

# **LAS RETRIBUCIONES INDEBIDAS DE CARGOS ELECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO, PENAL Y DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.**

**Rafael Entrena Fabr **  
**Febrero 2023**

## **I.- Introducción.**

Las retribuciones y otros derechos económicos de los electos locales generan, con frecuencia, polémica, discrepancias políticas, atención mediática y, también, procesos jurisdiccionales.

En nuestra sociedad sigue vigente el debate sobre cuál es la retribución justa de un cargo electo, en función de su dedicación y responsabilidades. Son habituales discursos populistas y poco respetuosos con la dedicación y las responsabilidades que ejercen, con vocación de servicio público, la inmensa mayoría de los cargos electos. En el otro extremo, también se dan casos en los que se utiliza fraudulentamente la normativa aplicable para obtener compensaciones desproporcionadas o indebidas que generan una respuesta jurídica en el ámbito Administrativo y, en ocasiones, determinan, también la apreciación de responsabilidad contable o sentencias condenatorias de carácter penal.

El objetivo de la presente ponencia es, dentro de las limitaciones propias de una exposición como la que nos ocupa, clarificar el régimen normativo de las percepciones económicas de los cargos electos locales y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

## **II.- Los derechos económicos y el régimen de dedicación de los electos locales.**

**1)** De conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante, CEAL), el régimen aplicable a los cargos electos:

*“Debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como, si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo realizado y la cobertura social correspondiente.”*

**2)** En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos económicos y el régimen de dedicación de los cargos electos de las Corporaciones Locales se encuentra configurado, con carácter básico, en los artículos 75, 75 bis y 75 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL) y, en la legislación catalana, en artículos 162 y 166.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLMRLC).

Además, el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), desarrolla la normativa básica en esta materia.

**3)** De acuerdo con dicho cuerpo normativo, se establecen dos claras categorías en orden a establecer los derechos económicos de cargos electos de la Administración local, en función de su dedicación:

**A.-** De un lado, aquéllos que tengan asignado régimen de dedicación, exclusiva o parcial. En este supuesto, se contempla la posibilidad de que perciban retribuciones.

**B.-** En caso de que no se atribuya dedicación alguna, los electos tienen derecho a una compensación económica por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los que formen parte (las denominadas “asistencias”).

**C.-** Además, todos los electos locales podrán percibir *indemnizaciones* por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo.

**4)** Por lo que se refiere a la determinación del régimen concreto de dedicación que se asigne a sus miembros, así como el importe de las retribuciones, asistencias e indemnizaciones, forma parte de las competencias de la Administración local en aplicación del principio de autonomía local y el ejercicio de su capacidad de autoorganización. Los entes locales gozan, en este ámbito de un amplio margen de discrecionalidad, dentro del marco legal y de sus límites presupuestarios.

En este sentido el artículo 75.6 de la LBRL señala que:

*“Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias (...) Deberán publicarse íntegramente en el “Boletín Oficial” de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial.”*

Todo ello sin perjuicio de los criterios constitucionales que rigen el gasto público. De conformidad a lo establecido en el artículo 31.2 de la CE:

*“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.*

## **5) La dedicación de los cargos electos.**

**A.- La dedicación exclusiva** se regula en el artículo 75.1 de la LBRL:

*“1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.*

*En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.”*

El artículo 75 ter de la LBRL determina el número máximo de miembros de cada corporación local, en función del número de habitantes, que podrán prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva.

**B.- La dedicación parcial** se encuentra regulada en el artículo 75.2 de la LBRL, según el cual, los miembros de las Corporaciones locales que desempeñan sus cargos con dedicación parcial percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que tienen aparejada esta dedicación parcial y de sus retribuciones, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

**A este respecto, la jurisprudencia ha cuidado de recordar que, si bien en este ámbito el ente local goza de un amplio margen de discrecionalidad, no cabe establecer dedicaciones parciales en fraude de ley.**

En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 23 de febrero de 2018, en el que se analiza el establecimiento por un Ayuntamiento de población superior a 1.000 habitantes, de un régimen de dedicación parcial superior al 75% (exactamente del 90%, para el Tercer Teniente de Alcalde). El Tribunal considera que debe de existir alguna diferencia entre la dedicación exclusiva y la parcial, sin que la diferencia entre la exclusiva (100%) y la parcial sea tan insignificante que permita aludir las restricciones legales.

Aun reconociendo que el límite del 75% está fijado por el legislador para los municipios de población inferior a 1.000 habitantes, considera el Tribunal que, aunque sea a los efectos orientativos, puede resultar de interés atender a tal porcentaje. De modo indubitado el Tribunal entiende que una dedicación parcial de hasta el 90% viene en la práctica a suponer una dedicación exclusiva, y por tanto debe de ser anulada.

**C.- En cuanto a la compatibilidad de estas retribuciones con otras de carácter público.**

Los cargos electos de las corporaciones locales, si bien no son empleados públicos, puesto que no tienen una relación de servicio con la Administración de naturaleza laboral o funcionarial, están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LIPAP) en los en los términos establecidos en su artículo 1.

Dicha norma establece el principio general de que:

*“El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma.”*

En lo que se refiere a los cargos municipales con dedicación exclusiva, el artículo 13.3 del ROF expresa que ésta exige la dedicación preferente del cargo a sus tareas, sin perjuicio sin perjuicio de otras ocupaciones marginales de carácter privado que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación y que, en el caso de ser remuneradas, requerirán una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local.

En cuanto a los cargos electos municipales con dedicación parcial, tanto el artículo 5.2 de la LIPAP, como el artículo 75.2 de la LBRL, admiten la posibilidad de que éstos perciban retribuciones por la misma, pese a prestar servicios retribuidos en el sector público, **siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan.**

En este sentido, en cuanto a los límites retributivos aplicables a los miembros de los entes locales con dedicación parcial que realicen otra actividad en el sector público, además de los topes establecidos en el artículo 75 de la LBRL, habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo séptimo de la LIPAP.

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 75.3 de la LBRL, la dedicación exclusiva y la parcial **son incompatibles con la percepción de asistencias en la propia administración local.**

### **III.- Las asistencias.**

#### **1) Previsión normativa.**

El artículo 75.3 de la LBRL prevé que los miembros de las Corporaciones locales que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial puedan

percibir asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación:

*“3. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que forman parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.”*

## **2) Naturaleza.**

No hay, en doctrina y jurisprudencia, una respuesta unívoca respecto de la naturaleza jurídica de las asistencias.

**A.-** Existe una posición que le otorga **carácter retributivo** (existen diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en tal sentido).

**B.-** En otras ocasiones, se les ha atribuido carácter indemnizatorio. Avalaría dicha tesis el contenido del artículo 13.6 del ROF:

*“Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que forman parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma. No obstante, **todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones** cuando se trate de órganos rectores de organismos dependientes de la corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal.”*

Existía una línea jurisprudencial que con base a dicho precepto y a la anterior redacción del artículo 75.4 de la LBRL, en la que se reconocía el derecho de los miembros de las Corporaciones Locales a ser indemnizados en términos más amplios, sin hacer referencia a “gastos efectivos”, y remitiendo exclusivamente a lo acordado por el Pleno en cuanto a cuantía y condiciones de la indemnización pergeñó un concepto amplio del término *indemnización*, incluyendo, dentro de dicho concepto

las retribuciones preestablecidas, con carácter general, en los distintos entes locales.

En este sentido, la STS de 18 de enero 2000, basándose en que el artículo 75.2 de la LRBRL se refería, en general, a “indemnizaciones”, sin hacer referencia a “gastos”, interpretó que la norma autorizaba el resarcimiento, no solamente de gastos, sino de daños o perjuicios derivados de otros conceptos como ganancias dejadas de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, o la “pérdida” o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular. Para ello, partió de la definición de indemnización, desde el punto de vista gramatical fijado en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como “*resarcimiento de un daño o perjuicio*”, no existiendo inconveniente para admitir una valoración global de los perjuicios que se pudieran producir, pero siempre que existiera consignación presupuestaria de dichas compensaciones económicas.

Sin embargo, no parece que esta interpretación amplia pueda mantenerse tras la reforma de la LRBRL operada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ya que la norma refiere expresamente las indemnizaciones a los “*gastos efectivos*” ocasionados en el ejercicio del cargo, al mismo tiempo que establece otros conceptos retributivos que dan una cobertura más adecuada a la compensación de las ganancias dejadas de obtener por los miembros de las Corporaciones Locales como consecuencia del tiempo requerido para el cumplimiento de los deberes del cargo (retribución por dedicación parcial, o asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación).” En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas en su Sentencia 12/2017, de 16 de octubre.



**C.-** Existe una tercera posición que las configura como un *tercius genus* de naturaleza diversa a las otras dos categorías. Esta última postura encuentra acomodo en distintos preceptos legales:

- Artículo 75.5 LBRL: *“Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores”.*
- Artículo 75 bis LBRL: *“Los Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias”.*
- Artículo 5.2 LIPAP: *“...sólo podrá percibirse la retribución correspondiente a una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra.”*

Por todo ello, entiendo que las asistencias tienen naturaleza diversa a las retribuciones e indemnizaciones, lo que determina que su abono no genere la obligación de dar de alta en la seguridad social ni formalizar cotización, ni generen incompatibilidad con realización de actividades retribuidas en el sector público, o incluso, con la percepción de indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio del cargo que ocupen.

### **3) Límites.**

Como se ha expresado anteriormente, la determinación del importe de las retribuciones, asistencias e indemnizaciones forma parte de las competencias de la Administración local en ejercicio de su capacidad de autoorganización y aplicación del principio de autonomía local.

Los entes locales gozan, por tanto, de un amplio margen de discrecionalidad, si bien dentro de los límites que establece el artículo 75.1.bis de la LRRL en función de la naturaleza de la corporación local

y su número de habitantes. El límite máximo total se fija, anualmente, por la Ley de Presupuestos Generales del Estado

**4) Posibilidad de establecer un régimen diferenciado indemnizatorio a distintos cargos de un mismo ente público por asistencias a órganos colegiados.**

Si bien la jurisprudencia sostuvo, inicialmente el criterio contrario a admitir la validez los Acuerdos de las Entidades locales que reconocían una compensación diferenciada entre los distintos miembros de un mismo órgano colegiado asistencia superior al Alcalde frente a otros regidores, basándose en que no cabía apreciar una diligencia diversa entre unos y otros, sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia mayoritaria admite dicha posibilidad en orden a compensar las diferentes funciones ejercidas y la intensidad en su desempeño.

Sirva de ejemplo la Sentencia 164/2016, de 20 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de León: *“No es disconforme a Derecho que el Presidente de las comisiones informativas o de la junta de coordinación de Concejalías delegadas reciba una mayor retribución que los demás asistentes en atención a los méritos o razones que derivan de su mayor trabajo exigencia y responsabilidad...”*

**5) Posibilidad de que los cargos con dedicación exclusiva o parcial puedan percibir remuneraciones por asistencias.**

**A.-** Es un fenómeno harto frecuente que el ejercicio de la Alcaldía comporte, por designación del propio ayuntamiento o de otras instancias, la participación en órganos colegiados de otros entes locales como el Consejo de Alcaldes del Consejo Comarcal o en los órganos de gobierno de Consorcios, Mancomunidades y otras entidades en las que participe el consistorio.

Además, un concejal puede ser elegido miembro de entes locales supramunicipales, como, Agrupaciones de municipios, Consejos Comarcales o Diputaciones. En este supuesto, el artículo 75.2 bis de la LBRL establece la compatibilidad entre ambos cargos siempre y cuando no se acumulen dos dedicaciones exclusivas.

**B.-** La cuestión que se suscita con cierta frecuencia es si la dedicación exclusiva o parcial en un municipio impide la percepción de remuneraciones por asistencias a sesiones de esos órganos colegiados de otros entes públicos. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 75.3 de la LBRL dispone que: *“Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma”*.

Por su parte, el artículo 13.6 del ROF, establece que: *“Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma”*.

Si bien, matiza a continuación que: *“No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal”*.

**C.-** Entiendo, sin embargo, que la prohibición de que un cargo electo con dedicación exclusiva perciba otras *retribuciones* del sector público y que el impedimento legal de que cobren por *asistencias* en la propia administración local, en modo alguno imposibilita que se les abonen

cantidades por su participación en órganos colegiados de otros entes públicos. **Si, como se ha expuesto, la normativa admite la percepción de asistencias por la concurrencia a las sesiones de los órganos colegiados de entes adscritos y dependientes de la misma corporación local, con más motivo debe admitirse que estos cargos electos puedan obtener asistencias por su participación en los órganos colegiados de otras administraciones de los que sean miembros.**

Esta opinión encuentra respaldo jurisprudencial en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, de 21 de abril de 2017. En dicha resolución se expresa que: *“desde la perspectiva de la compatibilidad de actividades, es incuestionable que el cargo que desempeñan los miembros de las Corporaciones locales sin dedicación exclusiva o parcial es plenamente compatible con las funciones que puedan desempeñar con dedicación exclusiva por cargo público en otra institución”* y reconoce la compatibilidad entre aquella dedicación exclusiva y la percepción de asistencias. No sólo eso, sino que, incluso, califica como discriminatoria la fijación de unos importes más reducidos para los miembros con dedicación exclusiva en otro ente local.

#### **IV.- Las indemnizaciones.**

Las indemnizaciones no tienen carácter retributivo, sino compensatorio.

El Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, establece, en su artículo 3, que constituyen comisiones de servicio con derecho a indemnización aquellos cometidos especiales que: *“circunstancialmente se ordenen al personal comprendido en el artículo anterior y que deba desempeñar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial, entendiéndose como tal el término municipal*

*correspondiente a la oficina o dependencia en que se desarrollen las actividades del puesto de trabajo habitual (...)*”.

A continuación, el artículo 9 de ese Real Decreto procede a definir los conceptos de las distintas clases de indemnizaciones, estableciendo las siguientes:

- a) “Dieta”: es la cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial en los casos previstos en el artículo 5 del citado RD (estancias que no duren más de un mes en territorio nacional y de tres en el extranjero). Incluirían los gastos de manutención y de alojamiento.
  
- b) “Gastos de viaje”: es la cantidad que se abona por la utilización de cualquier medio de transporte por razón de servicio.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones por gastos de viaje, el artículo 18 del Real Decreto 462/2002, establece que se podrán utilizar los vehículos particulares en las comisiones de servicio y que también resultarán indemnizables los gastos de peaje en autopistas en el caso de que, por las características del recorrido, se considere necesario.

En cualquier caso, las indemnizaciones pueden ser percibidas por los cargos electos por los **gastos efectivos** que hayan tenido que asumir en el ejercicio de su cargo, en este sentido, el artículo 13.5. del ROF exige, expresamente, la previa justificación documental:

*“Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñan cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo.”*

## **V.- Las consecuencias administrativas del incumplimiento del régimen legal de retribuciones, administrativas y asistencias.**

Como se ha expuesto, corresponde al Pleno del Ayuntamiento, el establecimiento del régimen de dedicación de sus ediles y cuantía de las retribuciones, indemnizaciones y asistencias.

De apreciarse la nulidad de tales acuerdos, por contravención de la normativa en los términos del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cabe instar la revisión de oficio según el procedimiento previsto en el artículo 106 del mismo Texto Legal, y posteriormente, requerir a sus beneficiarios la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, siempre y cuando no hubiera prescrito dicha acción.

De manera habitual se opone a dicha solicitud, por parte de los beneficiarios de los acuerdos ilegales, el enriquecimiento injusto que supondría para la Administración la devolución de unos abonos por unos servicios efectivamente prestados. Sobre esta cuestión la STSJ de Extremadura de 25 enero de 1999 analiza la posibilidad de que se oponga a dicha restitución de las percepciones indebidas el enriquecimiento injusto de la Administración, al haberse prestado efectivamente las prestaciones retribuidas y el Tribunal declara que, si bien existen cuantiosos ejemplos en la jurisprudencia de acogida de esa solución en supuestos de ineficacia de actos que afecten a funcionarios, pese a la declaración de nulidad de los actos de nombramiento, dado que el hecho de haber venido desempeñando unos servicios para las Administraciones obliga a mantener las retribuciones percibidas en justa compensación del trabajo prestado, matiza que:

*“No puede olvidarse que en estos casos la naturaleza de las percepciones de retribuciones no se vincula ya a la relación estatutaria del funcionario ilícitamente designado, sino a un supuesto de responsabilidad de las misma Administración frente a ese tercero que, de buena fe, ha venido prestando su trabajo que debe ser*

*remunerado. Pues bien, trasladar al caso de autos esa doctrina no deja de ofrecer alguna dificultad pues no se olvide que en el caso presente fue la misma actuación de los interesados la que propició la actuación contraria al Ordenamiento Jurídico y, a su vez, los beneficiados con lo acordado. En suma, de aceptarse sin reservas el argumento esgrimido por los ahora demandados, se llegaría a la inadmisibile conclusión de que cualquier persona física que detente un cargo administrativo pueda dictar -o cooperar a que se adopten en un órgano colectivo- actos manifiestamente ilícitos -y por ello nulos de pleno derecho- que les afecten personalmente y dejar sin efecto las consecuencias de esa nulidad una vez declarada, amparándose en los servicios prestados bajo la situación contraria a derecho. Conclusión evidente y que ha de encontrar amparo desde el punto de vista técnico-jurídico en que, como dijimos, esa pretendida compensación de las retribuciones ilegales con los trabajos realmente realizados, está reservada para aquellos supuestos en que el interesado no hubiesen propiciado con su actuación la misma existencia del acto nulo de pleno derecho; pues en otro caso, la causa directa, inmediata y exclusiva del perjuicio -trabajo sin retribuciones - no es el mero funcionamiento de los servicios públicos; sino la misma actuación del lesionado, alterándose la necesidad de la relación causal como uno de los elementos necesarios de la responsabilidad patrimonial en que se basarla ese derecho de resarcimiento.*

*Y buen ejemplo de lo expuesto es el caso de autos pues a tenor de lo ya declarado en nuestra anterior sentencia fue la actuación de los mismo ediles afectados por el acuerdo luego declarado nulo los que permitieron y colaboraron de forma decisiva a su adopción, por lo que no cabe estimarles ajenos a las consecuencias que la ulterior declaración de nulidad comporta; de ahí que no pueda excluirse de los efectos de esa declaración y de la declaración realizada la devolución de las cantidades real y efectivamente percibidas en base a dicho acuerdo.”*

## **VI.- La responsabilidad contable.**

### **1) Planteamiento.**

El alcance está definido en el artículo 72 de la LFTCu, como el saldo deudor injustificado en una cuenta o, en términos generales, 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.

Doctrina y jurisprudencia tienen declarado, de manera homogénea y reiterada que, para que se determine la existencia de alcance deben concurrir los siguientes requisitos:

## **2) Condición de cuentadante del responsable contable.**

El artículo 2 de la LOTCU establece que el Tribunal de Cuentas debe enjuiciar la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

La SJTCu, en las Sentencias 8/07, de 6 de junio; 18/04, de 13 de septiembre; y 4/01, de 28 de febrero, entre otras, ha venido sosteniendo que el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable se extiende, de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la LOTCU, a quienes *“recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”*, debiendo, además, la actividad gestora de bienes y derechos de titularidad pública tener su fundamento en un vínculo jurídico *“funcionarial, laboral o administrativo”* (Sentencias de la SJTCu 27/04, de 13 de diciembre).

**El Tribunal de Cuentas, ha desarrollado un concepto amplio de gestor y de cuentadante de modo que la condición de cuentadante concurre en quien formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores, pero, también, en quien al menos hayan participado de forma relevante en la gestión económico-financiera de la entidad que dispuso de los fondos públicos a su cargo. Esto es, que de alguna manera se sitúa como un**



**eslabón más en la cadena del ingreso o del gasto público, tomando decisiones en relación con la actividad económico-financiera del Sector Público y debiendo rendir cuenta de su labor, siempre que ostente capacidad de decisión sobre su uso (Sentencias 4/2006, de 29 de marzo y 3/2012, de 12 de febrero, entre otras).**

**A.- Infracción de la normativa contable o presupuestaria.**

En segundo lugar, y como elemento objetivo conformador del ilícito, la infracción legal generadora del daño a los fondos públicos se refiere a las obligaciones impuestas por las leyes de la contabilidad pública y del régimen presupuestario aplicable al Sector Público de que se trate y no meras prácticas reprochables según la sana crítica.

**B.- Afectación a la rendición de cuentas**

La acción u omisión contraria a la Ley debe resultar o desprenderse de las cuentas, en sentido amplio, que deban rendir quienes recauden, intervengan o administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos,

**C.- Perjuicio efectivo.**

Dicha infracción debe causar un daño, pues estamos ante una jurisdicción esencialmente resarcitoria y, de ahí la importancia de concretar los daños y perjuicios que se causen durante la actividad administrativa. En este sentido, el artículo 59.1 de la LFTCu señala la necesaria exigencia de que:

*“Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.”*

Por ello, la jurisprudencia contable mantiene el criterio constante de la necesaria realidad o efectividad del daño o perjuicio, lo que significa que éste ha de ser actual y no meramente potencial, es decir, que dicho daño no descansa en meras especulaciones acerca de perjuicios contingentes o dudosos.

#### **D.- Relación de causalidad.**

Debe existir una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente causado.

#### **E.- Dolo o negligencia grave.**

Finalmente, a estos elementos objetivos hay que añadir el requisito de que la acción u omisión contraria a la Ley y generadora de perjuicios al erario pública esté revestida de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad directa o subsidiaria.

**3)** En aplicación de dicha normativa y jurisprudencia el Tribunal de Cuentas ha enjuiciado, en reiteradas ocasiones los supuestos de abonos a cargos electos en vulneración del régimen de incompatibilidades, pagos de asistencias indebidas o no justificadas o indemnizaciones improcedentes. En puridad, todos esos supuestos, en la mayoría de los casos serían *pagos indebidos* no subsumibles en la infracción contable de malversación o alcance, pero el Tribunal de Cuentas ha conformado un concepto amplio de alcance que permite subsumir dentro del mismo las distintas infracciones contempladas en el artículo 177 de la LGP y enjuiciarlas a través del Procedimiento jurisdiccional de reintegro por alcance.

4) En este ámbito resulta especialmente relevante, como se ha expuesto la jurisdicción contable tiene carácter reparador, por lo que la mera comisión de irregularidades en la adopción de acuerdos por los que se fijan los derechos económicos de los electos o en el procedimiento de justificación de los mismos no genera, por sí misma responsabilidad contable, sino que se requiere la apreciación de un perjuicio efectivo a las arcas públicas.

En este sentido, la muy reciente Sentencia 1/2023 del Departamento Tercero del TCU, analiza, la posible responsabilidad por alcance derivado de las retribuciones por asistencia a órganos de gobierno municipales. En este caso, se dicta sentencia desestimatoria de la demanda, por cuanto las irregularidades formales, como es la inexistencia de actas, no determinan la responsabilidad contable, al haberse acreditado en fase probatoria la celebración de las sesiones y la asistencia de concejales.

Dicha resolución sigue la doctrina reiterada de la Sala de Justicia según la cual 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. Ello supone que la administración irregular de los recursos públicos no genera, por sí sola, responsabilidades contables. Es necesario que implique, entre otros requisitos, un menoscabo concretado en caudales o efectos públicos individualizados. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de que la gestión irregular de que se trate pueda generar, en su caso, otras responsabilidades en Derecho distintas de la contable”* (Sentencia 1/2011 de 1 de marzo).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 19/2010, de 17 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.”*

5) Por otro lado, resulta muy relevante, a los efectos que nos ocupan, recordar que el Tribunal de cuentas tiene declarado, en una abundante jurisprudencia, que **los pagos a empleados públicos no generan responsabilidad contable, aunque sean contrarios a la normativa si en el momento de su abono se sustentaron en un acuerdo válido y eficaz.**

Siguiendo dicha doctrina, la SSJTCu 14/2022 desestima la apreciación de responsabilidad contable en el supuesto de unos incentivos a la jubilación parcial, contrarios a la normativa aplicable, dado que:

*“Los pagos a empleados públicos no suponen alcance si son obligatorios para la Administración en virtud de norma, acuerdo o convenio.*

*(...) A la vista de cuanto precede, no cabe sino concluir con la ausencia de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos responsables, puesto que estaban obligados a los pagos en virtud de Convenios y Acuerdos Colectivos en vigor plenamente válidos y eficaces al tiempo en que se dictaron y ejecutaron.”*

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre del 2012, en la que se concluye que no existe responsabilidad contable en un supuesto de pago de unos complementos retributivos (concretamente, complemento de paga extra) abonados por un ayuntamiento, que derivaba de la ejecución de un Convenio colectivo válido y eficaz que no había sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ni reparado por la Intervención municipal ni

tachado por los letrados de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, a pesar de no ajustarse a la normativa presupuestaria:

*“La existencia de un alcance de cuentas dimana necesariamente, como hemos dicho, de un ilícito contable del artículo 141.1 a) de la LGP de 1988. La Sala de apelación no debió extender, por ello, el ejercicio de su jurisdicción hasta el punto de declarar –”incidenter tantum”- la ilegalidad del artículo 33 del Convenio colectivo (cuestión prejudicial) porque esa ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.1 d) de la misma Ley General Presupuestaria, pero no guarda la relación directa que exige el artículo 17.2 in fine de la LFTCu con la cuestión principal resuelta, que es un reintegro por alcance.*

*La nulidad del convenio colectivo no era en este caso antecedente lógico-jurídico de la declaración de alcance de cuentas por lo que su examen, que no condicionaba la resolución del proceso principal, correspondía a la jurisdicción del orden contencioso- administrativo, ante la que no consta que haya sido impugnado y no al ámbito de la jurisdicción contable como cuestión prejudicial no devolutiva. Es esa la posición que se ha esforzado en defender el primer motivo de casación de doña Remedios, aunque con un planteamiento inadecuado, porque el error de la sentencia es un error in iudicando y no un error in procedendo.*

*No puede dejar de subrayarse que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, la declaración de nulidad del artículo 33 del convenio colectivo de funcionarios, incluso en el caso de ser aceptable, resultaría inane porque no alcanzaría a los actos administrativos de aplicación de dicho convenio que autorizaron en puridad el abono de los complementos retributivos de los funcionarios que se hicieron al amparo de normas -las dimanantes del Convenio colectivo- que además estaban en vigor, y resultaban plenamente válidas y efectivas al tiempo en que se dictaron y ejecutaron.*

*En consecuencia, es obligado apreciar la falta de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos recurrentes, lo que impide apreciar la concurrencia de responsabilidad contable sin que sea necesario entrar en el examen de si se debe apreciar o no una conducta dolosa o gravemente negligente en la actuación de los responsables, de acuerdo con los términos preceptuados en el artículo*

*49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas . Basta comprobar que los actos administrativos que autorizaron el abono de los complementos retributivos eran válidos y eficaces al tiempo en que fueron dictados y que se fundamentaron en el artículo 33 de un Convenio colectivo aprobado por el Pleno de la referida Entidad Municipal.”*

**6)** Ahora bien, en los casos en que se den todos los elementos de la responsabilidad contable por alcance y entre ellos, de manera muy relevante, la acreditación de un perjuicio injustificado para las arcas municipales, el Tribunal condena a los responsables directos y subsidiarios al reintegro de dichas cantidades.

Son habituales los supuestos de abono de asistencias no justificadas, por no acreditarse la participación en las sesiones o no formar parte del órgano de gobierno, establecimiento de indemnizaciones con carácter fijo o abono de gastos y dietas por desplazamiento sin justificación o relación con las funciones asignadas.

Debe ponerse de relieve que, a diferencia de lo que puede acontecer en los expedientes de naturaleza administrativa, la reclamación de responsabilidad afecta únicamente a los cuentadantes y no a los beneficiados por dichos pagos irregulares, a no ser que, además ostenten la condición de cuentadantes en los expedientes de justificación de pago y gasto.

### **7) Supuestos específicos:**

#### **Asistencias de concejales. Enriquecimiento injusto:**

La Sentencia del Departamento Primero, de la Sección de Enjuiciamiento TCU, de 3 de julio de 2014, desestima la condena a los concejales que percibieron las asistencias, al entender que ello implicaría un enriquecimiento injusto de la Administración:

*“(…) A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir que, tal y como consta en los hechos probados de la presente resolución, habiéndose procedido al pago a los concejales por la efectiva asistencia a reuniones de los órganos municipales, si se condenara a los demandados al pago de las cantidades reclamadas por la parte demandante, y puesto que está acreditada la asistencia a las mismas, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento en los términos definidos por la Sentencia de la Sala 9/2013 de 7 de marzo, la cual señala los requisitos del enriquecimiento injusto establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como las de 11 de mayo de 2004 y 12 de diciembre de 2012.La eventual irregularidad de la puesta en marcha de determinados órganos municipales no puede determinar por sí misma responsabilidad contable, es necesario que vaya acompañada de unos hechos generadores de daños y perjuicios. En el presente caso, ese menoscabo patrimonial sería consecuencia de haberse pagado las dietas sin asistencia a las reuniones o sin actividad en los órganos convocantes de las mismas, lo que no ha quedado acreditado en autos.”*

### **Aumento de retribución del Alcalde sin cobertura legal**

#### **S 2/2010, de 1 de marzo**

*“La parte apelante entiende que la decisión relativa a la aprobación de las retribuciones del Alcalde es una decisión política que no puede ser constitutiva de responsabilidad contable. Pues bien, en el presente caso la responsabilidad que la sentencia de instancia imputa al Alcalde no es por la adopción de un acuerdo político sino por la ordenación de pagos sin título para ello. Así, en la sentencia recurrida lo que se cuestiona no es la decisión misma del aumento de las retribuciones del Alcalde, sino el incumplimiento de los requisitos que han de concurrir para adoptar dicha decisión y la improcedencia de autorización de gastos que carecen de la necesaria cobertura legal como consecuencia de dicho incumplimiento. En este sentido, la responsabilidad del Alcalde deriva no de haber adoptado un acuerdo para aumentar sus retribuciones sino precisamente de haber ordenado que se hiciesen estos pagos sin la existencia de un acuerdo del Pleno válidamente adoptado para ello. Entiende la representación de la parte apelante que la inexistencia de reparo alguno por parte del Secretario Interventor exime de responsabilidad a su representado. Sin embargo, es doctrina reiterada de esta Sala de Justicia, por todas sentencias de 28 de mayo de 2008, que el posible incumplimiento de sus obligaciones por parte de otros no puede constituir justificación para que se dejen de atender las*

*propias. Lo cierto es que el Alcalde debió haber desarrollado su función como ordenador de pagos conforme a los cánones de diligencia cualificada que exige la garantía de integridad de los caudales públicos. Pero la conducta del apelante no se ajustó a este nivel de diligencia profesional exigible sino que, muy al contrario, lo vulneró de forma grave al dar lugar a un daño en los caudales públicos por la ordenación de unos pagos que carecían de título justificativo para ello, por no haberse adoptado acuerdo alguno por el Pleno de la Corporación local. Esta forma de actuación implica negligencia grave de acuerdo con la doctrina de esta Sala expuesta en resoluciones como la Sentencia 4/2006, de 29 de marzo, que exige al gestor de fondos públicos el agotamiento de la diligencia y la evitación del daño. Pero es que, además, esta negligencia así apreciada se asocia a la concreta conducta de gestión desarrollada por el recurrente, por lo que es independiente de la tareas encomendadas al Interventor”*

### **Indemnizaciones por gastos en comisiones de servicio**

**SSJTCU 6/2022, de 11 de mayo**

*“En cuanto al fondo del asunto, la justificación del gasto de las comisiones de servicio que alega el apelante, la existencia de dotación o consignación presupuestaria, para la realización de dichos gastos en los sucesivos ejercicios, no conlleva per se que en la utilización de los fondos públicos presupuestados no se tenga que acreditar expresamente la finalidad a la que van destinados. El artículo 75.4 de la LBRL dispone que los miembros de las Corporaciones Locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivamente realizados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno corporativo.*

*El Ayuntamiento XXXXX no aprobó normas específicas para la percepción de estas indemnizaciones, por lo que regía la normativa general de las Administraciones Públicas, constituida por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo en él se regulan las comisiones de servicio con derecho a indemnización, la designación de éstas, las clases de indemnizaciones y sus cuantías, los criterios para el devengo y cálculo de las dietas, las indemnizaciones por gastos de viaje y la utilización de vehículos particulares y otros medios especiales de transporte. El incumplimiento de dicha normativa no supone la exigencia de responsabilidad contable si los pagos ordenados por estos conceptos se efectuaran por la realización de fines o actividades públicos.*



*Esta Sala ha venido admitiendo cierta flexibilidad a la hora de justificar los gastos protocolarios o de representación, exigiendo para que sean admitidos éstos que es necesario que exista una finalidad pública y no un fin privado y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera, por poco formalizada que fuera, en el proceso de justificación del gasto. Deben constar, al menos, los motivos de dichas salidas de fondos y la identidad y la función que de alguna manera desempeñaron, y éstos deben estar relacionados con las funciones públicas propias de la entidad (por todas, Sentencias 26/2017, de 13 de julio, y 7/2021, de 23 de julio). En el caso de autos, los pagos realizados en concepto de comisiones de servicio, restaurantes, taxis o kilometraje no cuentan con justificación alguna que permita deducir, aunque fuera 12 indiciariamente, las causas que originaron las salidas de los fondos municipales. Tan sólo constan los documentos contables y las relaciones de las transferencias bancarias a C., en las que se especifica el concepto genérico de “comisiones de servicio”, “asignaciones”, “viajes a Requena”, “dietas viaje Valencia”, sin especificar las causas o motivos de los mismos y, en especial, su relación con la realización de servicios o funciones propias de la entidad. En consecuencia, la Sala concluye que los pagos realizados carecieron de la debida justificación y han originado un saldo deudor injustificado en las cuentas del Ayuntamiento, susceptible de ser calificado de alcance en los términos expresados en el artículo 72 de la LFTCu.*

### **Abono de dietas. Retribuciones encubiertas**

#### **S 1/2015, de 23 de enero, Departamento Tercero**

*En el presente caso, los términos en que está redactada la demanda determinan suficientemente cuál es la cuestión sometida al debate jurisdiccional, que, aparte de ciertos pagos, se refiere a la falta de justificación de determinadas cantidades abonadas por el Ayuntamiento de XXXXXX a los miembros del equipo de gobierno, en los ejercicios 2006 a 2009, en concepto de dietas o gastos de desplazamiento, sin la debida justificación, siendo responsables el Alcalde e Interventores en la época a que se refieren los hechos*

*(...)- El artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, regula el sistema de remuneración de los miembros de las Corporaciones Locales, distinguiendo entre retribuciones por el ejercicio de sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, asistencia por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados, e indemnizaciones como compensación económica de gastos justificados*

*ocasionados por el ejercicio del cargo. El apartado 4 del citado precepto determina: “los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno Corporativo.” La cuestión que se plantea es qué debe entenderse por “gastos efectivos”, a que se refieren los artículos 75 de la Ley de Bases de Régimen Local y 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cuando dispone:*

*“Todos los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio de su cargo, cuando sean efectivos y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en este sentido apruebe el Pleno Corporativo”. El Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, establece en los apartados 1 a) y b) y 2 de su artículo 1, las situaciones en las que se tiene derecho a compensación o indemnización económica, señalando las comisiones de servicio y los desplazamientos dentro del término municipal por razón de servicio, y, asimismo, determina las circunstancias, condiciones y límites para su concesión, prescribiendo que las que no se ajusten en su cuantía o requisitos a los preceptos contenidos en su articulado se considerarán nulas.*

*Las distintas clases de indemnizaciones se exponen en el artículo 9 del citado precepto, Donde se define la dieta como la cantidad que en las comisiones de servicio se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial, y los gastos de viaje, como las cantidades que se abonan por la utilización de cualquier medio de transporte por razón del servicio.*

*La Orden de 8 de noviembre de 1994 regula la justificación de las dietas, pluses y gastos de viaje, estableciendo los justificantes que han de acompañar a las cuentas de estas indemnizaciones, considerando que, para hacer efectivas dichas indemnizaciones, las cuentas han de estar justificadas, conforme a las citadas instrucciones, complementadas con lo que al respecto haya aprobado el Pleno. De dicha regulación queda claro que el régimen de indemnizaciones y el de su justificación, serán los que se contemplen en las normas de aplicación general y las que apruebe el Pleno Corporativo, haciendo hincapié en que los gastos sean efectivos y estén justificados. Consta acreditado en autos que en las bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de xxxxx de los ejercicios 2006 y 2007, cuyas copias se aportaron con el escrito de contestación a la demanda del Sr. A. I A., se establecía que las dietas y gastos de*

*locomoción, por razón de comisiones de servicio o gestiones oficiales del personal al servicio de la Corporación que fueran justificadas por la utilización del transporte colectivo serian abonadas en la cuantía realmente gastada, y que, si se utilizaban vehículos particulares, se estaría al régimen de la Administración del Estado.*

*Es hecho probado que el Pleno del Ayuntamiento de XXXX, en sesión extraordinaria de 11 de julio de 2003 y, posteriormente, en el de 19 de junio de 2007, aprobó las retribuciones, gratificaciones e indemnizaciones de los miembros de la Corporación Municipal. Según consta en la certificación expedida por la Secretaria Accidental del Ayuntamiento, (Folios 2.048 y 2.049) de la pieza de Actuaciones Previas, dicho acuerdo fue aprobado por mayoría absoluta y en él se determinaron las indemnizaciones a percibir, por asuntos municipales, cuantificando el transporte, según se tratara de un desplazamiento a Barcelona, Manresa, Vic o a otros municipios, y exigiéndose que las comidas y otros gastos fueran justificados.*

*Sentada la normativa reguladora aplicable al presente caso, la cuestión versa en determinar, con base en la prueba practicada, si los pagos realizados a los miembros del equipo de Gobierno del Ayuntamiento de XXXX en los años 2006 a 2009 en concepto de dietas y locomoción se ajustaron a la normativa de aplicación, fueron devengados en el desenvolvimiento de la relación de servicios que prestaban como cargos municipales y se encuentran debidamente justificados, o, por el contrario, si dichos abonos han sido indebidos por corresponder a situaciones respecto de las que legalmente no se tenía derecho a percibir retribución económica alguna o no estaban debidamente justificados, conforme a la normativa, anteriormente expuesta*

*Dichos pagos constituían, en sí mismos, una contradicción no amparada legalmente, porque, por un lado, se otorgaron con cargo a la aplicación presupuestaria de gastos de desplazamiento, reconociendo la propia Corporación que estaban incluidos en los mismos, y, por otro, no respondían a situaciones que, conforme al Real Decreto 462/2002 de 24 de mayo, en las que se tuviera derecho a compensación o indemnización económica, al no tratarse de comisiones de servicio o desplazamientos dentro del término municipal por razón de servicio, y no reunir las circunstancias, condiciones y límites para su concesión, así como estar exentas de justificación. Dichos pagos, por tanto, constituían “una retribución extra” mensual que se otorgaba al Alcalde y a diversos miembros del equipo municipal como indemnización.*

*En relación con estas indemnizaciones, era práctica habitual en las Entidades Locales que dichos pagos se otorgaran a los miembros de la*

*Corporación, como consecuencia del ejercicio de cargos en la misma, por lucro cesante o daño emergente, y se regulaban en el artículo 75 de la ley de Bases de Régimen Local, hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.*

*La citada Ley introdujo cambios en el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales, incluyendo la dedicación parcial retribuida y con alta en el Régimen General de la Seguridad Social, limitando las indemnizaciones al resarcimiento de los gastos ocasionados en el ejercicio de su cargo, “según las normas de aplicación general en la Administración Pública y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno Corporativo”, que, conforme al Real Decreto 462/2002, estipulaba la concesión de aquellas, mediante las comisiones de servicio, retribuyéndose los gastos de viaje y dietas para gastos de alojamiento y manutención, y exigiéndose que los importes abonados correspondiesen a lo realmente gastado y justificado.*

*La Sala de Justicia de este Tribunal ha venido manteniendo, por todas, en su Sentencia de 28 de febrero de 2012, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000, una interpretación flexible, dando cobertura a las indemnizaciones que, no respondiendo a un gasto efectivo, venían a compensar una ganancia dejada de obtener, como consecuencia del trabajo o dedicación que impedía la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo exigía, pero siempre que resultará acreditado que dichas cantidades habían sido consignadas en las bases de ejecución del Presupuesto como tales y resultara acreditado que su retribución respondiera a su dedicación a las tareas corporativas, que implicara una dedicación superior, y que justificara mayores retribuciones respecto a los restantes miembros que no realizaran tales actividades.*

*En el presente caso, la parte demandada, a la que le corresponde la carga de la prueba, no ha acreditado que las cantidades periódicas y fijas abonadas al Alcalde y a otros dos miembros del equipo de Gobierno Municipal estuvieran consignadas como tales indemnizaciones en los presupuestos. Por el contrario, lo que ha quedado confirmado es que se concibieron como dietas interurbanas, ordenadas directamente por la Alcaldía, que fueron retribuidas con cargo a la aplicación presupuestaria de gastos de desplazamiento y respecto de las cuales no se exigía documento que justificara el gasto realizado. Tampoco consta acreditado que las mismas tuvieran por objeto retribuir una mayor dedicación de los miembros del equipo de gobierno a las tareas municipales, por lo que, no existiendo documento alguno que justifique con qué finalidad, o motivo se*

*pagaron, ni resultado probado a qué respondían, y no teniendo, por tanto, cobertura jurídica, han supuesto un pago indebido, carente de justificación, y, en consecuencia, han originado un daño efectivo y evaluable económicamente a los fondos municipales.”*

### **Gastos de representación. SSJTCu 17/2018, de 5 de diciembre:**

*“Aunque es cierto que, tradicionalmente, se ha venido admitiendo una determinada flexibilización a la hora de justificar los gastos protocolarios o de representación, esta Sala de Justicia ha venido considerando, para que sean admitidos éstos, que es del todo necesario que exista una finalidad pública y no un fin privado. Y que esa funcionalidad quede expresada de alguna manera, por poco formalizada que fuera, en el proceso de justificación del gasto. Es por ello que, aun con el mayor grado de flexibilidad posible, deben constar, al menos, los motivos de dichas salidas de fondos y la identidad y la función que, de alguna manera desempeñaron, y que éstos estén relacionados con las funciones públicas propias de la entidad objeto de análisis. Estos requisitos no se han cumplido en este caso y, por tanto, los gastos producidos deben entenderse como no justificados.”*

### **VII.- Responsabilidad penal.**

Finalmente, el abono de retribuciones, asistencia e indemnizaciones contrarias a la legalidad puede determinar responsabilidad penal, fundamentalmente como consecuencia de la comisión de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos.

#### **1) Prevaricación.**

**A.-** El artículo 404 CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo.

El Tribunal Supremo ha afirmado que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, SSTS 1015/2002, de 31 de mayo, 331/2003, de 5 de marzo, entre otras).

**B.-** Se trata de un delito especial que requiere la condición de autoridad o funcionario en el sujeto activo, conforme a la definición que, a estos efectos, establece el artículo 24 CP.

En el supuesto de que la resolución arbitraria se dicte en el seno de un órgano colegiado, cabrá establecer, en su caso, responsabilidad penal a aquéllos de sus miembros que hubieran votado a favor de la misma, siempre y cuando lo hicieren con conocimiento de su carácter injusto.

**C.-** Por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 460/2002 de 16 de marzo, 647/2002 de 16 de abril, 504/2003 de 2 de abril, 857/2003 de 13 de junio, 927/2003 de 23 de junio, 406/2004 de 31 de marzo, 627/2006 de 8 de junio, 443/2008 de 1 de julio y 866/2008 de 1 de diciembre).

**D.-** Según una reiterada jurisprudencia, para apreciar la arbitrariedad de la resolución deberá constatarse, obviamente su contradicción a Derecho, pero no es suficiente con la mera ilegalidad, ésta debe ser que de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica íntimamente razonable y puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del

procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución (SSTS 49/2010, de 4 de febrero; 1160/2011 , de 8/11; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10, entre otras).

En definitiva, cabrá apreciar la arbitrariedad de las resoluciones cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal, (SSTS de 8 de junio de 2006, 755/2007, de 25 de mayo de 2007 y 26 de abril de 2016, entre otras muchas).

También se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la CE, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98; 4/12/98; 766/99, de 18 de mayo; y 2340/2001, de 10 de diciembre).

**E.-** En cuanto al tipo subjetivo, sólo cabe la comisión dolosa del delito de prevaricación de funcionario público, siendo necesario que el autor o autores del delito adopten el acto administrativo en cuestión, a sabiendas de su injusticia.

**F.-** Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia ha resaltado, de manera reiterada que no se trata de sustituir a la Jurisdicción

Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria, de modo que, en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, dicha rama del Ordenamiento Jurídico solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Sirva de ejemplo, en este sentido, la STS de 20 noviembre 1995, en la que se expresaba que:

*“No podemos trasladar al campo del derecho penal toda irregularidad administrativa porque ello nos llevaría a una exacerbación del derecho punitivo proyectándolo indiscriminadamente sobre todas las áreas de la actividad administrativa, invadiendo parcelas primariamente reservadas a su específica normativa que tiene resortes, como ya se ha dicho, para corregir actos o resoluciones no ajustados a la legalidad, reconduciendo el conflicto a la vía judicial del orden contencioso-administrativo. Sólo como última razón debe intervenir el derecho penal cuando la decisión sea insoportable para la armonía del sistema jurídico y contravenga de modo flagrante, disparatada o absurda la normativa reguladora de la actividad administrativa introduciendo un factor de distorsión tan irregular que merezca su corrección por la vía del derecho sancionador penal.”*

## **2) Malversación.**

Examinamos esta figura delictiva tras la recientísima entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que ha dado nueva redacción a los artículos 432 a 434 del CP, volviendo a la configuración tradicional de dicha figura delictiva. Además, hace escasos días el Tribunal Supremo ha dictado el Auto de 13 de febrero de 2023, en la Causa Especial núm. 20907/2017, que ha despejado numerosas dudas



interpretativas sobre el alcance de dicha reforma, especialmente, en lo que concierne al ámbito de tipicidad del artículo 432 bis del CP.

**A.-** Se trata, igualmente de un delito especial que requiere en su autor, no sólo la condición de autoridad o funcionario, sino también que tenga a su cargo el patrimonio público por razón de su cargo o con ocasión de sus funciones.

**B.-** De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley 14/2022, se establecen tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432 del CP) que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones en función de la cuantía y otras circunstancias, el ánimo temporal de bienes públicos sin *“ánimus rem sibi habendi”* y con su posterior reintegro (artículo 432 bis del CP), y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433 del CP).

**C.-** El artículo 432 del CP tipifica, por tanto, la conducta de la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropiare del patrimonio público por razón de su cargo o con ocasión de sus funciones.

La jurisprudencia, tradicionalmente, ha integrado el contenido de las conductas de apropiación mediante su delimitación frente al uso transitorio de los caudales. Así, según la STS 18 de mayo de 1987:

*“Siendo idéntico el elemento objetivo de las dos figuras delictivas: apropiación de caudales o efectos públicos, radica en el elemento psíquico, surgiendo la primera cuando concurre el ánimo de adueñamiento definitivo y la segunda cuando el elemento intencional viene caracterizado por un propósito de apropiación transitorio”.*

La línea divisoria entre ambas figuras es, tal como expresa la STS de 13 de abril de 1981, *“indecisa y borrosa, pues toda diferenciación reside en*

*el intelecto del agente en cuyas profundidades es difícil, cuando no imposible, penetrar para indagar lo que realmente se proponía ejecutar”.*

Sin embargo, en la práctica, la decisión sobre cuándo nos encontramos en un supuesto o en otro, pierde trascendencia, en la mayoría de los casos, como consecuencia de lo establecido en el artículo 432 bis del CP, que si bien prevé unas penas muy inferiores para la autoridad o funcionario que destine a usos privados el patrimonio público, puesto a su cargo, sin ánimo de apropiárselo, determina la aplicación de las penas previstas para las conductas de apropiación, de no reintegrar los elementos del patrimonio público dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso.

Ello, no obstante, la jurisprudencia ha declarado, de modo reiterado, que el reintegro de los caudales *“no excluye el ánimo de apropiación definitiva porque el reintegro genera una presunción favorable a la distracción que no impide apreciar un ánimo de adueñamiento definitivo”* (SSTS 20 de septiembre de 1990 y 19 de febrero de 1993).

Consecuentemente, cuando concurra en el sujeto activo ánimo de apropiación, el reintegro, por más que se produzca íntegramente y dentro del plazo previsto en el párrafo segundo del artículo 432 bis del CP, sólo tendrá sus efectos en materia de responsabilidad civil y, en su caso, podrá determinar la aplicación de las atenuantes de auxilio y colaboración a la Administración de Justicia y reparación, previstas, respectivamente, en los apartados 4º y 5º del artículo 21 del CP.

**D.-** El artículo 433 del CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado.

La interpretación y el alcance de dicho precepto ha sido objeto de un intenso debate ya antes de su entrada en vigor.

El TS, en el Auto antes referido, entiende que el legislador ha pretendido recuperar el antiguo artículo 397 del CP, pese a las críticas que dicho precepto había suscitado, de manera unívoca en la doctrina, por entender que contrariaba el principio de intervención mínima del Derecho Penal, al tratarse de infracciones de carácter estrictamente formales de carácter presupuestaria que no afectaban al destino público de los caudales.

La resolución del TS invoca la Directiva 2017/1371, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, que incluye en el concepto de malversación utilizar activos de forma contraria a los fines par los que estaban previstos y concluye que no puede aceptar que el artículo 433 del CP opere como un tipo atenuado por el simple hecho de que el destino de los fondos públicos se presente como una decisión emanada de la autoridad o funcionario con capacidad para administrar esos fondos y, por tanto, decidir su aplicación, por lo que *“no bastará que la decisión desleal haya sido revestida con las formalidades que acompañan a los actos administrativos y que aquélla sea adoptada por el órgano competente.”*

**E.-** Sentado lo anterior procede analizar diversos supuestos en que nuestros tribunales han apreciado la comisión de delitos de prevaricación y malversación como consecuencia del establecimiento y abono de percepciones económicas indebidas a cargos electos.

Así, la STS 591/2020, de 11 de noviembre, confirma la condena impuesta a un alcalde por la comisión de un delito de malversación por no haber justificado los gastos personales inherentes a su cargo. La sentencia recurrida declaró probado que se cometieron irregularidades en la percepción de dietas:

*“Hemos de aclarar, en primer lugar, que lo que se considera delictivo no es que desatendiera los reparos, sino que no justificara los gastos. Y, en segundo lugar, que lo que resulta relevante a efectos penales no es que el recurrente no justificara los gastos en el momento administrativamente oportuno, sino que se trata de cantidades percibidas como dietas sin que en ningún momento se haya justificado que correspondían a gastos propios de la su función como Alcalde.”*

Asimismo, la STS 727/2021, de 29 de septiembre, confirma otra condena impuesta a un alcalde por la comisión de dos delitos continuados de prevaricación y malversación al considerar acreditado que percibió indebidamente una remuneración por el desempeño de su cargo incompatible con su pensión de jubilación. Además, obtuvo el abono de dietas y de gastos de locomoción y de representación por haber asistido a eventos en los que no estuvo:

*“Se declara por ello probado la incompatibilidad de la pensión de jubilación con la percepción de cualquier retribución periódica por el desempeño de cargos electivos como miembro de Corporaciones Locales, incluidos los gastos de representación mensuales sin necesidad de justificación (...).*

*Igualmente, fue decisión del acusado dar a los caudales públicos un destino dirigido a satisfacer sus atenciones personales. Fue él quien promovió y logró la aprobación, en los Plenos que él presidía, de los acuerdos que propiciaron el cobro indebido de unas remuneraciones incompatibles con su pensión de jubilación, siendo el único que conocía la situación y la incompatibilidad de las percepciones que ilegítimamente destinó a su propio y único beneficio.”*

Por último, la STS 341/2018, de 10 de julio, considera los hechos probados constitutivos de un delito de malversación y establece que la compra y regalo de bolsos por parte de una alcaldesa haciendo uso de la tarjeta de crédito de empleada pública fueron ajenos a su función, y que la simple aportación del ticket de compra no constituye la justificación necesaria que se exigía como anticipo de caja fija:

*“(...) la doctrina jurisprudencial en relación al delito de malversación de fondos públicos, que los depositarios, encargados o gestores de los mismos deben acreditar de forma cumplida el destino público dado a ellos, no exigiéndose que se acredite que tales fondos públicos hayan tenido un concreto fin privado, pues ello convertiría el delito de malversación en un delito de imposible acreditación. Basta para la exigencia del delito la acreditación de no haber sido destinados a su fin público o sin explicación plausible.”*