



TRIBUNAL DE CUENTAS

Resolución	Auto
Número/Año	6/2020
Dictada por	Sala de Justicia
Título	Auto nº 6 del año 2020
Fecha de Resolución	26/02/2020
Ponente/s	Excma. Sra. D ^ª . Margarita Mariscal de Gante y Mirón
Sala de Justicia	Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.- Presidente Excma. Sra. D ^ª . María Antonia Lozano Álvarez.- Consejera Excma. Sra. D ^ª . Margarita Mariscal de Gante y Mirón.- Consejera
Situación actual	Firme

Asunto:
Recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988 nº 41/19
Diligencias Preliminares nº C-100/19
Ramo: Sector Público Estatal (Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, -TRAGSA-), Madrid.

Resumen doctrina:
Una vez resumidos los distintos argumentos de las partes la Sala de Justicia manifiesta que se denuncian una serie de irregularidades en la contratación de determinados servicios por empresas públicas del Grupo TRAGSA. A partir de estas irregularidades, el Ministerio Fiscal pide que se investigue en las actuaciones previas del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas si el precio pagado por los servicios contratados podría haber sido superior al de mercado, pues entiende que “las compras realizadas a precio superior al de mercado podrían ser constitutivas de alcance”.
Continúa manifestando la Sala que es doctrina reiterada que “la contravención de la normativa reguladora de la contratación administrativa no es susceptible de generar, por sí sola, responsabilidad contable, sino que es necesario que concurren todos y cada uno de los elementos configuradores de este tipo de responsabilidad, en especial, que se haya producido un daño en los fondos públicos que reúna los requisitos exigidos por el artículo 59 de la LFTCu, que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo (ROJ STS 910/2008, y las que en ella se citan), la infracción, en su caso, de las formalidades administrativas establecidas en la legislación aplicable a los contratos, por parte de la Administración contratante, nunca podría enervar el derecho del contratista al cobro de las cantidades jurídicamente debidas, o al cumplimiento de las contraprestaciones convenidas con la Entidad pública contratante, pues admitir lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la Administración” (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 13/2019, de 17 de julio; 6/2019, de 4 de junio; 12/2016, de 27 de septiembre; 8/2013, de 6 de marzo y 6/2013, de 6 de marzo).
Ello conduce a confirmar la resolución dictada en primera instancia.
Voto particular que formula la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Doña María Antonia Lozano Álvarez: la falta de aportación al procedimiento, en una fase tan preliminar del mismo, de datos concretos sobre conceptos y cuantías de los presuntos daños ocasionados al erario público no puede justificar un archivo de las actuaciones sin previa investigación dado que, en primer lugar, concurre una apariencia de posible ilegalidad en la tramitación de los expedientes y, en segundo término, concurre también una ausencia de información sobre las consecuencias económicas para la integridad de los fondos públicos de la presunta irregularidad en los trámites de la contratación.

Síntesis:
La Sala desestima el recurso interpuesto sin imposición de costas



TRIBUNAL DE CUENTAS

En Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil veinte.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, integrada por los Excmos. Sres. Consejero y Consejeras expresados al margen, ha resuelto, previa deliberación, dictar el siguiente:

AUTO

Visto el recurso promovido, al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 4 de octubre de 2019, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en las Diligencias Preliminares nº C-100/19, del ramo Sector Público Estatal (Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, -TRAGSA-), Madrid.

El Abogado del Estado y el letrado Don Javier Camins de Valdenebro (actuando en nombre y representación de Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, -TRAGSA-) manifestaron que no se oponían al recurso.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas Doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *El 4 de octubre de 2019, el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dictó Auto en las Diligencias Preliminares Nº C-100/19, cuya parte dispositiva fue del siguiente tenor literal:*

“[...] ÚNICA.- Archivar las actuaciones en cuanto a los hechos reflejados en las conclusiones comprendidas en el Informe de la UdA, que obran transcritas en el fundamento jurídico primero del presente Auto, origen de estas diligencias preliminares, al no reunir las irregularidades renunciadas los caracteres esenciales que delimitan el ámbito de la responsabilidad contable por alcance”.

SEGUNDO.- *Frente a tal Resolución, el Ministerio Fiscal, en fecha 10 de octubre de 2019, interpuso recurso al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.*

TERCERO.- *Habiéndose recibido Oficio del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, por el que se remitió testimonio del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, la Secretaría de esta Sala de Justicia dictó Diligencia de Ordenación el día 28 de octubre de 2019, por la que acordó abrir el rollo de Sala con el número 41/19, nombrar ponente a la Consejera de Cuentas, Excmo. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez y dar traslado del recurso al Abogado del Estado y a la representación legal de Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, -TRAGSA- para que, en el plazo de cinco días, pudieran impugnar el mismo, si lo estimaran conveniente.*



CUARTO.- El Abogado del Estado y la representación legal de Empresas de Transformación Agraria SA, SME , MP, -TRAGSA- evacuaron el traslado conferido en la anteriormente citada Diligencia de Ordenación, mediante escritos de fechas 4 de noviembre y 12 de noviembre, ambos de 2019, respectivamente, manifestando que no se oponían al recurso.

QUINTO.- Concluida la tramitación del presente recurso, mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de esta Sala Justicia de 21 de noviembre de 2019, se acordó que pasaran las actuaciones a la Excm. Sra. Ponente, a efectos de preparar la pertinente resolución, lo que se llevó materialmente a efecto el día 9 de enero de 2020, una vez practicadas las correspondientes notificaciones.

SEXTO.- Mediante Providencia de fecha 10 de febrero de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 17 de febrero de 2020, fecha en que tuvo lugar el citado acto. Votado el asunto, la Consejera Ponente, por no estar conforme con el voto de la mayoría, declinó la redacción de la resolución y anunció la emisión de voto particular. De conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la LEC, el Presidente de la Sala de Justicia encomendó la redacción de la resolución a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. D.^a Margarita Mariscal de Gante y Mirón, lo cual se hizo constar mediante Diligencia de Ordenación de fecha 17 de febrero de 2020.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO - El Ministerio Fiscal fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1.- No se comparte la afirmación, por el Auto recurrido, de que "la potencial falta de adecuación entre el precio del contrato y las prestaciones recibidas, a que se refiere el Ministerio Fiscal, tal como está formulada en el Informe de la UdA no constituye, en cambio, un daño real y efectivo en los términos apuntados, sino una mera hipótesis de daño eventual.". Frente a esto, el Ministerio Fiscal alega que "dadas las circunstancias en las que se ha producido el gasto de 454.225 euros de dinero público, es forzoso concluir que, más allá de meras sospechas, hipótesis o especulaciones, existen indicios reales de la existencia de una alcance de fondos públicos".

Con base en el Informe de la Unidad de Apoyo de la Comisión de Gobierno de Responsabilidad Social Corporativa y Prevención de Riesgos Penales del Grupo Tragsa (UdA), el Ministerio Fiscal considera que cabe afirmar, en los términos indiciarios propios de la presente fase procesal que:

- Se obvió la concurrencia y la publicidad mediante el fraccionamiento en la contratación, dando lugar a contratos menores.



- Que, si era necesario evitar la publicidad, al tratarse de estudios para un despido colectivo, ello resultaba posible acudiendo a un excepcional sin publicidad, de cualquier importe, lo que conllevaba la necesidad de preservar la concurrencia mediante la invitación de al menos tres empresas.

- Que, habiendo sido realizados los trabajos a satisfacción del Grupo Tragsa, no consta que los pagos realizados se correspondiesen, a precios de mercado, con las prestaciones recibidas. En relación con ello, el Ministerio Fiscal recuerda que es al gestor de fondos públicos a quien incumbe rendir cuentas de la gestión realizada, lo que en el presente caso habría sido posible de haber sido solicitada la concurrencia de tres empresas, y que ello resulta imposible precisamente por la contratación directa realizada mediante fraccionamiento.

- Que existen datos sobre relaciones personales y profesionales del ex Secretario General del Grupo Tragsa con integrantes de la empresa contratista, habiendo pasado después él mismo a trabajar en esta última.

Tras citar doctrina de esta Sala, concluye el Fiscal este motivo de discrepancia con la resolución impugnada alegando que “siendo así que las compras realizadas a precio superior al de mercado pueden ser constitutivas de alcance, como estudió la sentencia del Departamento Primero 3/2017, de 27 de febrero, y existiendo datos que indican tal posibilidad en el presente caso, los hechos denunciados serían susceptibles de resultar constitutivos de alcance, lo que lleva a la necesidad de su investigación”.

2.- No comparte Ministerio Fiscal el criterio establecido en el Auto recurrido de que la investigación de estos hechos requiera una fiscalización sobre la contratación entre el Grupo Tragsa y R. C., pues, a juicio del Fiscal, “la actividad de investigación que se presenta como imprescindible es la realización de una actuación pericial sobre un punto concreto, consistente en el precio pactado por los servicios que realizó la contratista, pues la información arrojada por dicha medida constituye la cuestión capital acerca de la existencia o inexistencia de perjuicio para los fondos públicos”.

Con base en los argumentos descritos, el Ministerio Fiscal solicita la estimación de su recurso y la revocación del Auto impugnado.

SEGUNDO.- La Abogacía del Estado manifestó que no se oponía al recurso y que, a la vista de la sólida fundamentación del Auto impugnado y del recurso de la Fiscalía, se sometía al criterio que adoptara la Sala de Justicia.

La representación procesal del Grupo Tragsa, por su parte, manifestó no oponerse al recurso por considerarlo razonable y congruente con la posición defendida por dicha Entidad en las actuaciones.

TERCERO.- Una vez resumidos, como antecede, los distintos argumentos de las partes intervinientes en este trámite de recurso, esta Sala de Justicia entiende necesario recordar el reiterado criterio interpretativo que ha venido elaborando sobre el recurso contemplado en el



TRIBUNAL DE CUENTAS

artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra la resolución de archivo de las actuaciones.

Como esta Sala ha declarado, entre otros muchos, en su Auto N° 8/2016, de 14 de marzo - Fundamento jurídico Cuarto-, dicho recurso es considerado como un incidente de archivo, cuya finalidad es rechazar “a limine” aquellas denuncias que versen sobre hechos que, manifiestamente, no revistan los caracteres de alcance.

El archivo de las actuaciones en la fase de Diligencias Preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente, procede cuando de una manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance, sin que se pueda realizar ningún otro tipo de valoración, en cuanto no cabe en dicha fase, previa a la de enjuiciamiento contable, e incluso a la instrucción, entrar a conocer sobre el fondo del asunto, pues ello supondría prejuzgar el fallo que, posteriormente, pudiera dictarse, una vez tramitado, con todas las garantías, el oportuno juicio contable.

Por lo tanto, en general, no cabe el archivo “ex” artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario, y a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago, que pudieran haber carecido del suficiente respaldo normativo. En cambio, procedería el archivo cuando los hechos no revistieran los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, y no reunieran unas características mínimas, que hagan posible una valoración inicial que permita apreciar que puede existir un presunto alcance de fondos o caudales públicos.

En consecuencia, sólo en aquellos supuestos en que los hechos no puedan ser incardinados, de manera manifiesta e inequívoca, en la figura jurídica del alcance, procederá el archivo de tales Diligencias Preliminares, conforme a lo previsto en el artículo 46, apartado 2, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

A este respecto, cabe dejar establecido que el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, define el alcance como el saldo deudor injustificado de 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 públicos, ostenten, o no, la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo. Además, el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento citada, se encarga de explicitar que esta Jurisdicción conoce de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a



las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público.

De los anteriores preceptos se derivan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para fundar la acción de responsabilidad contable por alcance, que son de sobra conocidos: aparte del daño concreto, cierto y económicamente evaluable, el elemento subjetivo (personas que reúnen la cualidad de cuentadantes), el objetivo (conducta antijurídica activa u omisiva productora del daño a los fondos públicos con dolo o negligencia grave), el elemento normativo (infracción de las normas presupuestarias y contables) y la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el menoscabo al Erario público.

Solo cuando los hechos examinados en las diligencias preliminares resultan manifiestamente incompatibles con la existencia de indicios razonables de ilegalidad en la gestión de fondos públicos y consecuente menoscabo en los mismos, cabe el archivo previsto en el ya citado artículo 46.2 de Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que constituye el cauce de conclusión de un procedimiento de responsabilidad contable más inmediato de los previstos en la Ley, esto es, sin la necesidad de una previa investigación y mucho menos de proceso jurisdiccional, de ahí que esta forma prematura de archivar las actuaciones deba interpretarse de forma restrictiva.

CUARTO.- *En el caso que nos ocupa se denuncian una serie de irregularidades en la contratación de determinados servicios por empresas públicas del Grupo TRAGSA. A partir de estas irregularidades, el Ministerio Fiscal pide que se investigue en las actuaciones previas del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas si el precio pagado por los servicios contratados podría haber sido superior al de mercado, pues entiende que “las compras realizadas a precio superior al de mercado podrían ser constitutivas de alcance”.*

Conviene recordar, en primer lugar, que es doctrina reiterada de esta Sala de Justicia que “la contravención de la normativa reguladora de la contratación administrativa no es susceptible de generar, por sí sola, responsabilidad contable, sino que es necesario que concurren todos y cada uno de los elementos configuradores de este tipo de responsabilidad, en especial, que se haya producido un daño en los fondos públicos que reúna los requisitos exigidos por el artículo 59 de la LFTCU, que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo (ROJ STS 910/2008, y las que en ella se citan), la infracción, en su caso, de las formalidades administrativas establecidas en la legislación aplicable a los contratos, por parte de la Administración contratante, nunca podría enervar el derecho del contratista al cobro de las cantidades jurídicamente debidas, o al cumplimiento de las contraprestaciones convenidas con la Entidad pública contratante, pues, admitir lo contrario, supondría un enriquecimiento injusto de la Administración” (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 13/2019, de 17 de julio; 6/2019, de 4 de junio; 12/2016, de 27 de septiembre; 8/2013, de 6 de marzo y 6/2013, de 6 de marzo).

En particular, la sentencia 6/2013, de 6 de marzo, rechazaba expresamente la alegación del Ayuntamiento apelante de que la vulneración de la normativa de contratación produce de



forma general un perjuicio a los fondos públicos. En el mismo sentido, la sentencia 10/2005, de 17 de julio, rechazaba expresamente la pretensión de la parte apelante de que se considerase irrelevante, a efectos de establecer la responsabilidad contable, la acreditación de un menoscabo a los fondos públicos. La recurrente sostenía que la existencia de prácticas irregulares en la contratación supone, de por sí, la existencia de un alcance, lo que la sentencia rechaza señalando que “tampoco se puede aceptar, como pretende el apelante con base en una sentencia de esta Sala, que sea irrelevante la acreditación de los daños y que la vulneración de la normativa y las irregularidades en los procedimientos de contratación supongan ya la existencia de alcance, puesto que son exigibles todas las notas configuradoras de este tipo de responsabilidad”.

De acuerdo con esta doctrina, por tanto, no basta la constatación de la existencia de irregularidades en el expediente de contratación para deducir la existencia de un daño a los fondos públicos, siendo necesario que se precise, siquiera mínimamente, el quebranto patrimonial que, en el caso concreto, se haya podido ocasionar a la entidad pública y la vinculación causal entre dicho quebranto y las irregularidades en la contratación. Conviene añadir, por lo demás, que, a efectos de determinar y cuantificar el daño en estos casos, lo relevante no sería la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de mercado, salvo que existiera una norma legal que expresamente convirtiera el precio de mercado en la referencia para determinar la legalidad o ilegalidad del precio satisfecho, lo que no sucede en este caso. El daño derivaría, con independencia del precio de mercado, de la diferencia que pudiera establecerse entre el precio efectivamente satisfecho en la contratación irregular y el que se habría pagado si se hubiese respetado la normativa reguladora de la contratación administrativa, siempre que este último precio hubiera sido más favorable para la entidad pública contratante.

El recurso del Ministerio Fiscal se limita a relacionar las irregularidades en el procedimiento de contratación seguido por la entidad pública, afirmando que dichas irregularidades, por sí solas, constituyen indicios de la responsabilidad contable por alcance. El recurso no precisa, ni siquiera mínimamente, el daño a los fondos públicos que considera ocasionado por las irregularidades que se denuncian. Es más, el recurso ni siquiera llega a afirmar que de las indicadas irregularidades se haya derivado un daño, sino que se limita a plantear que las deficiencias del procedimiento de contratación impiden determinar si el precio que se pagó por los servicios contratados fue o no correcto, lo que, a su vez, impide valorar si pudo o no producirse un daño a los fondos públicos. Planteada la denuncia en estos términos, es claro que no se cumple la exigencia de individualización del daño con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LFTCu, condiciona la procedencia de la apertura de una investigación de los hechos en las actuaciones previas del artículo 47 de dicha Ley. Comparte esta Sala, por tanto, la conclusión a la que llega la resolución impugnada en el sentido de que no existen datos ni documentación aportados a las Diligencias Preliminares (ni tampoco, cabe añadir ahora, a las actuaciones de este recurso) de los que se deduzca que ha existido un daño real y efectivo a los fondos públicos de la entidad TRAGSA, individualizado con



referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales públicos, en el sentido que precisa el artículo 46.2 de la Ley de Funcionamiento, lo que lleva a dicha resolución a la conclusión, que esta Sala también comparte, de que en este momento no procede que por la Comisión de Gobierno se nombre Delegado Instructor para practicar las diligencias prevenidas en el texto legal.

El Ministerio Fiscal pretende que se ordene la incoación de las actuaciones previas del artículo 47 de la LFTCu a fin de que en ellas se realice una prueba pericial sobre el precio pactado por los servicios que realizó la contratista, informe que considera necesario para determinar la existencia o inexistencia de perjuicio para los fondos públicos. Este planteamiento no resulta acorde, sin embargo, con las funciones que legalmente corresponden a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en la que se integra la Unidad de Actuaciones Previas a la exigencia de Responsabilidad Contable. En este sentido, se debe reparar en que la labor que la Ley confía al Delegado Instructor, en el marco de las actuaciones previas del artículo 47 de la citada LFTCu, no es realizar una auditoría de la gestión económico-financiera de las entidades públicas a fin de hacer aflorar eventuales daños a los fondos públicos de los que no se tuviera ninguna noticia con anterioridad. Sólo cuando se pone de manifiesto, como consecuencia de una fiscalización, auditoría o por cualquier otra vía, la posible producción de unos daños a los fondos públicos, mínimamente individualizados, como exige el artículo 46.2 de la LFTCu, procede el nombramiento del delegado instructor para que investigue esos concretos hechos. La exigencia de individualización del daño con referencia a cuentas y actos de administración de fondos públicos debidamente concretados, establecida en el indicado precepto, determina la improcedencia del nombramiento de delegado instructor ante la mera noticia de presuntas irregularidades en la gestión económico-financiera de las entidades públicas cuando dicha noticia no incorpora ninguna referencia a daños a fondos públicos con el suficiente grado de concreción como para que puedan ser investigados.

No corresponde, por tanto, al Delegado Instructor realizar ni solicitar informes periciales que tengan por objeto analizar determinados actos de gestión de fondos públicos a fin establecer, en términos generales y sin referencia a un posible daño concreto mínimamente precisado, si fue o no correcta dicha gestión y si de ella pudo o no derivar la producción de algún daño a los fondos públicos. Este tipo de informes, con independencia de la mayor o menor extensión o amplitud de la gestión analizada, son propios del control de la actividad económica de los entes públicos y entran de lleno en el campo de la fiscalización, que corresponde a la Sección de Fiscalización de este Tribunal de Cuentas, o bien en el campo del control interno de su gestión económica que todas las entidades públicas están obligadas a realizar. No resulta admisible, por tanto, que se pretenda que por parte de un órgano integrado en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas se lleve a cabo una actividad que invadiría las competencias de la Sección de Fiscalización o que supondría poner a disposición de la entidad pública de cuya gestión económica se trate los medios propios del Tribunal de Cuentas para suplir carencias del control interno de su actividad económica que la entidad debería realizar con sus propios medios o, a falta de éstos, con medios externos a tal efecto contratados.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Desde esta perspectiva, esta Sala coincide también con el criterio expresado en la resolución recurrida en el sentido de que tampoco la función del Delegado Instructor es la de fiscalizar las cuentas, lo que correspondería, en su caso, en el ámbito de este Tribunal, a la Sección de Fiscalización. Ahora bien, la decisión de que se lleve o no a cabo una determinada fiscalización por el Tribunal de Cuentas no corresponde a los órganos de la Sección de Enjuiciamiento, que pueden, todo lo más, poner los hechos en conocimiento de los órganos competentes de la Sección de Fiscalización a fin de que se pondere la oportunidad o no de una iniciativa en dicho sentido, con la aprobación del Pleno, como correctamente se ha acordado en la resolución impugnada.

Por lo demás, nada impide que la propia entidad pública de cuya gestión económica en materia de contratación se trata pueda profundizar hasta donde considere oportuno en el control interno de dicha gestión, elaborando con sus servicios internos o contratando con expertos externos los informes que estime necesarios, y, si dicho control pusiera de manifiesto la posible producción de un daño con el grado de individualización suficiente para cumplir el requisito establecido en el artículo 46.2 de la LFTCu, pueda promover de nuevo ante la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal la incoación de actuaciones para la exigencia de responsabilidades contables.

Procede, como consecuencia de lo expuesto, desestimar el recurso del art. 46.2 de la Ley 7/88 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 4 de octubre de 2019 que queda confirmado en todos sus extremos.

QUINTO- *En cuanto a las costas de este recurso, no procede su imposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

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

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: *Desestimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 4 de octubre de 2019 dictado en las Diligencias Preliminares C-100/19, del ramo Sector Público Estatal (Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, -TRAGSA-), Madrid, que acordó el archivo de dichas Diligencias Preliminares.*

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

Que formula la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, Doña María Antonia Lozano Álvarez, al Auto dictado por la Sala de Justicia en el recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas Nº 41/19.



Discrepo, respetuosamente, de la opinión mayoritaria de la Sala por entender que el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que no formularon oposición ni la Abogacía del Estado ni la representación procesal de Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, - TRAGSA, debió ser estimado, revocándose el Auto de 4 de octubre de 2019 dictado en las diligencias preliminares Nº C-100/19, Sector Público Estatal (Empresas de Transformación Agraria SA, SME, MP, - TRAGSA -), Madrid. Mi desacuerdo se centra en los razonamientos jurídicos del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, Auto por el que se confirma el dictado en las diligencias preliminares al que se acaba de aludir y que decretaba el archivo de las actuaciones.

Mi discrepancia se concreta en las consideraciones siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan todos los antecedentes del Auto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mi criterio es disconforme con la fundamentación jurídica y la parte dispositiva del Auto de la Sala de Justicia al que se refiere el presente voto particular, porque estimo que a la vista del carácter excepcional con el que se contempla la posibilidad de archivar las diligencias preliminares en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como de los indicios de posibles incumplimientos legales en la adjudicación de la contratación examinada en el presente procedimiento y de las posibles consecuencias nocivas para la integridad de los fondos públicos derivadas de las mismas, resulta prematuro el archivo decretado en una fase procesal tan temprana, debiendo los hechos ser investigados por un Delegado Instructor en los términos del artículo 47 de la antes citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Para fundamentar adecuadamente esta posición jurídica contraria a la incorporada al Auto de la Sala que no se comparte, resulta necesario proceder en primer término a exponer resumidamente las alegaciones formuladas por las partes del recurso:

1.- El Ministerio Fiscal fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- a) No se comparte la afirmación, por el Auto recurrido, de que “la potencial falta de adecuación entre el precio del contrato y las prestaciones recibidas, a que se refiere el Ministerio Fiscal, tal como está formulada en el Informe de la UdA no constituye, en cambio un daño real y efectivo en los términos apuntados, sino una mera hipótesis de daño eventual.” Las compras realizadas a precio superior al de mercado, pueden ser constitutivas de alcance.
- b) De acuerdo con el Informe de la Unidad de Apoyo de la Comisión de Gobierno de Responsabilidad Social Corporativa y Prevención de Riesgos Penales del Grupo Tragsa (UdA), existen indicios racionales de que:



- Se obviaron en la contratación los requisitos de publicidad y concurrencia mediante el fraccionamiento indebido del contrato.
 - Aun cuando pudiera estar justificada, por razones de excepcionalidad, la falta de publicidad, nunca debió omitirse en cambio la concurrencia, invitando al menos a tres empresas a ofertar, pues así lo exigía la Ley.
 - No consta que los precios satisfechos por Tragsa por las prestaciones recibidas estuvieran en una franja propia de los precios de mercado, lo que resulta especialmente preocupante cuando la contratación se ha fraccionado y adjudicado sin concurrencia.
 - Existían relaciones personales y profesionales entre el Exsecretario General de Tragsa e integrantes de la empresa contratista, habiendo pasado dicho exgerente a trabajar en dicha empresa posteriormente.
- c) No se comparte el criterio establecido en el Auto recurrido de que la investigación de estos hechos requiera una fiscalización sobre la contratación entre el Grupo Tragsa y R. C., pues el objeto de las presentes diligencias preliminares se limita a un aspecto muy concreto y perfectamente delimitado: determinar si los 454.225 euros que se pagaron con dinero público resultaban o no excesivos a la vista de la naturaleza, cuantitativa y cualitativa, de los servicios recibidos a cambio.

2.- La Abogacía del Estado manifestó que no se oponía al recurso y que, a la vista de la sólida fundamentación del Auto impugnado y del recurso de la Fiscalía, se sometía al criterio que adoptara la Sala de Justicia.

3.- La representación procesal del Grupo Tragsa, por su parte, manifestó no oponerse al recurso por considerarlo razonable y congruente con la posición defendida por dicha Entidad en las actuaciones.

SEGUNDO.- Entrando ya en las cuestiones jurídicas concretas, objeto de mi discrepancia, la primera se refiere a que en mi opinión las posibilidades de archivar unas diligencias preliminares que permite el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, son excepcionales y deben ser objeto de aplicación restrictiva, por lo que considero que la interpretación que se ha dado por la Sala de Justicia a dicho precepto en el Auto objeto de este voto particular resulta en exceso flexible y amplia.

Como esta Sala de Justicia ha declarado, entre otros muchos, en su Auto Nº 8/2016, de 14 de marzo –Fundamento jurídico Cuarto-, y en el propio Auto objeto del presente voto particular:

- a) El recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas es considerado como un incidente de archivo, cuya finalidad es rechazar “a limine” aquellas denuncias que versen sobre hechos que, manifiestamente, no revistan los caracteres de alcance.



- b) El archivo de las actuaciones en la fase de diligencias preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente procede cuando de una manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance, sin que se pueda realizar ningún otro tipo de valoración, en cuanto no cabe en dicha fase, previa a la de enjuiciamiento contable, e incluso a la instrucción, entrar a conocer sobre el fondo del asunto, pues ello supondría prejuzgar el fallo que, posteriormente, pudiera dictarse, una vez tramitado, con todas las garantías, el oportuno juicio contable.
- c) Por lo tanto, no cabe el archivo “ex” artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario, y a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago, que pudieran haber carecido del suficiente respaldo normativo. En cambio, procedería el archivo cuando los hechos no revistieran los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, y no reunieran unas características mínimas que hicieran posible una valoración inicial que permitiera apreciar que podría existir un presunto alcance de fondos o caudales públicos.

En consecuencia, solo cuando los hechos examinados en las diligencias preliminares resultan manifiestamente incompatibles con la existencia de indicios razonables de ilegalidad en la gestión de fondos públicos y de menoscabo en los mismos, cabe el archivo previsto en el ya citado artículo 46.2 de Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que constituye el cauce de conclusión de un procedimiento de responsabilidad contable más inmediato de los previstos en la Ley, esto es, sin la necesidad de una previa investigación y mucho menos de proceso jurisdiccional, de ahí que esta forma prematura de archivar las actuaciones deba interpretarse de forma restrictiva y acorde con el principio “pro actione” contemplado en el artículo 24 de la Constitución.

TERCERO.- Por otra parte, según mi criterio, las presuntas irregularidades denunciadas respecto a la tramitación de la contratación investigada, reúnen indicios jurídicamente suficientes como para justificar una investigación de los hechos previa al posible archivo del procedimiento.

Del examen de la documentación obrante en la pieza de las diligencias preliminares Nº C-100/19 se desprenden, de forma previa y presunta, una serie de posibles irregularidades jurídicas relacionadas con el expediente del año 2012 y siguientes mediante el que se articuló la contratación, por el Grupo Tragsa, a R. C., de la prestación de servicios relativos a la elaboración del procedimiento de despido colectivo para la Empresa contratante y para la Empresa Tracsatec. Estas presuntas irregularidades se pueden sistematizar en los apartados siguientes:

- a) Presunto fraccionamiento indebido del contrato, eludiendo así los requisitos de publicidad y concurrencia legalmente requeridos para su adjudicación.



- b) Aun en el caso de que el órgano de contratación hubiera acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que hubieran justificado que se prescindiera del requisito de la publicidad, la adjudicación debería haber respetado de todas formas el principio de concurrencia, por lo que debería haberse invitado al menos a tres empresas para que presentaran sus ofertas, en lugar de haberse adjudicado de forma directa a R. C.
- c) Posible existencia de relaciones personales y profesionales entre la persona que era gerente de Tragsa cuando se celebró el contrato y personas incardinadas dentro del personal de R. C., lo que permitiría apreciar una presunta situación jurídicamente relevante que pudiera haber afectado a la legalidad, transparencia y rentabilidad del contrato.

Por otra parte, también consta en la documentación obrante en las diligencias preliminares que:

- No se ha podido determinar si los importes de los contratos están en relación con la carga de trabajo que suponían, porque no se ha dispuesto de ninguna referencia de características similares – interna o externa- para comparar.
- Los hechos podrían resultar constitutivos de responsabilidades penales (el Consejo de Administración del Grupo Tragsa acordó, en su reunión de 25 de junio de 2019, poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía de Madrid), así como de infracciones al Código Ético de la Empresa.

Las circunstancias descritas en el anterior fundamento de derecho permiten afirmar, en la forma previa y provisional que cabe expresar en este momento procesal incipiente en el que no cabe prejuzgar sobre ningún aspecto material ni formal del asunto, que podrían haberse conculcado por el Grupo Tragsa las normas previstas para la publicidad, concurrencia y fraccionamiento en la contratación del Sector Público. Tal incumplimiento jurídico implicaría, en caso de haberse producido, una vulneración de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera del Sector Público en materia de contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de la interpretación del mismo que se recoge en Sentencias de la Sala de Justicia de dicho Tribunal como las de 14 de julio de 2005 y 25 de abril de 2008.

A la vista de los aludidos hechos, estimo que la correcta interpretación conjunta de los artículos 46 y 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas induce a continuar las actuaciones mediante la oportuna investigación de las aparentes irregularidades denunciadas, y no a un archivo prematuro del procedimiento.

CUARTO.- Por otra parte, discrepo del Auto de la Sala de Justicia en que a mi juicio la falta de una aportación al procedimiento, en una fase tan preliminar del mismo, de datos concretos sobre conceptos y cuantías de los presuntos daños ocasionados al erario público no puede justificar un archivo de las actuaciones sin previa investigación dado que, en primer lugar,



concorre una apariencia de posible ilegalidad en la tramitación de los expedientes y, en segundo término, también una ausencia de información sobre las consecuencias económicas, para la integridad de los fondos públicos, de la descrita situación de presunta irregularidad en los trámites de la contratación.

Dada la naturaleza de la operación examinada, que se concreta en una gestión de fondos públicos a través de la vía contractual, el hecho de que la información de la que se dispone en esta fase procesal sobre los resultados económicos de dicha operación resulte limitada, lo que produce, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, es la necesidad de ampliar esa información a través de la oportuna indagación de los hechos, pues solo así podrían extraerse conclusiones fundadas sobre la relevancia jurídica de los indicios de irregularidad en las tramitaciones y de lesividad patrimonial derivada de las mismas.

La concreción de datos sobre la existencia y cuantía de un posible menoscabo en los fondos públicos que el Auto exige para no archivar las diligencias preliminares resulta excesiva, pues la obtención de tales datos –si existen- es propia de la función instructora y no de la función de filtro preliminar que se desarrolla al amparo del artículo 46 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que se reduce a evitar la posibilidad de seguir actuaciones sobre cuestiones manifiestamente ajenas a la responsabilidad contable por alcance.

Esta Sala de Justicia tiene reconocido en diversas sentencias (así, entre otras, Sentencias de 3 de febrero de 2010 y 29 de abril de 2016), que la desproporción entre el precio pagado por una administración o entidad pública y la cantidad o calidad de las contraprestaciones recibidas por ella a cambio de dicho precio, puede dar lugar a un alcance en los fondos públicos en tanto en cuanto suponga, sin justificación, un esfuerzo patrimonial excesivo para las arcas públicas en comparación con el valor de los bienes, obras o servicios obtenidos con cargo a las mismas.

En el presente caso, el Informe de la Unidad de Apoyo de la Comisión de Responsabilidad Social Corporativa y Prevención de Riesgos Penales del Grupo Tragsa (UdA), plantea que no ha podido acceder a ninguna información que le permitiera apreciar la eventual idoneidad del precio satisfecho en los diversos contratos en que se fraccionó el pacto entre el Grupo Tragsa y R. C. En definitiva, lo que se deriva de dicho Informe así como de otros documentos obrantes en las diligencias preliminares es que no constan datos que permitan valorar si los precios pagados eran o no los adecuados atendiendo al valor de las contraprestaciones recibidas.

La documentación obrante en el procedimiento, por tanto, como se ha expuesto anteriormente, describe una aparente situación en la que podrían haberse producido supuestas irregularidades relevantes en la adjudicación de unos contratos que, además, siempre de forma presunta, podrían haber incluido unos precios cuya adecuación al valor de lo recibido a cambio no resultaría indubitada, por no haberse podido contrastar la idoneidad de



tales precios tomando como referencia datos sobre otros contratos similares – internos o externos- o sobre precios de mercado.

Con el nombramiento de un Delegado Instructor para la investigación de los hechos, que se propone en el presente voto particular, no se pretende defender el criterio de que la presunta falta de cumplimiento de las formalidades en la contratación o las posibles prácticas irregulares que pudieran haberse producido en su tramitación impliquen, automáticamente, la posible existencia de un menoscabo en los fondos públicos. Lo que se defiende es que, habiéndose denunciado posibles incumplimientos normativos en la disposición de determinados fondos públicos a través de contratos y la ausencia de información sobre las posibles consecuencias de los mismos para la integridad del patrimonio público, se proceda a investigar ambas cuestiones para esclarecer la realidad sobre las mismas.

No nos hallamos ante una denuncia genérica que se limite a poner de relieve la posibilidad de una incorrecta gestión económico-financiera de una entidad pública en general, o en relación con un determinado área de la misma (contratación, subvenciones, gastos de personal...). El objeto de las diligencias preliminares cuyo archivo se ha decretado estaba perfectamente concretado ya que la información obrante en el expediente identifica con claridad los contratos presuntamente irregulares, las supuestas deficiencias detectadas en su tramitación y los datos que no se han podido obtener respecto a la concurrencia y cuantificación de los presuntos daños y perjuicios que, en su caso, pudieran haberse causado a los fondos públicos.

El nombramiento de Delegado Instructor, por tanto, no implicaría un encargo al mismo para que realizara una auditoría o actuaciones propias de una fiscalización, sino simplemente que cumpliera con los trámites que corresponden a su competencia de acuerdo con el antes citado artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, esto es que practicara diligencias de averiguación respecto a las concretas, específicas y delimitadas irregularidades presuntas que han sido examinadas en las diligencias preliminares y que practicara una liquidación haciendo constar si, a la vista de las indagaciones practicadas, considera de forma previa y provisional que existe o no un alcance, y en el primer caso a cuánto ascendería de acuerdo con el criterio técnico de cuantificación que estimara de aplicación al caso.

QUINTO.- Por otra parte, debe ponerse de relieve en el presente voto particular que, en opinión de esta Consejera, el Auto objeto de la discrepancia contiene consideraciones jurídicas que rebasan el contenido que le corresponde de acuerdo con el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En efecto, una cosa es, como se hace en el presente voto particular, hacer referencia a que puede resultar constitutivo de alcance el desequilibrio entre el eventual precio pagado y la cantidad y calidad de las contraprestaciones recibidas por una entidad pública como consecuencia de un contrato, y otra distinta desarrollar una amplia doctrina sobre qué criterios deben tenerse en cuenta para cuantificar el posible menoscabo.



En este voto particular se menciona “el precio de mercado” como aspecto al que expresamente alude el recurrente, pero nada se dice sobre si dicho dato resulta aplicable o no para la cuantificación del presunto alcance. También se alude al concepto de “precio adecuado o idóneo”, por tratarse de un concepto expresamente previsto en la normativa contractual, pero tampoco se añade opinión o criterio alguno sobre qué aspectos se deberían tener en cuenta para reconocer esa adecuación o idoneidad en el caso presente.

Sin embargo, en el Auto respecto al que se manifiesta la presente disconformidad se adelantan criterios sobre la cuantificación de los alcances, que podrían plantearse en una liquidación provisional o en una Sentencia, pero que rebasan ampliamente el objeto de una resolución legalmente limitada a decidir si los indicios de irregularidades examinados merecen una investigación o deben ser archivados.

Así, se dice en el aludido Auto que: “El daño no es la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de mercado, salvo que existiera una norma legal que expresamente convirtiera el precio de mercado en la referencia para determinar la ilegalidad del precio satisfecho...El daño derivaría, con independencia del precio de mercado, de la diferencia que pudiera establecerse entre el precio efectivamente satisfecho en la contratación irregular y el que se habría pagado si se hubiese respetado la normativa reguladora de la contratación administrativa, siempre que este último precio hubiera sido más favorable para la entidad pública contratante” .

Entiende esta Consejera que las consideraciones que se acaban de reproducir no resultan propias de un Auto de confirmación de un archivo en unas diligencias preliminares.

SEXTO.- Finalmente, estima esta Consejera de Cuentas, que el Auto respecto al que se formula el presente voto particular no ha dado la necesaria importancia al hecho de que los tres intervinientes en las diligencias preliminares (Grupo Tragsa, Abogado del Estado y Ministerio Fiscal), que además serían potenciales legitimados activos en un eventual procedimiento de reintegro por alcance futuro, se han manifestado en el trámite de audiencia de las diligencias preliminares o en el de alegaciones del presente recurso, favorables al nombramiento de un delegado instructor para que practicara la instrucción prevista en el antes aludido artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, circunstancia conectada con la exigencia constitucional de interpretar esta controversia jurídica desde la perspectiva del principio “pro actione”, que en virtud del artículo 24 de la Constitución Española forma parte del conjunto de garantías que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y vicia de antijuridicidad aquellas decisiones que, sin causa justificada prevista en la ley, impiden la continuación de las actuaciones orientadas a conseguir el enjuiciamiento, en su caso, de hechos controvertidos (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1995, de 7 de febrero).

SÉPTIMO.- En consecuencia, hallándonos en una fase tan inicial del procedimiento y no constando que los hechos examinados no puedan revestir, de forma manifiesta, indubitada e inequívoca los caracteres de un posible alcance en los fondos públicos, esta Consejera de Cuentas considera que el archivo de las actuaciones resultaría prematuro en este momento, resultando procedente por el contrario la continuación de las mismas mediante el desarrollo



TRIBUNAL DE CUENTAS

de la correspondiente fase instructora. En consecuencia, se considera que debió estimarse el recurso promovido por el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra el Auto de fecha 4 de octubre de 2019, dictado por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, quedando revocado el archivo de las actuaciones decretado en la Resolución impugnada.

En este sentido formulo este Voto Particular, en Madrid a veintiséis de febrero de dos mil veinte.

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN: Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, conforme a lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de lo que procediere en punto al recurso de casación en el procedimiento jurisdiccional correspondiente.