



RESPUESTA DEL GOBIERNO

(184) PREGUNTA ESCRITA CONGRESO

184/29301

01/12/2020

75057

AUTOR/A: FERNÁNDEZ RÍOS, Tomás (GVOX); RUEDA PERELLÓ, Patricia (GVOX); DE LAS HERAS FERNÁNDEZ, Patricia (GVOX); FIGAREDO ÁLVAREZ-SALA, José María (GVOX); ESTEBAN CALONJE, Cristina Alicia (GVOX); VEGA ARIAS, Rubén Darío (GVOX)

RESPUESTA:

En relación con el asunto interesado, se señala que la vista de la publicación de la Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, la empresa referenciada contactó con Puertos del Estado.

La necesidad de contratar esos suministros sanitarios por la vía de emergencia, no solo se ajustó a la citada Orden, sino también a los requisitos que, para la contratación de emergencia, se prevén en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya que la situación de pandemia existente en el momento de la contratación suponía un grave peligro sanitario para toda la ciudadanía.

Es decir, que el contrato de suministro de mascarillas se ajustó a la normativa excepcional que les resultaba aplicable, al concurrir en el momento de la contratación el presupuesto fáctico justificativo de los contratos de emergencia, en este caso, la situación de profunda crisis sanitaria provocada por la expansión de la COVID-19.

Para más información de Sus Señorías, se adjunta en **anexo** auto del Tribunal de Cuentas que corrobora lo anterior.

Madrid, 16 de febrero de 2021



TRIBUNAL DE CUENTAS
SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO 1º ENJUICIAMIENTO

C/ Fuencarral 81. 28004-MADRID
 Tfños.: 91 447 87 01 / 91 592 09 00

Consejera de Cuentas Excm. [REDACTED]

Acción Pública Nº A27/2020.

Ramo: Sector Público Estatal (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana).

Ámbito territorial: Madrid.

AUTO

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por diligencia de reparto fue turnada al Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento la Acción Pública arriba referenciada.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2020, se acordó conceder a Don [REDACTED] un plazo de 10 días para que manifestase si se constituía en parte en las presentes actuaciones, ejercitando la acción pública de responsabilidad contable, o simplemente asumía la condición de denunciante.

TERCERO.- Mediante escrito que tuvo entrada con fecha 15 de septiembre de 2020, D. [REDACTED] se constituyó en parte mediante el ejercicio de la acción pública de responsabilidad contable y anunció la remisión de diversa documentación.

CUARTO.- A través de diligencia de ordenación de 18 de septiembre de 2020, se tuvo por ejercitada la acción pública y se resolvió oír, tanto al Ministerio Fiscal como al Abogado del Estado, sobre la procedencia o no de nombrar delegado instructor para la tramitación de actuaciones previas por los hechos denunciados.

QUINTO.- El Abogado del Estado presentó, con fecha 28 de septiembre de 2020, escrito solicitando que se requiriese al actor público para que subsanase a falta de determinación,



en el ejercicio de la acción, de los posibles supuestos de responsabilidad contable a enjuiciar y de los preceptos legales presuntamente infringidos.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal presentó, con fecha 1 de octubre de 2020, escrito solicitando la inadmisión de la acción pública de responsabilidad contable formulada por Don [REDACTED]

SÉPTIMO.- Por escrito de fecha 9 de octubre de 2020, Don [REDACTED] solicitó el nombramiento de delegado instructor para la investigación de los hechos denunciados en su acción pública.

OCTAVO.- Mediante diligencia de ordenación de 19 de octubre de 2020, se requirió al actor público para que individualizara los supuestos de posible responsabilidad contable, los perjuicios presuntamente ocasionados a los fondos públicos, las personas contra las que se dirigía la acción, los preceptos supuestamente infringidos y los documentos soporte de los hechos denunciados.

NOVENO.- Don [REDACTED], en respuesta al requerimiento que se le había formulado en la diligencia de ordenación de 19 de octubre de 2020, remitió escrito y documentación adjunta con fecha 4 de noviembre posterior.

DÉCIMO.- A través de diligencia de ordenación de 10 de noviembre de 2020, se resolvió dar traslado de la documentación remitida por Don [REDACTED] al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, para que se manifestasen sobre la procedencia de admitir o inadmitir la acción pública.

UNDÉCIMO.- Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal solicitaron la inadmisión de la acción pública de responsabilidad contable mediante escritos que tuvieron entrada con fechas 25 y 30, ambos de noviembre de 2020, respectivamente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor público ejercita su pretensión de responsabilidad contable con base en los siguientes motivos:

1.- Mediante Órdenes TMA/263/2020, de 20 de marzo y TMA/292/2020, de 26 de marzo, se encomendó al Ente Público Puertos del Estado y a la Entidad Pública Empresarial

Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), la adquisición de mascarillas de protección FFP2, mediante la tramitación de emergencia, burlando así cualquier tipo de control de las operaciones.

2.- La adjudicación del suministro de mascarillas derivada de la Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, se hizo a favor de la Empresa S [REDACTED] SL, que no tenía dedicación a temas sanitarios sino a la intermediación en el comercio de productos diversos.

Dicha firma estaba administrada por la Empresa [REDACTED] que figura como deudor fallido de la Agencia Española de Administración Tributaria. Y en baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda. El Administrador Único de la citada Compañía es propietario, copropietario o directivo de al menos veinte sociedades, algunas de las cuales están situadas en paraísos fiscales.

Esta adjudicación, realizada por Puertos del Estado, fue aceptada por el Presidente de dicha Entidad dos días después de que la misma hubiera realizado un pago, sin previa garantía que se conozca, muy superior al capital social de la Empresa adjudicataria y al de la que la administraba.

3.- En la adjudicación del suministro de mascarillas derivada de la Orden TMA/292/2020, de 26 de marzo, el Ministerio otorgó un anticipo de aval por el importe del 50% del suministro de mascarillas.

4.- La normativa excepcional dictada como consecuencia de la pandemia del Covid19, permitía la contratación por la vía de emergencia, la sustitución de la función interventora por el régimen de control financiero permanente y el pago por adelantado de las compras, lo que suponía en la práctica la posibilidad de contratar al margen de cualquier formalidad o procedimiento y sin control.

5.- Las mascarillas se adquirieron en China en lugar de haberse encargado a empresas españolas.

6.- Las mascarillas se adquirieron a través de un testaferro o fiduciario especializado en crear estructuras opacas, ajenas al control del fisco español.

7.- Puertos del Estado adquirió más mascarillas de protección de las que necesitaba, por lo que tuvo que repartir el sobrante entre otras entidades públicas. Aun así, siguen

sobrando mascarillas que se hallan almacenadas sin uso, por lo que se ha gastado más de lo necesario en dicho suministro.

8.- Las mascarillas de protección se adquirieron a un precio excesivo, provocando por tanto un sobrecoste en perjuicio de los fondos públicos.

9.- La decisión de contratar a través de una empresa intermedia, en lugar de directamente por el estado, generó la obligación de abonar comisiones que encarecieron la operación.

Solicita además el actor público que se pida, por este Tribunal de Cuentas, determinada información a la Presidencia del Gobierno.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se opuso a la admisión de la acción pública con base en los motivos siguientes:

1.- Los hechos examinados no suponen un menoscabo de fondos públicos ya que todas las mascarillas adquiridas, incluyendo las que no se utilizaron en un primer momento, se han usado para la finalidad de prevención sanitaria que les correspondía. El actor público no alega que dichas mascarillas fueran defectuosas o que se hubieran conservado de forma irregular.

2.- El precio de adquisición de las mascarillas no puede considerarse excesivo ya que la fijación de precios por el Gobierno para la compra de este tipo de material sanitario se produjo con posterioridad a que la partida examinada se contratara y, además, el precio de referencia que se cita en la acción pública no era aplicable al modelo de las mascarillas suministradas (protección FFP2), sino al de las quirúrgicas desechables, de calidad inferior.

3.- No se aprecia desproporción entre el precio pagado por las mascarillas y el precio de mercado de las mismas.

4.- No cabe apreciar dolo o negligencia grave en las personas contra las que va dirigida la acción pública, ya que actuaron en el contexto de una situación desconocida, de extrema gravedad y que exigía una respuesta inmediata. Además, las mascarillas se adquirieron de empresas extranjeras porque eran las únicas que podían hacer el suministro en aquel momento, circunstancia que no solo se dio en España sino también en otros países de la Unión Europea.

5.- Las operaciones examinadas no dieron lugar a un saldo deudor injustificado en los fondos públicos ya que fueron imprescindibles, se ajustaron a un precio correcto y supusieron para la Administración la recepción de unos servicios adecuados a sus necesidades.

6.- La adjudicación directa a una determinada Empresa no implica por sí sola un daño patrimonial a las arcas públicas.

TERCERO.- El Abogado del Estado se opuso a la admisión de la acción pública con base en los argumentos siguientes:

1.- El número de mascarillas necesario en una situación de emergencia no puede determinarse con exactitud pero, en todo caso, todas las que se adquirieron se aplicaron al uso sanitario que les correspondía.

2.- La adquisición de las mascarillas resultaba necesaria y se hizo a un precio correcto. El precio de referencia que se cita en la acción pública no era aplicable al modelo de las mascarillas suministradas (protección FFP2), sino al de las quirúrgicas desechables, de calidad inferior. Además las operaciones examinadas fueron anteriores a que el Gobierno fijara los precios de las mascarillas.

3.- La compra de los suministros a empresas extranjeras no supone en sí misma ilegalidad alguna, teniendo en cuenta además que las empresas españolas difícilmente podían haber atendido en aquel momento una demanda tan elevada.

CUARTO.- Una vez expuestas las alegaciones de las partes procede entrar a valorar si la acción pública ejercitada debe ser o no admitida, de acuerdo con los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y 46, 49 y 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo.

Lo primero que debe resaltarse sobre el particular es que ni el escrito por el que se ejercita la acción, ni la documentación que lo acompaña, permiten identificar ningún incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera del Sector Público.

La adquisición de las mascarillas está jurídicamente fundamentada en los contratos suscritos a tal efecto que, a su vez, se apoyan en las Órdenes TMA/263/2020, de 20 de marzo y TMA/292/2020, de 26 de marzo, que dan a las operaciones plena validez y eficacia jurídica.

La necesidad de contratar esos suministros sanitarios por la vía de emergencia no solo se ajustó a las Órdenes que acaban de mencionarse sino también a los requisitos que, para la contratación de emergencia, se preveían en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya que la situación de pandemia existente en el momento de la contratación suponía un grave peligro sanitario para toda la ciudadanía.

A ello se debe añadir que por Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, se permitió que todos los contratos que celebrara la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público para paliar los efectos de la pandemia se articularan por la vía de emergencia.

Por lo tanto, la viabilidad jurídica de suscribir estos contratos sin atenerse a las formalidades ordinarias de la Ley de Contratos del Sector Público se ajustaba a derecho pues estaba respaldada por las ya citadas Órdenes TMA/263/2020, de 20 de marzo y TMA/292/2020, de 26 de marzo, por el artículo 120 de la también mencionada Ley de Contratos del Sector Público y por el artículo 16 del igualmente aludido Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo. Además, concurría en el momento de la contratación el presupuesto fáctico justificativo de los contratos de emergencia, en este caso la situación de profunda crisis sanitaria provocada por la expansión del Covid 19.

Alega el actor público que la Empresa a la que se adjudicó el suministro de mascarillas derivado de la Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, y la Sociedad que la administraba, presentaban irregularidades. Sobre este punto debe aclararse que lo que se recoge en la acción pública es la descripción de una presunta trama fraudulenta, supuestamente desarrollada por las autoridades públicas y los empresarios que intervinieron en el contrato, pero no se aporta ningún dato que permita afirmar que la adjudicataria careciera de todos los requisitos legales para ser contratada (personalidad jurídica, capacidad de obrar, etc.). En consecuencia, al margen del enfoque penal o administrativo-sancionatorio que se plasman en la acción pública y sobre los que carece de toda competencia esta Jurisdicción Contable, lo que no cabe apreciar es que la Empresa adjudicataria presentara algún vicio que pudiera afectar a la legalidad de haber contratado con ella, por la vía de emergencia autorizada, un suministro que como se ha visto fue capaz de entregar.

Por otra parte, el actor público manifiesta su disconformidad con la flexibilidad formal que se permite para la contratación de emergencia, con lo que considera laxitud en el control de estos contratos, con la posibilidad de adelantar cantidades a los adjudicatarios y con lo que estima avales innecesarios o excesivos. Lo cierto es que, como el propio ejercitante de la acción reconoce, estas cuestiones están jurídicamente fundamentadas en las normas

aludidas con anterioridad y también en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2020 y en el Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo. La discrepancia del actor con el contenido de este régimen jurídico no implica, lógicamente, que las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones y Entidades del Sector Público en cumplimiento del mismo deban considerarse contrarias a derecho.

Finalmente, no aporta el escrito de la acción pública ni tampoco la documentación que lo acompaña ningún elemento que permita encontrar indicios racionales de ilegalidad en el hecho de haber obtenido el suministro a través de empresas de un determinado país. De la normativa a la que se ha venido aludiendo en el presente fundamento de derecho no se desprende que las mascarillas debieran haber procedido de ningún país concreto sino que debían suministrarse a la mayor brevedad y con la calidad necesaria para atender a su funcionalidad sanitaria, circunstancias que ningún dato aportado por el actor pone en entredicho.

De acuerdo con lo expuesto cabe concluir que los contratos examinados se ajustaron a la normativa excepcional que les resultaba aplicable, por lo que las operaciones articuladas a través de los mismos no vulneraron la normativa reguladora de la gestión de fondos públicos en general, ni la de contratación pública en particular.

QUINTO.- Por otro lado, de las alegaciones del actor y de la documentación que las sustenta no cabe deducir que las adquisiciones de mascarillas que denuncia hayan supuesto un menoscabo para el patrimonio público.

No hay ningún dato objetivo que permita considerar que el número de unidades contratado no hubiera sido el correcto para atender a la demanda de aquel momento y a la venidera. En una situación de pandemia que, además, se acababa de detectar, resultaba necesario procurar la adquisición de un número elevado de mascarillas para hacer frente a un futuro en aquel momento incierto y estando en juego un bien jurídico de la trascendencia de la salud de los ciudadanos. La utilización inmediata de alguna de las mascarillas adquiridas y el almacenamiento de otras para su paulatino uso a lo largo del período de duración de la enfermedad, no pueden considerarse generadores de ningún perjuicio para las arcas públicas.

Tampoco existe información objetiva que indique la concurrencia de un exceso injustificado en el precio pagado por los suministros contratados. No consta ninguna referencia analítica a los precios de mercado de aquel momento que permita considerar excesivos los pagados por la Administración del Estado. Las alusiones de la acción pública a la fijación de precios máximos por el Gobierno no pueden aplicarse al caso examinado pues

tales límites se establecieron con posterioridad a estos contratos. Por lo demás, tampoco cabe tomar como referencia el precio por unidad que entiende el actor que debiera haberse pagado, pues dicho precio se correspondía con el de las mascarillas quirúrgicas desechables y no con el de las mascarillas protección FFP2, de calidad superior, que fueron las que se compraron.

Finalmente considera el actor público que el procedimiento de contratación elegido habría dado lugar a pagos indebidos de comisiones que habrían encarecido los precios. Sin embargo, no se contempla en la acción pública ni en su documentación anexa ningún dato que permita identificar y cuantificar esas posibles comisiones, ni información que sustente la presunta ilegalidad de las mismas. De hecho, no consta en autos ningún elemento objetivo que indique que el procedimiento para articular la compra de esas mascarillas elegido por el Estado no fuera el adecuado para actuar en un mercado tan especializado y en un momento como aquel, en el que se había multiplicado de manera precipitada la demanda internacional de material sanitario.

En consecuencia, de la documentación e información obrante en el proceso no cabe deducir que las operaciones examinadas en el mismo hubieran provocado un daño real, efectivo y económicamente evaluable en concretos caudales o efectos públicos, como exige para que exista responsabilidad contable el artículo 59.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEXTO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, procede inadmitir la acción pública formulada por [REDACTED], al no desprenderse de la misma que los hechos denunciados hayan supuesto una vulneración de la normativa reguladora de la gestión económico-financiera de los fondos públicos ni un menoscabo en bienes y derechos de titularidad pública. Al inadmitirse la citada acción pública no cabe atender a la solicitud formulada en la misma de que se pida, por este Tribunal de Cuentas, determinada información a la Presidencia del Gobierno.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, vistos los artículos 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no procede su imposición al actor dada la complejidad inherente a la contratación por el procedimiento de emergencia, que exige una previa valoración del grado de peligrosidad de unos hechos y la interpretación y aplicación de normas de naturaleza jurídica excepcional.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

ACUERDO:

Inadmitir la Acción Pública N° A27/2020, del ramo de Sector Público Estatal (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana), Ámbito territorial: Madrid, ejercitada por Don [REDACTED], actuando en su propio nombre y representación. Sin costas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución pueden interponer recurso de apelación ante la Consejera de Cuentas, en el plazo de quince días, conforme a lo establecido en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo acuerda y firma la Excm. Sra. Consejera de Cuentas, de lo que doy fe.