que esta conclusión no es admisible por las siguientes consideraciones:

- a) La sentencia altera radicalmente los términos del debate procesal planteado entre las partes, con vulneración del artículo 60 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y resultado de indefensión (artículo 24.1 de la C.E.) porque la EMVS demandante no cuestionó en momento alguno la realidad de los servicios de intermediación. En la página 21 de la demanda se afirma literalmente “prueba de la intervención de esta intermediación en el proceso de venta fue el reconocimiento expreso que hizo la entonces Presidenta de la EMVS, Doña M. P. G. G...), y, por contra, la Consejera argumentó la innecesaridad de esa intermediación, al haberse celebrado un procedimiento de concurrencia competitiva, lo que supone haber resuelto sobre una cuestión completamente diferente a la discutida en el procedimiento de reintegro por alcance, incurriendo, así, en una manifiesta vulneración del principio dispositivo que rige estas actuaciones (artículo 60 Ley 7/1988) y de la doctrina de este Tribunal de Cuentas.
- b) La alteración de los términos del debate afecta, igualmente, al informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, documento que la Consejera de instancia eleva a la categoría de prueba de cargo del alcance, sin caer en la cuenta de que el mismo fue mencionado en el presente procedimiento por la parte actora, por primera vez, en el acto del juicio, sin citarlo antes en la demanda, ni aportarlo como prueba, ni incorporarlo a las actuaciones, con patente vulneración del principio dispositivo que rige estas actuaciones y evidente resultado de indefensión de las partes (artículo 24.1 C.E.), que no han podido alegar sobre el mismo, rebatirlo o proponer y practicar prueba susceptible de desvirtuarlo. Discrepa de la “intensa eficacia probatoria” que se atribuye al citado informe de fiscalización y entiende que la cita de las sentencias de la Sala de Justicia, que se incorpora al correspondiente fundamento jurídico de la resolución recurrida no es adecuada, ya que se trata de supuestos diferentes.
- c) Se llama la atención sobre la selectiva aplicación en la sentencia de los informes de la Cámara de Cuentas, al hacer suyo el aprobado el 30 de junio de 2016, que no consta en las actuaciones, y omitir toda consideración al informe jurídico de esa misma Cámara de 19 de abril de 2016, que fue acompañado, junto con su contestación a la demanda, por la representación del Sr. O. U. En este informe se concluye que la enajenación es un negocio privado, no sujeto a ningún procedimiento específico y excluido de la legislación de contratos del sector público, que sólo impone el deber de observar los principios generales de la



contratación pública. Se critica que se atiende a ese informe de 30 de junio de 2016 y no al acta de liquidación provisional levantada en la fase de Actuaciones Previas el 25 de mayo de 2017, precisamente, sobre la base de ese informe, donde se rechaza de manera motivada la existencia de alcance.

- d) La sentencia realiza una sorprendente interpretación de los hechos para concluir que no hubo título jurídico para unos servicios de intermediación inmobiliaria que nadie se atrevió a cuestionar, ya que se prestaron, tal como quedó acreditado en período de prueba, al ser reconocidos tanto por el representante de “I. C. A., S.L.”, como por el Director de los Servicios Jurídicos de la EMVS, y, asimismo, en la carta de reconocimiento del cliente y en las facturas emitidas. Estos documentos complementan y corroboran el encargo, acreditando la existencia de los servicios y el buen fin de la operación.
- e) La conclusión vertida en la sentencia recurrida de que no se ha prestado el servicio, porque el contrato de intermediación no incluía los inmuebles finalmente enajenados o porque el mismo no se amplió, resulta inane. El contrato incluía una relación de inmuebles y admitía, expresamente, la posibilidad de ampliar o reducir la relación de los recogidos en el Anexo sin ningún límite implícito o expreso, tal como se corroboró en la prueba testifical practicada. El hecho de que no conste la notificación formal de esa ampliación, a pesar de que sí se comunicó a todas las empresas, no significa que no se ampliara la relación, sin que la empresa intermediaria, que sería en todo caso la perjudicada por la no comunicación de la ampliación formulara objeción alguna.
- f) En la sentencia se aduce que, como el informe de valoración de las ofertas sólo incluía las presentadas entre el 3 y el 17 de mayo de 2013, la oferta inicial presentada por B. en febrero de 2013 no estaba amparada por el contrato de intermediación. Sin embargo, este argumento decae ya que todas las ofertas sucesivas presentadas por quien resultó finalmente comprador, y que en realidad forman parte de la misma proposición, fueron consecuencia de la intermediación de la “UTE I. D. U., S.L. – P. D.C., S.L.”, y que el hecho de que el informe de valoración de las ofertas sólo incluyera formalmente la oferta de 17 de mayo, como versión actualizada de la presentada por B. en febrero de 2013, no significa, obviamente, que esa oferta no fuera traída al proceso por intermediación de la UTE citada. Nadie discutió la prestación de los servicios de intermediación, y no puede haber alcance porque el pago de esos servicios es el cumplimiento de los compromisos anteriormente adquiridos en el contrato de intermediación que la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid había fiscalizado sin ningún tipo de objeción. Tampoco puede existir alcance cuando el precio pactado fue un porcentaje del precio de venta (con la limitación prevista en el contrato inicial que jugaba a favor de los intereses de la EMVS), pues sólo se abonaría en caso de que concluyera con éxito la operación, y que, además, se redujo en un porcentaje



significativo respecto del precio convenido. Resulta evidente que las prestaciones realizadas tienen cobertura en el contrato de intermediación y que su ejecución material está acreditada, por lo que no cabría apreciar la existencia de alcance.

3- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTCu), al apreciar la existencia de alcance en la reducción del precio de venta de las 18 promociones de viviendas. Discrepa el recurrente de que en la sentencia no se admita como probados los datos objetivos y la metodología del cálculo que llevó a la EMVS a aceptar la reducción de 2.000.000 € del precio propuesta por la parte compradora y que esa falta de justificación se encaje en la descripción técnico-jurídica de alcance.

- a) Se hace constar que desde el principio la parte actora no fundamentó de manera expresa la demanda de alcance en la “disminución de precio” a que alude la sentencia, pues la única referencia que se dedica a este particular se encuentra en la página 15 de la demanda, que, en apenas tres líneas, afirmó que la aceptación de la oferta se hizo “sin que conste ninguna documentación justificativa de la disminución de precio, de las razones alegadas por la empresa seleccionada, ni en general de la postura mantenida por la EMVS al respecto”, lo que significa que en la sentencia se eleva a la categoría de alcance lo que no fue sino una afirmación completamente marginal de la actora.
- b) Entiende que sí existe justificación documental en las actuaciones del precio finalmente convenido, tal como recoge la propia sentencia. Así la carta dirigida por M. R. E., S.L. a la EMVS el 12 de julio de 2013, en la que la compradora informó de las deficiencias de flujo de caja neto y aumento de los impagos de rentas puestos de manifiesto en la “due diligence” que obligaban a realizar un pequeño ajuste en el precio propuesto (documento nº 48 de la demanda). A esa carta sigue otra de la EMVS, de 18 de julio de 2013 (documento nº 51 de la demanda) en la que la EMVS aceptó la oferta en los términos convenidos, y, finalmente, el acta del Consejo de Administración de la EMVS celebrada el 24 de julio de 2013 (documento nº 80 de la demanda) en el que el Consejero Delegado dio cumplida y detallada información sobre el ajuste de precio acordado. Asimismo, en la testifical del Director General de Gestión de la EMVS, a propuesta de la actora, se reconoció el especial incremento de la morosidad en esos meses y la aprobación del reajuste del precio por la Dirección Económica de la EMVS. Se afirma que ninguno de esos datos y documentos fue impugnado, cuestionado, contradicho o rebatido en el procedimiento.
- c) Aceptando, aún, a efectos dialécticos, que la reducción del precio no estuviera documentada, debe concluirse la inexistencia de alcance. El precio finalmente convenido, incluso con el ajuste definitivamente acordado de 128.500.000 €, encaja perfectamente dentro de la valoración formulada por PWC (117.000.000 -



135.000.000 €), siendo muy superior al precio estimado en el Plan de Viabilidad (112.000.000 €) y en línea con el precio de mercado, al coincidir sustancialmente con el ofertado por otros participantes en el proceso de compra. La oferta estaba sometida a una “due diligence”, por lo que no cabía considerarla como inmodificable. Podría haber existido alcance si se hubiera escriturado la venta de un inmueble por un precio determinado y se hubiese ingresado un precio inferior, pero el “ajuste” se hizo sobre una oferta sometida todavía a una auditoría, cuyo cometido era apreciar aspectos que se desconocían o estaban ocultos.

- d) La sentencia recurrida basa sus pronunciamientos en resoluciones anteriores del Tribunal de Cuentas no aplicables al supuesto contemplado. Concretamente, la sentencia 6/2003, de 14 de mayo, tuvo por objeto un alcance en el que el cuentadante aportó una documentación ficticia para intentar minorar el saldo deudor que tenía una cuenta pública, y la sentencia 12/2006, de 24 de julio, versó sobre la desaparición de dinero en efectivo de la caja de caudales de un ayuntamiento, como consecuencia de la falta de diligencia de quienes estaban obligados a custodiarla.
- 4- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTcu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTcu), al apreciar la existencia de alcance en la enajenación de las 34 viviendas libres y dos plazas de garaje, por entender la Consejera de instancia que se había efectuado por un valor inferior al mínimo atribuible a esos inmuebles, a pesar de reconocer que los mismos no estaban sujetos a ningún régimen de protección y que su venta pudo realizarse mediante la aplicación de normas de derecho privado. Sin embargo, en la sentencia se establece que su valor no podía ser inferior a lo que denomina “valor mínimo que puede considerarse acreditado”, que, en este caso, identifica con la suma de los valores catastrales, concluyendo que se ha producido alcance por la diferencia entre estos últimos y el precio finalmente obtenido en escritura pública. Este razonamiento, estima el recurrente, incurre en tres errores fundamentales y cualquiera de ellos lo invalida por completo.
- a) Al referir la sentencia el alcance al “valor mínimo atribuible” a los inmuebles, la Juzgadora habría incurrido, nuevamente, en el error de medir el menoscabo a los caudales públicos en meras expectativas de precio y, por tanto, en puras hipótesis. La exigencia para que se de responsabilidad contable necesita de la existencia de un perjuicio que tiene que ser real, efectivo y evaluable económicamente, no pudiendo identificarse, en ningún caso, con el mejor precio que se hubiera podido conseguir en la venta de los inmuebles, lo que no deja de ser un perjuicio potencial basado en una mera expectativa o ganancia contingente conocido como sueños de ganancia o sueños de fortuna, citando, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005. La testifical del Sr. I., propuesta por la actora,



fue concluyente al reconocer que el precio finalmente fijado fue absolutamente razonable y un precio de mercado.

- b) El segundo error en el que incurre la sentencia es identificar el “valor mínimo atribuible a un inmueble” con su valor catastral, al no ser asimilable al valor de mercado, y menos, si se utiliza para apreciar menoscabo a los caudales públicos en el caso de que no se alcance el mismo en la venta de un bien público. El valor catastral se obtiene aplicando un método (Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio) y con una finalidad muy diferente a las utilizadas para determinar el valor de mercado (Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo). El calor catastral se calcula siguiendo un procedimiento específico, como es la ponencia de valores, y no tiene por finalidad estimar el valor de mercado de los inmuebles, sino la base de determinados impuestos, particularmente el IBI. No tiene sentido traerlo como elemento de comparación del valor de mercado, sobre todo, cuando se hace en un momento diferente al de la ponencia de valores y en una época de fuerte crisis económica, con unas circunstancias inmobiliarias muy diferentes a las vigentes en la fecha en que tales valores se calcularon.
- c) El tercer error en que incurre la sentencia es equiparar el valor en venta conjunto de 34 viviendas y 2 plazas de garaje con la suma individual del valor de cada uno de estos inmuebles. La propia sentencia afirma en su página 44 el rechazo a la aplicación del informe T. aportado, porque “no resulta metodológicamente correcto” equiparar el valor de mercado de un conjunto de inmuebles con la suma del valor individual de cada uno”. En consecuencia, no se puede sostener que el precio mínimo de una venta completa de 34 viviendas y 2 plazas de garaje sea equiparable con la suma del valor catastral de cada uno de estos inmuebles, individualmente considerado.

Respecto de la inexistencia de vulneración a la normativa contable y presupuestaria:

- 5- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTcu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTCu), al apreciar la existencia de alcance, pese a no existir ninguna acción u omisión susceptible de generar responsabilidad contable. La Consejera de Cuentas declaró que la EMVS no se regía sólo por las normas de derecho privado, propio de las relaciones mercantiles, sino que debía respetar algunos requisitos materiales y formales exigidos por el derecho público.
 - a) La conclusión sobre la responsabilidad contable resulta inconsistente en derecho y sólo puede ser calificada de voluntarista. A pesar de citar numerosos preceptos de forma genérica en la página 73 de la sentencia, no se invoca ni se reproduce uno sólo donde se declare que la concreta actuación que es objeto del procedimiento de alcance queda sometido a una norma pública que pueda considerarse vulnerada.



- b) Las normas jurídicas citadas genéricamente en la sentencia, referidas a la pretendida infracción de preceptos de contratación pública no forman parte de la normativa presupuestaria, cuya infracción pudiera dar lugar a la responsabilidad por alcance. Tal como tiene declarado el Tribunal Supremo (Auto de 22 de septiembre de 2005), la eventual infracción de los principios de publicidad y concurrencia no implica, por sí sola, la vulneración de la normativa presupuestaria y contable, según exige el artículo 49.1 de la Ley 7/1988. La liquidación provisional de 25 de mayo de 2017 puso de manifiesto que las irregularidades denunciadas quedarían, en todo caso, comprendidas, en el supuesto hipotético de que existieran, en la esfera de lo administrativo, pero no en la jurisdicción contable.
- c) El argumento principal de la sentencia, que es la supuesta sujeción de los hechos objeto del procedimiento a las normas de contratación pública es abiertamente contrario a la letra y al espíritu de la legislación sobre contratación, pues, al tratarse de una compraventa de bienes patrimoniales, resulta de aplicación directa el artículo 4.1 p) del TRLCSP, que excluye expresamente del ámbito de la citada ley a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Tal exclusión, como se argumentó en la contestación a la demanda, no es casual, sino consecuencia inmediata y directa de las normas comunitarias, en particular, de la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. Al margen de la claridad de la lectura del título de la norma, el considerando 24 de la Directiva justifica expresamente la exclusión en los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles. Este tipo de contratos, conforme dispone el artículo 4.2 del TRLCSP se regulan “por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse. De ello se deduce que dichos contratos se rigen por su regulación específica (en este caso el artículo 1 de los estatutos de la EMVS y 85 ter LRRL) y que los principios de la Ley de Contratos sólo se aplican en caso de dudas o lagunas. Por tanto, no cabe interpretar que, por vía de esa remisión, resultan aplicables, en todo, los principios o reglas de la Ley de Contratos, como se hace en la sentencia.

Ninguna de las normas citadas en la sentencia justifica la responsabilidad contable atribuida al Sr. O. U.

- Así, la Sentencia del TJUE, de 16 de octubre de 2003 declaró que una empresa mercantil estatal creada para satisfacer necesidades de carácter general debe quedar sujeta a las normas de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, cuando aquí se trata de la compraventa de bienes patrimoniales, expresamente excluida de las directivas comunitarias.



TRIBUNAL DE CUENTAS

- El artículo 1 de los Estatutos de la EMVS y 85 ter del LRBRL establecen que las sociedades mercantiles se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, lo que no incluye las enajenaciones de inmuebles, que el TRLCSP excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación.
- Los artículos 173 y siguientes de la Ley 7/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, regula el patrimonio público del suelo, y nada tiene que ver con las cuestiones planteadas en el procedimiento de reintegro por alcance.
- Los artículos 2.2 y 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, disponen la aplicación de la Ley de Patrimonio a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración Local y entidades de derecho público, y, por tanto su inaplicación a la EMVS, como sociedad mercantil municipal, con forma de sociedad anónima, cuyo régimen legal se acomoda íntegramente al derecho privado.
- El artículo 50 de la Ley 3/200, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid es completamente inaplicable a la EMVS, en virtud del artículo 2.3 de la propia ley, que excluye de su ámbito de aplicación a los bienes y derechos de las sociedades mercantiles de la Comunidad de Madrid.
- La declaración de la EMVS como entidad integrada en el subsector “Administraciones Públicas” por parte de la Intervención General del Estado resulta irrelevante, ya que, al margen de no tratarse de norma alguna con efectos jurídicos, lo fue, como expresamente indica la misma, a los efectos de contabilidad nacional y del protocolo sobre el déficit excesivo.
- El artículo 4 del TRLCSP es la norma que excluye, expresamente, las enajenaciones de bienes inmuebles del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública, por lo que resulta sorprendente que la sentencia lo invoque para justificar la conclusión contraria.
- El artículo 1 del Reglamento de Adjudicación de Viviendas de Protección Pública, de 30 de octubre de 2012 es inaplicable, porque se refiere a la adjudicación de viviendas de protección pública y el procedimiento trata de la venta de promociones y viviendas.
- El informe de PwC, al margen de que no es una norma ni tiene eficacia jurídica, recomendó seguir un procedimiento competitivo y ordenado, la búsqueda de potenciales compradores adicionales y la puesta a disposición de información clara y adecuada que soporte el precio objetivo, tal como se hizo por la EMVS.



- La contratación del asesoramiento de PwC, como de los servicios de intermediación de la “UTE I. D. U., S.L. y P. D. C., S.L.” siguiendo los trámites previstos en el TRLCSP, no es ninguna contradicción, como se pretende ver en la sentencia, sino la estricta aplicación del ordenamiento jurídico, que somete la contratación de servicios a las normas de contratación pública y excluye, de manera expresa, las enajenaciones de bienes inmuebles, según el artículo 4.1 p) del TRLCSP.

Respecto de las operaciones objeto del procedimiento de reintegro por alcance:

- a) La venta de las 18 promociones de vivienda protegida, 34 viviendas libres y dos plazas de garaje no estaba sometida a las normas de contratación pública, y, por ello, no era necesario elaborar, previamente, pliegos, ni seguir los trámites de adjudicación previstos en el TRLCSP. A pesar de ello, consta acreditado que la EMVS respetó el principio de publicidad (plataforma “belbex”, página web de la empresa, Anuncio en el diario El País y perfil del contratante con las 18 promociones completas). Hubo una valoración previa de PwC, dentro del conocimiento de dicha consultora sobre este tipo de activos, y el precio fue el resultado del juego de oferta y demanda, mejorado en un procedimiento competitivo entre las cuatro empresas que presentaron ofertas, con los requisitos y condiciones, así como obligaciones de los ofertantes.
- b) El pago de los servicios de intermediación se hizo en cumplimiento de los compromisos adquiridos previamente por la EMVS y como consecuencia de unos servicios que, efectivamente, se prestaron. La sentencia invoca, como infringidos en este punto, las “disposiciones de derecho público impulsoras de la buena gestión financiera”, sin concretar ninguna de ellas, “los preceptos del derecho financiero que el Código Civil dedica a las fuentes de las obligaciones y a la ejecución de los contratos”, sin más precisión y el artículo 225 del Texto Refundido de las Ley de Sociedades de Capital, que establece el deber general de diligencia de los administradores, que es, precisamente, el que ha cumplido el recurrente, al evitar que la EMVS incurriera en causa de disolución o concurso.
- c) El ajuste de precio se hizo de forma justificada e informando adecuadamente a los miembros del Consejo de Administración del EMVS, que no solicitaron información adicional ni formularon reproche u objeción alguna.

Respecto de la inexistencia de alcance, al no existir culpa ni negligencia grave:

La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 y 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTcu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento (LFTCu), al apreciar la existencia de negligencia grave en la actuación de Don F. O. U., ya que ha quedado demostrado que no hubo alcance y que no se vulneró norma alguna de derecho público que fuera aplicable, ni principios



de buena gestión financiera, sino todo lo contrario, ya que permitió subvertir la delicadísima situación económica y financiera que tenía la EMVS en ese momento, contando con las directrices marcadas por los servicios técnicos y jurídicos de la empresa y del Ayuntamiento de Madrid. Entiende que, por las mismas razones, ninguna responsabilidad puede concurrir en los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid ni en la Junta de Accionistas de la EMVS, también demandados en el procedimiento.

Termina su recurso preguntándose qué hubiera sido de la EMVS si se hubiera seguido aplicando el procedimiento de subasta, pese a estar demostrado que no era efectivo, que las pujas hubieran quedado desiertas y que las ventas no se hubieran realizado.

Solicita que se dicte sentencia por esta Sala, revocando la apelada con desestimación íntegra de la demanda y absolución de su mandante de todas las pretensiones formuladas en su contra, con expresa imposición a la parte actora de las costas de la primera instancia.

QUINTO.- Por su parte, el recurso formulado por el Procurador de los tribunales Don Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., comienza con una consideración previa, al entender que no concurren los requisitos para la declaración de responsabilidad contable, citando, en apoyo de su postura, sentencias del Tribunal Supremo y de esta Sala de Justicia. Entiende que la condena a sus mandantes es totalmente infundada, ya que aquéllos no tenían a su cargo la gestión y administración de los bienes de la EMVS, que no ha existido un daño o perjuicio en el patrimonio público de la citada EMVS, que no ha habido infracción normativa alguna, y menos aún de la normativa presupuestaria o contable, y, finalmente, que no existe relación de causalidad entre la conducta de los integrantes de la Junta de Gobierno y el pretendido daño sufrido.

Los motivos en los que se basa su recurso son los siguientes:

- 1- La sentencia habría vulnerado los artículos 2 b) y 15.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley 7/1988, de su Funcionamiento, ya que los miembros de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid no son encargados de la gestión de fondos públicos de la EMVS. En este motivo se impugnan los fundamentos de derecho sexto y decimotercero de la sentencia recurrida, en los que se incardina a los citados miembros dentro de un concepto amplio de cuentadantes, argumentando que los mismos,
 - a) ni en su condición de miembros de la Junta de Gobierno, ni en su condición de Junta General hayan formado parte de la cadena de ingresos y gastos de la sociedad mercantil municipal, ni, mucho menos, hayan tenido una capacidad de decisión en los fondos de dicha sociedad, ni participado de manera relevante en la gestión de aquella. Ninguno de los tres fundamentos en los que se apoya la sentencia de instancia para apreciar la legitimación pasiva de tales miembros permite sostener fundadamente y con arreglo a derecho que los integrantes de la



Junta de Gobierno eran gestores del patrimonio de la EMVS. Con cita de dos sentencias de esta Sala de Justicia, el representante de los recurrentes argumenta que éstos, como integrantes de la Junta de Gobierno, no pueden responder de ningún quebranto, en el caso de que hubiera existido, del patrimonio de la EMVS, ya que ello ería obviar que tiene personalidad jurídica propia, diferenciada de la del municipio (artículos 116 del Código de Comercio y 33 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). La condición de gestor de caudales y efectos públicos sólo concurre en quienes los recauden, intervengan, administren, custodien, maneje o utilicen, y mediante el Plan de Viabilidad no se realiza ninguna de estas acciones, por lo que resulta imposible jurídicamente atribuir a dicho documento gestión relevante alguna de fondos públicos. La aprobación de un marco de actuación, de un programa o de una estrategia, como era el Plan de Viabilidad, no constituye acto alguno de administración del patrimonio de la EMVS, que sería la condición para poder ser declarado responsable contable.

- b) Respecto de las pretendidas omisiones como Junta de Gobierno, se argumenta que tampoco la facultad de dictar directrices vinculantes para las empresas municipales y una pretendida omisión de la obligación de actuar, implica atribuir a la Junta de Gobierno la responsabilidad en el manejo de los fondos y bienes públicos de la EMVS, que sería el presupuesto de cualquier responsabilidad contable. Alude al artículo 17.1.b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, tomado en la literalidad de las funciones del artículo 5.1.j) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, para mostrar que, si se llevara al extremo el razonamiento de la sentencia de instancia, al Consejo de Ministros se le podría atribuir responsabilidad por todos los actos, acciones y omisiones de cualquiera de los órganos de la administración del Estado. Cita varias sentencias de esta Sala en apoyo de su tesis, insistiendo que la función de dirección política atribuida a la Junta de Gobierno Local no la convierte en gestora de todos y cada uno de los bienes de las empresas municipales.
- c) En relación con la actividad de los demandados, como miembros de la Junta General, se alega que dicha Junta General es ajena a la gestión del patrimonio social, cometido reservado a los administradores y a los apoderados nombrados por estos. Discrepa de que el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia recurrida establezca que la Junta General “tenía la potestad para dictar instrucciones a la Sociedad...”, ya que en la época en la que se produjeron las enajenaciones la intervención de la Junta en asuntos de administración estaba restringida a las sociedades de responsabilidad limitada, no a las anónimas, el Plan de Viabilidad no sujetó en ningún momento a la ratificación de la Junta General la enajenación de las promociones inmobiliarias, y, en cualquier caso, estas instrucciones vacían las facultades de los administradores que pueden incumplirlas. También, comenta la paradoja de la sentencia de instancia en la que resultan condenados los integrantes de la Junta General y el Apoderado, pero no



los miembros del Consejo de Administración. Señala que resulta llamativo que la Consejera de Cuentas mantuviera, como ponente, en la sentencia 4/2017 de esta Sala de Justicia la necesidad de que la gestión de los fondos públicos sea directa y relevante para que se pueda generar responsabilidad, recayendo, en ese supuesto, en el gerente autor de los hechos y no en el órgano de administración, no ya en la Junta General, de una sociedad mercantil. Se llama la atención sobre el hecho de que si se pudiera considerar, a efectos dialécticos, la omisión de un deber jurídico expresamente impuesto por una norma (algo que no existe para la Junta General y aún menos para la Junta de Gobierno respecto a la gestión del Consejero Delegado de una sociedad mercantil), ello podría dar lugar, en su caso, a una responsabilidad subsidiaria, por lo que resultaría imprescindible agotar previamente la responsabilidad de aquellos que la tuvieran directa, es decir la de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad mercantil. Se incide en que resulta habitual que esta Sala de Justicia analice la posible responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración en los supuestos de actos realizados por un Consejero Delegado o un Gerente, pero que no se ha dado el caso de tratar de alcanzar a la Junta General con esa responsabilidad, siendo inaudito que se haga olvidando al Consejo de Administración, cuyos miembros no han sido traídos al proceso, para construir una especie de responsabilidad “per saltum”.

- 2- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley 7/1988, de su Funcionamiento, ya que no se infringió normativa contable o presupuestaria alguna. Se impugna aquí el fundamento jurídico undécimo de la sentencia de instancia, ya que la jurisdicción contable sólo puede declarar responsables a quienes menoscaben fondos públicos con infracción de normas contables o presupuestarias. Tras citar diversas resoluciones de esta Sala, la representación de los apelantes muestra su disconformidad con la sentencia recurrida, cuando afirma que “las actuaciones de la EMVS enjuiciadas en el presente procedimiento de reintegro por alcance no sólo estaban reguladas por la normativa de derecho privado, sino también por determinados principios y preceptos de derecho público, lo que no fue apreciado en la liquidación provisional (sic), 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 mercantiles que también son públicas”. Se argumenta que la expresión genérica “determinados principios y preceptos” no es suficiente, ya que es necesario que se infrinjan preceptos de naturaleza contable o presupuestaria de obligado cumplimiento para los gestores, sin que en la enumeración de las “infracciones jurídicas” que se hace en las páginas 74 y 75 de la sentencia se cite un solo precepto de derecho positivo vulnerado. Critica la argumentación de la resolución de instancia al citar la sentencia de 16 de octubre de 2003 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues no cabe extrapolar tal argumento al supuesto que nos ocupa, ya que, en cualquier caso, los contratos de compraventa de bienes inmuebles quedan excluidos



por mor del artículo 4.1.p) del TRLCSP. Pasan los recurrentes a criticar la lista de preceptos que la sentencia considera vulnerados en su página 73, utilizando, una argumentación prácticamente similar a la empleada por la representación del Sr. O. U. en su recurso, que puede darse por reproducida. También, combate la afirmación que se hace en la sentencia de que se han transgredido principios de publicidad y concurrencia, y aunque discrepa de que ello hubiera ocurrido, entiende que la eventual infracción de estos principios no implica, por sí sola, la vulneración de la normativa presupuestaria y contable, tal como se exige por el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal. Citando la sentencia 21/2010 de esta Sala, que remite a otra del Tribunal Supremo, la representación de los recurrentes afirma que en un supuesto de posible existencia de alcance en el seno de una sociedad mercantil pública, ésta se encuentra sometida al derecho privado y son sus órganos de gobierno los que asumirán las eventuales responsabilidades. La venta de las promociones no vulnera norma alguna presupuestaria o contable y tal enajenación se hizo al amparo de lo establecido en 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 por las previsiones de la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, y dicho Reglamento contempla de manera expresa la posibilidad de enajenar viviendas por promociones a operadores privados, en cualquier momento y a precio libre, con las únicas condiciones de la autorización de la Administración y la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones derivados del régimen de protección pública.

- 3- La sentencia habría vulnerado los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas y 59.1, inciso final y 72.1 de la Ley 7/1988, de su Funcionamiento, en virtud de la inexistencia de alcance, por no haberse acreditado la realidad de los daños. Se combate el contenido del fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida, con abundantes citas de sentencias de esta Sala y del Tribunal Supremo, pues entiende que para que pudiera darse la existencia de un daño efectivo por la enajenación de un bien público a un precio inferior al que le corresponda, habría resultado imprescindible que la parte actora hubiera articulado unos medios de prueba bastantes para demostrar que el precio real de las 18 promociones controvertidas era notable y evidentemente superior al precio de la compraventa, pues no basta con sostener que se podría haber obtenido uno superior, ya que los daños determinantes de la responsabilidad contable han de ser siempre reales, efectivos y evaluables económicamente, no meramente posibles o contingentes. La sentencia de instancia se aparta de los principios expuestos y concluye la existencia de un daño a los fondos públicos de la EMVS por importe de 22.711.518 € en razón de la diferencia del precio obtenido en la venta y un valor que, sin ser aportado por la parte demandante, la propia Juzgadora considera que es el apropiado, aplicando, para llegar a tal conclusión, razonamientos fuera de la jurisdicción contable y desconociendo los principios de justicia rogada y de congruencia. Recuerda que la representación de los recurrentes se



opuso a los valores esgrimidos por la parte actora, como únicos discutidos en la primera instancia, señalando la falta de fiabilidad del informe pericial y la no idoneidad de los valores catastrales, y que la sentencia aceptó la tesis de esta parte demandada, al rechazar los parámetros esgrimidos por la parte actora. Sin embargo, en lugar de dar por terminado su análisis en este punto, la sentencia se adentra en el estudio de otras formas de valorar los inmuebles enajenados, que ni actora ni demandados plantearon en primera instancia: el valor neto contable y el valor máximo posible de venta de aquellos, decantándose, al final por este último. Cuestiona que se haya dado cumplimiento al principio dispositivo, pues en ningún momento las partes del proceso trajeron a colación la posibilidad de calcular el precio de las promociones inmobiliarias, por lo que la representación procesal de los demandados y hoy recurrentes manifiesta que la aplicación del valor máximo de venta de las viviendas de protección oficial no es idóneo para cifrar el valor real de los inmuebles, y, por tanto, el importe de los pretendidos daños causados al erario público. Insiste en que el hecho de que la Juzgadora haya procedido a construir un criterio propio para justificar un supuesto daño contraviene los límites de un proceso rogado, pues se trata de disquisiciones más propias de la función fiscalizadora que de la jurisdiccional, con razonamientos voluntaristas y tautológicos para reiterar un discurso circular, esto es, los precios máximos de venta de las viviendas protegidas son el mínimo para enajenarlos a terceros, porque no es admisible una solución contraria. No hay precepto alguno que autorice la decisión de la sentencia recurrida, citando para apoyar esta afirmación distintas sentencias del Tribunal Supremo. Entiende que la sentencia de instancia, excediéndose en sus funciones jurisdiccionales, incurre en incongruencia y construye un criterio para olvidar el concepto de “valor fiable de mercado”. En todo caso, y en lo que respecta a valorar cuestiones de oportunidad, no cabe cuestionar, como se hace en la sentencia apelada, la decisión de enajenar las promociones inmobiliarias ni el momento de hacerlo, ya que el reproche a tales extremos, si no entrañan infracción de normativa presupuestaria o contable, es ajeno a la función jurisdiccional de este Tribunal. La sentencia se contradice a sí misma cuando, tras afirmar en su página 44 que no cabe equiparar el valor de una venta completa de 18 promociones de vivienda con la suma del precio individual de todas y cada una de ellas, finalmente acepta una valoración que consiste en sumar el precio máximo de venta de las viviendas, individualmente consideradas.

- 4- La sentencia habría vulnerado el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por inexistencia de dolo o negligencia y ausencia de nexo causal entre la actuación de los miembros de la Junta de Gobierno y el pretendido daño.

La sentencia apelada reconoce en su página 72 que no existe una normativa completa y estructurada de las sociedades mercantiles como la EMVS, resultando evidente la complejidad de los razonamientos empleados en aquella para tratar de demostrar las infracciones jurídicas presuntamente cometidas. Entiende que no es posible sostener la existencia del ánimo doloso o culposo requerida por el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, ya que la aprobación del plan de



viabilidad, como única acción adoptada por parte de los integrantes de la Junta de Gobierno, se produce

- a) Después de la efectuada por el Consejo de Administración, que es el órgano responsable de la gestión del patrimonio social y a cuyos integrantes, recuerda, no se ha traído a este proceso.
- b) Tras un informe firmado el 20 de junio de 2013 por la Jefa del Departamento de Contratación y los Directores de los Servicios Jurídicos y Suelo y de Gestión, donde se afirma la sumisión de la enajenación de las promociones al ordenamiento privado, exclusivamente.
- c) Con el informe favorable de la Intervención General.
- d) Con la autorización de la Consejería de Vivienda y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, que no objetó el procedimiento de enajenación.

Finaliza su recurso, solicitando que se dicte sentencia por esta Sala, revocando la apelada con desestimación íntegra de la demanda y absolucón de sus mandantes de todas las pretensiones formuladas en su contra, con expresa imposición a la parte actora de todas las costas del proceso.

SEXTO.- En lo que respecta a la parte actora, la Letrada Doña Paloma Herranz Embid, en nombre y representación de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. (EMVS), formula recurso de apelación contra la sentencia de instancia al mostrarse disconforme con el importe del precio máximo de los inmuebles comprendidos en la venta de las 18 promociones de vivienda protegida, así como con el criterio utilizado para determinar el daño al patrimonio público en la venta de las viviendas libres. Concretamente, los puntos que constituyen el objeto limitado del recurso son los siguientes:

- a) La cuantificación del “valor máximo como vivienda protegida” de los inmuebles comprendidos en la venta de las 18 promociones en 151.211.518 €, al entender que el cálculo de dicho valor, utilizado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aceptado como válido por la sentencia apelada, es erróneo. Consecuentemente, la corrección de este valor debe llevar a la modificación de la sentencia de instancia respecto del importe del daño causado al patrimonio público por esta operación de venta, determinado por la diferencia entre el mencionado valor y el precio de venta.
- b) De forma subsidiaria para dicha venta de 18 promociones de vivienda protegida, solicita y mantiene su pretensión de que se utilice el criterio del “valor de mercado” expresado en el informe de la empresa tasadora T., y, subsidiariamente a este, el del “valor catastral” de los bienes para la determinación del daño causado.
- c) Se impugna, asimismo, la utilización del valor catastral como criterio para el cálculo del daño en la otra operación, esto es, la venta de 34 viviendas libres y dos plazas de



garaje, al entender, como ya se hizo en la demanda, que debe utilizarse el valor de mercado expresado en el informe de T., manteniendo su petición subsidiaria de utilización del valor catastral.

- 1- Mantiene la apelante que, acepta íntegramente como impecable, por lo que no se recurre, el razonamiento contenido en la sentencia respecto a que, tratándose de bienes de titularidad pública y afectos a un fin social, la libertad de precio en la enajenación de las 18 promociones de vivienda protegida a los fondos de inversión no puede en ningún caso 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 del valor de los bienes enajenados, lo que implicaría un menoscabo injustificado en el patrimonio público”. Sin embargo, disiente e impugna el método utilizado para determinar dicho valor máximo, y, por lo tanto, el importe resultante de dicho cálculo, al entender que dicho cálculo, realizado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, es erróneo, tal como se ha manifestado en diversas fases del procedimiento. Sostiene que ya en las alegaciones, dentro de la fase de actuaciones previas, se señaló que el referido cálculo no era correcto, que la cantidad que se consideraba apropiada se reflejó en su escrito de demanda y se corresponde con la aplicación de lo dispuesto en 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 y la Orden 116/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Vivienda, por la que se adecúan y adaptan los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a lo dispuesto en el real Decreto 801/2005, de 1 de julio, y su modificación por Real Decreto 14/2008, de 11 de enero. Estima que la Cámara de Cuentas divide entre 2 el predio máximo de venta actualizado para las viviendas en alquiler, sin que este método esté amparado por norma alguna, así como que deja fuera del cálculo los elementos no vinculados, por lo que el importe global no comprende todos los inmuebles vendidos. A continuación relata cómo debería haberse efectuado el cálculo, aplicando la normativa en vigor en el momento de la venta, y cifrando el importe del daño causado al patrimonio público en 162.799.855 €.
- 2- Subsidiariamente, la representante de la EMVS solicita que se acepte, como valor para la venta de las 18 promociones, la aplicación del valor de mercado expresado en el informe de T. de 29 de diciembre de 2015 (249.272.310,92 €) y un daño consiguiente de 120.772.310 €, al no haberse tasado adecuadamente, antes de la venta, por los demandados, y, subsidiariamente a este, la aplicación del valor catastral de los bienes enajenados (186.933.900 €) y un daño causado de 58.433.900 €.
- 3- Se impugna, igualmente, el criterio de valor catastral utilizado en la sentencia en relación con la venta de las 34 viviendas libres y 2 plazas de garaje, entendiéndose que debería haber prevalecido el precio de mercado elaborado por T., con fecha 11 de octubre de 2017, que valora dichos inmuebles a la fecha de la venta en la cantidad de



6.131.941,80 €, y, en consecuencia, un daño de 4.049.695,48 €, aceptándose, no obstante, con carácter subsidiario, el daño establecido en la sentencia de instancia de 1.063.085,63 €.

Finaliza su recurso la representante letrada de la EMVS solicitando que se dicte sentencia por esta Sala en la que se estimen las cuestiones planteadas en su recurso, con confirmación de la sentencia de instancia en todo lo que se refiere a la determinación y reparto de responsabilidades entre los demandados por su actuación en las operaciones citadas. También, mediante OTROSÍ, pide que, para el caso de que se considere necesario, se reciba el procedimiento a prueba y se remita oficio a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación de la Comunidad de Madrid, a fin de que emita certificación sobre cuáles eran los precios máximos como vivienda protegida de las 18 promociones de vivienda protegida y elementos vinculados y no vinculados aplicables a la venta de estos inmuebles en octubre de 2013.

SÉPTIMO.- Con independencia de su oposición al recurso formulado por la representación de la EMVS, cuya desestimación solicita de manera expresa, el Ministerio Fiscal se ha adherido, parcialmente, al recurso formulado por la representación de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., interesando su estimación parcial y la revocación de la resolución recurrida. En lo que respecta a la falta de legitimación pasiva de los recurrentes, el Fiscal se opone al recurso de éstos e interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia atacada en este punto, toda vez que los demandados aprobaron el Plan de Viabilidad de la EMVS el día 20 de junio de 2013, como integrantes de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, y como Junta General Universal de la EMVS, al haberlo ratificado por unanimidad. Al encontrarse incluido dentro de las medidas del Plan de Viabilidad la “Enajenación de patrimonio de viviendas en alquiler”, resulta imposible negar que los recurrentes se encuentran legitimados pasivamente ante la jurisdicción contable, porque al aprobar y ratificar el referido Plan de Viabilidad realizaron un comportamiento relevante para la gestión de bienes pertenecientes a la misma.

En lo que se refiere a la falta de infracción de normas contables o presupuestarias, el Fiscal se adhiere parcialmente al contenido de este apartado del recurso, al entender aplicable a la EMVS los artículos 2.2 y 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, que se mencionan en el fundamento jurídico undécimo de la sentencia recurrida, pero cuestionable la aplicabilidad al contrato del resto de las normas que la sentencia identifica como vulneradas, desgranando, a continuación, la fundamentación jurídica en la que basa su afirmación, con especial mención del artículo 4.1,p) del TRLCSP, donde se excluyen del ámbito de la citada ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.



El Ministerio Fiscal se adhiere al contenido del apartado del recurso de apelación que denuncia la inexistencia de perjuicio, ya que no se ha acreditado la realidad de los daños, a la vista de las pretensiones de la demanda y teniendo en cuenta los principios de congruencia y dispositivo. La demanda formuló dos pretensiones y la sentencia, con la motivación que consta en ella, consideró ambas no fundadas, tanto la principal como la subsidiaria, por lo que, por aplicación del principio dispositivo y de congruencia, resultaba inevitable la desestimación de la citada demanda. Sin embargo, en vez de proceder a la desestimación, la sentencia recupera argumentos que la propia demanda declina utilizar en fundamentación de sus pretensiones, concluyendo la existencia de un perjuicio para los fondos públicos implicados. Entiende el Fiscal que se ha producido la vulneración del artículo 60 de la LFTCu, llegándose a una situación de incongruencia entre la tutela jurisdiccional interesada y la otorgada en perjuicio de los demandados y con vulneración del derecho de éstos a la tutela judicial efectiva, por lo que corresponde a esta Sala de Justicia, conforme al artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras revocar la sentencia de instancia, resolver las cuestiones objeto del proceso, especialmente, las dos pretensiones formuladas por la parte actora, siguiendo su propio criterio respecto de la apreciación de la prueba. En consecuencia, debería confirmarse el criterio de la Juzgadora de instancia sobre la falta de acreditación de la existencia de una diferencia entre el precio de venta de las 18 promociones de viviendas y el precio de mercado resultante del informe de tasación realizado por T. y, subsidiariamente, con el valor catastral de los bienes vendidos. Sin embargo, el Ministerio Público coincide con el contenido del recurso en cuanto a la falta de identidad entre el precio máximo de venta de las viviendas a los beneficiarios del régimen de protección con el precio mínimo de enajenación a quienes no se encuentren en tal situación; con la falta de justificación de la interpretación dada en la sentencia de instancia al concepto “precio libre” del artículo 18 del Decreto 74/2009; y sobre el defecto en la apreciación de la prueba, al guardar silencio la sentencia sobre el resultado de la prueba testifical de los representantes de las empresas que, habiendo presentado ofertas para la adquisición de las 18 promociones, no resultaron, finalmente, adjudicatarias, toda vez que de dicha prueba se infiere que el precio pagado se encontraba dentro de los rangos de mercado vigentes en aquel momento.

Asimismo, el Ministerio Fiscal hace referencia a la sentencia 24/2010, de 17 de noviembre, dictada por esta Sala de Justicia, en relación con que una mera expectativa de beneficio o esperanza de ganancia no puede dar lugar a un alcance en los fondos públicos. En lo que concierne a la inexistencia de dolo o negligencia grave y de relación de causalidad, el Fiscal se adhiere al recurso formulado, argumentando que no estando acreditado el daño alegado por la demandante, decae la imputación subjetiva y la relación de causalidad, al mismo tiempo que se dan una serie de circunstancias que obvian la posibilidad de realizar una imputación a los recurrentes, al menos, a título de negligencia grave. Ello se deriva de la existencia de informes emitidos desde diversas instancias no exclusivamente municipales, y entre ellas, de forma relevante, de la Intervención Municipal, que no cuestionaron la operación ni advirtieron en su contra, así como el de la Intervención General, de 19 de junio de 2013, del que se deriva que el comportamiento de los recurrentes resultaba conforme al canon de diligencia exigible. Finaliza



su escrito el Fiscal citando la sentencia de esta Sala 20/2017, de 13 de junio, y señalando que entre el citado comportamiento de los recurrentes y la venta realizada se interponen actos realizados por otras personas que permiten calificar a aquel como una causa remota e irrelevante. Por todo ello, solicita se dicte sentencia absolviendo a los recurrentes.

OCTAVO.- También se adhiere parcialmente el Ministerio Público al recurso de apelación formulado por la representación de Don F. O. U., manifestando que siendo varios los motivos de apelación coincidentes con los de los otros recurrentes, del ordinal anterior, los argumentos que expone son los mismos para este caso. Entiende que la impugnación alcanza al último párrafo del tercer hecho declarado probado por la sentencia, ya que su contenido no recoge un acontecimiento fáctico que ocurrió en un momento y lugar concretos, sino una valoración jurídica.

Insiste en la cuestión mencionada respecto del recurso de los otros demandados en lo que se refiere a la aplicación del principio dispositivo y a la necesaria congruencia entre lo pedido en demanda y resuelto en sentencia, así como en la no consideración como alcance de meras expectativas de beneficio. Abunda, igualmente, en la inexistencia de alcance en el pago de los servicios de intermediación, con apoyo en el contenido del Auto de sobreseimiento provisional y archivo dictado por el Juzgado de Instrucción número 38 de Madrid. También, se adhiere el Fiscal a la inexistencia de alcance por la reducción del precio de venta de las 18 promociones de viviendas protegidas, toda vez que la demandante, si bien consideró que no constaba justificación de la disminución del precio, ni de las razones alegadas por la compradora, ni de la postura de la EMVS, también es cierto que no entendió ese hecho como una partida de alcance distinta de la que resultaba de la venta de las 18 promociones citadas. Asimismo, se adhiere a la inexistencia de alcance en la enajenación de 34 viviendas libres y dos plazas de garaje, volviendo a dar por reproducidas las citas de sentencias efectuadas por el Ministerio Fiscal y los otros recurrentes respecto de los “sueños de fortuna”.

La adhesión parcial por el Fiscal a la inexistencia de vulneración de la normativa contable y presupuestaria se desarrolla con abundante cita de normativa aplicable y no aplicable al supuesto enjuiciado, concluyendo que la cuestión a dilucidar no es si se puede atribuir a los recurrentes la vulneración de alguna norma jurídica, porque la complejidad lo hace altamente probable, sino si ello resultaría imputable, al menos, a título de negligencia grave. Finalmente, se adhiere, de la misma forma, a la inexistencia de negligencia grave en el comportamiento del Sr. O. U., por no estar acreditado el daño alegado por la demandante, y porque su actuación no se vio cuestionada por los informes emitidos desde diversas instancias, no sólo municipales, obedeciendo, en todo caso, a lo establecido en un Plan de Viabilidad aprobado por un acuerdo no cuestionado de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento y ratificado por la Junta General de la EMVS, que resultaba obligatorio para los órganos ejecutivos de la sociedad, como lo era el recurrente. Como resumen de lo expuesto, el Fiscal interesa que se dicte sentencia revocando la de instancia y absolviendo al Sr. O. U.



NOVENO.- Una vez expuestas las alegaciones de las partes y, como cuestión previa, esta Sala debe pronunciarse acerca de la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el representante legal de los miembros integrantes de la antigua Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid. La representación procesal de dicha parte apelante ha impugnado el motivo Sexto de la Sentencia de 27 de diciembre de 2018, que examina tal excepción, y ha manifestado que sus representados no tenían a su cargo la gestión y la administración de la EMVS. Procede por ello el análisis de la citada excepción.

Es preciso recordar, en primer término, la distinción conceptual entre legitimación «*ad processum*» y legitimación «*ad causam*». La primera de ellas, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde su Sentencia de 10 de julio de 1982, a la que siguieron casi literalmente las Sentencias del mismo Tribunal de 24 de mayo de 1991 y 24 de mayo de 1995), es un instituto de derecho procesal, ligada a la facultad para comparecer en juicio que, a su vez, se liga a la capacidad de obrar, y que despliega sus mayores efectos prácticos en aquellas relaciones procesales en las que intervienen, como partes, personas jurídicas. Por el contrario, la legitimación «*ad causam*» entronca, no con la capacidad de obrar, sino con la capacidad jurídica y (según la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que hemos venido haciendo referencia) se trata de una institución de derecho sustantivo. Por eso, como ocurre en el presente caso, en la mayoría de los supuestos examinados por la jurisprudencia, la legitimación «*ad causam*», como componente sustantivo de la institución jurídica de la legitimación, viene a identificarse con la efectiva titularidad activa o pasiva de la relación jurídica concreta deducida en el litigio, y viene a ser una cuestión íntimamente ligada al fondo de la "*litis*" (ver, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1963, 16 de marzo de 1990, 23 de enero de 2001, 22 de febrero de 2001 y, más recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de ese Alto Tribunal, de fecha 2 de diciembre de 2013, que acoge, respecto a esta cuestión, la doctrina contenida en la de fecha 7 de junio de 2006).

Pues bien, como también ha manifestado esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, especialmente, desde su Sentencia de 14 de julio de 2004, el artículo 15 de la LOTCu clarifica el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable en relación con los artículos 2.b) y 38.1 de la misma Ley, cuando establece que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

Es decir, dos son las notas que caracterizan la responsabilidad subjetiva del ilícito contable:

- a) la rendición de cuentas;
- b) la relación especial "*de facto*" en que se hallan todos aquéllos que se vinculan a la gestión de los fondos públicos.

En el mismo sentido, el artículo 49 de la LFTCu concreta que la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que se desprenda de las cuentas que deben rendir



todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. La jurisdicción de este Tribunal se extiende, desde el punto de vista subjetivo, respecto de todo aquél que, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tenga la obligación de rendir cuentas de los mismos.

Por ello, para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener condición, sea o no funcionario, de cuentadante de fondos públicos, pues, no en vano, la jurisdicción de este Tribunal, como dice el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, «...se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos».

Pero, además, serán necesarios los restantes requisitos de la responsabilidad contable, esto es: menoscabo, actitud subjetiva de dolo, culpa o negligencia graves, y violación de norma presupuestaria o contable. Así, y como se ha indicado anteriormente, considerando que corresponde al Tribunal de Cuentas, según el artículo 2.b) de la LOTCu, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable de aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, y que, según el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1.988, las pretensiones de responsabilidad contable son predicables de cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, resulta fácil deducir que sólo pueden ser sujetos de responsabilidad contable aquellos que tengan la condición de cuentadantes de fondos públicos.

Como ha puesto de manifiesto esta Sala de Justicia, de manera reiterada (Sentencias de 18 de abril de 1986, de 10 de julio y 9 de septiembre de 1987, de 29 de julio de 1992, de 28 de febrero de 2001, 14 de septiembre de 2004 y de 30 de septiembre de 2009), la extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la aludida Ley Orgánica del Tribunal, no a cualquier persona, sino, solamente, a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos», ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros Órganos jurisdiccionales.

Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por los artículos 39 y siguientes de la propia Ley Orgánica repetida, en cuanto que recogen como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida (artículo 39.1), al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas (artículo 39.2), a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionarios (artículo 40). A mayor abundamiento, el artículo 49.1 de la LFTCu, atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición pero siempre que administren, recauden o custodien fondos o valores públicos,



teniendo, precisamente por tales motivos, la obligación de rendir cuentas de dichos fondos o valores.

Finalmente, y por lo que se refiere a la regulación legal del concepto de legitimado pasivo, hay que recordar que es el artículo 55.2 de la LFTCu, el que lo define. Dicho artículo dice textualmente que: «*se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso*». Quiere ello decir que la definición legal de legitimado pasivo es, de nuevo, anudada por la Ley al concepto de ostentar las condiciones subjetivas precisas para poder ser declarado responsable contable directo o subsidiario. Y, refiriéndonos de nuevo al artículo 49 de la referida Ley, es necesario recordar que la reiterada doctrina de esta Sala (ver, por todos, el Auto de 12 de diciembre de 1996) estableció, de raíz, que la jurisdicción que ejerce este Tribunal, como las responsabilidades de que conoce, vienen legalmente adjetivadas «*de contables*».

De manera forzosa, pues, esta subespecie de la responsabilidad civil en que la contable consiste, ha de lucir o derivarse de las cuentas que deban rendir quienes manejan caudales o efectos públicos, y las infracciones legales que la determinan han de merecer, asimismo, el carácter de contables.

Y la misma doctrina mantenida por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha sido expuesta reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, dicho Alto Tribunal, en su Sentencia de 8 de noviembre de 2006, vino a reiterar que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable no puede alcanzar a cualquier persona que pertenezca al esquema organizativo de una Administración Pública pues, de admitir esa extensión, se produciría, como ya se ha apuntado, una invasión en la esfera de competencia de otros Órdenes jurisdiccionales al encontrarnos ante la sustanciación de la responsabilidad civil de terceros frente a esa Administración Pública.

Para la aplicación de tal doctrina a la presente “*litis*”, se advierte que la Excm. Sra. Consejera de instancia ha dado cumplida solución a la excepción procesal por la parte que fue demandada en autos, en el apartado 2º del Fundamento Jurídico Sexto, contenido en su Resolución.

Sostiene el representante legal de los apelantes que sus representados no formaban parte de la cadena de ingresos y gastos de la sociedad mercantil municipal ni tenían capacidad de decisión y gestión sobre los fondos, y que la Sentencia de Instancia aprecia la legitimación de los mismos, por haber aprobado el Plan de Viabilidad, que diseñó el marco jurídico que dio cobertura a las controvertidas enajenaciones que ratificó en su condición paralela la Junta General de la Empresa, por tener la facultad de dictar directrices vinculantes a la Sociedad sobre su gestión económico-financiera, y por ostentar en su condición de Junta General de la Sociedad las funciones sobre las cuentas que la legislación mercantil atribuye a éstos órganos de las empresas.



Esta Sala, hasta el presente momento, nunca ha declarado la responsabilidad de la Asamblea de accionistas de una empresa pública con forma instrumental de sociedad anónima estatal, autonómica o municipal, no estimando sino a sus gestores o a los integrantes de su Consejo de Administración como responsables contables, normalmente con carácter subsidiario de la de los gestores o Gerentes de aquellas.

Por lo tanto, en principio, no parece deducible que quepa apreciar legitimación pasiva en el presente pleito, como mantiene la Sentencia de Instancia, en cuanto a las personas que ostentaron la doble cualidad de miembros de la Junta de Gobierno municipal y de la Junta General universal de la mercantil pública EMVS, ya que, al parecer de esta Sala de Justicia, no reunirían la cualidad de cuentadantes, con arreglo a este Orden Jurisdiccional.

Dichas personas, según se acredita en las actuaciones, aprobaron y ratificaron, en ejercicio de las facultades legales derivadas de su respectiva cualidad, el Plan de Viabilidad que dio cobertura a las controvertidas enajenaciones. Y dicho Plan económico-financiero incluía en su texto un mandato a los órganos gestores municipales competentes para la iniciación de los procedimientos legalmente previstos, en orden a la consecución de los objetivos del Plan.

Pero, en contra de lo afirmado en la Sentencia recurrida, no intervinieron directamente en las operaciones que desembocaron en las ventas de inmuebles referidas, que fueron gestionadas y verificadas por el Consejero Delegado de la mercantil, quien, a su vez, había recibido mandato (delegación) de administrar y concluir dichas ventas, por parte del Consejo de Administración de dicha Sociedad Anónima municipal, al que, como consta informó de sus vicisitudes más relevantes.

Si a ello se une que el tenor del artículo 17.1 b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de la Comunidad de Madrid, contempla como atribuciones de la Junta de Gobierno, entre otras, las de “...Adoptar planes, programas y directrices vinculantes para todos los órganos ejecutivos, organismos y empresas del Ayuntamiento de Madrid...”, debe concluirse, de esta manera, que los codemandados en la instancia, en cuanto miembros de la aludida Junta de Gobierno local, no han intervenido directamente en la cadena del ingreso o del gasto público, sino, a lo sumo, a su mera planificación o programación generales, por lo que no cabría, ni siquiera, aplicar el concepto amplio de cuentadante que un criterio doctrinal reiterado y uniforme de esta Sala de Justicia ha venido aplicando, por cuanto el mismo exige, en todo caso, la efectiva administración, gestión o manejo directo de los fondos públicos.

Y ello sería así, porque resulta conveniente señalar que, en orden a determinar la legitimación “ad causam”, se debe atender al hecho de que la conducta desplegada por los antiguos miembros de la Junta de Gobierno municipal (y de la Junta General de Accionistas), en los hechos objeto de las actuaciones no fue la causa directa de que se produjera el perjuicio a los fondos municipales, por lo que su cualidad de personas legitimadas pasivamente para imputarles, en este procedimiento de reintegro por alcance, una responsabilidad contable directa, no se ha producido en este caso sometido a enjuiciamiento.



Lo anteriormente razonado conlleva, forzosamente, la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva, que ha invocado la representación procesal de Doña A. B. S. y otros, quienes ostentaron, en su día, la doble cualidad de miembros de la Junta de Gobierno municipal de Madrid y de la Junta Universal de Accionistas de EMVS.

Ello sin perjuicio de que, dado que la construcción legal de la excepción de falta de legitimación “*ad causam*” viene referida directamente a la intervención de los demandados (o ausencia de ella) en los hechos generadores del daño a los fondos públicos, resultando, por tanto, inescindibles de la cuestión de fondo objeto de este procedimiento, esta Sala de Justicia continuará con el estudio de la misma, en la presente “*litis*”.

DÉCIMO.- No habiéndose planteado en esta fase de apelación, más alegaciones de carácter procesal por las partes, que merezcan un previo pronunciamiento por esta Sala de Justicia, podemos comenzar a enjuiciar las cuestiones debatidas respecto al fondo de los temas planteados en esta apelación.

Antes de procederse a su examen, debe recordarse el criterio doctrinal sostenido por esta Sala respecto a la naturaleza del recurso de apelación. Por todas, las Sentencias de esta Sala de Justicia 4/95, 5/95, 7/97 y 17/98 afirman que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Debido a todo ello, y como viene estableciendo esta Sala de Justicia, para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto, se seguirá, en el análisis que se desarrollará a continuación, el propio criterio expositivo de la Sala, comprendiendo todos los temas planteados, no sólo en la propia sentencia apelada y en los distintos escritos, de apelación y de oposición a la misma, sino, también, cuestiones aducidas en el proceso de instancia, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es exponente la Sentencia 3/1996, de 15 de enero, criterio reiterado en las Sentencias de dicho Alto Tribunal de 13 de julio de 1998 y de 18 de septiembre de 2000, de que en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, como una “*revisio prioris instantiae*”, en la que el Tribunal Superior u órgano “*ad quem*” tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (“*quaestio facti*”), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (“*quaestio iuris*”) y para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso. Y todo ello con dos limitaciones: a) la prohibición de la “*reformatio in peius*”; y b) la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (“*tantum devolutum quantum appellatum*”), lo que se deduce de lo dispuesto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en la disposición final de la Ley



29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma ésta que rige la tramitación y decisión de la apelación en el Orden Jurisdiccional Contable, según el artículo 80.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

UNDÉCIMO.- Tomando, por tanto, lo anteriormente señalado como premisas jurídicas, se debe partir recordando que, como se ha venido apuntando en los antecedentes de esta Resolución, la cuestión debatida en esta apelación se centra en determinar si, como ha resuelto la Juzgadora de instancia en la Sentencia recurrida, ha existido responsabilidad contable por alcance, por parte de las personas que fueron, en su día, por una parte, Consejero Delegado de la sociedad anónima pública EMVS y, por otra, antiguos miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid que, a su vez, ostentaron, estatutariamente, la calidad de miembros de la Junta General Universal de dicha mercantil pública, responsabilidad contable que se habría derivado de unas operaciones de enajenación del patrimonio inmobiliario de la EMVS, que consistieron en:

1. La venta de 34 viviendas libres y dos plazas de garaje, por un precio total de 2.072.246,32 euros, que tuvo lugar los días 21 de febrero y 18 de octubre de 2013.
2. La venta de 18 promociones de vivienda protegida, de sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados, por un precio total de 128.500.000 euros, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2013.
3. El abono a la “UTE I. D. U., S.L. y P. D. C., S.L.”, de 1.196.387,50 euros (factura 1/2013) y de 1.196.387,50 euros (factura 2/2013), en pago de los servicios de intermediación inmobiliaria prestados en la venta de las 18 promociones de viviendas y en cumplimiento del contrato de intermediación inmobiliaria, suscrito en fecha 12 de diciembre de 2012.

DUODÉCIMO.- De modo general, resulta preciso comenzar estableciendo que la figura jurídica del alcance se encuentra definida en el artículo 72 de la LFTCu como saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, como la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. En el mismo sentido, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos, por parte de quien los tenga a su cargo.

Por otro lado, para que pueda imputarse responsabilidad contable por alcance es necesaria la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado, siendo indiferente que el descubierto obedezca a la pura y simple ausencia material del numerario o a la falta de acreditación de la justificación del resultado negativo observado. El alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo o de otras personas, sino también cuando el que maneja caudales públicos es incapaz de



explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, destino o empleo dado a los mismos.

La existencia de un saldo deudor injustificado, como ha declarado esta Sala de Justicia en reiteradas ocasiones -entre otras, las Sentencias, nº 1 de 28 de enero, nº 3 de 25 de febrero y nº 7 de 30 de junio, todas ellas del año 2000-, es constitutiva de alcance de fondos públicos, en aplicación de los artículos 38.1 de la LOTCu y 49.1 de la LFTCu, con independencia de que la conducta del responsable contable pueda calificarse de malversadora por haberse apropiado de los fondos públicos, ya que, a efectos de delimitar el alcance como ilícito contable, basta que tenga lugar la falta de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendirse.

Desde otra perspectiva, sin dejar de atender lo anteriormente manifestado, para poder determinar si se ha producido un alcance, en los términos legales y doctrinales que se acaban de aludir, es necesario analizar si los gastos objeto del procedimiento han dado lugar, o no, a una salida de fondos sin justificar, esto es, si han provocado en el patrimonio público un daño real y efectivo.

Así se desprende de una doctrina extensa y uniforme de esta Sala de Justicia que exige que para que pueda declararse la responsabilidad contable es necesario que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública, al amparo del artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En este sentido, la Sentencia 1/2011, de 1 de marzo, que citando diversa doctrina de esta Sala señala que el requisito del daño efectivo se *“deduce de la interpretación conjunta de los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 y 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril”*, y la Sentencia 9/2010, de 24 de mayo, al señalar que: *“Si no existe un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública, no puede existir responsabilidad contable y, puesto que su contenido es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, entendida como subespecie de la responsabilidad civil, no tiene carácter de responsabilidad sancionadora, ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión; por eso, no es suficiente acreditar que se han cometido, como en el presente caso, errores o irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que se debe probar que, como consecuencia de esas irregularidades, se ha producido un menoscabo en el patrimonio municipal”*. Siguiendo los argumentos expuestos hasta ahora, la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 13/2013, de 11 de abril, concluye señalando que *“en el ámbito de esta jurisdicción contable lo más relevante es que se haya producido un daño en relación a determinados caudales públicos y que, además ese daño sea efectivo y evaluable económicamente...”*.

DECIMOTERCERO.- En el caso sometido al enjuiciamiento de esta Sala de Justicia, la Juzgadora de instancia ha considerado que ha existido un menoscabo en los fondos públicos de la mercantil pública EMVS, cuantificado en un importe total de 25.752.103,63 euros, más los intereses correspondientes, repartiéndose las cantidades objeto de la responsabilidad



contable por alcance apreciada, entre las personas demandadas en autos, según su calidad y grado de actuación en los hechos.

El daño económico que ha sido apreciado por la Consejera de instancia, habría sido producido por la enajenación de activos inmobiliarios, a través de las tres operaciones que ya han sido enumeradas más arriba.

En una de ellas, el alcance estaría motivado por el pago de servicios de intermediación inmobiliaria, que la Consejera de instancia consideró como no justificado.

En los otros dos casos la Juzgadora “a quo” estableció que el menoscabo económico estuvo constituido por unos ingresos en las arcas municipales derivados de las ventas de activos inmobiliarios, cuyos importes serían inferiores al mínimo jurídicamente exigible, por razón de la función social a la que dichos inmuebles estaban vinculados.

La Consejera de instancia ha llegado a tales conclusiones partiendo de la relación de Hechos Probados y sus correspondientes Fundamentos jurídicos que, como se ha señalado anteriormente, figuran en la Sentencia hoy recurrida.

A este respecto, esta Sala de Justicia entiende necesario poner de relieve que existen fundadas razones de técnica procesal para apreciar que la Juzgadora de Instancia, en la redacción de su relato fáctico (acogiendo la denuncia que, sobre este aspecto, realizó el Ministerio Fiscal en su razonado informe de adhesión parcial a los recursos formulados por las partes codemandadas en autos), ha deslizado afirmaciones que no se atienen a la obligada descripción de hechos relevantes para su subsunción en las normas jurídicas aplicables, llegándose a insertar en algunos apartados del relato afirmaciones sobre aspectos jurídicos. Sirva de ejemplo bien expresivo el último párrafo del Hecho Probado Tercero de la Sentencia recurrida, en donde se establece que *“...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.*

En el mismo sentido, el último párrafo del Hecho Probado Sexto, en donde se afirma: *“...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...”.*

Existen méritos, por tanto, para considerar revisable el relato de Hechos Probados de la Sentencia recurrida, con anulación de alguno de ellos. No obstante lo anterior, esta Sala de Justicia no puede pasar por alto que, en sus respectivos recursos, las partes apelantes no han instado unos auténticos y específicos motivos de revisión de aquéllos, sino que han pasado a



impugnar los aspectos jurídicos de fondo de la Resolución recurrida. Por tanto, el respeto del principio dispositivo y del principio de congruencia, hace que esta Sala de Justicia no realice tal revisión, pese a considerar defectuoso el relato fáctico de la Sentencia.

Por otra parte, resulta claro a esta Sala de Justicia que en la redacción de los Hechos Probados, la Juzgadora de instancia ha tomado en consideración el contenido del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Madrid, aprobado por Acuerdo de su Pleno, el día 30 de junio de 2016 (en adelante, “el Informe de Fiscalización”), por ello esta Sala de Justicia hace expresa advertencia de que aceptará los Hechos Probados de la Sentencia recurrida, excepto aquellas expresiones de tal relato que sean valoraciones jurídicas y en lo que se opongan a la fundamentación jurídica que se llevará a cabo seguidamente.

DECIMOCUARTO.- En línea con lo expresado en el anterior Fundamento jurídico de esta Resolución, se advierte el valor probatorio que la Consejera de instancia otorga al Informe de Fiscalización referido, y así en el Fundamento de Derecho Primero (último párrafo) de la Sentencia apelada recuerda la doctrina de esta Sala de Justicia, respecto a la eficacia probatoria de tales instrumentos de auditoría, por sus especializadas características, criterio que comparte y que es doctrina reiterada como se pone de manifiesto en las Resoluciones que se citan en el expresado último párrafo del Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia recurrida. No obstante, pese a aceptarse en su consideración general, el criterio expresado debe ser objeto de matización, de acuerdo con el también reiterado criterio doctrinal de esta Sala de Justicia de este Tribunal, contenido, entre otras, en la ya citada [véase el último párrafo del Fundamento jurídico Décimo de esta misma Resolución] Sentencia 9/2010, de 24 de mayo que establece lo siguiente (Fundamento Jurídico Octavo):

“...El valor probatorio de un Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas es, por tanto, semejante al de cualquier otro documento administrativo de los no incluidos en los números 5º y 6º del art. 317 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; y, al amparo del art. 319 del citado texto legal, respecto de su contenido, «habrán de tenerse por ciertos los hechos que en él se contengan, salvo que otros medios de prueba desvirtúen esa certeza», no constituyendo una presunción de veracidad plena «iuris et de iure». Por otro lado, no sobra recordar que la finalidad de un Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas no es otra que informar a nuestras Cortes Generales sobre la adecuación de la gestión económico-financiera del sector público fiscalizado a los principios que constitucionalmente ex art. 31.2 de la Constitución de 1978- informan del gasto público. Así, en ningún caso nuestros informes nacen con vocación de ser utilizados como prueba en un procedimiento jurisdiccional, aunque, según las circunstancias que recojan puedan determinar la iniciación de los mismos...”

Las consideraciones jurídicas que anteceden, si bien se refieren a los Informes de Fiscalización de este Tribunal de Cuentas, resultan plenamente trasladables a otros Informes de Fiscalización elaborados por otros Órganos fiscalizadores de control externo y, por tanto, en nuestro caso, al elaborado por la Cámara de Cuentas de Madrid, aprobado mediante Acuerdo



de su Pleno, en fecha 30 de junio de 2016, pues su destinataria regular es la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En consecuencia, cabe deducir que, si bien el contenido del Informe de Fiscalización comentado posee una indudable importancia y relevancia probatoria, su propia naturaleza obliga a ponerlo en relación con el resto del caudal probatorio del proceso, constituyendo, así, prueba “*iuris tantum*” y no “*iuris et de iure*”, en relación con el enjuiciamiento del objeto del presente litigio.

Al hilo de esto último, la representación de Don F. O. U. ha denunciado la posible extemporaneidad de la aportación como prueba del Informe de Fiscalización anteriormente citado, al haber sido mencionado por la parte actora en el acto del juicio, no así en la demanda ni solicitada su incorporación como prueba documental en el momento procesal oportuno. Al respecto, cabe decir que el citado Informe de Fiscalización es el origen de todas las actuaciones que se han venido siguiendo ante este Tribunal de Cuentas, en este procedimiento de reintegro por alcance, y además, dicho Informe y su contenido, ha sido y es público y notorio, por cuanto fue debidamente publicado en la página “Web” de la Cámara de Cuentas de Madrid, para su general conocimiento.

Por lo tanto, en relación al enjuiciamiento que nos ocupa, esta Sala de Justicia entiende que no resulta una alegación relevante la posible aportación tardía del documento fiscalizador a los autos, sino, como ya se ha puesto de manifiesto, la correcta valoración del mismo en el seno del caudal probatorio del proceso, en los términos que expresó la Sentencia de esta Sala de Justicia nº 9, de fecha 24 de mayo de 2010 y sus concordantes.

DECIMOQUINTO.- Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, se debe comenzar analizando la existencia, o no, de responsabilidad contable, para lo cual procede en primer término determinar, cuál es el marco normativo que resulta aplicable al supuesto de autos.

La EMVS es una Sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, cuyo régimen legal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se acomodaba íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le fuera 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.

Para el cumplimiento de su objeto social, y conforme al artículo 2 de sus Estatutos, y dentro de las competencias generales atribuidas al municipio por el artículo 25.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local, en materia de urbanismo, suelo y vivienda, la EMVS tenía, entre sus funciones:

- La promoción, gestión y construcción de viviendas, aplicando al efecto sus fondos propios o cualesquiera otros que obtuviera para dicha finalidad.



- Llevar a cabo adquisiciones o transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles y derechos reales que se estimaran preciso establecer para el cumplimiento de esos fines, colaborando al efecto con entidades públicas o privadas de interés general o social.
- Ejecutar las adjudicaciones de viviendas, locales de negocio, y garajes construidos siguiendo las instrucciones que sean aprobadas por la Corporación.
- La adquisición de suelo por cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos, su urbanización, gestión promoción y, en su caso, enajenación.

A partir del 21 de noviembre de 2013 quedaron suprimidas las funciones de promoción y construcción de viviendas referidas en el primero de los párrafos anteriores.

Por otra parte, dados los términos legales establecidos en las normas estatutarias de la EMVS, debe atenderse a los preceptos contenidos en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre (TRLCSP). A los efectos que interesan a esta causa, cabe establecer que dicha norma incluye dentro de su campo de aplicación a las sociedades mercantiles integrantes de la Administración Local –como así acontece con la citada EMVS-, según establece su artículo 3, apartado 1, párrafo d):

“...1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: ...d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100...”

No obstante lo anterior, el artículo 4, apartado 1, párrafo p) de dicha norma dispone explícitamente:

“...1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: ...p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley...”

La redacción de este artículo 4, en el apartado 1,p) referido, heredero del que se contenía en la derogada –en el momento de producirse los hechos- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es consecuencia inmediata de la trasposición a nuestro



Ordenamiento jurídico interno, en materia de contratación pública, de las Directivas emanadas de las instituciones de la Unión Europea y, en concreto la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios. Como acertadamente ha señalado la representación procesal de Don F. O. U., en su escrito de recurso de apelación, en el Considerando 24 de dicha Directiva se justifica expresamente la exclusión de los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, o relativos a derechos respecto a dichos bienes, que revistan características especiales, debido a las cuales, no resultaba adecuado aplicar, en este caso, las normas de adjudicación de las Directivas Comunitarias.

Por otro lado, el artículo 4.2 del mismo TRLCAP, señala que la aplicación de los principios de esta Ley a los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior, sólo está destinada a las dudas y lagunas que pudieran presentarse, pero que dichos contratos se regularán por sus normas especiales.

Por otra parte, la remisión que el artículo 4.1 p) del TRLCAP hace a la legislación patrimonial, lleva a esta Sala de Justicia a establecer que los preceptos de dicha normativa aplicables al caso de autos vienen constituidos, únicamente, por los artículos 2.2 y 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en virtud de lo previsto en la Disposición Final Segunda, apartado 5, de dicho Texto legal.

El mencionado artículo 2.2 de la LPAP dispone:

“...2. Serán de aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda...”

Por su parte, el artículo 8.1 de la misma LPAP establece:

“...1. La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- a) Eficiencia y economía en su gestión.*
- b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes...”*



En el caso concreto de la venta de viviendas sometidas a la calificación de viviendas protegidas, se debe tener en cuenta, además, el tenor del artículo 18 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado mediante Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno (en adelante, “Reglamento de Viviendas protegidas”), en materia de transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros, que se encontraba vigente en el momento en que se produjeron los hechos, que establecía que: “...Las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, podrán ser enajenadas por sus titulares por promociones completas, de manera parcial, incluso individualmente, y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones...”.

El régimen legal de aplicación al caso planteado, en los términos en que han sido detallados, evidencian la complejidad del régimen mixto –público y privado- que rige la gestión económica de este tipo de Sociedades, que son mercantiles, pero también son públicas, en orden a la determinación del marco jurídico aplicable a las operaciones de transmisión patrimonial que son objeto de enjuiciamiento en la presente “*litis*”. Dicha complejidad normativa ya fue puesta de manifiesto por la Instrucción, en fase de Actuaciones Previas y ha sido subrayada por la Consejera de instancia, en su Fundamento Jurídico Undécimo, hasta el punto que dicha dificultad motivó la ampliación del plazo prevenido legalmente para dictar Sentencia en la aludida Primera Instancia.

DECIMOSEXTO.- Dicha complejidad aumenta más al resultar imprescindible, para la adecuada resolución del debate suscitado en esta apelación, aplicar las normas derivadas del obligado cumplimiento de los objetivos de estabilidad y sostenibilidad financiera que afectaron a todos los órganos, instituciones y demás entidades integrantes del Sector Público español.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) fue dictada con el fin de cumplir el mandato impuesto por el artículo 135 de la Constitución Española, precepto que fue objeto de reforma en septiembre de 2011. Tanto la reforma constitucional aludida, como la propia promulgación de la Ley Orgánica de desarrollo, tomaron como fundamento, según se recoge explícitamente en la Exposición de Motivos de esta última, el contexto de las tensiones financieras desencadenadas, en su día, en los mercados europeos, que pusieron en evidencia la fragilidad del entramado institucional de la Unión Europea y la necesidad de avanzar en el proceso de integración económica, con la premisa de lograr una mayor coordinación y responsabilidad fiscal y presupuestaria de los Estados miembros. Esa situación exigió aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios que se venían a reforzar: 1.- La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y 2.- Las reformas



estructurales. La garantía de la estabilidad presupuestaria, por tanto, vino a erigirse más, si cabía, en una de las claves de la política económica que debía contribuir a reforzar la confianza en la economía, facilitar la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitir recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo. Pero para conseguir el logro de tales objetivos, la LOEPSF incorporó, como novedad, la sostenibilidad financiera como principio rector de la actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas españolas. Con ello se pretendió reforzar la idea de estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente, lo que debía contribuir a preparar el camino para los retos a los que nuestro sistema de bienestar se enfrentaría a medio y largo plazo.

En el caso sometido a la consideración de esta Sala de Justicia, resulta determinante el dato contenido en el Fundamento Jurídico Undécimo de la Sentencia apelada, que revela que se procedió a la 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 y, quedando, por tanto, sometido a las disposiciones del artículo 4.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, aprobado mediante Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, quedando bajo la supervisión de la Concejalía de Hacienda del citado Ayuntamiento de Madrid.

DECIMOSÉPTIMO.- Establecidas las normas y el marco jurídico de obligada observancia en el presente caso, procede examinar si constituyen alcance, o no, las diversas partidas de gastos e ingresos, sometidas al examen de esta Sala de Justicia.

Como ya se ha hecho referencia anteriormente, la Consejera de instancia ha apreciado que constituyó alcance a los fondos públicos de la EMVS, el pago por dicha mercantil pública a la UTE “I. D. U., S.L. Y P. D. C., S.L.”, de dos facturas libradas con ocasión de un contrato de intermediación en la enajenación de bienes inmuebles que constituían activos patrimoniales de EMVS, menoscabo que quedó fijado, por Sentencia, en 1.977.500 euros, por cuanto la Juzgadora de instancia consideró que no existió título jurídico habilitante para la intermediación abonada, ni tampoco entendió acreditado que la UTE hubiera realizado la intermediación que justificaría dicho pago.



Estos extremos han sido impugnados por las partes apelantes que fueron codemandadas en la primera instancia y, asimismo por el Ministerio Fiscal que se ha adherido a dichos recursos, en cuanto a este motivo de apelación.

Para dilucidar esta cuestión hay que partir de la consideración de que, en el ámbito de la jurisdicción contable, cuyo contenido es el de una responsabilidad patrimonial y no sancionadora, es de aplicación el principio civil del reparto de la carga de la prueba. En este sentido, anteriormente el artículo 1.214 del Código Civil y, en la actualidad, el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que *“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”*.

El principio del *“onus probandi”*, establecido en el precepto citado, según ha reiterado el Tribunal Supremo, parte de la base de que su aplicación, por parte del juez, es necesaria en las contiendas en que, efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos, lo que supone que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma.

Debiéndose hacer expresa advertencia respecto a que, dentro del proceso jurisdiccional contable, y, en particular, en el procedimiento de reintegro por alcance, las limitaciones existentes en el proceso de fiscalización pueden ser suplidas en sede del mismo, donde las partes pueden aportar una convicción más completa de los hechos controvertidos y su posible justificación, siempre presidido, como ya se apuntó antes, por el principio de *“onus probandi”* y de libre valoración del Juzgador, con aplicación de criterios de sana crítica, según ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hechas estas observaciones, en el presente caso, por tanto, correspondió probar a la representación procesal de la EMVS de Madrid, como parte demandante en la instancia, con apoyo en el ramo documental, obrante en estas actuaciones, que se ha producido un alcance en las arcas de la mercantil pública citada, por cuanto, a su juicio han existido determinados pagos de facturas por un contrato de intermediación inmobiliaria, sin la debida justificación. Por su parte, las representaciones procesales de los codemandados en las presentes actuaciones, han procedido a tratar de desvirtuar dicha prueba, con más documentación, que han venido aportando en el procedimiento, así como en el testimonio vertido por determinados testigos, en orden a acreditar que dichos pagos estaban justificados y, por tanto, no se daban los requisitos legalmente exigidos para apreciar la existencia de un alcance y, por ende, a eximir de responsabilidad contable a los entonces Consejero Delegado de la EMVS y miembros de la Junta de Gobierno Municipal de Madrid.

Pues bien esta Sala de Justicia, en uso de las atribuciones revisorias que la Ley le otorga en la fase de resolución de los recursos de apelación planteados (en los términos ya reflejados en el Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución), ha analizado nuevamente todo el caudal probatorio aportado al proceso y, como consecuencia de ello, cabe considerar acreditado lo siguiente:



1.- Se llevó a cabo un concurso público para la adjudicación de un servicio de intermediación destinado a la búsqueda de posibles inversores/compradores de bienes inmuebles pertenecientes a la EMVS. Este concurso fue publicado oportunamente, e incluso, en el Suplemento al Diario de la Unión Europea y se presentaron las diferentes ofertas, que fueron baremadas por una mesa de contratación en la que participaron, entre otros, asesores o consejeros de grupos de la oposición municipal. Valoradas las proposiciones, el servicio de intermediación se adjudicó a cinco empresas, una de las cuales era la UTE I. D. U., S.L. y P. D. C., S.L. Esta adjudicataria obtuvo la máxima puntuación, empatada con otra.

2.- El día 12 de diciembre de 2012 se firmó el contrato de intermediación con dicha empresa, con una validez de un año prorrogable.

3.- Constan aportados a las actuaciones diversas evidencias probatorias que demuestran el cumplimiento por parte de la UTE de las labores de intermediación que le fueron encomendadas por la EMVS. Así el documento por el que la UTE puso en conocimiento de la mercantil pública su vinculación de servicios con la oferta del grupo inmobiliario al que finalmente se le adjudicaron las viviendas. En dicho documento se dio cuenta de la existencia de una reunión entre la empresa municipal y dicho grupo inmobiliario, en la que participó un representante de la UTE intermediaria que quiso dejar constancia escrita y documentada de su relación con el repetido grupo inversor. Asimismo, se aportaron a la causa correos electrónicos que acreditaban, tanto que el grupo inmobiliario adjudicatario remitió la oferta a la empresa intermediaria, como que la UTE intermediaria hizo llegar otra oferta a la EMVS, adjuntando, incluso, una versión traducida de dicha oferta. Los correos electrónicos también contenían menciones a reuniones llevadas a cabo sobre la cuestión, entre las tres partes referidas, apareciendo como remitentes y/o destinatarios, simultáneamente, la UTE, la EMVS y la empresa "T. B. G. I. P., LLP".

4.- La realidad fáctica ya descrita con anterioridad se concilia plenamente con el contenido de los ramos documental y testifical obrantes en el proceso de responsabilidad contable. Así resulta, como han señalado las partes recurrentes, de las declaraciones vertidas en la testifical y los documentos consistentes, de forma primordial, en la carta de reconocimiento del cliente de 4 de abril de 2013 y en las facturas emitidas, que fueron validadas por el Director de los Servicios Jurídicos de la EMVS. Por otra parte, pese a las afirmaciones vertidas en la Sentencia recurrida, resulta probado que la intermediación discutida afectaba a todas las operaciones inmobiliarias que se deseaban realizar, e incluía a todos los bienes afectados por la enajenación, según resulta del clausulado del contrato de intermediación, que preveía la ampliación (y también reducción) del elenco de bienes susceptibles de verse afectado por la operación urbanística, extremo que fue corroborado, en trámite testifical.

5.- Por otra parte, y a mayor abundamiento, la EMVS, que fue parte demandante en la instancia, no discutió la realidad de los servicios de intermediación, según se deduce del contenido de la página 21 de su demanda, sino que manifestó la innecesariedad de la labor de intermediación, al haberse seguido un procedimiento de venta por concurrencia competitiva.



Respecto al carácter “*innecesario*” de los servicios de intermediación llevados a cabo por las empresas que resultaron adjudicatarias del contrato, esta Sala de Justicia no comparte dicho calificativo en atención a las circunstancias económicas y legales que tuvieron un impacto directo en las decisiones contractuales y financieras que se tomaron y, en definitiva, constituyeron la causa de impulsar las operaciones de enajenación de activos inmobiliarios. Esta Sala de Justicia argumentará extensamente este extremo en un posterior Fundamento de Derecho. Sirva, por el momento señalar que, dada la crítica situación financiera a la que había llegado la mercantil pública EMVS, resultó completamente acorde con los postulados de la lógica jurídica y económica que para asegurar más aún el éxito de la operación (que ya había sido prefigurada en el Plan de Viabilidad de la empresa) sus responsables trataran de agilizar la óptima gestión de las ofertas que debían ser viables para el fin perseguido, mediante la encomienda a entidades especializadas de los servicios de intermediación que encarrilaran el buen fin del negocio patrimonial emprendido, mediante la localización y puesta en contacto con Sociedades inmobiliarias que resultaran debidamente solventes y que estuvieran en condiciones de satisfacer los requisitos de precios de compra, que, previamente, se habían establecido como objetivo a conseguir.

Por todo lo anteriormente manifestado, esta Sala de Justicia aprecia que, en lo relativo a la partida de gastos realizados como consecuencia de las obligaciones derivadas de la adjudicación del contrato de intermediación con la UTE de referencia, cabe concluir, mediante una valoración conjunta de los ramos de prueba aportados al proceso, realizada con arreglo a criterios de sana crítica, que existió título jurídico habilitante para la prestación de tales servicios, habiéndose verificado los procedimientos y principios legalmente establecidos en materia de contratación pública, adjudicándose válidamente el contrato de intermediación a cinco empresas –entre ellas la UTE, ya señalada- que reunieron los requisitos legal y técnicamente exigibles, con la suscripción de los correspondientes contratos, y dicha prestación se llevó a cabo de forma efectiva y de manera acorde con el fin público perseguido, que constituía la causa de dicha contratación. Los gastos, abonados mediante el pago de las dos facturas quedaron cifrados en la cantidad de 1.977.500 euros, por tanto, se encuentran debidamente justificados y no constituyen un alcance de los fondos públicos de la EMVS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la LOTCu y los artículos 49.1 y 72 de la LFTCu.

DECIMOCTAVO.- La Sentencia recurrida declara, también, responsabilidad contable de las partes codemandadas en autos, en la partida de la enajenación de 18 promociones de viviendas protegidas, de sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados, debido a haberse producido un menoscabo en los fondos públicos de la mercantil pública local, que ascendería a 22.711.518 euros. Dicha cantidad fue fijada por la Consejera de instancia, entendiéndose, en síntesis, que, no habiendo sido fijado por los entonces responsables de la EMVS un precio mínimo de venta debidamente tasado, se establecía que dicho precio mínimo 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, toda vez que la promoción se vendió finalmente, a un precio de 128.500.000 euros. De esta manera, la diferencia entre la suma por



la que se debió vender (151.211.518 euros) y la que realmente se abonó por la venta (128.500.000 euros), por ser manifiestamente inferior al valor de los inmuebles enajenados, vendría a constituir el alcance en los fondos públicos que ascendería a los 22.711.518 euros, más arriba señalados.

Hay que aclarar que la Juzgadora “a quo” a la hora de establecer el criterio económico señalado, que entendió idóneo para proceder al enjuiciamiento del tema objeto de debate, tomó en consideración un criterio que venía reflejado en el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Madrid.

A este respecto, ha sido destacado por parte de la representación procesal de los antiguos miembros de la Junta de Gobierno municipal de Madrid y, también, de forma más extensa, por parte del Ministerio Fiscal, que la demanda formuló dos pretensiones: 1) una, como pretensión principal, para que se declarase un daño en los caudales públicos, por importe de 120.772.310 euros, por la diferencia entre el precio de la venta y el valor de mercado de los bienes, 2) y como pretensión subsidiaria, que se declarase la existencia de un perjuicio, por valor de 56.200.986 euros, por la diferencia entre el precio de la venta y el valor mínimo de los bienes vendidos, entendiendo por tal, su valor catastral.

La Sentencia de instancia, en su Fundamento de Derecho Séptimo, descartó como valores de referencia para estas ventas, entre otros, el precio de mercado y el valor catastral de los inmuebles vendidos, entendiendo, por el contrario, que debían tenerse en cuenta dos posibles criterios adicionales que permitirían fijar una valoración prudente y cautelosa, como recomendaba el Plan General de Contabilidad, de los elementos objeto de la enajenación. Por una parte citó (y descartó) el valor neto contable de los inmuebles, que el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid concretó 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 cifró en 151.211.518 euros, que como ya se ha señalado, fue el tenido en cuenta finalmente por la Juzgadora de instancia.

Ante esto, el Ministerio Público apreció la posible infracción, por parte de la Sentencia apelada, del artículo 60.1 de la LFTCu que establece que la Jurisdicción Contable juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones de las mismas. Dados los términos de la demanda, dicha parte consideró que la Sentencia, congruentemente, debió, únicamente, desestimar la demanda, ya que descartó los dos parámetros de valoración económica de precios de referencia.

Hay que apuntar que la Consejera de instancia entendió la aplicación del citado artículo 60.1 de LFTCu en estos términos: “...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...".

En cuanto a este aspecto de la controversia jurídica suscitada, esta Sala de Justicia comparte, parcialmente, los argumentos que ha esgrimido el Ministerio Fiscal en su razonado informe, por el que se ha adherido a los recursos de apelación formulados por los recurrentes que fueron codemandados en la instancia. Efectivamente, la tutela judicial efectiva, “ex” artículo 24 de nuestra Constitución, consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aunque siempre respetando los límites que señalan las Leyes y, en lo que ahora atañe, el principio de congruencia con las pretensiones de las partes, suscitadas en el proceso, con el fin de preservar el principio de igualdad de dichas partes y sus corolarios, el principio de imparcialidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

No resulta menos cierto que también debe entrar en juego la debida ponderación de los anteriores, con el principio “*iura novit curia*”, consustancial al recto ejercicio de la función jurisdiccional, según el cual, el juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa. En este caso, debe concederse al Ministerio Fiscal que la Juzgadora “*a quo*” parece haber llevado a su límite el principio de congruencia, hasta el punto de haber suscitado una duda razonable de infracción “*ultra petitem*”. Pero, no obstante, dado que, efectivamente, la parte demandante tenía como pretensión la declaración de una responsabilidad contable por alcance, por haberse producido unos eventuales ingresos en los fondos públicos, inferiores a los legalmente exigibles, la Consejera de instancia ha utilizado el Informe de Fiscalización aportado en autos (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”), y partiendo del mismo ha aplicado unas normas, con amparo en el “*iura novit curia*”, distintas de las alegadas por las partes.

No obstante lo anterior, se debe avanzar diciendo que esta Sala de Justicia, pese a no considerar la vulneración del principio de congruencia en los términos solicitados, sí hará uso de su facultad plena de revisar y decidir críticamente los argumentos fácticos y jurídicos mantenidos por la Consejera de instancia, en relación con este supuesto, objeto de enjuiciamiento, toda vez que no comparte los mismos.

A este respecto, hay que recordar que la naturaleza jurídica de este medio de impugnación puede adoptar un contenido crítico de la sentencia de primera instancia, con aportación de elementos que permitan al órgano “*ad quem*” poder observar la inconsistencia, arbitrariedad o contradicción de las conclusiones del órgano “*a quo*”, a partir de los hechos probados. Y ello, por cuanto que la segunda instancia obedece a la necesidad de depurar los resultados ofrecidos por la primera, ya que la pretensión versa o tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional dictada por el aludido órgano judicial “*a quo*”, lo que exige que los razonamientos en que se funde la apelación pueden llegar a desvirtuar, en virtud de un juicio crítico racional, la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada.



Actividad revisoria que, por otra parte, ya se ha hecho patente por esta Sala de Justicia en el Fundamento Jurídico anterior.

Siguiendo con el examen de esta partida económica, se considera acreditado (Hecho Probado Tercero de la Sentencia recurrida) que la EMVS enajenó a las Sociedades “F. V., S.L.U.” y “F. G., S.L.U.”, pertenecientes al mismo Grupo Empresarial que la Empresa “M. R. E., S.L.”, (B.) 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. Esta operación fue previamente publicada en un periódico de tirada nacional y en la página web de la EMVS, con fecha 3 de mayo de 2013.

Como ya se ha puesto de manifiesto al determinar el marco jurídico aplicable al presente caso, el artículo 18 del Reglamento de Viviendas protegidas, permite la enajenación, por parte de los titulares, de forma, tanto parcial- individualmente-, como por promociones completas y a precio libre, a un nuevo titular o titulares, que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, con las condiciones que en dicho artículo –que ya ha sido transcrito más arriba-, se explicitan.

El precepto citado resulta diáfano en su aspecto normativo y en su interpretación literal (y así ha de ser interpretado en atención a la norma imperativa que, sobre la interpretación de las normas, se contiene en el art. 3.1 del Código Civil, al señalar que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”*, sobre todo cuando tal expresión solo permite una acepción sin limitaciones añadidas indebidamente en la resolución impugnada, dada la supletoriedad de tal regla de derecho común con carácter general a tenor de la previsión del art. 4.3 del mismo Cuerpo Legal).

No se ha alegado, ni debatido la existencia de ninguna causa obstativa, en relación con las autorizaciones administrativas de la Consejería competente en materia de vivienda, que es un requisito imprescindible, y la operación financiera inmobiliaria, objeto de controversia, se encuentra plenamente amparada por dicha norma reglamentaria. El tenor y los efectos jurídicos de este artículo 18 del Reglamento de Viviendas protegidas se adaptan armónicamente -desde el punto de vista sistemático del ordenamiento- y satisfacen las previsiones de otras normas con rango de Ley que también esta Sala de Justicia ha determinado como integrantes del marco jurídico que resulta de directa aplicación al caso de autos.

La citada norma reglamentaria contempla en el artículo 4.1 p), uno de los negocios jurídicos excluidos del ámbito del TRLCSP, en este caso la compraventa por promociones de bienes inmuebles, de los que era propietaria la EMVS, en virtud de varios títulos y sobre los que gozaba de poder de disposición, contratos que, por imperativo de la norma básica en materia de contratación pública, vigente en el momento de producirse los hechos, tenían el carácter de privados. A este respecto la operación inmobiliaria fue realizada por una entidad mercantil municipal, con forma de Sociedad Anónima, cuyo régimen legal, conforme al artículo 85 ter de la Ley de Bases de Régimen Local, se acomodaba al ordenamiento jurídico privado.



Pese a esa exclusión del negocio jurídico de compraventa inmobiliaria por promociones, de las reglas contenidas en el TRLCSP, ese mismo artículo 4.1 p) del mismo Texto legal, dado la característica pública de la EMVS, sí vincula el desarrollo de la contratación debiéndose ajustar a los principios que rigen la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales, por las Administraciones Públicas, por aplicación del artículo 8.1 de la LPAP, en relación con el artículo 2.2 y Disposición Final Segunda, apartado 5 del mismo Texto sobre Patrimonio público. Todos estos preceptos ya han sido transcritos en el Fundamento de Derecho Decimoquinto de esta Resolución.

Antes de continuar, esta Sala de Justicia debe tener en cuenta la fundamentación de la Sentencia de instancia, que dedica, buena parte de sus considerandos jurídicos en tratar de determinar la existencia de un parámetro de fijación de precio mínimo idóneo, para resolver la pretensión de la demanda y determinar la existencia de un menoscabo en los fondos de la EMVS, al haberse producido, por el resultado de dicha operación inmobiliaria, unos ingresos, inferiores a los legalmente exigibles.

La Consejera de Instancia, tras valorar diversos criterios, consideró que el precio mínimo de la venta debió haberse ajustado, al menos, al valor máximo de venta a particulares de las viviendas calificadas como “viviendas públicas protegidas”. Esta Sala de Justicia rechaza tal argumentación en virtud de las siguientes consideraciones:

- 1) Porque aplicando este criterio incurre en el defecto de considerar la venta como una suma de viviendas individuales (que, por otra parte, es una de las alternativas que da el artículo 4.1 p) del TRLCSP), pero en el presente caso no fue así, ya que se trataba de una venta referida a promociones de viviendas protegidas, no a la suma del valor de dichas viviendas.
- 2) En segundo término, y con carácter más decisivo para la resolución de la presente cuestión litigiosa, porque la asunción del criterio fijado en la Sentencia recurrida contravendría, expresamente, la previsión legal de someter el negocio jurídico de enajenación a las normas de contratación privada y precio libre que era de aplicación. Pese a todas las disquisiciones que realiza la Resolución recurrida, el concepto jurídico-económico de “*precio libre*” viene determinado por la ley de la oferta y la demanda, que constituye el principio básico sobre el que se basa una economía de mercado. Este principio refleja la relación que existe entre la demanda de un producto y la cantidad ofrecida de ese producto, teniendo en cuenta el precio al que se vende el producto. El punto de equilibrio es aquel en el que habiendo llegado a un acuerdo libremente aceptado por las partes contratantes, los demandantes están dispuestos a comprar los productos objeto de la venta, que los oferentes ponen a su disposición, por el mismo precio.

DECIMONOVENO.- Pues bien, lo que resta determinar por esta Sala de Justicia es si las partes que participaron, como oferente (EMVS) y como demandantes de los bienes inmuebles (las compañías que adquirieron dichos bienes), llegaron a un punto de equilibrio de mercado,



cuando aceptaron establecer el precio de venta en 128.500.000 euros (extendiéndose en este apartado la rebaja del precio en 2.000.000 de euros que, impropiaamente, fue considerado por la Juzgadora de instancia como una partida de alcance independiente). Debiéndose incluir, como factor añadido, el ajuste del resultado de dicha operación de contratación bajo el ordenamiento jurídico privado a los principios que rigen la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales, por las Administraciones Públicas, en aplicación del artículo 8.1 de la LPAP, que fueron enumerados en nuestro Fundamento Jurídico Decimoquinto y aludidos en el Fundamento Decimoctavo, siempre teniendo en cuenta los datos fácticos y aspectos de relevancia jurídica que resultan acreditados de la valoración conjunta del caudal probatorio que se ha desplegado en el procedimiento.

Además, y con el fin de una mayor claridad, la Sala advierte que alterará el orden de los principios jurídicos aplicables, que figura reflejado en el artículo 8.1 de la LPAP.

1.- Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.

Respecto a este principio, de carácter eminentemente formal, no aprecia la Sala vulneración alguna, toda vez que, del propio relato de Hechos Probados en la Sentencia recurrida, se deriva que, en todo momento, los bienes inmuebles sometidos al negocio jurídico de enajenación se encontraron siempre debidamente identificados, incluso en cuanto a las características jurídicas que les afectaban (viviendas en régimen de protección oficial, viviendas libres, garajes, etc.).

2.- Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

Como ya se ha apuntado en el anterior Fundamento jurídico, la venta de las viviendas protegidas precisó de las autorizaciones administrativas de la Consejería competente en materia de vivienda, por aplicación del artículo 18 del Reglamento de Viviendas protegidas, sin que este punto haya sido objeto de controversia jurídica, ni en la instancia, ni en esta fase de apelación.

3.- Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la enajenación de los bienes.

Respecto a este principio, se pueden destacar los siguientes extremos, los cuales, se encuentran recogidos, tanto en la fase instructora de este Tribunal de Cuentas, como en los correspondientes ramos del procedimiento de instancia:

a).- A mediados del año 2012 se inició un proceso que concluyó, en una primera fase, con la adjudicación a cinco empresas intermediarias, mediante concurso público, que ya de por sí, anunciaba, en una interpretación lógica, el próximo procedimiento para la venta de los inmuebles afectados. En relación con este contrato, ya ha realizado esta Sala de Justicia una amplia argumentación en el Fundamento jurídico Decimoséptimo, que se da aquí por incluido.



b).- Con la finalidad de encauzar el procedimiento, el entonces Consejero Delegado de la EMVS (en quien el Consejo de Administración había delegado todas sus facultades), publicó, el 3 de mayo del año 2013, en los medios de comunicación un anuncio de “venta de promociones completas para arrendamiento y arrendamiento con opción a compra”, señalando las correspondientes condiciones o presupuestos. Se señaló, asimismo, la hora y fecha límite, así como los demás requisitos y prevenciones legales (folio 154 de la pieza de apelación).

c).- En cuanto a la transparencia, concurrencia y objetividad, a lo largo del proceso participaron hasta ocho empresas o grupos (aunque algunos se unieran estratégicamente para participar en el procedimiento competitivo. En las resoluciones penales se hace mención de varias de dichas empresas y fondos, destacando su importancia y ganado reconocimiento en el mercado inmobiliario. Prosiguió el expresado proceso, con las correspondientes conversaciones, presentación de ofertas económicas y condiciones, que culminaron con la selección de las sociedades pertenecientes al grupo “T. B. G. I. P., LLP”. No consta que se produjera impugnación alguna ante los correspondientes órdenes jurisdiccionales civil o contencioso administrativo, por parte de las empresas vinculadas al procedimiento competitivo, a causa de deficiencias o incumplimientos, en materia de concurrencia o selección de empresas o fondos de inversión. La entidad adjudicataria señalada firmó, en fecha 1 de julio de 2013, un contrato con la consultora “P. W. C. E., S.L.” con encargo de elaboración de un informe, a los efectos de “due diligence”. Con carácter general, hay que explicar que el objetivo de una “*due diligence*” de venta es dotar de confianza y transparencia a la relación entre las partes intervinientes en el proceso, y, por ello, su realización se suele encargar a una tercera parte independiente. Consiste en un estudio detallado cuyo contenido abarca todo lo necesario para la ejecución de un proceso de compra o venta de un inmueble: análisis y estudio del inmueble desde un punto de vista comercial y estimación del valor, auditoría (*due diligence*) sobre las instalaciones y aspectos urbanísticos y estructurales del inmueble, asesoramiento en la negociación y el cierre de la operación. Ese informe, constatando la desviación entre las primeras informaciones y las ya posteriores y definitivas, supuso que la compradora mostrara interés por incluir en las operaciones inmuebles diferentes a las viviendas que, constituyendo elementos anexos a aquéllas, también con titularidad de la EMVS, habían quedado fuera del bloque inicialmente ofertado. De dicha operación, cuyo objeto y valor representaba un 2,5%, respecto del conjunto de la operación, también se dio cuenta al Consejo de Administración.

Esta Sala de Justicia estima que, constatados los anteriores extremos, la operación desarrollada cumplió suficientemente los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, exigidos por el artículo 8.1 de la LPAP, toda vez que el ámbito en que se desarrolló el proceso competitivo de venta de promociones inmobiliarias, estaba sometido, en cuanto a su desenvolvimiento, a las reglas del ordenamiento jurídico-privado.

Hay que apuntar, no obstante, que en el desarrollo de las diligencias de investigación correspondientes, se registraron algunas irregularidades que podrían haber afectado a los principios de transparencia y concurrencia en el procedimiento competitivo de venta de promociones inmobiliarias, impulsado en 2013 por los responsables de la EMVS. Se apreció un



desenvolvimiento de la operación presidido por un acusado antiformalismo, conversaciones telefónicas de las que no se dejó constancia, y en las que se adelantaban informalmente resultados del proceso, correos electrónicos, plazos ciertamente escasos, pero no imposibles de satisfacer. También fue objeto de investigación el hecho de que fuera la empresa PwC la empresa consultora que elaboró el Plan de Viabilidad que, en definitiva, marcó la planificación, la metodología y los objetivos económico-financieros de la operación inmobiliaria y, a la vez, fuera esa misma empresa la que se encargó de la tarea de “*due diligence*” por encargo del grupo de empresas adjudicatario. Pues bien, se demostró que ambos trabajos fueron desarrollados por departamentos distintos de esa misma empresa, que abarca un tamaño considerable, por lo que no cabría deducir –más allá de las meras disquisiciones- un comportamiento poco ético dentro de la deontología profesional, tanto de la empresa consultora, como de la oferente pública y de la adjudicataria.

Ante todo ello, esta Sala de Justicia entiende que dichas irregularidades son eminentemente formales y no constituyen una quiebra de los principios de transparencia y concurrencia lo suficientemente grave como para erigirlas en una auténtica vulneración de las normas jurídicas que regulan la contratación, máxime cuando tales conductas no resultan extrañas en la praxis de la mecánica de los negocios, en un contexto presidido por el ordenamiento mercantil. Y, en todo caso, baste volver a recordar, a este respecto, que las meras irregularidades, aun pudiendo existir, no justifican “*per se*” la existencia de un alcance de fondos públicos. La contravención de la normativa reguladora de la contratación administrativa no es susceptible de generar, por sí sola, responsabilidad contable, sino que es necesario que concurran todos y cada uno de los elementos configuradores de este tipo de responsabilidad, en especial, que se haya producido un daño en los fondos públicos que reúna los requisitos exigidos por el artículo 59 de la LFTCU, que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo (ROJ STS 910/2008, y las que en ella se citan), la infracción, en su caso, de las formalidades administrativas establecidas en la legislación aplicable a los contratos, por parte de la Administración contratante, nunca podría enervar el derecho del contratista al cobro de las cantidades jurídicamente debidas, o al cumplimiento de las contraprestaciones convenidas con la Entidad pública contratante, pues, admitir lo contrario, supondría un enriquecimiento injusto de la Administración.

4.- Eficiencia y economía en la gestión. Y 5.- Eficacia y rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos gestionados.

Previamente, cabe remarcar que la concurrencia del requisito de eficiencia y del principio de eficacia, se encuentran íntimamente imbricados. La noción de eficiencia se haya ligado al tenor del artículo 31.3 de nuestra Constitución, que establece, como líneas de actuación de la programación y ejecución de la gestión económica de gasto de las Administraciones públicas la eficiencia y economía de medios. Por su parte, el principio de eficacia en la satisfacción de los intereses generales, contemplado en el artículo 103.1 de la Constitución, tiene su fundamento en la capacidad, por parte de los correspondientes organismos o entidades públicas, para



lograr el objetivo institucional propuesto y para mejor cumplimiento de los fines públicos a los que dichos entes públicos están afectos.

Pues bien, para valorar adecuadamente el cumplimiento de las reglas de eficiencia y eficacia, en la elección, por parte de los entonces responsables de la EMVS, de un procedimiento competitivo de venta de promociones inmobiliarias, resulta imprescindible atender a las circunstancias económicas que rodearon a la operación de compraventa señalada. A este respecto, la Consejera de instancia ha considerado carente de relevancia este extremo del caso sometido a enjuiciamiento.

Sin embargo, esta Sala de justicia disiente de tal criterio y estima que el mismo resulta de importancia crucial para evaluar adecuadamente la cuestión ahora sometida a apelación. Sobre todo, si tenemos en cuenta el mandato contenido en el artículo 3 del Código civil (que también fue invocado por la Juzgadora de instancia, en su Sentencia -Fundamento jurídico Séptimo-) que ordena interpretar las normas jurídicas, también, según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

De este modo ha quedado acreditado a esta Sala de Justicia que:

1.- En el año 2012, la EMVS enfrentaba una situación financiera crítica. No hay que olvidar, además, cuáles eran las condiciones generales del mercado. Las ventas de inmuebles se desplomaron, el valor de los activos patrimoniales había caído de forma sustancial y el mercado financiero se mostraba reacio a refinanciar créditos inmobiliarios. Los precios de la vivienda acumulaban años de continuas caídas. La EMVS había sacado a subasta decenas de pisos en 2011 y 2012, pero dicho procedimiento demostró ser ineficaz, puesto que las ofertas fueron bajas y escasas. Por eso, la subasta dejó de ser obligatoria a mediados de 2012, en virtud de un Acuerdo del Consejo de Administración de la entidad, celebrado el 6 de junio.

2.- La EMVS, al ser una sociedad anónima, estaba sujeta a las normas del derecho mercantil, que prevén la desaparición de toda empresa en que las pérdidas reduzcan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social. No solo eso: la ley también contempla la necesidad de declararse en concurso de acreedores en el momento en el que no se puedan cumplir de forma regular los compromisos de pago.

3.- Como ya se ha subrayado en el Fundamento jurídico Decimosexto de esta Resolución, se procedió a la 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 y, quedando, por tanto, sometido a las disposiciones del artículo 4.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, aprobado mediante Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, quedando bajo la supervisión de la Concejalía de Hacienda del citado Ayuntamiento de Madrid.

4.- De modo y manera que, aunque la EMVS había funcionado históricamente como una empresa dependiente del Ayuntamiento de Madrid, esta circunstancia iba a cambiar en enero de 2013, cuando el organismo de promoción inmobiliaria pasó, como se ha apuntado, a ser clasificado institucionalmente como parte del entramado societario del sector público español. Por tanto, a los requisitos de solvencia desarrollados en el anterior párrafo se le sumaban ahora las disposiciones formuladas en desarrollo del artículo 135 (modificado) de la Constitución Española y de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Ya no quedaba ninguna excusa: seguir operando con déficit, como sucedía anteriormente, lo que, por otro lado, no era, desde luego, una opción técnica aconsejable. Pero con la instauración del nuevo marco legal económico y financiero público, tampoco era una posibilidad permitida por la ley. A este respecto no puede dejarse de poner de relieve que el propio artículo 26.3 de la LOEPSF, ya previó como medida de cumplimiento forzoso lo siguiente: *“...3. La persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones a que se refiere el apartado anterior, cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, podrá considerarse como gestión gravemente dañosa para los intereses generales, y podrá procederse a la disolución de los órganos de la Corporación Local incumplidora, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local...”*.

5.- La EMVS tenía necesidad de adaptarse a la nueva realidad financiera y jurídica. Durante varios meses, se sondeó el mercado en busca de posibles compradores para diversos lotes de viviendas. En el primer trimestre de 2013, esta y otras operaciones fueron evaluadas por la consultora “P. W. C. E., S.L.” (en adelante, “PwC”), que desarrolló un Plan de Viabilidad para la empresa. Entre las medidas de saneamiento que sugirió figuraba la transferencia de las 1.800 viviendas, cuya legalidad, conforme al ámbito contable, se enjuicia ahora. El precio estimado para la operación rondaba los 112 millones de euros. La Intervención General del Ayuntamiento de Madrid fiscalizó la operación y dio su visto bueno. Lo mismo ocurrió después con la Dirección General del Sector Público del Consistorio. Los dos órganos coincidieron en considerar que enajenar estos activos era una solución razonable ante la situación límite que enfrentaba la EMVS.

6.- Una vez se recibieron las ofertas, la EMVS pasó a evaluar las mismas. El 20 de junio de 2013, la entidad emitió el informe que valoraba las distintas propuestas vinculantes siguiendo criterios perfectamente identificados: cartera de activos, condiciones económicas de la transacción, plazos, etc. A partir de este informe, el Ayuntamiento se puso en manos de la



Comunidad de Madrid, a cuya Dirección General de Vivienda se requirió autorización, y renuncia a ejercer el derecho de tanteo.

7.- El precio final por el que se cerró la transacción, 128.500.000 euros, figuraba en la parte alta de la horquilla de valoración de los inmuebles que había aportado el informe de PwC que activó el Plan de Viabilidad y evitó la quiebra de la empresa municipal. Hablamos, de hecho, de un precio superior al previsto en dicho Plan de Viabilidad, que, a su vez, contaba con el visto bueno de la Intervención General del consistorio y de la Dirección General del Sector Público de la Administración local. 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.

8.- 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.

La constatación de todos los anteriores extremos, fácticos y jurídicos, evidencian sobradamente, a criterio de esta Sala de Justicia, el cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia en la gestión realizada. No puede compartir esta Sala la afirmación realizada en la instancia sobre que la gestión patrimonial que supuso la operación inmobiliaria discutida había supuesto dejación de los fines públicos para los que estaba constituida la EMVS, porque el riesgo cierto y comprobado, dada la crítica situación económica de la empresa, en el momento de producirse los hechos, era nada menos que la posible disolución de la propia Sociedad mercantil pública. Por lo que resulta diáfano que el primer fin público que debía ser salvaguardado era la propia supervivencia económica de la EMVS, para poder desarrollar las funciones y competencias que dicha mercantil tenía atribuidas. Al cumplimiento de tal fin se empeñaron todos los esfuerzos de los órganos institucionales implicados y, por fin, el resultado de la operación financiero-inmobiliaria discutida supuso la salvación de la EMVS y la recuperación de unos límites aceptables de solvencia financiera, que coadyuvó a cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y ello, no sólo para los resultados económicos de la propia EMVS, sino, por extensión de los del propio Ayuntamiento de Madrid, del que dependía, al estar consolidados los presupuestos de la sociedad mercantil municipal, en los de la Corporación local ya señalada. Tampoco fueron objeto de recurso alguno por actividad o inactividad administrativa o de decisión, los acuerdos adoptados por la Asamblea de accionistas de la citada EMVS de Madrid, estando ésta constituida por las mismas personas que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid.

VIGÉSIMO.- Como conclusión, esta Sala de Justicia entiende que, de conformidad con los hechos acreditados en el caudal probatorio del procedimiento de reintegro por alcance, unido a las pruebas aportadas en esta fase de apelación, todas ellas debidamente valoradas en su conjunto y de conformidad con criterios de sana crítica, no ha existido vulneración de las



normas y principios que regían la operación de compraventa de 18 promociones de viviendas protegidas y otros elementos inmobiliarios.

VIGESIMOPRIMERO.- Por lo que respecta a la venta conjunta de 34 viviendas libres, todos y cada uno de los argumentos fácticos y jurídicos desarrollados en los fundamentos jurídicos relativos a la adjudicación de las 18 promociones de viviendas protegidas, son aplicables a este supuesto. Aunque la aplicación del criterio del precio libre, entendido como el precio establecido en el punto de equilibrio, determinado por la ley de la oferta y la demanda no ofrece dudas en este caso, al no concurrir la calificación de vivienda protegida.

Se debe resaltar y subrayar específicamente, no obstante, que esta Sala de Justicia no comparte el criterio tomado por la Juzgadora de instancia, respecto a fijar un precio mínimo de venta a partir del valor catastral, por cuanto, además de que dicho valor está diseñado para el cálculo de tributos de naturaleza inmobiliaria, pero nunca para servir de factor corrector en compraventas de inmuebles libres, se debe tener en cuenta que nos hallamos ante la venta de un conjunto de viviendas libres por promoción y ya la Consejera de instancia (con buen criterio) rechazó ese criterio para el caso anterior, toda vez que no se trataría de sumar los valores de viviendas individuales, sino que habría de atenderse al carácter de la venta en lote de dichos inmuebles.

VIGESIMOSEGUNDO.- En cuanto al recurso de apelación formulado por la EMVS, cabe decir que la adopción por esta Sala de Justicia de los criterios reflejados en Fundamentos jurídicos precedentes, conllevan, sin más, su total desestimación.

No obstante, este órgano *“ad quem”* desea incidir expresamente en la pretensión de esta parte apelante para incrementar las cuantías del alcance que aprecia. En este caso, se coincide con lo aducido por las otras partes apelantes y con el Ministerio Fiscal, en considerar que esta fase de apelación constituye una revisión de los hechos y del Derecho aplicado en la primera instancia, pero, por su propia naturaleza, resulta de todo punto improcedente abrir en la apelación un juicio nuevo, con pretensiones completamente desligadas de las que fueron mantenidas en la demanda, a lo que obliga el principio de *“perpetuatio jurisdictionis”*.

VIGESIMOTERCERO.- En definitiva, los hechos enjuiciados en la presente apelación, que se han ido analizando en los fundamentos anteriores, no resultan subsumibles en el concepto legal de alcance que se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Décimo y que implica o presupone un perjuicio ilegítimo, real y evaluable económicamente.

En efecto, ni los gastos efectuados, por el pago de dos facturas de un contrato de intermediación inmobiliaria han carecido de justificación, correspondiendo a servicios efectivamente prestados a la EMVS, ni se han acreditado otros pagos indebidos o descubiertos en los fondos públicos de la mercantil municipal.

Por lo que se refiere a las ventas de promociones de viviendas, tanto de viviendas protegidas, como de viviendas libres, así como de otros elementos y plazas de garaje, ha quedado



acreditado su ajuste a las normas y principios del ordenamiento jurídico que eran aplicables. Dicho régimen jurídico fue el privado-mercantil, conforme a las normas estatutarias de la EMVS, si bien sujeta, en cuanto al desarrollo de su negocio jurídico inmobiliario, a los principios de gestión de patrimonio de las Administraciones Públicas, a él aplicables. Ajuste que esta Sala de Justicia ha valorado que se ha respetado suficientemente, pese a la existencia de ciertas irregularidades formales, que ya fueron señaladas en fases indagatorias previas.

Sin embargo, ha quedado demostrado que el precio final por el que se cerró la operación inmobiliaria, 128.500.000 euros, figuraba en la parte alta de la horquilla de valoración de los inmuebles que había aportado el informe de PwC que activó el Plan de Viabilidad y evitó la quiebra de la empresa municipal, que se encontraba al borde de la disolución, no solo por una negativa situación económica, sino también, más decisivamente, por la aplicación de la entonces nueva normativa que impuso las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. De no haberse producido los ingresos derivados de la operación de compraventa de promociones inmobiliarias, que coadyuvaron a la mejora y recuperación de la situación financiera de la EMVS, el Ayuntamiento de Madrid se hubiera visto privado de un instrumento eficaz para el cumplimiento de los fines públicos de gestión social de la vivienda y suelo públicos, de la que la mercantil municipal constituye uno de sus puntales. Máxime, cuando la subasta de pisos realizada en los años 2011 y 2012 había resultado ineficaz al ser las ofertas bajas y escasas y a mediados de 2012 dejó de ser obligatoria.

En conclusión, los hechos económicos analizados, no determinan la existencia de alcance, en los términos previstos en el artículo 38.1 de la LOTCu y los artículos 49.1 y 72 de la LFTCu. No se ha demostrado por la parte actora, EMVS la concurrencia de *“damnus emergens”*, por los motivos que se han aducido anteriormente. Por lo tanto, resulta absolutamente inviable la pretensión de esa misma parte demandante –hoy apelante- de que se condene a los antiguos responsables de dicha sociedad mercantil municipal, por un hipotético *“lucrum cesans”*.

En relación con la exigencia del lucro cesante, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 5 de junio de 2008, tiene declarado que no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 CC (La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor), sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes (Sentencias de 17 de noviembre de 1954, de 6 de mayo de 1960, de 30 de diciembre de 1977, mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 (Recurso 5049/2000)).

Esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas define qué ha de entenderse por lucro cesante en la Sentencia de 14 de julio de 2003 -reiterada en la de 30 de octubre de 2007-, al considerar que *“a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; y añade esta sentencia que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría*



si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener". Y en la Sentencia de 8 de julio de 1996 señala "que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico".

Asimismo, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido (STS de 7-6-98 y 5-11-98, entre otras), que el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto éste distinto del correspondiente a daños materiales, cuya indemnización debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado. El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido; no incluyéndose los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna, añadiéndose que las ganancias que puedan reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud de entidad suficiente para poder ser consideradas como probables. Por ello, la Jurisprudencia ha destacado la prudencia rigorista e incluso el criterio restrictivo para apreciar el lucro cesante. En sentencia de 29-12-00, el Alto Tribunal determinó que para la exigencia del lucro cesante es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, orientándose nuestra jurisprudencia en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante, resaltándose la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor, (STS de 17-12-90, 30-11-93 , 29-9-94, 8-6-96 y la ya citada de 29-12-2000).

En relación al lucro cesante la STS de 12 de noviembre de 2003 reitera que: "*Dice la sentencia de 5 de noviembre de 1998 que "el lucro cesante tiene una significación económica; se trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencias de 21 de octubre de 1987 y 29 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, de no ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios cubiertos, concretos y acreditados que el percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, la Sala 1ª del TS ha destacado la prudencia rigorista (así sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de*



probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo, que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 EDJ1996/3549 y 21 de octubre de 1996 EDJ1996/6432)".

Esta Sala de Justicia se ha hecho eco de la anterior jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal.

Cabe invocar en el caso objeto de esta apelación que, tal como dejó señalado la Sentencia de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 5 de mayo de 1994, «*esta caracterización de la responsabilidad contable como responsabilidad de naturaleza reparadora y no sancionadora se confirma también con el art. 20 del [hoy derogado] Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en cuanto concibe a la responsabilidad contable como una variedad específica de la responsabilidad patrimonial que las Administraciones Públicas pueden exigir de sus Autoridades y personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave*» [antiguo art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regulaba la llamada acción de regreso]. Esta variedad no es otra que la que tiene lugar cuando los daños y perjuicios se irrogan de forma específica sobre los caudales o efectos públicos (art. 38.1. de la Ley Orgánica y concordantes de este texto y de la Ley de Funcionamiento) los cuales están sin duda integrados en la más genérica expresión de bienes y derechos del aludido art. 145.2 de la Ley 30/92». Precisamente es esta caracterización de la acción de responsabilidad contable como “acción reparatoria”, la que exige una perfecta e inequívoca constatación de la existencia y cuantía de los daños causados al erario público, requisito inexcusable para el nacimiento de la acción en exigencia de responsabilidad contable, sin que quepan los denominados “sueños de ganancia” o “sueños de fortuna”, como expresó el Auto de esta Sala de Justicia, de fecha 20 de julio de 2011, apoyándose en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, pues “... los llamados “sueños de ganancia” o “sueños de fortuna”, según la denominación que da el Tribunal Supremo (ver, por todas, su Sentencia de 14 de marzo de 2005), no tienen cabida en esta jurisdicción contable como ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Sala, entre otros en los Autos de 22 de septiembre de 2005 y 3 de junio de 2009”.

En la Sentencia nº 24/2010, de 18 de noviembre, esta Sala de Justicia señaló, en relación con una operación de enajenación de parcelas, por parte de un Ayuntamiento, que: “...Al margen de la valoración que de esta operación se pueda plantear desde la perspectiva de la normativa urbanística, la documentación que consta en autos no ha acreditado la obtención por parte de la empresa de una plusvalía evaluable económicamente como consecuencia de la venta, si bien sí se ha acreditado que otra empresa se subrogó en los derechos y obligaciones del contrato celebrado con el Ayuntamiento. En todo caso, la afirmación de que esa plusvalía cuantificada de modo genérico hubiera podido ingresar en las arcas municipales es una especulación sobre lo que habría podido ocurrir en caso de que las parcelas hubieran sido enajenadas inicialmente en las condiciones en las que presuntamente luego se vendieron. No se trata por tanto de un



ingreso que haya dejado de obtener el Ayuntamiento teniendo derecho a ello y que haya generado un perjuicio real e individualizado, sino de una mera esperanza de ganancia que no puede dar lugar a un alcance en los fondos públicos. Como tiene dicho esta Sala de Justicia, las meras expectativas de beneficio no constituyen un daño real y efectivo en el sentido que se exige en el artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas como requisito de la responsabilidad contable. Por todos, el Auto de la Sala de Justicia de 22 de septiembre de 2005 (...) Dicho perjuicio o menoscabo en ningún caso puede identificarse, como pretende DON A. S. S., con el mejor precio que se hubiera podido conseguir, lo cual en realidad no es más que un perjuicio potencial basado en una mera expectativa o ganancia contingente, conocido en la jurisprudencia civil como «sueños de ganancia» o «sueños de fortuna» (ver, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2005) derivada de no haber obtenido un hipotético mayor precio por la venta de locales. Y ello, porque la mera expectativa de ganancia en ningún caso se puede identificar con el daño emergente, esto es, el perjuicio real y efectivo sufrido en los fondos públicos, determinante de la responsabilidad contable...”

No cabe, por tanto, en aplicación de esta doctrina, declarar la existencia de un alcance de fondos públicos, tal y como se hizo en la Sentencia recurrida en apelación.

VIGESIMOCUARTO.- La inexistencia de perjuicios indemnizables acreditados, a la EMVS, por la actuación de los demandados en autos y hoy apelantes, haría innecesario entrar a valorar la concurrencia de los restantes elementos de la responsabilidad contable y conducen a la conclusión de revocar la Sentencia dictada en primera instancia, con desestimación del recurso de apelación formulado por la representación procesal de EMVS, y consecuente estimación de los recursos de los apelantes codemandados a los que se ha adherido parcialmente el Ministerio Fiscal, salvo en lo que respecta a la alegación de excepción de falta de legitimación pasiva. Inclusive, aun a mayor abundamiento y a los solos efectos conclusivos y dialécticos, se puede añadir sobre la clara inexistencia de negligencia grave de los que fueran demandados en la anterior instancia así como sobre la ausencia del exigido nexo causal entre el hipotético alcance o daño causado y la exigida reparación contable que tal menoscabo conlleva.

Recuérdese que, para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario, como ha venido declarando reiteradamente esta Sala de Justicia (por todas, nuestra reciente Sentencia nº 11/2018, de 20 de julio –Fundamento jurídico Decimotercero–), que el agente haya actuado, o bien consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o bien, al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia, culpa o negligencia, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo.

De forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo, no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento.



Igualmente, si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa.

Ha quedado debidamente acreditado en autos que, como ha señalado oportunamente el Ministerio Fiscal, en su razonado informe, concurren, al menos, tres circunstancias que impedirían, en todo caso, apreciar una conducta gravemente negligente en la conducta de las personas que fueron demandadas en autos.

La primera, la existencia de informes (y, entre ellos, de manera relevante, el de la Intervención Municipal) emitidos desde diversas instancias, no sólo provenientes de órganos municipales, que no cuestionaron la operación inmobiliaria que estamos examinando, ni dictaminaron en su contra.

La segunda, la ya aludida dificultad que presentó, tanto la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a la venta de las promociones inmobiliarias y demás bienes inmuebles municipales, propiedad, por diversos títulos, de la EMVS, como la interpretación de dicho ordenamiento, que fue reconocida por la propia Sentencia recurrida y que se plasmó en el informe elaborado el 19 de abril de 2016, por la Unidad Fiscalizadora de la Contratación y de la Asesoría Jurídica de la Cámara de Cuentas de Madrid, sobre la enajenación de inmuebles y sobre la enajenación de promociones completas de vivienda de protección pública.

Y, en tercer lugar, la imposibilidad de imputar negligencia grave a los apelantes, cuando consta que se aprobó un Plan de Viabilidad financiera, ratificado por la entonces Junta General de accionistas de la EMVS y que, previamente, había sido aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, mediante el correspondiente Acuerdo, que no consta que fuera impugnado de ningún modo y que resultaba obligatorio para los órganos ejecutivos de la sociedad mercantil pública, habiéndose conseguido en las enajenaciones, unos resultados económicos superiores a los inicialmente previstos, lo que viene a advenir, aún más, la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de los antiguos miembros de la Junta de Gobierno municipal de Madrid y, a la vez, miembros de la Junta General universal de EMVS.

Pero es que, además, el anterior razonamiento debe llevar consigo la afirmación de que tampoco concurre en el presente caso la necesaria existencia de nexo causal entre las conductas de los apelados y un hipotético daño producido en los fondos públicos. En efecto, para que pueda hablarse de responsabilidad contable se hace precisa, no sólo la existencia de una acción u omisión voluntaria, de una actuación dolosa o gravemente negligente o fácilmente reprochable por falta de previsión y propiciadora del riesgo, y de un factor normativo constituido por la grave transgresión de deberes impuestos, sino también la producción de un daño o resultado lesivo y de una adecuada y evidente relación de causalidad entre un proceder inobservante de precaución y el daño sobrevenido. En definitiva, dicha relación causal entre la conducta del sujeto y el resultado dañoso debe ser adecuada, directa, completa e inmediata y no meramente accesorio, secundaria o de grado menor.



Pues bien, en el caso enjuiciado nos hallamos, según criterio de esta Sala de Justicia, ante la segunda de las dos alternativas contempladas, pues la causa eficiente productora del menoscabo en el Erario municipal, sencillamente no existe, ya que ha quedado demostrado que no ha existido un daño económico patrimonial en los fondos públicos municipales.

VIGESIMOQUINTO.- En cuanto a las costas en la primera instancia, esta Sala de Justicia estima que pese a que la revocación de la Sentencia de instancia conlleva la íntegra desestimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de EMVS, no procede su imposición a dicha parte actora, dado el tenor del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Madrid y la complejidad del asunto.

Por la misma razón, no procede la imposición de costas a la parte apelante EMVS, pese a haber sido desestimado su recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 “*in fine*” de la LRJCA.

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

LA SALA ACUERDA:

III. FALLO.

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de EMVS.

SEGUNDO.- Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la representación procesal de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C.

TERCERO.- Estimar los recursos de apelación formulados, tanto por la representación procesal de Don F. O. U., como por la representación procesal de Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C., recursos a los que se había adherido parcialmente el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Revocar, en consecuencia, la Sentencia nº 11/2018, de 27 de diciembre, dictada en primera instancia por la Consejera de Cuentas Excma. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez, en el procedimiento de reintegro por alcance nº A-124/17, del ramo de 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, cuya parte dispositiva quedará redactada como sigue:

“.../... **FALLO**

Se DESESTIMA la demanda formulada por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., contra Don F. O. U., Doña A. B. S., Doña C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. Sin costas en esta primera instancia.”



QUINTO.- En cuanto a las costas, estese a lo establecido en el Fundamento de Derecho Vigésimoquinto de la presente Resolución.

Así lo acordamos y firmamos.-Doy fe.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO DE CUENTAS, DON FELIPE GARCÍA ORTIZ, A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE JUSTICIA EN EL RECURSO DE APELACIÓN Nº 20/19

Mis discrepancias con la opinión de la mayoría manifestada en el momento de la deliberación y votación de la Sentencia se expone a continuación como fundamentos de mi voto particular. En síntesis, mi desacuerdo se centra en parte de los argumentos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho Noveno, Decimoquinto, Decimoctavo, Decimonoveno, Vigésimo, Vigésimoprimer, Vigésimotercero y Vigésimocuarto y, correlativamente en el Fallo de la Sentencia votada en Sala y que se concreta en las consideraciones siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los antecedentes de hecho que la Sentencia relata.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los Fundamentos de Derecho Noveno y el Vigésimocuarto estiman la excepción de falta de legitimación pasiva de los miembros de la Junta de Gobierno municipal que conforman la Junta General de Accionistas de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo (en adelante EMVS) al no reunir aquéllos la cualidad de cuentadantes y en cuanto a que no intervinieron directamente en las operaciones de ventas de las viviendas sujetas al régimen de protección oficial, pues habrían sido gestionadas y verificadas por el Consejero Delegado de la EMVS, no obstante, haber aprobado la Junta de Gobierno municipal el Plan de Viabilidad que dio cobertura a las enajenaciones.

Este Consejero, sin embargo, considera que los miembros de la Junta de Gobierno municipal ostentan la legitimación pasiva en este procedimiento. Para ello, basta con recordar la conocida existencia de la distinción conceptual entre legitimación «ad processum» y legitimación «ad causam». La primera de ellas, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde su Sentencia de 10 de julio de 1982, a la que siguieron casi literalmente las Sentencias del mismo Tribunal de 24 de mayo de 1991 y 24 de mayo de 1995), es un instituto de derecho adjetivo ligada a la facultad para comparecer en juicio que, a su vez, se liga a la capacidad de obrar, y que despliega sus mayores efectos prácticos en aquellas relaciones procesales en las que intervienen, como partes, personas jurídicas. Por el contrario, la legitimación «ad causam» entronca, no con la capacidad de obrar, sino con la capacidad jurídica y (según la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se ha hecho referencia) se trata de una institución de derecho sustantivo. Por eso, en la mayoría de los supuestos examinados por la jurisprudencia la legitimación «ad causam», como componente sustantivo de la institución jurídica de la legitimación, viene a identificarse con la efectiva titularidad



activa o pasiva de la relación jurídica concreta deducida en el litigio, y viene a ser una cuestión íntimamente ligada al fondo de la litis (ver, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1963, 16 de marzo de 1990, 23 de enero de 2001, 22 de febrero de 2001).

Para resolver si concurre o no legitimación pasiva en la Junta de Gobierno, hay que partir del artículo 55.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que regula este requisito procesal en los procedimientos contables, al señalar 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.

La legitimación pasiva en los procesos de responsabilidad contable ha sido analizada por la Sala de Justicia en múltiples resoluciones, que se sintetizan en la doctrina recogida en la Sentencia Nº 3 de 12 de febrero de 2012, de acuerdo con la cual la legitimación pasiva en los procesos contables se encuentra vinculada al manejo de fondos, bienes o caudales públicos y de las cuentas, EN SENTIDO AMPLIO, que deben rendir quienes los manejan o administran.

Por otro lado, a efecto de la responsabilidad contable, que tiene establecido la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, no sólo es cuentadante quien maneja fondos públicos en sentido estricto y rinde cuentas de su gestión, sino aquél que con su acción u omisión determina la producción de un daño a los fondos públicos. Bajo esta perspectiva, claramente la Junta General de Accionistas ostenta la condición de cuentadante, ya que como Junta de Gobierno municipal se implicó y vinculó directamente a la función que desarrollaba la EMVS a través de su Consejo de Administración y debió conocer las medidas que éste adoptaba en ejecución del Plan de Viabilidad de la EMVS.

Siendo cierto que la Junta de Gobierno municipal y Junta de Accionistas es un órgano diferente al Consejo de Administración de la EMVS, con funciones distintas según los Estatutos de la EMVS, no puede contemplarse como una Junta de Accionistas similar a una Sociedad mercantil privada donde el accionariado está muy repartido entre miles de accionistas, sino que en este caso, la Junta de Accionistas asumía unas funciones directas de control de la EMVS.

En efecto, a la Junta de Gobierno municipal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.1.b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, le correspondía adoptar planes, programas y directrices vinculantes para todos los órganos ejecutivos, organismos y empresas del Ayuntamiento de Madrid.

De acuerdo con esta función, la Junta de Gobierno municipal, en su calidad de Junta de Accionistas de la EMVS, ratificó el 20 de junio de 2013 el Plan de Viabilidad de la EMVS aprobado por el Consejo de Administración de ésta el 19 de junio de 2013 donde se preveía la enajenación de 1.860 viviendas de protección oficial y otros inmuebles y con un precio estimado de 112 millones de euros. En el punto 2º: Objetivos del Plan, se señalaba que todas



las medidas contenidas en el Plan debían contar con la aprobación de los órganos del Ayuntamiento de Madrid competentes en cada materia.

Por tanto, lejos de ser una autorización genérica de la Junta de Accionistas sobre una potencial operación de venta, cualquier medida concreta que afectara a la enajenación de las 1.860 viviendas y otros inmuebles quedaba sujeta al control municipal. En consecuencia, las medidas correspondientes a esta enajenación debían ser conocidas por la Junta de Gobierno municipal. La inacción u omisión de la Junta de Gobierno municipal no le exime de responsabilidad, si no conoció con detalle la operación, pues debió solicitar información al respecto, con independencia de que la Presidenta del Consejo de Administración de la EMVS formaba parte de la Junta de Gobierno municipal y también debió informar sobre dicha operación.

En el punto 7º del Acta del Consejo de Administración de la EMVS de 24 de julio de 2013 se dio cuenta de las operaciones de activos asociados al Plan de Viabilidad por parte del Consejero Delegado a los miembros del Consejo de Administración, pero no se tiene constancia si este Acta fue comunicada a la Junta de Gobierno municipal o Junta de Accionistas. En todo caso, ésta pudo y debió solicitar la información pertinente si el Consejo de Administración no la facilitaba, y ello en virtud de lo establecido en el punto 2º del Plan de Viabilidad de la EMVS.

Será en cada caso concreto por la intensidad o importancia de las operaciones y su detalle si habría lugar a la responsabilidad directa o subsidiaria, pero no cabe la menor duda que existió una legitimación pasiva y la consiguiente responsabilidad que debió dirimir y considerar la Sentencia de Apelación, legitimación pasiva que también solicitó el Ministerio Fiscal, en confirmación de la Sentencia de instancia.

La cita de distintas Sentencias de la Sala de Justicia en las que se ha excluido de legitimación pasiva a las Juntas de Accionistas en sociedades municipales no resulta de aplicación a este caso concreto, ya que en las Sentencias como la nº 12 y 16, de 2012, la Junta de Accionistas se limitaba a la transferencia de fondos para el funcionamiento de las empresas públicas, sin que se hubiera acreditado que hubiera intervenido en los hechos enjuiciados. En el caso presente de las operaciones de enajenación de inmuebles de la EMVS, la Junta de Accionistas y Junta de Gobierno municipal sí tenía asumidas las competencias para aprobar el Plan de enajenación y recibir detalle de las medidas de ejecución para aprobarlas y verificarlas. Por tanto, la Sentencia de Apelación debió estimar la legitimación pasiva de los miembros de la Junta de Gobierno municipal y Junta de Accionistas.

SEGUNDO.- El Fundamento de Derecho Decimoquinto es contradictorio al referirse al régimen jurídico aplicable a los contratos patrimoniales, realizados por la EMVS. La Sentencia de Apelación declara que son contratos excluidos de la legislación contractual contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en virtud de lo establecido en su artículo 4.1.p) y que le resulta de aplicación el art. 4.2 de dicho texto, que dice: “que los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumeradas en el apartado anterior, se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que



podieran presentarse”. También declara aplicables los artículos 2.2 y 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Este Consejero se muestra de acuerdo con estas referencias de la Sentencia de Apelación, tanto al Texto Refundido de la Ley de Contratos como a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, pero quiere incidir en el contenido del artículo 8.1 apartado c) de esta última ley, que se refiere al cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.

No obstante, la Sentencia de Apelación establece como norma especial el artículo 18 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, y dice “que las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra podrán ser enajenadas por sus titulares por promociones completas, de manera parcial, incluso individualmente y a precio libre...”. La Sentencia de Apelación, en el Fundamento Decimoquinto, no concluye sobre el significado del precio libre, pero sí en el Decimoctavo cuando considera que el precio libre es el determinado por la ley de la oferta y la demanda. Establece, además, que el procedimiento de enajenación fue correcto en los Fundamentos de Derecho Decimoctavo, Decimonoveno y Vigésimo.

Conviene precisar que precio libre no equivale a procedimiento libre, sino que la adjudicación, cuando existe precio libre, no tiene por qué realizarse a la propuesta más ventajosa económicamente. El procedimiento, sin embargo, debió ajustarse a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad señalados en el artículo 8.1. de la LPAP y también a los de confidencialidad, igualdad y no discriminación señalados en el artículo 191. a) del TRLCP y a las instrucciones previstas en el artículo 191. b) de este texto para resolver las dudas y lagunas, en su caso, presentadas en el procedimiento a tenor del artículo 4.2. del mismo cuerpo legal.

El Informe de Fiscalización elaborado por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, aprobado el 30 de junio de 2016 e incorporado como prueba en este procedimiento, se refiere a los defectos del procedimiento de enajenación y a la necesidad de cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad. Principios que el propio Interventor municipal, en su informe previo a la aprobación del Plan de Viabilidad, manifestaba que habían de cumplirse y además reiteraba que habría que comprobar en un informe de control financiero posterior. En este procedimiento sólo se contó con una estimación del precio de enajenación de las viviendas públicas de protección oficial para su venta en bloque realizado por P. W. No se pidió una tasación de una empresa tasadora oficial, sino de una consultora.

Este Consejero, dada la complejidad de la operación, no considera inapropiada la solicitud a la consultora P. W., pero sí que debió contarse con distintas tasaciones oficiales de empresas dedicadas a tal fin. Contrasta el hecho de solicitar cinco ofertas para la labor de intermediación en la búsqueda y selección de ofertantes con sólo una oferta de estimación del precio. Precisamente, dada la singularidad de la operación debió contarse con al menos tres



tasaciones. El precio de la enajenación, tal como consta en la documentación, se fijó en los contactos de la empresa intermediaria con las ofertantes, valiéndose de la referencia estimatoria de P. W., por lo que la concurrencia estaba viciada desde el origen, máxime cuando algunos ofertantes tuvieron privilegios en el acceso a la documentación de la EMVS antes de emitirse el anuncio público en un medio de comunicación escrito para la realización de las ofertas (hubo cuatro ofertas de entidades anteriores al anuncio).

El propio Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas se refiere a la inexistencia de un precio fundado y a la falta de tasación, en cuanto que realmente ésta última fue realizada por los propios ofertantes. No se aprobaron Pliegos de Condiciones y no es que formalmente tuviera que ser necesariamente un Pliego como los previstos para la contratación de Obras, Servicios o Suministros, sino que deberían haber sido aprobadas unas instrucciones sobre el procedimiento de enajenación de bienes patrimoniales, ajustadas a las disposiciones aplicables. La EMVS aplicó por el contrario, según el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas, un Pliego de Condiciones para las enajenaciones de viviendas efectuadas en los años 2010 y 2011 y no en este procedimiento de 2013.

Además, hay que tener en cuenta que P. W. elaboró el informe de estimación de precio de las enajenaciones el 2 de abril de 2013 y posteriormente contrató el 1 de julio de 2013 con el adjudicatario (M. R. E. y B. G. I. P., LLP.) en las comprobaciones derivadas de la DUE DILIGENCE confirmatoria a realizar en el plazo de 15 días desde la aceptación de su oferta. Por tanto, P. W. contrató con EMVS y con el adjudicatario lo que debió evitarse, de acuerdo con el principio de transparencia.

Por consiguiente, este Consejero considera que no se cumplieron los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación en el procedimiento tramitado de enajenación de las 1.860 viviendas de protección pública y otros inmuebles, y por tanto, es contrario a lo determinado al respecto en los fundamentos de derecho Decimonoveno y Vigésimo y alusiones imprecisas al denominado “precio libre” en los fundamentos Decimoquinto y Decimooctavo, sin acomodarlo a un procedimiento concurrente y transparente. El propio fundamento Decimonoveno dice “que se cumplió suficientemente los principios de publicidad, concurrencia y transparencia” para, a continuación, indicar que se registraron algunas irregularidades en las diligencias de investigación que podrían haber afectado a los principios de transparencia y concurrencia en el procedimiento competitivo de venta de promociones inmobiliarias impulsado en 2013 por los responsables de la EMVS.

TERCERO.- Este Consejero se muestra en desacuerdo con la referencia del Fundamento Decimonoveno y Vigésimotercero a que la operación realizada ha evitado la quiebra de la empresa municipal y que, de este modo, se pudo cumplir con las normas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como que hubiera que ir a la disolución de la propia sociedad mercantil pública de no realizarse las operaciones de venta.

Como también pone de manifiesto el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas existían diversas fórmulas alternativas para paliar las pérdidas de explotación de la EMVS. Si



efectivamente existía déficit podría haberse mejorado la gestión de la empresa aplicando criterios profesionales que redundaran en una mejor organización y gestión, pero, en todo caso, el Ayuntamiento de Madrid como accionista único titular del 100% de las acciones podría haber aportado capital a los fondos propios de la empresa, de haber sido necesario para reequilibrar una posible disminución de capital por pérdidas. Considerando el objetivo social de la empresa, dedicada a la tenencia y explotación de viviendas públicas de protección oficial, la función social de atención al colectivo ocupante de este tipo de vivienda era fundamental como servicio público encomendado a los entes locales, independientemente de si eran gestionadas las viviendas de forma directa o a través de sociedades mercantiles públicas en régimen de derecho privado. Y esta función social debió prevalecer antes incluso que adoptar criterios de viabilidad económica, todo ello sin perjuicio de mejorar la eficacia y eficiencia de la sociedad. Y en último término, el Ayuntamiento debió proponer y ejecutar una ampliación de capital si hubiese sido necesaria.

CUARTO.- Este Consejero comparte con la Sentencia de apelación el criterio de que el valor máximo de venta de estas viviendas de promoción pública no era el adecuado a efectos de determinar el posible daño a los fondos públicos en la operación de venta de las 1.860 viviendas de protección pública y otros inmuebles, hasta un total de 5.315, correspondientes a 18 promociones.

Las viviendas de protección pública estaban en su mayor parte ocupadas por arrendatarios en alquiler o en alquiler con opción de compra. El precio máximo de venta de vivienda pública es el fijado para venta a terceros, personas físicas que suceden al vendedor en la ocupación de las viviendas y que han de reunir unos requisitos específicos. Por tanto, un adquirente persona física ocupa una vivienda que es simultáneamente desocupada por el vendedor. En el caso de ventas en bloque, total o parcial, el adquirente, persona jurídica, mediante adquisición mercantil no ocupa las viviendas sino que las recibe ocupadas y ha de respetar los derechos y obligaciones de los ocupantes (el alquiler y la opción de compra). En definitiva, son situaciones diferentes. Por el mismo motivo, no resulta adecuado comparar el precio de venta agregado de precios máximos individuales con un precio de venta en bloque global o parcial.

Es un argumento similar al que la Juzgadora aludía en la página 45 (Fundamento Jurídico Séptimo) de la sentencia de instancia al rechazar el valor catastral en esta operación cuando se refiere a la ocupación arrendaticia, las opciones de compra o la subrogación del comprador. Y también sería inadecuado aplicar el valor contable por los mismos fundamentos.

Únicamente un valor de tasación “ad hoc” para esta operación singular sería el adecuado para comprobar si esta operación pudo originar daño a los fondos públicos y, por ello, este Consejero reitera la necesidad de haber contado con varias tasaciones y un rango adecuado antes del procedimiento de contratación. Dado que la Juzgadora de instancia rechazó la tasación de T. aportada por la parte demandante por ser conclusiones retrospectivas de 2015 en relación al año 2013, basarse en técnicas de muestreo sin exponer los criterios de selección y no aplicar la orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, existen dudas razonables para determinar



si hubo daño o no a los fondos públicos, independientemente de si con más tasaciones, que en todo caso, eran necesarias, se hubiera podido obtener un precio de fijación mayor o menor al rango establecido de 112/135 millones de euros. Y tampoco si el fraccionamiento de la venta en bloques parciales hubiese dado un mejor precio, alternativa que también podría haberse contemplado.

Con independencia de lo expresado anteriormente, la operación fue lesiva para el colectivo ocupante, vinculado por distintos títulos jurídicos a las viviendas de protección oficial. Pues al producirse la enajenación se suprimieron los derechos de tanteo y retracto de los ocupantes por la venta en bloque de edificios amparándose en el art. 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y quedó sin amparo futuro el régimen de subsidios o de reducciones de rentas a los ocupantes, cuya política municipal ejecutaba el Consejo de Administración de la EMVS, aparte de no contemplarse el control público posterior del régimen de protección oficial de estas viviendas. La operación no consideró adecuadamente a un colectivo especialmente vulnerable y resultó dañosa para sus intereses y para el derecho a obtener y mantener una vivienda digna, como un derecho regulado constitucionalmente, y ello sin perjuicio de que se pactara que el comprador asumiría los derechos y obligaciones de la parte vendedora. Pero, en realidad, esta subrogación no contempló la protección de los derechos anteriormente mencionados. Cuestión distinta es que pudiera determinarse la existencia de daño o no a los fondos públicos en la forma en que se enajenó. Y ello con independencia de la intervención que, sobre esta operación, haya tenido lugar en la vía jurisdiccional penal y contencioso-administrativa.

QUINTO.- Este Consejero no se muestra conforme con los Fundamentos de Derecho Vigesimoprimer y Vigesimotercero y, en consecuencia, con el fallo de la sentencia sobre la venta de 34 viviendas libres y 2 plazas de garaje. La venta fue realizada de la siguiente forma: en fechas 21 de febrero de 2013 (2 viviendas) y 18 de octubre de 2013 (8 viviendas) a Avellanar S. L. y en fechas 21 de febrero de 2013 (12 viviendas y 2 plazas de garaje) y 18 de octubre de 2013 (12 viviendas) a M. T. I., S.L. Esta fue una operación diferente a la enajenación de 5.315 inmuebles en régimen de protección pública. Por tanto, eran viviendas desocupadas y las agrupaciones de ventas realizadas de estas viviendas eran escasamente significativas para no atender al sistema de agregación en el precio (fueron 4 operaciones de 2, 8, 12 y 12 viviendas y 2 plaza de garaje). Al ser viviendas libres, no procedía aplicar el precio máximo de venta de la vivienda pública y sí era de aplicación el valor de tasación de la vivienda libre si esta tasación hubiera existido. No consta en la documentación el valor de tasación aplicado sino únicamente el precio de enajenación de las 4 operaciones.

En este caso, distinto al régimen de protección pública, sí procedía aplicar el valor contable o valor catastral como precio límite sin que el precio de venta pudiera ser inferior a estos valores, a no ser que se hubiese justificado. El valor contable es un valor de mercado desactualizado, que no se ha solicitado en la demanda, pero que podía haber sido contemplado. Teniendo en cuenta que eran viviendas cuya división horizontal procedía de los años 1998, 2000 y 2001, su valor contable sería notablemente inferior al valor de mercado en



2013, a pesar del período recesivo desde 2007/2008, por lo que el precio de venta en 2013 no podría ser inferior al valor contable. Pero la parte demandante no lo contempló. Sin embargo, sí solicitó como petición subsidiaria el valor catastral, que ha reproducido en la segunda instancia. El valor catastral es inferior al valor de mercado al que no puede superar, como establece el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. En consecuencia, este valor catastral opera como límite al que, al menos, hay que considerar que el precio de venta no puede ser inferior. Consta que la parte compradora pagó por estas ventas 2.072.246,32€ siendo el valor catastral de tales inmuebles 3.138.331,95€ por lo que el perjuicio a los fondos públicos fue de 1.066.085,63€ y la petición de la parte demandante ascendió a 1.063.085,63€. Por consiguiente, debió declararse un alcance a los fondos públicos por este importe, siendo responsable Don F. O. U., Consejero Delegado de EMVS, contra quien se dirigió la demanda por este concepto al haber ejecutado la operación.

SEXTO.- También se formula voto particular contra el Fundamento de Derecho Decimonoveno y el fallo de la Sentencia por no estimar la responsabilidad contable en la rebaja de 2 millones de euros al precio final de la operación de venta de los 5.315 inmuebles de protección oficial. Únicamente dicho Fundamento Jurídico señala que la rebaja de 2 millones fue impropia considerada por la Juzgadora de Instancia como partida de alcance, pero no argumenta por qué no lo es. Este Consejero sí está de acuerdo con el procedimiento de DUE DILIGENCE establecido en estas operaciones mercantiles que actúa como condicionante del precio final, en cuanto se ha de verificar si los activos, pasivos y resultados u otras operaciones de avales o garantías, juicios pendientes, etc., pueden afectar a las cuentas entregadas con anterioridad por la empresa vendedora. Pero en este caso concreto lo que no se ha probado es qué operación estaba sobrevalorada (activo) o infravalorada (pasivo) o qué contingencia existía. Sólo se alude, en la carta del 12 de julio de 2013, dirigida por el adjudicatario M. R. E. a la EMVS, a un problema de incremento de la morosidad en el año 2013 sin señalar respecto a qué período anterior corresponde, y tampoco queda aclarado si la tasa de morosidad pudo ser conocida o no por la parte compradora al formular su oferta definitiva, aparte de que no se explica por qué se llega a una cifra redonda de 2 millones de euros y no a otra cifra más precisa.

No constando la justificación de esta rebaja, no puede exonerarse de responsabilidad a los demandados por la existencia de un posible pacto verbal sobre dicha justificación y que trataba de dar cobertura a la aceptación de la DUE DILIGENCE que tuvo lugar en fecha 18 de julio de 2013 por EMVS y que luego se trasladaría e incluiría en el precio definitivo que figuró en las escrituras de compraventa.

Por tanto, a juicio de este Consejero, existe responsabilidad contable por el importe de 2 millones de euros de la rebaja en la operación de enajenación de las viviendas de promoción pública.



La responsabilidad sería directa del Consejero Delegado Don F. O. U., quién ejecutó la citada rebaja y a quién se dirigió la acción. En cuanto a los miembros de la Junta de Gobierno municipal, también demandados por este concepto, hay que tener en cuenta que existe una cooperación en los hechos por parte de la Presidenta del Consejo de Administración de EMVS y miembro a su vez de la Junta de Gobierno Local, ya que participó en la reunión del Consejo de Administración de 19 de junio de 2013 y era el enlace con la Junta de Gobierno municipal y Junta de Accionistas, sin perjuicio de la función que desarrollaba el Consejero Delegado, por lo que debió ser condenada por responsabilidad contable directa, en la cuantía de 2 millones de euros.

Los restantes miembros de la Junta de Gobierno y Junta de Accionistas tenían obligación de conocer la operación, por lo que al menos existió una responsabilidad por omisión; sin embargo, dado que la responsabilidad se refiere a una cuestión muy concreta, la rebaja de 2 millones de euros, no procedería exigir una responsabilidad directa por desproporcionada, sino que en este caso debió ser subsidiaria, aspecto que incluso en su recurso de apelación se contempló por la representación de la Junta de Gobierno municipal, sólo que se admitía en dicho recurso en defecto de la responsabilidad directa de todos los miembros del Consejo de Administración. Pero esta argumentación difiere del criterio sustentado por la Sala de Justicia, respecto a la responsabilidad contable, que tiene el carácter de solidaria y, por lo tanto, no era necesario demandar a todos los posibles responsables que formaron parte del Consejo de Administración para exigir la responsabilidad contable por los hechos debatidos en este procedimiento.

Por todo lo expuesto y sin perjuicio del respeto que me merece la opinión de la mayoría expresada en esta Sentencia entiendo que debió estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don F. O. U. y por la representación de Doña A. B. S., Doña M. C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. P. G. G., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C. respecto a los servicios de intermediación de la UTE I. y respecto a la operación de venta de la promoción pública de 5.315 inmuebles, excepto en los Fundamentos Jurídicos en los que este Consejero ha manifestado su disconformidad, revocándose parcialmente la sentencia de instancia de 27 de diciembre de 2018 y manteniéndose la condena por los conceptos de rebaja en el precio de 2 millones de euros en la operación anteriormente citada y en 1.063.085,63€ derivados de la operación de venta de 34 viviendas libres y 2 plazas de garaje.

El recurso de apelación de EMVS debió desestimarse respecto a su pretensión principal, excepto en la rebaja de 2 millones, y estimarse respecto a su pretensión subsidiaria de condena en relación a las 34 viviendas y 2 plazas de garaje. También debió estimarse parcialmente el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal respecto a la legitimación pasiva de los miembros de la Junta de Gobierno municipal y la exoneración de alcance por la operación de intermediación de la UTE I. y en la enajenación de la promoción pública de los 5.315 inmuebles y desestimarse respecto al resto de pedimentos, es decir, la rebaja en el precio de 2



TRIBUNAL DE CUENTAS

millones de euros en la operación anteriormente citada y en la cantidad de 1.063.085,63€ por la venta de 34 viviendas libres y 2 plazas de garaje.

El perjuicio a los fondos públicos en este procedimiento de reintegro por alcance A-124/17 debió elevarse a 3.063.085,63€ siendo Don F. O. U. responsable contable directo por este importe, Doña M. P. G. G. responsable contable directo por 2 millones de euros, solidariamente con Don F. O. U. hasta dicho importe, y D^a Doña A. B. S., Doña M. C. D. T., Don J. E. N. G., Don D. S. B., Doña M. D. N. R. y Don P. M. C. C. responsables contables subsidiarios por 2 millones de euros.

En cuanto a los intereses ordinarios el devengo se produjo en las fechas de producción de los daños, es decir, en la fecha de aceptación de la rebaja de 2 millones de euros sin dar lugar al cobro de dicha cantidad, el 18 de julio de 2013, y en las fechas de las ventas de las 34 viviendas libres y 2 plaza de garaje producidas el 21 de febrero de 2013 y 18 de octubre de 2013. Los responsables subsidiarios responderían de los intereses ordinarios desde que se les requirieran por insolvencia de los responsables directos en la condena por la rebaja de 2 millones de euros.

En este sentido, formulo este voto particular en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

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

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