

El Excelentísimo Ayuntamiento de Almonte adquirió, en ejecución del Acuerdo de su Pleno de 8 de abril de 2009, la totalidad de las participaciones sociales de “EXCLUSIVAS DOÑANA, S.L.”, mediante permuta y compraventa de sus participaciones sociales instrumentadas por escritura pública otorgada el 8 de mayo de 2009. La validez y regularidad jurídica de dichas operaciones ha dado origen a distintos procedimientos administrativos y jurisdiccionales y se estiman susceptibles, asimismo, de haber dañado los fondos públicos del Ayuntamiento, dando lugar a la consiguiente responsabilidad contable que, en su caso, permitiera reparar los daños y perjuicios presuntamente causados. En interés del Ayuntamiento de Almonte, y a efectos de delimitar los hechos y consecuencias jurídicas relevantes para determinar la eventual existencia de responsabilidades contables derivadas de las mencionadas operaciones, se emite el presente dictamen basado en los siguientes

ANTECEDENTES

1 El día 14 de noviembre de 2008, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Almonte don Francisco Bella Galán, asistido por don Antonio Díaz Arroyo, Secretario accidental de la Corporación, de una parte y, de otra, don Francisco Pascua Hierro y don Gregorio Jesús León Romero, en su propio nombre y en calidad de representantes verbales del resto de los partícipes de EXCLUSIVAS DOÑANA, Sociedad Limitada, suscriben un denominado “Protocolo de adquisición del 100 % de las participaciones de la sociedad mercantil Exclusivas Doñana” por el Ayuntamiento de Almonte, mediante permuta de sus parcelas urbanas situadas en la Aldea del Rocío (Almonte) y abono en metálico de la diferencia.

2. En dicho protocolo se hacen constar como **antecedentes** que:

A) Que el campo de golf de Matalascañas es propiedad de la citada entidad mercantil;

B) Que el Ayuntamiento de Almonte, entre cuyas competencias legales está el desarrollo de actividades culturales y deportivas [art. 25.2.m) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local], *“tiene interés en potenciar el turismo deportivo”*;

C) Que los órganos gestores de “Exclusivas Doñana, SL” han manifestado su disposición favorable a *“alcanzar un acuerdo con el Ayuntamiento de Almonte, tendente a venderle la totalidad de las participaciones sociales, de tal modo que la sociedad, y en consecuencia el campo de golf de Matalascañas pasen a ser propiedad municipal”*.

3. En virtud de tales antecedentes, se establece una serie de **estipulaciones**, entre las que pueden destacarse los siguientes acuerdos:

A) Proceder a la permuta del cien por cien de las participaciones sociales de Exclusivas Doñana, SL por catorce (14) parcelas urbanas de la Aldea del Rocío (Almonte) de propiedad municipal, sitas en el sector denominado “Santaolalla Sur”, con los número 12 a 137, ambos inclusive, y abono en metálico por el Ayuntamiento de la diferencia;

B) Se estima el valor de cada parcela en 248.200 € (sin IVA), de acuerdo con el informe “*recientemente emitido por los servicios técnicos municipales*”;

C) El importe de la venta de las participaciones se establece en 7.500.000 €, “*determinado como valor unitario de la sociedad incluido su fondo de comercio*”, aunque dicho importe, “*determinado previo informe de los servicios municipales una vez realizada una previa auditoría que la sociedad autoriza a realizar*”, debe minorarse por los importes estimados de la cantidad dispuesta de una póliza de crédito (750.000 €) y con el importe de la deuda corriente con proveedores (150.000 €).

D) El importe de las parcelas asciende a 4.030.768 €, debiendo abonarse la diferencia mediante el desembolso en metálico, en la proporción que corresponda a cada uno de los propietarios de las participaciones sociales, conforme a un calendario de pagos que abarca seis anualidades desde 2010 a 2015, ambos inclusive, en la fecha del 20 de febrero de cada año, calculándose tales pagos mediante “*una mera previsión estimativa*” en 428.205,34 € (Total: 2.569.232,04 €).

E) Se considera el documento válido por un período de dos meses, en cuyo plazo deberá “*el expediente administrativo deberá haber sido aprobado por el Pleno de la Corporación*”, y, transcurrido dicho plazo sin haberse aprobado, el documento quedará sin efecto, salvo nuevo pacto en contrario.

F) En caso de que el Ayuntamiento dejara de atender alguno de los plazos convenidos a su vencimiento, “*se producirá automáticamente el vencimiento anticipado de todas las cantidades adeudadas a dicha fecha, pudiendo exigir la parte vendedora la satisfacción de su importe total, junto con el correspondiente interés del dinero incrementado en siete puntos*”.

4. El Pleno de la Corporación, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2009, acordó por mayoría “***aprobar, si procede, la adquisición del 100 % de las participaciones de la sociedad Exclusivas Doñana, SL***”. El mencionado acuerdo consta, según certifica el ahora Secretario General del Ayuntamiento, don Antonio Díaz Arroyo, de varios puntos entre los que merecen destacarse los siguientes extremos:

A) El expediente de adquisición de las participaciones sociales es el procedimiento negociado, “*debido a la singularidad y especificidad técnica de los bienes adquiridos*”;

B) Se expresa que en el expediente tramitado “se acredita la necesidad de la permuta por razón de potenciar el turismo deportivo, como medio de dotar de un valor añadido a la oferta turística del enclave de Matalascañas, para lo que se estima pertinente la adquisición del ampo de golf”;

C) Se dice constar en el expediente tramitado que “la valoración global de Exclusivas Doñana, SL asciende a 6.866.129,40 €”.

Dicho importe se abonará mediante “permutas y compraventas” a cada uno de los titulares de las participaciones. Las permutas afectan a las parcelas 124 a 137 del Sector Santaolla Sur de la Aldea del Rocío, valoradas cada una en 248.200 €, según la valoración del técnico municipal que se incluye en el expediente. La diferencia de valoración entre las participaciones y las parcelas entregadas “se entregará en metálico conforme al protocolo de intenciones suscrito por las partes con anterioridad al presente acuerdo”.

D) A continuación, se atribuyen las parcelas (14) que corresponden por permuta a cada una de las cinco entidades propietarias de las dos mil cuatrocientas noventa (2.490) participaciones, a razón para cada una de ellas del siguiente número de parcelas, con su valoración y la diferencia a satisfacer en metálico por el Ayuntamiento:

<u>Partícipe (número parts.)</u>	<u>Parcelas</u>	<u>Valor parcelas</u>	<u>Diferencia</u>
PAHIRFA, SA (510)	3	744.600,00 €	162.582,90 €
DENOEL INM., SL (842)	5	1.241.000,00 €	256.741,10 €
INM. LINCES DOÑ. (510)	3	744.600,00 €	162.582,90 €
RESTING D. TR. (447)	2	496.400,00 €	298.719,13 €
HOT. FLAMERO. (181)	1	248.200 €	73.760,99 €

Y, finalmente, se estipula el precio correspondiente a don Juan Francisco PASCUA HIERRO (455), don Gregorio Jesús LEÓN ROMERO (123), don Juan Antonio CASTELLANO RAMOS y su esposa doña Francisca CEPEDA CÁCERES (455) y don José Luis VILLALOBOS PERPIÑÁ (337), por la venta del número de participaciones que en cada caso se señala entre paréntesis, por importe, respectivamente, de 809.349,45 €, 218.791,17 €, 809.349,45 € y 599.452,23 €. El importe total del valor de las parcelas recibidas por las sociedades enumeradas, más las diferencias a satisfacer en metálico, junto a los precios a satisfacer a cada uno de los partícipes personas físicas asciende a 6.866.129,32 €.

Al apreciarse que el valor de los bienes enajenados no supera el 25 % de los recursos ordinarios del presupuesto del Ayuntamiento, como se desprende del informe al efecto de la Intervención municipal, no se somete el acuerdo a la autorización de la Consejería de Gobernación, aunque se afirma dar traslado del mismo a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía a efectos del artículo 12.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

5. Mediante escritura pública, otorgada ante el Notario doña María de los Reyes Sánchez Blanco, del Ilustre Colegio de Andalucía, el 8 de mayo de 2009, comparecen e intervienen, por una parte, don Juan Francisco PASCUA HIERRO, en su propio nombre y como administrador único de PAHIRFA, SA; don Gregorio Jesús LEÓN ROMERO, en su propio nombre y como administrador único de DENOEL INMOBILIARIA, SL; don Juan Antonio CASTELLANO RAMOS y su esposa doña Francisca CEPEDA CÁCERES ambos en su propio nombre y, el Sr. Castellano Ramos, como administrador único de inmobiliaria LINCES DE DOÑANA, SL; y don José Luis VILLALOBOS PERPIÑÁ en su propio nombre y como administrador único de RESTING DOÑANA TOUR, SL y también como administrador solidario de HOTEL FLAMERO, SL, y por otra don Francisco BELLA GALÁN, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Almonte, quien entrega en el acto Certificado expedido por el Secretario General del Ayuntamiento de Almonte, don Antonio Díaz Arroyo, relativo al Acuerdo tomado en el Pleno de la Corporación celebrado en Sesión el día 8 de abril de 2009, y exponen, los primeros, que son dueños por sí mismos directamente o las sociedades que representan de la totalidad de las participaciones sociales de Exclusivas Doñana, SL, de 601,01 € cada una de valor nominal y con **“un valor real de venta de 1.778,79 €”** y, por su lado, el Ayuntamiento de Almonte es dueño de las parcelas números 124 a 136, ambos inclusive, en la Aldea del Rocío, término de Almonte, todas ellas de 150 metros², que tienen asignado un uso de vivienda de promoción libre y valoradas cada una de ellas en 248.200 €.

La mencionada escritura, después de las prescripciones y advertencias exigidas por la legislación, recoge la referencia al expediente administrativo de permuta de fecha 14 de noviembre de 2008, en el que dice se *“acreditó la necesidad de la permuta, como medio de dotar de un valor añadido a la oferta turística del enclave de Matalascañas, para lo que se estima pertinente la adquisición del campo de golf”*. Señala, además que la permuta ha sido aprobada por el Pleno de la Corporación y que no se ha sometido a la autorización de la Junta de Andalucía por no alcanzar las cuantías ya aludidas anteriormente.

Igualmente se refiere al expediente administrativo de compra de participaciones sociales, tramitado por el procedimiento negociado *“por así imponerle la singularidad y especificidad técnica de los bienes”*, con una

memoria justificativa de las circunstancias que motivan la selección del procedimiento negociado y expresando “*que se han cumplido la totalidad de los trámites legales previstos en la normativa aplicable*”, lo que se acredita con el certificado del acta del Pleno, que ya se ha recogido también anteriormente. Por otra parte, acreditada la libre transmisibilidad de las participaciones, se da al acto el carácter de Junta General universal de Exclusivas Doñana, SL, al estar representado la totalidad de su capital social.

En consecuencia, las partes estipulan cinco operaciones de permuta y cuatro de venta, con arreglo al siguiente resumen de cláusulas:

A) Permutas:

1ª: PAHIRFA: permuta 510 participaciones por 3 fincas del Ayuntamiento.

Valores: 907.182,90 € vs. 744.600 €

Diferencia: 162.582,90 €; recibidos con anterioridad: 119.136 €

Seis pagos (de 2010 a 2015) de: 7.241 €;

2ª: DENOEL: permuta 842 participaciones por 5 fincas del Ayuntamiento.

Valores: 1.497.741,10 € vs. 1.241.000 €

Diferencia: 256.741,10 €; recibidos con anterioridad: 198.560 €

Seis pagos (de 2010 a 2015) de: 9.696,83 €;

3ª: LINCES de D.: permuta 510 participaciones por 3 fincas del Ayuntamiento.

Valores: 907.182,90 € vs. 744.600 €

Diferencia: 162.582,90 €; recibidos con anterioridad: 119.136 €

Seis pagos (de 2010 a 2015) de: 7.241 €;

4ª: RESTING D.T: permuta 447 participaciones por 2 fincas del Ayuntamiento.

Valores: 798.119,13 € vs. 496.400 €

Diferencia: 298.719,13 €; recibidos con anterioridad: 79.424 €

Seis pagos (de 2010 a 2015) de: 36.549,19 €; y

5ª: HOTEL FLAM.: permuta 181 participaciones por 1 finca del Ayuntamiento.

Valores: 321.960,99 € vs. 248.200 €

Diferencia: 73.760,99 €; recibidos con anterioridad: 39.712 €

Seis pagos (de 2010 a 2015) de: 5.674,83 €.

B) Ventas:

1ª: F. Pascua Hierro: 455 participaciones por 809.349,45 €

Seis pagos del Ayuntamiento (de 2010 a 2015) de: 134.891,57 €;

2ª: G.J. León Romero: 123 participaciones por 218.791,17 €

Seis pagos del Ayuntamiento (de 2010 a 2015) de: 36.465,20 €;

3ª: J.A. Castellanos R. y F. Cepeda C.: 455 participaciones por 809.349,45 €

Seis pagos del Ayuntamiento (de 2010 a 2015) de: 134.891,57 €; y

4ª: J.L. Villalobos P.: 337 participaciones por 599.452,23 €

Seis pagos del Ayuntamiento (de 2010 a 2015) de: 99.908,71 €.

Resultan llamativos algunos extremos de la mencionada escritura de permuta y venta, entre los que pueden destacarse los siguientes:

A) Hay una gran similitud entre el clausulado de la escritura y el denominado protocolo de voluntades suscrito el 14 de noviembre de 2008, hasta el punto de que la escritura se remite expresamente a dicho documento, junto con el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que también se ha recogido, bajo la afirmación de que *“se han cumplido la totalidad de los trámites legales previstos en la normativa aplicable. Estos extremos se acreditan con certificado del Acta del Pleno (...) y con el protocolo de voluntades”*.

B) En las operaciones de permuta, con anterioridad a la comparecencia ante el Notario, las entidades jurídicas dan por recibido en dinero efectivo del Ayuntamiento, un total de 555.968 €, que es una parte del importe de las diferencias de valoración entre las participaciones y las fincas recibidas que, junto con los pagos aplazados en las seis anualidades antes indicadas, compensan el total de dicha diferencia. Pero, el mismo importe que se dice recibido en metálico del Ayuntamiento se dice, a continuación, *“pagado en efectivo metálico en el día de hoy por... (nombre de cada una de las 5 sociedades)... al Ayuntamiento de Almonte, por lo que se otorga plena y eficaz carta de pago”*. No es preciso llamar la atención sobre el hecho de que, de acuerdo con la escritura, algún representante del Ayuntamiento tuvo que esta o ir a algún punto no determinado con 555.968 € en efectivo y él mismo u otro, en el mismo o distinto lugar, regresar al Ayuntamiento con una cantidad en metálico semejante.

C) A la singularidad de tales intercambios de dinero efectivo con la participación en ellos de un Ayuntamiento, se une el deficiente cálculo de la cuota de IVA repercutida por el Ayuntamiento, pues se dicen entregadas a éste cantidades de numerario que, en todos los casos, representan el 16 % del valor

otorgado al número de parcelas permutadas en cada caso. Pero, en las operaciones en que la contraprestación consiste parcialmente en dinero “se considerará base imponible el resultado de añadir al valor en el mercado de la parte no dineraria de la contraprestación el importe de la parte dineraria de la misma, siempre que dicho resultado fuese superior al determinado por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior” (art. 79.1 LIVA), y ello sin tener en cuenta, además, como se debiera, el importe aplazado.

6. En aplicación de la legislación autonómica antes citada (Ley 7/1999, de 29 de septiembre y Decreto 18/2006, de 24 de enero, sobre Bienes de las Entidades Locales), se da traslado del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almonte a la Delegación del Gobierno de la junta de Andalucía que, con fecha 26 de junio de 2009, considera que dicho acuerdo “es susceptible de vulnerar la normativa aludida”, por lo que requiere al Sr. Alcalde-Presidente para que, en el pazo de veinte días, efectúe el envío de las alegaciones y documentación que estime convenientes a efectos de ejercer o no las competencias que la legislación atribuye a la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía para requerir la anulación de los actos o acuerdos de las Entidades Locales o para su impugnación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre los reparos que la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía formula al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almonte refreído, merecen destacarse los aspectos siguientes.

A) Sin perjuicio del derecho a la iniciativa económica de las Entidades Locales, se considera que el ejercicio de las correspondientes facultades debe efectuarse siempre con la garantía de su racionalidad desde el punto de vista de la asignación de los recursos públicos, respetando los criterios de eficiencia y economía, como exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada a estos efectos, por lo que la preservación del interés público cuando se ejercita este tipo de iniciativas “debe acreditarse de forma expresa a través del correspondiente procedimiento formal, en el que se han de incluir los informes y dictámenes necesarios”. En el supuesto de asunción de una actividad económica privada adquiriendo directamente la propiedad de la empresa mercantil que la desarrollaba, se requiere “la previa incoación de un procedimiento administrativo para acreditar la conveniencia, viabilidad y oportunidad de esa iniciativa”.

Se indica seguidamente que “en la documentación aportada no aparece referencia alguna al cumplimiento de dicho procedimiento justificativo”. Debido a ello, se menciona la posible nulidad del acuerdo y, sobre la base de lo establecido en el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se señala el amplio conjunto de deficiencias y omisiones en que ha incurrido el expediente que,

además, *“pudiera contravenir el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, en relación con los artículos 96 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986”*.

B) De manera análoga, se analiza la utilización de la permuta de las parcelas como negocio jurídico adecuado para la adquisición de las participaciones sociales a las que se viene aludiendo.

Los reparos se refieren en este aspecto a la aplicación de la permuta, frente al procedimiento abierto, y a la justificación de la necesidad de este negocio que exige, según la jurisprudencia recogida del Tribunal Supremo, no sólo la incoación del oportuno expediente, sino también la acreditación en él de la necesidad real de efectuarla y no su mera conveniencia.

La Delegación del Gobierno concluye en este sentido que el Acuerdo de 8 de abril de 2009 está *“en abierto contraste con dichas previsiones legales y que “en ninguna parte del expediente aparecen los correspondientes informes de tipo técnico o jurídico que justifiquen la utilización preferente del procedimiento excepcional de la permuta”*.

C) Se rechaza igualmente la ausencia de la valoración de los bienes *“por parte de personal técnico competente de la propia Entidad”*, especialmente en lo que se refiere a la empresa municipalizada, como exige la normativa autonómica, cuya eventual vulneración también se recoge.

7. En las alegaciones presentadas por el Ayuntamiento, después de señalar sorprendentemente que *<aparte de los “reparos legales”>* la Delegación del Gobierno *“no insta a la anulación del acuerdo”*, combate la argumentación de dicha Delegación respecto a la procedencia de la iniciativa empresarial del Ayuntamiento declarando paladinamente que *“la adquisición de las participaciones de la sociedad tiene un objetivo claro y fundamental, como es garantizar la práctica del golf en el enclave turístico de Matalascañas. Ante la posibilidad de que los titulares procedieran a la clausura de la actividad, el Ayuntamiento de Almonte decidió emprender la prestación de un servicio deportivo que antes prestaba la empresa privada”*.

Se considera también que *“estamos ante un servicio deportivo de competencia municipal”*, razón por la cual no ha de tramitarse *“ningún expediente de municipalización para la prestación de un servicio deportivo”*.

En segundo lugar, se justifica la elección de la permuta como negocio y procedimiento de contratación argumentando que el régimen de pública concurrencia sirve para garantizar los derechos de posibles terceros interesados y la rentabilidad de la operación, aunque se estima admisible la excepción de la permuta *“en el caso de que se justifique la procedencia de un cambio de bienes por otros, en el que se garantice la economía de la operación y en ningún caso se produzca la descapitalización de la entidad local”*.

Posteriormente, se expone una serie de datos circunstanciales como la indisponibilidad de créditos presupuestarios, la proclividad de los propietarios de las participaciones a la adquisición de las parcelas, la disponibilidad por el Ayuntamiento de más parcelas en la misma zona, etc.

Finalmente, se contraponen las exigencias legales de valoración, referidas según la interpretación que se hace en estas alegaciones a “*bienes normales*”, lo que no es el caso de las participaciones sociales adquiridas en este supuesto, pues su valoración debe hacerse “*desde el punto de vista de una empresa en funcionamiento*”, en cuya valoración “*inciden cuestiones tales como el activo material, activo inmaterial, débitos y créditos, patrimonio neto, el fondo de comercio, etc.”, razón por la cual “sólo profesionales vinculados a este sector (¿) pueden acometer, como es la entidad MC & C Asesores”. Las alegaciones concluyen con un alegato sobre la eventual lenidad de la Administración autonómica en otros supuestos en que se exigen valoraciones por técnicos de entidades locales y sobre la suficiencia de la aceptación de la mencionada valoración por el Secretario General y el Interventor del Ayuntamiento para la adecuada información del Pleno.*

8. La documentación que consta en el expediente administrativo para la permuta/venta de las catorce parcelas propiedad del Ayuntamiento de Almonte en la Aldea del Rocío por las participaciones de la mercantil “Exclusivas Doñana, SL” confirma punto por punto las conclusiones del informe de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía y permite formular otros argumentos para abundar en sus conclusiones sobre las graves deficiencias del procedimiento, la injustificada utilización de la permuta para adquirir las participaciones de la mencionada sociedad y la completa irregularidad de la valoración de estas participaciones que se ha efectuado.

No obstante, debido a que la conclusión sobre la radical nulidad del expediente está suficientemente motivada en el citado informe de la Delegación del Gobierno y a ella se une la existencia de un dictamen de un operador jurídico que coincide rotundamente en el mismo resultado, se va a tratar a continuación de aquellos otros elementos de hecho, circunstancias o aspectos que, a mayor abundamiento, contradicen las justificaciones ofrecidas por la Secretaría General del Ayuntamiento en su informe de respuesta al tan citado de la Delegación del Gobierno, anulan cualquier pretensión de que en toda esta tramitación se haya tomado mínimamente en consideración el interés general y son útiles a los objetivos con que se elabora el presente dictamen.

9. En tal sentido, lo primero que llama la atención es que el escrito de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía está dirigido al Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Almonte mientras que quien suscribe la respuesta es el Secretario General del Ayuntamiento, hecho que da suficiente idea del respeto a las reglas del Derecho y a las mismas

convenciones sociales con que se manifestaba en aquel momento la Corporación.

En cualquier caso, también resulta revelador el constante *quid pro quo* que late en todas y cada una de las actuaciones que constan en el expediente y que resultan paladinamente expuestas en la citada respuesta del Secretario General. Principalmente son dos los elementos que se expresan permanente sujetos a una tergiversación: por una parte, que la adquisición del Ayuntamiento es de un campo de golf y no de las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada y, por otra, que el destino de esta adquisición por el Ayuntamiento es la actividad deportiva y el turismo, que son competencias comprendidas entre las que corresponden al Ayuntamiento, y no la explotación de una actividad empresarial.

Sobre lo primero, basta comprobar en el expediente la insistencia con que las valoraciones se refieren al campo de golf y no a las participaciones sociales y, en lo que se refiere a la segunda tergiversación, basta reproducir el argumento que el propio Secretario General suministra en su escrito: “*A nadie sorprendería que el Ayuntamiento construyera o adquiriera un campo de fútbol, una cancha de pádel o una pista de atletismo, por lo que no puede entenderse que se califique de actividad económica a prestación de un deporte como es el golf*”. Quien no ve diferencia entre una cosa y las otras posiblemente es que no tenga voluntad de verla.

10. Esta dificultad de apreciación que se detecta en la Secretaría General se extiende a aspectos como el contenido en su informe de 30 de marzo de 2009, en cuyos antecedentes se dice que “*el cinco de diciembre de dos mil ocho el Pleno de la Corporación del Ayuntamiento de Almonte, aprobó la firma de un protocolo de voluntades para la permuta...*”. Pero el protocolo se había firmado el catorce de noviembre de dos mil ocho, como el Secretario General conocía por haber asistido al acto en su condición de Secretario Accidental. Ocasionalmente, sin embargo, aprecia circunstancias, como antes se mencionó (7), de las que no hay absolutamente ninguna referencia en el expediente, como cuando señala que en estos casos “*inciden cuestiones tales como el activo material, activo inmaterial, débitos y créditos, patrimonio neto, el fondo de comercio, etc.*”, cuya inmaterialidad y fondo es de tal naturaleza y cuantía que no ha podido observarlos más que el firmante de dichos informes.

En este sentido, hay que subrayar también el desembarazo y contumacia con que se pronuncia la Secretaría General sobre elementos que manifiestamente representan una escasísima cuantía o no aparecen entre los activos de “Exclusivas Doñana, SL”, como los mencionados “activo inmaterial” y “fondo de comercio” que, de haber existido y en el caso de que legalmente procediera su valoración, tendrían que figurar en su balance de situación. Especialmente clarificadora en este sentido es su afirmación, contenida en el informe de 28 de

noviembre de 2008 de que *“se deberá efectuar una valoración de las participaciones a adquirir por el Ayuntamiento, que determine que el precio establecido para la sociedad a adquirir en el protocolo está dentro de los parámetros normales de mercado, incluyendo tanto los activos reales de la empresa (sic) como su fondo de comercio”*.

11. Debe hacerse referencia, asimismo, a los aspectos presupuestarios de la permuta y venta de la que se viene tratando, ya que el informe del Interventor de 2 de diciembre de 2008 hacía referencia en su punto tercero a las exigencias derivadas del artículo 174 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, por lo que proponía considerar la operación como de carácter excepcional para que, de este modo, pudiera ampliar el Pleno el plazo de las cuatro anualidades en que como máximo pueden comprometerse *“gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio”* (art. 174.2 del TR de la LRHL).

Por tanto, el Pleno debió adoptar el correspondiente acuerdo declarando la excepcionalidad de la operación de manera motivada, el número de ejercicios a los que habría de extenderse la ejecución del gasto y los porcentajes de la operación que debieran hacerse efectivos en cada uno de ellos. El ejercicio en cuyo presupuesto debieron hacerse constar estas reglas es, como indica la ley, el del comienzo de la ejecución del gasto que, como se ha visto, fue el de 2009, ya que en la escritura pública de permuta-venta se recogen las entregas en efectivo que hace el Ayuntamiento a las cinco sociedades para pagarles parte de la diferencia entre la valoración de las participaciones sociales y la de las parcelas entregadas.

Sin embargo, en el acuerdo de Pleno de 8 de abril de 2009, no consta absolutamente ninguna de estas condiciones: se omite toda referencia al hecho de que la mencionada diferencia de valoración a favor de las cinco mercantiles se va a pagar en efectivo; que una parte de esa diferencia se va a pagar en efectivo en el mismo ejercicio; cuál es la partida presupuestaria a la que se van a aplicar los pagos; cuál es el número de ejercicios a los que se va a extender la operación; qué parte o porcentaje de la operación representa el pago de cada ejercicio y, en fin, algún tipo de motivación que exponga las razones de la excepcionalidad del contenido del acuerdo. Tampoco consta que el Interventor o el Secretario hubieran hecho manifestación de legalidad o reparo alguno a la propuesta y adopción del acuerdo referido.

12. También es necesario referirse al carácter y contenido de las diferentes pericias e informes aportados al expediente. Particularmente significativos a este respecto son los informes de la empresa “MC & A, Asesores” respecto a la

situación patrimonial y contable de “Exclusivas Doñana, SL” y la posterior valoración de sus participaciones sociales.

Con relación al primer asunto, “MC & A, Asesores” emite con fecha de 20 de marzo de 2009 un informe titulado “Informe de incidencias contables, balances y cuentas de resultados” de “Exclusivas Doñana, SL”. Sin embargo, el acuerdo del Pleno de la Corporación de 5 de diciembre de 2008, que asume el contenido del Protocolo de 14 de noviembre de 2008, recoge en su Tercera estipulación que el importe de la *“venta de las participaciones”* (sic) será determinado “una vez realizada un previa auditoría que la sociedad autoriza a realizar”.

La auditoría de cuentas no consiste, como es sabido, en una actividad de ejercicio plenamente libre y exento de regulación y prescripciones técnicas, sino que está sometida a rigurosas exigencias, aun en el caso de que no se trate de la auditoría de cuentas anuales. Una auditoría requiere como elemento imprescindible, y exigido por el artículo 2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (aplicable en el momento en que se evacuó el mencionado informe), la emisión de la opinión del auditor manifestada de forma clara y precisa sobre el hecho de que las cuentas ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la entidad.

El contenido del referido informe de 20 de marzo de 2009 no constituye en absoluto una auditoría de cuentas, tratándose simplemente de una escueta revisión de la contabilidad de la sociedad, sin compromiso ni responsabilidad alguna por parte de la entidad que la suscribe y, consiguientemente, sin ningún valor como auditoría. Con ello, además, se incumple el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que inequívocamente exige la realización de una auditoría y no un informe de cualquier clase.

En lo relativo a la valoración de “Exclusivas Doñana, SL” elaborada por la misma entidad y fechada el 24 de marzo de 2009, puede extraerse una conclusión análoga. En efecto, tras una sesuda exposición teórica sobre los criterios y métodos de valoración, en la que se recogen afirmaciones como la de que *“la valoración de una empresa es un ejercicio de sentido común que requiere unos pocos conocimientos técnicos”*, sobre la que no se van a emitir otros calificativos que la de ser muy expresiva, el informe recopila los datos de la sociedad y llega al punto de *“determinar el valor de mercado de los inmuebles y de las instalaciones”*, a cuyo efecto afirma que *“nos hemos basado en las estimaciones realizadas por terceros”*. Una vez recogidas las distintas valoraciones, con exclusión de una parte de una de ellas, expone que *“estimamos razonable la aplicación de valores promedio”*, que constituyen, según parece, uno de aquellos pocos conocimientos técnicos que había que utilizar para llegar a concluir que “Exclusivas Doñana, SL” vale **7.464.247 €**.

Pero independientemente de lo discutible que resulta el criterio “técnico” del promedio de las valoraciones realizadas con anterioridad, está el hecho de que todas estas valoraciones se basan en la del campo de golf exclusivamente, cuyas valoraciones, a su vez, no ha realizado ningún experto propiamente especializado en ese concreto tipo de inmuebles, con arbitraria exclusión de la parte de valoración de los técnicos municipales referida específicamente a las instalaciones del campo de golf y, sobre todo, dejando de lado el hecho de aquello que se trataría de valorar son las participaciones de una sociedad mercantil, con la totalidad de su activo y su pasivo, que ejerce una actividad empresarial en funcionamiento que ha arrojado pérdidas en los dos ejercicios anteriores por un importe superior en cada ejercicio al veinte por ciento del capital social, cuyo futuro, en expresión del Secretario General (alegaciones a la Delegación del Gobierno) está “*ante la posibilidad de que los titulares procedieran a la clausura de la actividad*”, titulares de las participaciones que, además, deciden el día 23 de marzo de 2009, es decir, sólo diez y seis días antes del Pleno de la Corporación que la acuerda y mes y medio antes de otorgar la escritura de permuta-venta, aumentar el capital social de “Exclusivas Doñana, SL” en 576.969,60 € mediante la emisión de novecientas sesenta nuevas participaciones de 601,01 € de valor nominal, que el preceptivo informe de los administradores dice que coincide con su valor real, como consta en la certificación del acuerdo social y en la escritura que lo eleva a documento público.

En atención a todos los referidos antecedentes, debe considerarse existente una diferencia que entre el valor de las participaciones sociales adquiridas por el Ayuntamiento de Almonte y el valor de las parcelas entregadas en permuta, más el importe de los pagos que se hayan efectuado hasta el momento en efectivo, más el importe del IVA que debió satisfacer el Ayuntamiento por la operación de permuta, pues se trata de una parte del precio que los anteriores partícipes en “Exclusiva Doñana, SL” declararon haber recibido en efectivo, aunque posteriormente lo volvieran a entregar por la repercusión del IVA que se dice en la escritura les efectuó el Ayuntamiento. La desmesurada falta de equivalencia entre las prestaciones realizadas por cada una de las partes de la permuta-venta puede haber originado un perjuicio a los bienes y caudales públicos del Ayuntamiento de Almonte, hecho éste de donde se pueden extraer las siguientes

CONSECUENCIAS JURÍDICAS:

1. La obligación que impone el Código civil a quien por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia consistente en reparar el daño causado puede considerarse un principio general de nuestro derecho, que rige también en el ámbito de las administraciones públicas y, por tanto, es aplicable en la esfera de las entidades locales, de tal manera que quienes los hayan causado quedarán obligados a reparar los daños presuntamente

inferidos a los fondos públicos del Ayuntamiento de Almonte. Esta obligación de reparación de los daños, cuando concurren determinadas circunstancias, se articula en nuestro ordenamiento jurídico a través de la denominada responsabilidad contable, cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal de Cuentas, al que se dará traslado por el juez o Tribunal que esté conociendo la causa penal de los antecedentes necesarios para el ejercicio por aquél de su jurisdicción propia (artículos 15 y 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas –en adelante LOTCU- y 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas –en adelante LFTCU-).

2. La sustanciación de la reparación de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos a través del instituto de la responsabilidad contable es pertinente si concurren los requisitos y exigencias establecidos por la legislación y que la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha concretado en los siguientes elementos:

a) Sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos - art. 2 b) LOTCU-.

b) No toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos - -art. 15.1 LOTCU-.

c) La infracción legal ha de referirse a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad Pública -art. 49.1 LFTCU-.

d) La acción u omisión contraria a la Ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia grave, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria -art. 49.1 LFTCU-.

e) Por último, debe haberse producido un daño efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y económicamente evaluable y que exista una relación de causalidad entre el daño efectivamente producido y la acción u omisión de referencia (STS de 6/10/2004, ROJ: 6273/2004).

De acuerdo con las exigencias descritas, en la permuta-venta realizada entre el Ayuntamiento de Almonte y los partícipes de “Exclusivas Doñana, SL” se aprecian claros indicios de haberse causado un daño al patrimonio del

municipio; que es un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, que se ha causado por quienes tenían a su cargo el manejo de caudales o fondos públicos, con infracción de las normas presupuestarias y de contabilidad, que es un daño que se desprende de las cuentas que deben rendir los mencionados gestores y que ha sido causado conscientemente a través de un procedimiento contractual plagado de irregularidades que tenía claramente como objetivo hacerse con unas determinadas parcelas propiedad del Ayuntamiento y unas cantidades en efectivo a cambio de las participaciones de una sociedad que gestionaba una empresa en pérdidas y con un porvenir económico más que discutible, son los aspectos en los que debe centrarse la atención seguidamente.

3. Antes debe aludirse a que, como se ha indicado, según el art. 38.2 de la LOTCU, la responsabilidad contable puede ser directa o subsidiaria.

La responsabilidad directa, según el art. 42.1 del mismo cuerpo legal, se atribuye a *“quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su ejecución”*. Este tipo de la responsabilidad no admite, pues, graduación alguna y la ley equipara las consecuencias que se siguen para cualesquiera grados de participación en los hechos que se hayan producido, sea propiamente como autores en sus diversas modalidades, como cómplices, inductores, encubridores, etc. La responsabilidad directa será siempre solidaria (art. 38.3 LOTCU).

En cambio, la responsabilidad subsidiaria corresponde *“a quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados”* (art. 43.1 LOTCU). La exigencia de este tipo de responsabilidad sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las responsabilidades directas y, además, la cuantía de la responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse de forma prudencial y equitativa (art. 38.4 LOTCU).

La responsabilidad tanto directa como subsidiaria puede enervarse por obediencia debida, siempre que hubiese sido advertida por escrito la imprudencia o la ilegalidad de la correspondiente orden (art. 39.1 LOTCU), y puede no haber lugar a la exigencia de la responsabilidad subsidiaria *“cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones cuya omisión es causa de aquella, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos”* (art. 40.1 LOTCU).

4. El desequilibrio de las prestaciones originado por el contrato de permuta-venta entre el valor patrimonial de lo que entrega el Ayuntamiento de Almonte y lo que recibe deriva de la valoración de las participaciones de “Exclusivas

Doñana, SL". Esta valoración tiene como antecedente fundamental el Protocolo de 14 de noviembre de 2008, en el que, ya con anterioridad a cualquier expediente, informe o dictamen, se fija un valor de 6.600.000 €, que es a la postre, con escasa diferencia, el valor por el que se adquieren las participaciones por el Ayuntamiento.

Pero, como se ha visto, los propios administradores de la sociedad han valorado las novecientas sesenta participaciones nuevas emitidas por la entidad en 601,01 € cada una, es decir, casi la tercera parte del valor de 1.778,79 € que se otorga a dichas participaciones en el contrato de permuta venta. Además, la valoración de la sociedad que se deduce de sus cuentas anuales de 2008 arrojaría un valor neto contable de sus participaciones incluso muy por debajo de los 601,01 € de su valor nominal, y ello tanto si deducimos del total de sus activos las pérdidas y deudas (3.340.583,30 – 1.162.923,49 = 2.177.660,30) como si atendemos a la cifra de fondos propios que figura en el pasivo (2.076.934,34).

Sin perjuicio de la posible utilización de criterios de valoración alternativos, teniendo en cuenta las pérdidas continuadas de la sociedad, sus deudas, la inexistencia flagrante de ningún fondo de comercio y sus escasas perspectivas de futuro, reconocidas por la propia intención de los socios de abandonar la actividad de explotación del campo de golf, el valor de 6.866.129,40 € atribuido a las participaciones sociales de "Exclusivas Doñana, SL" que adquiere el Ayuntamiento de Almonte es absolutamente desproporcionado respecto a su valor real. Por cuanto antecede, la entrega de las catorce parcelas cuyo valor asciende a 3.474.800, más el importe del IVA que se calculó sólo en el 16 por 100 de esa cantidad (555.968 €), más el importe de los pagos en efectivo que hasta el presente haya efectuado el Ayuntamiento en cumplimiento del citado contrato suponen ya un daño a los fondos públicos efectivo, individualizado respecto al patrimonio y a la tesorería del Ayuntamiento y evaluable económicamente.

Dicho daño ha sido causado a través de las actuaciones llevadas a cabo en un procedimiento de contratación dirigido a por los socios de la sociedad limitada a obtener el máximo beneficio sin que los gestores públicos hayan actuado presuntamente de acuerdo con las exigencias legales y los procedimientos previstos para garantizar la indemnidad del patrimonio público y los intereses generales de los que eran custodios, por lo que no puede dudarse de la relación de causalidad existente entre la propia negociación y el contrato y el daño presuntamente producido.

El pago por las entidades públicas de cantidades superiores al valor real de los bienes o derechos adquiridos por ellas origina un menoscabo a los fondos públicos que constituye un supuesto de alcance. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en su Sentencia 18/2004, de 13 de septiembre, confirma

como alcance el pago por la Administración de un sobreprecio, cuya cuantía se había incrementado grandemente en un breve plazo de tiempo respecto al pagado anteriormente por el vendedor.

5. La responsabilidad debe imputarse a todos los que presuntamente han participado en la decisión del Ayuntamiento de Almonte de adquirir las participaciones sociales mencionadas. No obstante, en el caso de que alguno de ellos pudiera no tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, hecho que lo excluiría del ámbito de la jurisdicción contable, hay sujetos concretos en que esta condición se verifica de manera indudable, por haber realizado como gestores de fondos y caudales públicos actuaciones de contenido económico determinantes del resultado de la permuta-venta realizada.

El primer presunto responsable contable directo es el Concejal-Delegado de patrimonio, en quien indudablemente recae la condición de gestor de caudales públicos y que, con fecha 1 de noviembre de 2008, resuelve incoar el procedimiento *“al objeto de que el Ayuntamiento de Almonte obtenga la propiedad del campo de golf”*.

También debe considerarse presuntamente responsable directo el Alcalde-Presidente de la Corporación quien, mediante la firma del protocolo de 14 de noviembre de 2008, da lugar a un expediente plagado de todas las irregularidades ya vistas que origina finalmente la permuta-venta causante del daño patrimonial.

En dicho acto, y en todo el resto del mencionado expediente, tiene una colaboración destacada el Secretario Accidental a la sazón, quien participó en la elaboración del protocolo, luego lo definió como un documento que *“únicamente sienta las bases iniciales sobre las que se determinará el futuro acuerdo”* (informe de 28 de noviembre de 2008), para acabar considerando procedente la aprobación del acuerdo del Pleno, y, posteriormente, ya como Secretario General del Ayuntamiento de Almonte. Además de su colaboración, su participación también sería destacable por la omisión de las advertencias de legalidad que debía haber formulado respecto al mencionado Protocolo y al mismo acuerdo de Pleno que decidió la permuta-venta. En virtud de ello, le correspondería la consideración de presunto responsable directo y, en todo caso, alternativamente, la de presunto responsable subsidiario.

Asimismo, debiera considerarse presuntamente responsable contable al Interventor del Ayuntamiento, quien, adhiriéndose a los informes del Secretario, tampoco ha hecho constar en el expediente ningún reparo significativo más allá de recomendar el respeto al art. 174 de la LRHL, cosa que finalmente, como se ha visto, no atendió el acuerdo del Pleno tantas veces citado. En el caso de que su presunta responsabilidad no alcanzara la consideración de

responsabilidad directa, podría encajar en la de responsabilidad subsidiaria, originada por omisión del cumplimiento de sus obligaciones como Interventor.

En estos cuatro casos, al menos, resulta indiscutible su condición de gestores de fondos públicos a los que afecta, por tanto, el deber de rendir cuentas de la gestión realizada sobre el patrimonio inmobiliario.

6. Como se dijo en el punto 11 de los antecedentes, sin hacer mención de las graves deficiencias e irregularidades del procedimiento, a las que se refiere clara y rotundamente el informe de la Delegación del Gobierno y que, por añadidura, pudieran acarrear la nulidad del acuerdo de permuta-venta, como también concluye el informe jurídico emitido al efecto, se han producido infracciones de la legislación presupuestaria de las entidades locales.

El acuerdo del Ayuntamiento de Almonte de 8 de abril de 2009, se adopta sin ninguna de las garantías que para la admisión de los gastos plurianuales establece el art. 174 del TR de la LRHL. En el ejercicio 2009, comienza a ejecutarse efectivamente el citado acuerdo, ya que, como se dijo, se escritura la realización de pagos en efectivo sin que conste absolutamente ninguna referencia al cumplimiento de los requisitos presupuestarios establecidos en el mencionado precepto: los gastos plurianuales se van a extender a siete ejercicios, no consta la toma de razón por el Pleno de la excepcionalidad de tal decisión, ni que el Pleno decidiera ampliar el plazo de cuatro años legalmente establecido, no el porcentaje de la operación que representa el pago a realizar en cada ejercicio, etc.

7. En atención a todas estas conclusiones, puede estimarse la existencia de presuntas responsabilidades contables, cuya exigencia es un deber de la actual Corporación, puesto que de ello depende la reparación de los posibles daños inferidos al patrimonio del Ayuntamiento. El procedimiento para hacerlas puede comenzar por la mera denuncia de los hechos al Tribunal de Cuentas, con petición de que la dirija a su Sección de Enjuiciamiento para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LFTCU, proceda a proponer a la Comisión de Gobierno el nombramiento de Delegado-Instructor con la finalidad de que se liquide provisionalmente el presunto alcance y se lleven a cabo actuaciones de instrucción correspondientes y legalmente previstas.

Asimismo, pueden ponerse los hechos en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, en primer lugar, con objeto de que obtenga la información directamente y, en el caso de que el Ayuntamiento de Almonte una vez concluida la instrucción no presentara la necesaria demanda de responsabilidad contable ante el Tribunal, su actuación en defensa de la legalidad llevara al Fiscal a presentarla, y, en segundo lugar, dar conocimiento de todo ello al Juzgado de Instrucción que está conociendo de la denuncia presentada por el Excmo. Ayuntamiento de Almonte el 31 de enero de 2012.

Este es mi dictamen, cuyas consideraciones y conclusiones someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

En Madrid, a 2 de julio de 2012.