



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., en su calidad de Presidente del Patronado Municipal de la Residencia de la Tercera Edad..., en escrito de 4 de enero de 2010, registrado de entrada en la Diputación el siguiente día 7, solicita del Departamento de Asistencia a Municipios y Formación la emisión de un informe y asistencia jurídica sobre las medidas a adoptar en relación a una serie de hechos que se relatan en el mencionado escrito.

Se transcriben textualmente los hechos que se relatan en la solicitud de informe: *"(...) La residencia era gestionada por la empresa..., haciéndose cargo del personal y la dirección de dicha residencia. Por el Ayuntamiento se propuso que la señora directora llevara la contabilidad con el mismo programa informático que el Ayuntamiento, (...)*

Esta Corporación viendo el retraso de la contabilidad, que no estaban cerrados los años desde 2006, se pone de acuerdo con un funcionario para realizar ella la contabilidad de la residencia, desde dicho año.

La funcionaria comprueba la contabilidad y cuando llega al año 2008, el presupuesto tiene unas partidas desglosadas que en años anteriores no estaban, es decir, existía una partida exclusiva denominada..., en la que se metía la factura mensual que se pagaba a la empresa, pero en el año 2008 dicha partida se desglosa de la siguiente forma: Seguros sociales, personal, servicio de mantenimiento, gestión empresa y Servicios Sanitarios.

La funcionaria comprueba que en el año 2008 no se ha metido nada en las partidas de personal, llamando a la directora para que la facilite las facturas mensuales con el desglose que pide el presupuesto. La directora al día siguiente las baja y se pone a contabilizarlas, con la sorpresa que no coincide el importe de la factura con la suma una vez realizado el desglose en el programa, faltando 2.000 €, continúa repasando las sumas de las facturas y comprueba que están engordadas 2.000 € cada mes, pero los saldos bancarios del Patronato sí que coincidían con la suma total que nos presentó.

Una vez comprobado esto, se la llama a la directora y se la pide que nos baje las facturas mensuales desde el año 2005, comprobando que todo empieza en agosto de 2005, con 2.000 € más o menos hasta septiembre de 2.008, porque en octubre se la exige que cada mes que bajaba al ayuntamiento para firmar los talones del patronato, se quedaban ya con una fotocopia. A partir de octubre de 2008 cambia de estrategia y no modifica sólo el resultado final, sino que ya cambia las casillas de IRPF ó Seguridad Social, según la iba apeteciendo para al final llegar al resultado de 2000 € más al mes.

*En el mes de noviembre de 2009, se llama al Jefe de la Empresa y se le explica todo lo descubierto, a lo cual se hace cargo de la deuda que asciende a un total de **93.308,55 €** que ha transferido a las cuentas del Patronato Municipal."*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En relación a la solicitud de Informe Jurídico formulado por el Alcalde de... hay que hacer constar la dificultad que supone emitir un informe dado la imprecisión de los hechos relatados en la misma. De la exposición relatada quedan claros los siguientes hechos:

1.- El Ayuntamiento de... tiene un Patronato Municipal de la Residencia de la Tercera Edad... que tiene el carácter de Organismo Autónomo según se me informa telefónicamente por parte de la Secretaria.

2.- El Patronato tiene una relación jurídica con un tercero..., que es el encargado de la gestión de la citada residencia, concretamente del personal y de la dirección del centro. Se le encarga la contabilidad del citado Patronato desde el año 2005 a la Directora del centro, la cual depende laboral o profesionalmente del tercero y no del Ayuntamiento ni del Patronato.

3.- Dado el retraso de la contabilidad del Patronato se decide que una funcionaria del Ayuntamiento (el informante presupone que pertenece al Ayuntamiento, aunque también podría prestar servicios en el Patronato) ponga al día la contabilidad. Descubriendo que las facturas estaban “engordadas” en 2.000 € cada mes. En conversación telefónica mantenida con la Secretaria se me informa que el tercero no presentaba facturas al Patronato sino un cuadro resumen de los gastos (Personal, gestión mensual del centro, cobros de tasas, etc) que se sometía a aprobación del Patronato y se pagaba sin que nadie se diese cuenta que la suma de los conceptos no coincidía con la suma total del cuadro resumen apareciendo engordada en el importe antes citado.

4.- De la descripción de los hechos se da a entender que dicha actuación, consistente en engordar las “facturas”, se realizaba deliberadamente por la Directora del centro. Dicha actuación se inicia en el año 2005 y se mantiene en el tiempo hasta octubre de 2008; a partir de esta fecha se sigue manteniendo el engorde de las mal llamadas facturas pero se “cambia de estrategia” y ya no se modifica sólo el resultado final, sino que se cambian las casillas de IRPF o Seguridad Social para llegar al resultado buscado.

5.- En el mes de noviembre de 2009 se contacta con el Jefe de la Empresa, se le explica lo descubierto y la empresa se hace cargo de la deuda de 93.308,55 € que se habían pagado de más por el Patronato como consecuencia de las irregularidades descritas.

Con la finalidad de emitir el presente informe se mantuvo conversación telefónica con la Secretaria del Ayuntamiento de... que nos remitió en formato pdf y por correo electrónico copias de los Estatutos del Patronato, del convenio suscrito con..., así como la relación de Resúmenes de Liquidación efectuados al Patronato desde el año 2005 en adelante.

En relación con la solicitud de Asistencia Jurídica del Alcalde de... tenemos que hacer constar que la asistencia jurídica en pleitos excede las funciones de este



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Departamento correspondiendo las mismas al Departamento Jurídico de la Diputación de Toledo dependiente de Secretaría. (Puede consultarse a estos efectos el Área Restringida de la Diputación de Toledo, donde aparecen las Normas de Defensa Letrada: <http://municipios.diputoleado.es/index.php>)

INFORME

PRIMERO.- Deberes y Obligaciones de la Residencia de la Tercera Edad

De los datos facilitados por el Ayuntamiento se deduce que la gestión de la citada residencia se lleva a cabo directamente adoptando la forma de Organismo Autónomo (aunque al ente creado se le de la denominación de Patronato). El artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) establece que la gestión de los servicios públicos locales se podrá adoptar, entre otros, mediante gestión directa a través de un Organismo Autónomo Local, los cuales se regirán por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en todo aquello que les resulte de aplicación, sin perjuicio de las especialidades establecidas en el artículo 85 bis de la LRBRL.

El artículo 85 bis de la LRBRL establece los requisitos para su creación, el titular del máximo órgano de dirección, el consejo rector, el secretario del Consejo de Administración, su inventario de bienes, la necesidad de que se encuentre adscrita a una Concejalía, que ejercerá el control de eficacia sobre el mismo y la necesidad de que se aprueben unos estatutos en los que se regulen todas estas cuestiones.

En los estatutos se tiene que regular:

- i. La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
- ii. Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.
- iii. El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.
- iv. El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- v. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de esta Ley.

Concretamente nos remite al artículo 133 de la LRBRL que señala los criterios de la gestión económico financiera que debe seguir el Organismo Autónomo, entre los que destaca:

- ☐ La separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera.

- ☐ La contabilidad se ajustará en todo caso a las previsiones que en esta materia contiene la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (actualmente el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en adelante TRLHL).

- ☐ El ámbito en el que se realizará la fiscalización y el control de legalidad presupuestaria será el presupuesto o el estado de previsión de ingresos y gastos, según proceda.

- ☐ Introducción de la exigencia del seguimiento de los costes de los servicios.

- ☐ La asignación de recursos, con arreglo a los principios de eficacia y eficiencia, se hará en función de la definición y el cumplimiento de objetivos.

- ☐ La administración y rentabilización de los excedentes líquidos y la concertación de operaciones de tesorería se realizarán de acuerdo con las bases de ejecución del presupuesto y el plan financiero aprobado.

- ☐ Todos los actos, documentos y expedientes de la Administración municipal y de todas las entidades dependientes de ella, sea cual fuere su naturaleza jurídica, de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico estarán sujetos al control y fiscalización interna por el órgano que se determina en esta Ley, en los términos establecidos en los artículos 194 a 203 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (actualmente los artículos 213 a 233 del TRLHL).

Del estudio de la normativa aplicable a este tipo de entes se deduce que no es correcto que se deje en manos de la Directora de la Residencia de la Tercera Edad (en cuanto es trabajadora de la empresa que presta el servicio) la contabilidad de los gastos e ingresos de la misma, sino que dicha función debe ser desempeñada por personal del Organismo Autónomo Municipal y, en defecto o ausencia del mismo, por personal funcionario del propio Ayuntamiento. En refuerzo de esta postura cabe citar los propios Estatutos del Patronato, que en su artículo 25, encomienda al Tesorero del mismo: llevar la contabilidad general de la residencia, presentar las cuentas para su aprobación y cuidar de la buena administración interna, informándose periódicamente de la gestión económica de la misma.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Ayuntamiento tiene la obligación de ejercer con diligencia el control y fiscalización de los gastos e ingresos procedentes de la Residencia de la Tercera Edad. Dicho control le corresponderá, en primer lugar, al funcionario con habilitación de carácter estatal que desempeñe las funciones de Intervención según los Estatutos del mismo; pero no es éste el único responsable, ya que la propia LRBRL atribuye al Consejo Rector la Dirección del centro y, por tanto, la aprobación del gasto; y también se prevé que dichos entes estén adscrito a una Concejalía que ejercerá los controles de eficacia sobre la gestión, así como, controles sobre la evolución de los gastos de personal.

Todo ello nos conduce a recomendar al Sr. Alcalde del Ayuntamiento de... y Presidente de la Residencia de la Tercera Edad..., que se adopten las medidas de fiscalización y control adecuadas para evitar ese tipo de actuaciones por parte del tercero que presta el servicio. Por otra parte, es aconsejable también que la contabilidad se lleve desde el propio ayuntamiento con personal del mismo, siempre que la citada Residencia carezca de personal propio que pueda desempeñar estas funciones.

De la documentación aportada se aprecia que los Estatutos del Patronato son del año 1991 (según nota manuscrita) por lo que no se encuentran adaptados a la regulación introducida en la LRBRL, concretamente a lo dispuesto en sus artículos 85 y 85 bis que fueron modificados e incorporados a nuestro ordenamiento por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local y por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Todo ello contribuye a que este informante aconseje también que se modifiquen los Estatutos del citado Patronato para ajustarlos a la realidad legal vigente actualmente y se aproveche para incorporar mecanismos de control y fiscalización sobre la actividad que se desempeña en la Residencia de la Tercera Edad...

También se advierte que la relación existente entre el Patronato y el tercero se encauza a través de un Convenio de Colaboración cuando dicha relación debería ser de naturaleza contractual. El Patronato es un Organismo Autónomo Local y, por tanto, es un Ente Público que está sujeto a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que sus relaciones jurídicas con terceros que prestan servicios para ella deben plasmarse en contratos administrativos que favorezcan la concurrencia de licitadores y no a través de meros Convenios de Colaboración.

SEGUNDO.- Responsabilidades de la empresa...

Entre las obligaciones que tiene la empresa... se encuentra la de emitir factura, en los términos marcados por el artículo 2 y 6 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, y en las cuales se debe indicar:

- a. *Número y, en su caso, serie. La numeración de las facturas dentro de cada serie será correlativa.*
- b. *La fecha de su expedición.*
- c. *Nombre y apellidos, razón o denominación social completa, tanto del obligado a expedir factura como del destinatario de las operaciones.*
- d. *Número de identificación fiscal atribuido por la Administración española o, en su caso, por la de otro Estado miembro de la Comunidad Europea, con el que ha realizado la operación el obligado a expedir la factura.*
- e. *Domicilio, tanto del obligado a expedir factura como del destinatario de las operaciones.*
- f. *Descripción de las operaciones, consignándose todos los datos necesarios para la determinación de la base imponible del impuesto, tal y como ésta se define por los artículos 78 y 79 de la Ley del Impuesto, correspondiente a aquéllas y su importe, incluyendo el precio unitario sin impuesto de dichas operaciones, así como cualquier descuento o rebaja que no esté incluido en dicho precio unitario.*
- g. *El tipo impositivo o tipos impositivos, en su caso, aplicados a las operaciones.*
- h. *La cuota tributaria que, en su caso, se repercuta, que deberá consignarse por separado.*
- i. *La fecha en que se hayan efectuado las operaciones que se documentan o en la que, en su caso, se haya recibido el pago anticipado, siempre que se trate de una fecha distinta a la de expedición de la factura.*

De la documentación aportada por el Ayuntamiento de... aparecen unas relaciones de nóminas que en ningún caso cumplen los requisitos que exige nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la expedición de facturas, desconociendo este informante si el tercero presentó otra documentación o acreditó de algún modo que no está obligado a emitir factura y si están exentos del pago del IVA.

Evidentemente a través de las facturas el tercero tenía que desglosar todos los gastos y conceptos por los que se le exigía un precio al Patronato incluyendo las nóminas del personal, los gastos de gestión, los servicios médicos o cualquier otro gasto que se incluya dentro de los servicios que prestan.

De los datos y documentación aportados se deduce que el Patronato hizo pagos por importes superiores a los que le corresponderían según la descripción de los gastos que hace el tercero en sus resúmenes (que no son auténticas facturas), y dichos pagos se prolongaron en el tiempo hasta que en el año 2009 se descubrió que el volumen de pagos que se habían hecho de forma indebida ascendía a **93.308,55 €**.

El tercero tiene la obligación de devolver las cantidades indebidamente cobradas ya que carecen de soporte legal alguno dichos cobros, algo que realizaron inmediatamente a



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



solicitud del Patronato una vez que se les expuso las irregularidades detectadas, tal y como indica la solicitud de informe del Presidente del Patronato.

Desde el punto de vista económico, este informante no tiene nada más que añadir, ya que si el tercero ha devuelto las cantidades indebidamente cobradas se encuentra plenamente satisfecha la responsabilidad económica que se derivaba de esas actuaciones irregulares, sin perjuicio de que haya que exigirle al tercero que expida factura mensual desglosada con todos los gastos por los que se le está cobrando al ayuntamiento y no meros resúmenes que carecen de cobertura legal.

TERCERO.- Responsabilidades de otro tipo.

En este punto se va a analizar el hecho de si pudieran existir otro tipo de responsabilidades debidas a la actuación de la Directora de la empresa... y de la empresa para la que presta servicios. Concretamente, en la exposición de los hechos que hace en su escrito el Sr. Alcalde se pone de manifiesto que las diferencias existentes entre lo que procedía pagar y lo que realmente estaba pagando el Patronato, ascendía a cantidades aproximadas de 2.000 € mensuales, empezando en agosto de 2005 y manteniéndose hasta octubre de 2008, momento en el que, según cita literal, *“cambia de estrategia y no modifica sólo el resultado final, sino que ya cambia las casillas de IRPF ó Seguridad Social, según la iba apeteciendo para al final llegar al resultado de 2.000 € más al mes”*

De dicha exposición queda claro que desde el Patronato se considera que no hubo un mero error continuado en la gestión por parte de la Directora sino que dicho error fue buscado deliberadamente para obtener unos ingresos a mayores de los que les correspondería realmente. Partiendo de la hipótesis de que dicha presunción fuera cierta, se procede a analizar si puede existir algún tipo de responsabilidad derivado de dicha actuación

Por ello analizaremos la existencia de algún tipo de responsabilidad penal y en concreto intentaremos delimitar que tipo delictivo se podría estar cometiendo, si la conducta de la Directora se ha llevado a cabo con dolo y con intención de obtener un beneficio para ella o para la empresa para la que presta servicios.

En los artículos 248 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) se indica que cometen delito de **ESTAFa** los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciendo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. Si la conducta descrita por el solicitante del informe se llevó a cabo de forma consciente con la única finalidad de engañar al Patronato para que ingresase unos importes superiores a los que realmente le correspondían podríamos estar ante esta figura delictiva. La cuestión aquí se complica ya que sería



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



necesario saber si ese beneficio era para la Directora o era para la empresa para la que prestaba servicios y si la empresa conocía tales hechos y se beneficiaba de esta actuación.

También podría existir un delito de **Falsificación de Documento Mercantil o de Documento Privado**, en los términos de los artículos 390 y ss del CP, cuando se cometa falsedad alterando un documento en algunos de sus elementos o requisitos de carácter esencial o se simule un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Si el Ayuntamiento considera la actuación de tal gravedad y que se ha llevado a cabo con dolo e intención de enriquecerse por parte de la Directora o de la empresa para la que presta servicios debería ejercitar las acciones penales oportunas poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que sea éste el que valore si existe responsabilidad penal y de qué tipo delictivo pudiera tratarse, ya sea uno de los enumerados u otro distinto (al fin y al cabo, el que suscribe no es un experto en derecho penal).

CONCLUSIÓN

En base a los hechos relatados por el Sr. Alcalde de... y Presidente de la Residencia de la Tercera Edad... en su solicitud de informe, así como, de la documentación remitida, con posterioridad, vía telemática, así como, del examen de la normativa aplicable se llega a las siguientes conclusiones:

a) **En relación con la Residencia de la Tercera Edad...**, se aprecia que estamos ante un Organismo Autónomo Local y, por tanto, deberían adoptarse una serie de medidas tendentes a mejorar su funcionamiento

- Adaptar los Estatutos del Patronato a la nueva regulación establecida en los Artículos 85 y 85 bis de la LRBRL.
- En dichos estatutos se tiene que regular, entre otras cosas, el régimen presupuestario, de contabilidad, de intervención y los controles financieros y de eficacia.
- Separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización asignándole las primeras a un funcionario del Patronato, y en ausencia de este, a un funcionario o trabajador del ayuntamiento. En ningún caso se puede dejar en manos de una persona ajena al Ente Local las funciones de contabilidad y mucho menos si esa persona presta servicios para una empresa que a su vez mantiene una relación comercial con el propio Patronato.
- Reforzar las funciones de fiscalización de todos los actos, documentos y expedientes del Patronato del que se deriven derechos y obligaciones de contenido



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



económico nombrando un Interventor que necesariamente tendrá que ser un funcionario de administración con habilitación de carácter estatal que las desempeñe.

- Reforzar el control del gasto y de la eficacia y eficiencia del Patronato, a través de un mecanismo adecuado de aprobación del gasto por el Consejo Rector, y a través de un control de eficacia por parte de la Concejalía a la que se encuentre adscrita el citado Patronato para evitar situaciones similares a las descritas.
- La relación existente entre el Patronato y el tercero que presta el servicio se tiene que canalizar a través del oportuno contrato administrativo con sujeción a los requisitos establecidos por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y dejar de utilizar la fórmula de los Convenios de Colaboración.

b) **En relación con la empresa...**: hay que exigirle que emita factura por los servicios que presta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, no bastando meros resúmenes de los gastos.

En lo que se refiere a la responsabilidad económica en que incurrió la citada empresa al cobrar importes superiores a los que le correspondía, tiene ésta una obligación de devolverlos, algo que según el propio escrito de solicitud de informe ya ha realizado.

En cuanto a otro tipo de responsabilidades, este informante considera que el Patronato puede exigir responsabilidades penales a la Directora y a la citada empresa, siempre y cuando considere que la actuación llevada a cabo por ellas se ha realizado con mala fe, dolo y con intención de causar un perjuicio al Patronato y se encuentre en alguna de los tipos delictivos examinados en el presente informe. Si el Patronato decide ejercitar acciones legales en este sentido debería poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea éste el que actúe si aprecia la existencia de indicios delictivos.

c) **En relación con la solicitud de Asistencia Letrada en Pleitos**: se pone en conocimiento del Presidente del Patronato que dicha asistencia excede de las funciones de este Departamento, debiendo ponerse en contacto con el Departamento Jurídico de la Diputación dependiente de Secretaría.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sufre en



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 1 de febrero de 2010