



TRIBUNAL DE CUENTAS
SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO 3º ENJUICIAMIENTO

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

Expediente nº ENJ2021/000179

Acción Pública nº C22/2021

SECTOR PÚBLICO ESTATAL (Administración General del Estado. Apoyo financiero a la empresa Plus Ultra, Líneas Aéreas, S.A.)

MADRID

Consejero de Cuentas: Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz

AUTO

En Madrid, a la fecha de la firma electrónica.

Dada cuenta de las actuaciones al margen referenciadas, y de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por diligencia de reparto de fecha 9 de junio de 2021, fueron turnadas al presente Departamento de la Sección de Enjuiciamiento las actuaciones arriba referenciadas, iniciadas por escrito de fecha 7 de junio de 2021, presentado por doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés, en representación del Partido Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía, en el que pusieron de manifiesto la existencia de un presunto menoscabo en los fondos públicos como consecuencia de la concesión a la empresa Plus Ultra Líneas Aéreas, S.A. de una ayuda financiera con cargo al Fondo de apoyo a la solvencia de las empresas estratégicas, por un importe total de 53.000.000 euros, sin que la citada empresa reuniera los requisitos exigidos para ser beneficiaria de dicha ayuda, y solicitaron que se admitiera el ejercicio de la acción pública.

SEGUNDO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2021, se acordó: 1º).- Abrir la correspondiente pieza de Acción Pública. 2º).- Requerir a los denunciantes para que subsanaran el defecto de postulación advertido en su escrito de ejercicio de la acción pública y se personaran en forma. 3º).- Dar traslado de copia

del escrito de los denunciantes y de la documentación adjunta al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado, para su conocimiento.

TERCERO.- Recibido en el Registro General de este Tribunal, con fecha 24 de junio de 2021, el escrito de la procuradora doña Cristina Bota Vinuesa por el que se personó en las presentes actuaciones en nombre y representación de doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés, mediante Diligencia de Ordenación de 28 de junio de 2021 se acordó: 1º).- Tener por unido a los autos el citado escrito, con traslado al resto de partes intervinientes. 2º).- Tener por subsanado el defecto de postulación del que adolecía el escrito de ejercicio de la acción pública y por personada en estas actuaciones a la procuradora doña Cristina Bota Vinuesa, en nombre y representación de doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés. 3º).- Oír al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado y a la representación procesal de los ejercitantes de la acción pública, por término común de cinco días, para que alegaran lo conveniente sobre la admisión del escrito de ejercicio de la acción pública y la procedencia de acordar el nombramiento de Delegado Instructor, para la práctica de las actuaciones previstas en el artículo 47 de la citada Ley de Funcionamiento, o, en su caso, sobre la inadmisión del citado escrito y el archivo de las presentes actuaciones.

CUARTO.- Con fecha 2 de julio de 2021, se recibió en el Registro General de este Tribunal el escrito de la Procuradora de los ejercitantes de la acción pública en el que formuló alegaciones y solicitó la admisión del escrito de ejercicio de la acción pública, así como el nombramiento de Delegado Instructor.

QUINTO.- El Abogado del Estado, mediante escrito de 6 de julio de 2021, al que adjuntó un informe de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) acompañado de abundante documentación, interesó el archivo de la acción pública.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 8 de julio de 2021, interesó la inadmisión del escrito de ejercicio de la acción pública.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Corresponde dictar la presente resolución a un Consejero de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46, 52 y 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), resultando competente el

Consejero que actúa en virtud de la diligencia de reparto de fecha 9 de junio de 2021.

SEGUNDO.- La presente acción pública tiene su origen en el escrito presentado por doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés, en representación del Partido Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía, en el que pusieron de manifiesto la existencia de un presunto menoscabo en los fondos públicos como consecuencia de la concesión a la empresa Plus Ultra Líneas Aéreas, S.A. (en adelante, Plus Ultra) de una ayuda financiera con cargo al Fondo de apoyo a la solvencia de las empresas estratégicas (FASEE), por un importe total de 53.000.000 euros, sin que la citada empresa reuniera los requisitos exigidos para ser beneficiaria de dicha ayuda, y solicitaron que se admitiera el ejercicio de la acción pública.

Una vez que la procuradora de los denunciados, evacuando el traslado conferido mediante Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2021, se personó en las actuaciones y se tuvo por subsanado el defecto de postulación advertido en el escrito de ejercicio de la acción pública, por Diligencia de Ordenación de 28 de junio de 2021 se acordó oír a la representación procesal de los ejercitantes de la acción, al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado para que alegaran lo conveniente sobre la admisión del escrito de ejercicio de la acción pública y la procedencia de acordar el nombramiento de delegado instructor, o, en su caso, sobre la inadmisión del citado escrito y el archivo de las presentes actuaciones.

En su escrito de alegaciones, la representación de la Sra. Arrimadas García y de los Sres. Garicano Gabilondo y Bal Francés reiteró su solicitud de admisión del escrito de ejercicio de la acción pública e interesó el nombramiento de Delegado Instructor para la práctica de las actuaciones previstas en el artículo 47 de la LFTCu. Al margen de poner de manifiesto de nuevo los hechos, ya relatados en su escrito inicial, que condujeron a la concesión a la empresa Plus Ultra de una ayuda financiera con cargo al FASEE, por un importe total de 53.000.000 euros, la representación de los ejercitantes de la acción pública fundamenta su pretensión en la producción de un menoscabo o resultado dañoso en los fondos públicos desde el momento en que la empresa Plus Ultra ha sido beneficiaria de una ayuda financiera sin cumplir los requisitos exigidos para ser perceptora de dicha ayuda y como consecuencia de la actuación negligente de las autoridades responsables del examen de dichos requisitos y de aprobar la concesión de la ayuda.

Citando diversos Autos de la Sala de Justicia de este Tribunal, la representación de los denunciados destaca que en esta fase de admisión de la acción

pública se debe tener en cuenta el principio “pro actione”, de modo que el escrito de ejercicio de la acción pública únicamente debe realizar una identificación de los hechos que reúnan indicios jurídicamente suficientes de cumplir los requisitos legalmente exigidos para que pueda declararse responsabilidad contable. Por el contrario, en esta fase no se debe exigir ni la prueba, ni la determinación de responsabilidades a las personas correspondientes, ni tampoco la cuantificación de las mismas, que sólo pueden ser fruto de la instrucción y la posterior sentencia. En este sentido y citando en particular el Auto 2/21, de 25 de febrero, de la Sala de Justicia, los denunciantes manifiestan que, si el escrito de interposición de la Acción Pública reúne a un nivel mínimo los requisitos de identificación de los hechos a los que se atribuye el efecto de poder producir responsabilidad contable y denuncia alguna infracción legal, se abre la puerta a la incoación de las actuaciones prescritas en el artículo 47 de la LFTCu.

En el escrito de alegaciones de los denunciantes se afirma que en este caso se cumple ese nivel mínimo y se enumeran los indicios para apreciar la posible existencia de responsabilidad contable, en concreto que:

- Los hechos mostrados ponen de manifiesto que gestores públicos, en sentido amplio pero suficiente a los presentes efectos, responsables del manejo de caudales públicos, han producido, por acción u omisión, un daño, además, grave, al erario público, desde el momento en que han hecho posible que una empresa que no reunía los requisitos establecidos por la Ley, disfrute de una ayuda a la que no tenía derecho. Y esta empresa, en tanto que beneficiaria ilegal de la ayuda, también incurriría en la responsabilidad correspondiente por cuanto su colaboración ha sido imprescindible para la comisión de las irregularidades denunciadas.

- No hay duda de que se trata de caudales públicos porque la ayuda percibida procedía de la dotación del «Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas», creado por el Real Decreto-ley 25/2020, que ascendía a 10.000 millones de euros. A tal fin, dispone el apartado tercero del artículo 2 del Real Decreto-ley, se concedió al Fondo un “crédito extraordinario al presupuesto en vigor de la Sección 15 «Ministerio de Hacienda», Servicio 01 «Ministerio, Subsecretaría y Servicios generales», programa 923M «Dirección y Servicios Generales de Hacienda», capítulo 8 «Activos Financieros», artículo 87 «Aportaciones patrimoniales», concepto 879 «Aportación patrimonial al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas», por importe de 10.000 millones de euros.” Y se añade “el crédito extraordinario que se concede en este apartado se financiará de conformidad con el artículo 46 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.”

- Los hechos expuestos ponen de manifiesto la vulneración de la normativa aplicable. Por un lado, la legislación presupuestaria, tanto la Ley General Presupuestaria, como la Ley de presupuestos, en los términos a los que se refiere el Real Decreto-ley 25/2020, así como la legislación contable. Y, por otro, que la salida de los fondos públicos, que debía obedecer a lo dispuesto en la legislación presupuestaria y contable, se hace en virtud del reconocimiento de un derecho a la percepción por aquel que no lo tiene. Esto supone, específicamente, el incumplimiento, en los términos expuestos, de la legislación reguladora de las ayudas: el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, que creó el «Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas», y las normas del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas (publicado por Orden PCM/679/2020, de 23 de julio; BOE núm. 201, de 24 de julio de 2020).

- La existencia de un daño efectivo derivado de la percepción por la empresa Plus Ultra de una ayuda de 53.000.000 euros cuando no tenía derecho a ella, lo que se hizo con conculcación de la legislación presupuestaria y la reguladora específica de la ayuda. La cuantificación efectiva del daño se habrá de llevar a cabo durante la fase de instrucción correspondiente.

- Los gestores públicos, en sentido amplio, son los responsables del daño como consecuencia de sus acciones que, cuando menos, demuestran una negligencia grave en los términos expuestos en el escrito de denuncia. Sin olvidar la responsabilidad de la empresa beneficiaria, sin cuya colaboración no se habría podido producir el daño al erario público.

En particular, y en lo que se refiere a la existencia de una vulneración de la normativa aplicable en la concesión de la ayuda financiera, los denunciantes ponen de manifiesto que la empresa Plus Ultra no reunía, al menos, las siguientes condiciones para resultar beneficiaria de alguno de los instrumentos financieros de apoyo a la solvencia del FASEE, establecidas en el citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 (apartado 2 del Anexo II):

- No constituir una empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019 en los términos establecidos por el artículo 2 (18) del Reglamento de la Comisión (UE) n.º 651/2014, de 17 de junio, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior por aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

- La importancia sistémica o estratégica del sector de actividad o de la empresa, por su relación con la salud y la seguridad pública o su carácter tractor sobre el conjunto de la economía, su naturaleza innovadora, el carácter esencial de los servicios que presta o su papel en la consecución de los objetivos de medio plazo en el ámbito de la transición ecológica, la digitalización, el aumento de la productividad y el capital humano.

- Demostrar su viabilidad a medio y largo plazo, presentando a tal efecto en su solicitud un Plan de Viabilidad para superar su situación de crisis, describiendo la utilización proyectada del apoyo público solicitado con cargo al Fondo, los riesgos medioambientales, las previsiones para afrontarlos y su estrategia energética.

- Hallarse al corriente a 31 de diciembre de 2019 en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

Por último, los denunciantes fundamentan la existencia de un incumplimiento legal en el hecho de que la ayuda concedida a Plus Ultra incumple el importe máximo y su proporcionalidad fijados en el apartado 4.2 del Anexo II del citado Acuerdo del Consejo de Ministros.

TERCERO.- El Abogado del Estado, evacuando el traslado conferido, manifiesta que en el presente caso no se dan los requisitos exigidos en los artículos 56.3 y 46.2 de la LFTCu para que la acción pública ejercitada pueda dar lugar al inicio de la tramitación de las actuaciones previas para la exigencia de responsabilidad contable. En particular, considera que los hechos contenidos en la denuncia, manifiestamente, no revisten los caracteres de alcance por las siguientes razones:

- De la documentación que se acompaña a la denuncia, que constituye el expediente de la ayuda concedida, no se deducen las irregularidades denunciadas. A estos efectos, el Abogado del Estado se remite al informe de la SEPI que adjuntó con su escrito, en el que, con apoyo en la documentación del expediente de la ayuda, se argumenta que la petición de la ayuda cuestionada se ha tramitado correctamente y se ha justificado adecuadamente el cumplimiento de todos los requisitos para su otorgamiento.

- El objeto de la ayuda consistió en dos préstamos, uno participativo por importe de 34 millones de euros y el otro ordinario por importe de 19 millones de euros, por lo que, solo en el momento en que se incumpliera al vencimiento alguna

obligación de devolución podría producirse un daño real y efectivo al erario público, condición indispensable para que exista alcance. En consecuencia, resulta prematuro e improcedente abrir en este momento cualquier procedimiento para la exigencia de responsabilidad contable.

- La disposición de fondos públicos se ha realizado a cargo del FASEE, que es un fondo sin personalidad jurídica propia, creado, al amparo del artículo 137 de la Ley 40/15, por el citado Real Decreto-Ley 25/20. Dicho fondo está sujeto a la fiscalización de la Intervención General de la Administración del Estado y, tal como se prevé en el artículo 2 del Real Decreto-Ley que lo crea, el Presidente del Consejo Gestor tiene la condición de cuentadante para la rendición de cuentas ante el Tribunal de Cuentas. Por tanto, la gestión económica del fondo a través del Consejo Gestor estará anualmente fiscalizada y se podrá comprobar cualquier irregularidad en relación con la concesión de las ayudas. En consecuencia, será mediante esas fiscalizaciones el modo de controlar la gestión económica real y efectiva del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas.

Dada la remisión que el Abogado del Estado hace al informe de la SEPI, cabe destacar que en dicho informe se pone de manifiesto que, de los 53.000.000 euros de la ayuda financiera concedida a Plus Ultra, únicamente se ha desembolsado hasta ahora el préstamo ordinario de 19.000.000 euros con fecha 18 de marzo de 2021, estando pendiente el desembolso del préstamo participativo de 34.000.000 euros.

Por otra parte, en relación con la existencia de un eventual menoscabo patrimonial, el informe de la SEPI señala que se ha recabado el parecer de la Intervención General de la Administración del Estado, a fin de conocer si, a su criterio, el FASEE ha experimentado algún menoscabo o perjuicio por el otorgamiento de los préstamos ordinario y participativo a favor de Plus Ultra. Con fecha 5 de julio de 2021 la Intervención General de la Administración del Estado ha emitido informe en el que se concluye que la concesión y desembolso del préstamo a Plus Ultra no supone un quebranto patrimonial para el Fondo, en la medida en que en ese momento se cumpla la definición de activo que figura en el citado marco conceptual que le es de aplicación (“Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la entidad, resultantes de sucesos pasados, de lo que es probable que la entidad obtenga en el futuro rendimientos económicos o un potencial de servicio”). En este sentido, la Intervención manifiesta que la concesión dará lugar al reflejo de un activo en el balance de la sociedad, sin que este movimiento produzca efecto alguno en el patrimonio neto de la misma, a lo que el informe de la SEPI añade la conclusión de

que no cabe apreciar que la operación sobre la que recae la denuncia haya supuesto un daño, sino una modificación en la composición del activo.

Por todo ello, el Abogado del Estado solicita el archivo de la acción pública.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la inadmisión del escrito de ejercicio de la acción pública, al considerar que en el ámbito de la jurisdicción contable lo más relevante es que se haya producido un daño en relación a determinados caudales públicos y que, además, ese daño sea efectivo y evaluable económicamente, circunstancia que, en el presente caso, no se ha producido, dado que, según consta en la documentación aportada por los denunciantes, los préstamos concedidos por el FASEE todavía no han vencido, resultando prematuro en el momento actual predecir el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad beneficiaria y el consiguiente perjuicio para los fondos públicos.

En consecuencia, el Fiscal aprecia la ausencia de un requisito imprescindible para la existencia del alcance, tal y como lo define el artículo 72.1 de la LFTCu, lo que conlleva la inadmisión del escrito por el que se promueve la acción pública.

QUINTO.- El ejercicio de la acción pública se regula en el artículo 56 de la LFTCu, que señala lo siguiente en sus apartados segundo y tercero:

“2. Si no existiera iniciado procedimiento jurisdiccional en exigencia de responsabilidad contable, el ejercicio de la acción se efectuará mediante escrito compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos. El Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas, o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley, o de la Sección de Enjuiciamiento la práctica de las diligencias prevenidas en los artículos 46 y 47 de la misma.

3. En el caso de que de las actuaciones fiscalizadoras no se desprendiesen indicios de responsabilidad, o los que resultaren no merecieren la calificación de contable, o de que en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a

concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas, previa audiencia, por término común de cinco días, del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante auto motivado, el escrito formulado e impondrá las costas en los términos previstos para el proceso civil al mencionado ejercitante, sin perjuicio del testimonio de particulares que quepa deducir para el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultare procedente”.

A la vista estas prescripciones legales, el único pronunciamiento que debe realizarse, en este momento procesal concreto, es el relativo a la admisión o no de la acción pública interpuesta, previo examen de si dicha acción reúne los requisitos legales de admisibilidad previstos en el citado precepto.

En todo caso, para poder decidir sobre la admisión o inadmisión de la acción por cumplir esta o no las exigencias del citado artículo 56 de la LFTCu, este Consejero debe analizar si los hechos denunciados reúnen indicios jurídicamente suficientes de cumplir los requisitos legalmente exigidos para que pueda declararse responsabilidad contable. Ello es así porque de acuerdo con el mencionado precepto, el escrito de la acción pública debe identificar actuaciones (actos, omisiones o resoluciones) y vulneraciones de preceptos legales que puedan dar lugar, al menos aparentemente, a un menoscabo de fondos públicos generador de responsabilidad contable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha reconocido en dos sentencias de su Sala Tercera de 2 de noviembre de 2005, dictadas en los recursos de casación números 1945/2000 y 4906/2000. La dictada en este último recurso dice literalmente que: *“La acción pública contable, reconocida en el artículo 47.3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y desarrollada en el artículo 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, se otorga con la finalidad de permitir el planteamiento de responsabilidades contables, debiendo, en su virtud, presentar indicios de dicha clase de responsabilidad los hechos en los que se sustente la acción planteada”.*

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por su parte, en línea con la descrita jurisprudencia del Tribunal Supremo, viene sosteniendo de manera uniforme que la acción pública de responsabilidad contable solo puede admitirse si las presuntas irregularidades denunciadas en la misma presentan “los suficientes indicios racionales jurídicamente relevantes” de concurrencia de responsabilidad contable (así, Auto 14/2014, de 1 de octubre).

La citada Sala de Justicia, en su Auto 36/2015, de 15 de diciembre, en sintonía una vez más con los criterios recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, profundiza en los requisitos de admisibilidad de la acción pública de responsabilidad contable cuando afirma: *“La interpretación conjunta y sistemática de los artículos 56.3 y 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, lleva a considerar que para poder apreciar que una acción pública deba ser admitida, esta tiene que aportar indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable y, en particular, elementos suficientes para demostrar, en grado indiciario, que se ha producido una vulneración de la normativa económico-financiera aplicable a la gestión enjuiciada y que se ha provocado un menoscabo real y efectivo en las arcas públicas como consecuencia de dicha gestión.*”

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en Autos de 7 de mayo de 2001, 5 de julio de 2004, 22 de septiembre de 2005, 9 de febrero de 2007, 31 de marzo de 2008 y 5 de octubre de 2010, entre otros, ha venido sosteniendo que cabe el archivo de un procedimiento cuando los hechos no reúnen las características que permiten, en una valoración inicial, apreciar la existencia de un presunto alcance de fondos o caudales públicos. El órgano jurisdiccional contable, de acuerdo con esta jurisprudencia, debe dilucidar si se dan, siquiera indiciariamente, los supuestos previstos en la legislación vigente para que concurra un supuesto alcance. Según el criterio incorporado a dicha jurisprudencia, para que las irregularidades denunciadas pudieran revestir caracteres de alcance sería necesario que supusieran la concreción de hechos que dieran lugar a un descubierto y que produjesen un perjuicio a los fondos públicos, el cual debe ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance.”

De acuerdo con lo argumentado en el presente Fundamento de Derecho, para decidir si la acción pública formulada por doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés debe ser o no admitida hay que determinar si los hechos denunciados en la misma revisten indicios razonablemente aceptables de responsabilidad contable, lo que debe evaluarse atendiendo a la concurrencia o no en los mismos, en grado indiciario, de los requisitos que para este tipo de responsabilidad jurídica se exigen en los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y 49 de la LFTCu.

Si en la revisión preliminar y limitada propia de la fase de admisibilidad de la acción en la que se hallan las actuaciones ya resultara de manera indubitada que alguno de los requisitos de la responsabilidad contable era ajeno a las presuntas

irregularidades puestas de manifiesto por los ejercitantes de la acción pública, procedería declarar la inadmisión de la acción.

SEXTO.- Antes de proceder al análisis de la concurrencia indiciaria de los requisitos de la responsabilidad contable, es preciso relatar de modo resumido los antecedentes que condujeron al hecho que, a juicio de los ejercitantes de la acción pública, produjo un perjuicio a los fondos públicos y puede dar lugar a este tipo de responsabilidad, es decir, la concesión de la ayuda financiera a la empresa Plus Ultra.

- 1- La empresa Plus Ultra presentó el 1 de septiembre de 2020 solicitud de apoyo financiero temporal con cargo al FASEE, creado por Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo.
- 2- La SEPI, una vez verificados los requisitos exigidos para adquirir la condición de beneficiaria, y analizada la solicitud junto con toda la documentación aportada, de acuerdo con el apartado 2 in fine del Anexo II del Acuerdo del Consejo de Ministros, propuso, por escrito de 2 de marzo de 2021, elevar al Consejo Gestor del Fondo el expediente para su resolución.
- 3- La propuesta consistía en estimar la solicitud de apoyo público temporal presentada por Plus Ultra, por un importe de 53.000.000 euros, mediante el otorgamiento de un préstamo participativo por importe de 34.000.000 euros y un préstamo ordinario por importe de 19.000.000 euros.
- 4- El Consejo Gestor del Fondo, conforme al artículo 2.6 del Real Decreto-Ley 25/2020, examinó en su sesión de 2 de marzo de 2021 el expediente y resolvió favorablemente el apoyo financiero público temporal de la solicitante, estableciendo los instrumentos a utilizar, el importe máximo y las condiciones específicas a cumplir por la beneficiaria que se reflejan en el Acuerdo de Apoyo Público Temporal, en el Contrato de Financiación y en el Acuerdo de Gestión.
- 5- El Consejo de Ministros autorizó, con fecha 9 de marzo de 2021, la operación de apoyo financiero público temporal conforme al artículo 2.6 del Real Decreto-ley 25/2020.

- 6- El 18 de marzo de 2021 se produjo el desembolso del préstamo ordinario de 19.000.000 euros.

SÉPTIMO.- Expuestos estos antecedentes, así como las alegaciones de los intervinientes y el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal, es preciso destacar, en primer lugar, que las resoluciones que el actor público considera constitutivas de responsabilidad contable implican desde luego una gestión de caudales o efectos públicos. Este hecho no ha sido puesto en duda por ninguno de los interesados que se han mostrado de acuerdo en que la ayuda financiera concedida a Plus Ultra a través del instrumento del FASEE procedía de la dotación del Fondo, que ascendía a 10.000 millones de euros, otorgados a través de un crédito extraordinario con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Así mismo, el artículo 2.5 del Real Decreto-ley 25/2020 dispone que *“El Fondo forma parte del sector público estatal como fondo sin personalidad jurídica a los efectos del artículo 2.2.f) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, estando sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la misma. A los efectos de rendición de cuentas ante el Tribunal de Cuentas tendrá la condición de cuentadante el Presidente del Consejo Gestor”*.

Por ello, los actos de disposición de la dotación del Fondo realizados por los órganos competentes, fundamentalmente el Consejo Gestor del FASEE y el Consejo de Ministros, constituyen actos de gestión de caudales públicos, sin perjuicio de la consideración que pueda tener la conducta de los perceptores de las ayudas financieras. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la LOTCu y 49 de la LFTCu, la jurisdicción contable 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 o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

De los artículos 49.1 y 59.1 de la LFTCu se desprende que no puede haber responsabilidad contable si los hechos enjuiciados no han dado lugar a un daño efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a determinados caudales o efectos.

La mera salida de unos fondos públicos del patrimonio de la administración o entidad titular de los mismos no supone por sí sola un detrimento patrimonial para las arcas públicas. Para que exista un menoscabo en el erario público se precisa que la salida de sus fondos no esté justificada en una causa jurídica suficiente y adecuada y/o que el destino dado a los mismos no sea el previsto por las normas de aplicación.

En este caso, hay que precisar en primer lugar que el informe de la SEPI ha puesto de manifiesto que, de los 53.000.000 euros de la ayuda financiera otorgada a Plus Ultra, únicamente se han desembolsado 19.000.000 euros correspondientes al préstamo ordinario. En todo caso, el hecho de que esta salida de fondos se haya producido a través de un préstamo pone en cuestión la existencia de un eventual perjuicio a los fondos públicos. Teniendo en cuenta lo informado por la Intervención General del Estado, las normas contables relativas a los fondos carentes de personalidad jurídica, como el FASEE, permiten concluir que la concesión del préstamo a Plus Ultra se refleja como un activo y no supone un quebranto patrimonial para el Fondo. En definitiva, la concesión del préstamo podría dar lugar a un daño a los fondos públicos, pero en este momento ese potencial perjuicio no es efectivo ni evaluable económicamente, si bien sí podría serlo en el momento en que se incumplieran las obligaciones del prestatario al vencimiento del préstamo.

OCTAVO.- Por otra parte, los hechos contemplados en la acción pública no presentan indicios de haber dado lugar al incumplimiento de las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable al sector público. Los ejercitantes de la acción pública consideran que la concesión de la ayuda ha vulnerado la normativa reguladora del FASEE, fundamentalmente el Real Decreto-Ley 25/2020 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 y se refieren principalmente a la no concurrencia en la empresa Plus Ultra de algunos de los criterios de elegibilidad de las empresas beneficiarias, previstos en el citado Acuerdo.

Ahora bien, a este Consejero no le compete analizar si la concesión de la ayuda ha vulnerado la normativa reguladora del FASEE, fundamentalmente el Real Decreto-Ley 25/2020 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 y si la empresa Plus Ultra reunía o no las condiciones de elegibilidad para ser o no beneficiaria de aquella, porque ello supondría un exceso de jurisdicción. En el ejercicio de su función jurisdiccional, en este momento procesal, sólo podría pronunciarse sobre si la concesión de la ayuda financiera ha producido o no un

menoscabo en los fondos públicos susceptible de generar responsabilidad contable por alcance y en caso afirmativo proceder a trasladar las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento para el nombramiento de Delegado Instructor y en otro caso acordar el archivo de las actuaciones.

Del análisis de la documentación aportada a las actuaciones se considera que la ayuda financiera percibida hasta el momento por la empresa PLUS ULTRA con cargo al FASEE, por importe de 19.000.000 €, es un préstamo ordinario y como tal no ha originado un perjuicio económico a los fondos públicos. Aunque sea a efectos meramente dialécticos, se ha de señalar que un perjuicio a los fondos públicos por la concesión de este préstamo se produciría por su aplicación a finalidades distintas a las que fue concedido, por su falta de amortización en los correspondientes plazos de vencimiento o por impago de los intereses que, en su caso, se hubieran pactado, circunstancias todas ellas sobre las que correspondería pronunciarse a esta jurisdicción contable, pero que, sin embargo, no han sido objeto de la acción pública ejercitada.

Por otra parte, al margen de considerarse que no existen indicios suficientes de perjuicio a los fondos públicos y de infracción de la normativa aplicable, los hechos contemplados en la acción pública tampoco permiten apreciar los indicios de negligencia grave que el actor imputa a la conducta de las personas u órganos colegiados responsables de la concesión de la ayuda y a la empresa perceptora. Así, de la documentación obrante en las actuaciones se puede constatar que antes de adoptarse la decisión de concesión de la ayuda financiera se ha respetado el procedimiento administrativo previsto en las normas de funcionamiento del FASEE, de modo que la ayuda ha sido propuesta por la SEPI, resuelta por el Consejo Gestor del Fondo y autorizada por el Consejo de Ministros previa emisión de los correspondientes informes por los asesores jurídicos y financieros. En consecuencia, la conducta de los responsables de estas actuaciones no reviste, siquiera indiciariamente, los caracteres de una negligencia grave.

NOVENO.- Por las razones expuestas en los anteriores Fundamentos de Derecho no cabe admitir la acción pública formulada por doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés, ya que los actos que se denuncian en la misma no presentan apariencia jurídica de responsabilidad contable. Tales actos no permiten apreciar indicios jurídicamente relevantes de haber infringido ninguna norma jurídica de naturaleza contable o presupuestaria, ni de haber provocado daños o perjuicios en el erario público susceptibles de ser calificados como alcance en los

términos indicados por el artículo 72 de la LFTCu, ni de la existencia de una negligencia grave.

La anterior conclusión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del actor público ni supone, en particular, una infracción del principio “*pro actione*”.

Como señala el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 43/2007, de 20 de julio, en su fundamento jurídico cuarto: *“Con el expuesto trasfondo legal esta Sala de Justicia ha venido interpretando los requisitos de ejercicio de la acción pública buscando un equilibrio, a veces difícil, entre el principio del favor actionis o pro actione, como manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y el intento de atajar iniciativas frívolas e inadmisibles de instrumentalizar la Administración de Justicia al servicio de intereses ajenos a ella”.*

Si bien, el adecuado respeto a la tutela judicial efectiva de los ejercitantes de la acción pública impide que la inadmisión de su acción pueda fundamentarse en criterios injustificadamente rigurosos, excesivamente formalistas o indebidamente restrictivos, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio “*pro actione*” no pueden interpretarse y aplicarse, a la acción pública de responsabilidad contable, con una extensión y flexibilidad tales que hagan posible que se inicien actuaciones por hechos que no reúnan, ni siquiera en apariencia o indiciariamente, los requisitos de ese tipo de responsabilidad y que, por tanto, estén claramente condenados al archivo.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su antes citada sentencia de 2 de noviembre de 2005, dictada en el recurso de casación número 4906/200, tras indicar que la acción pública de responsabilidad contable debe contener hechos que presenten indicios de ese tipo de responsabilidad, añade que: *“Es cierto que, por el principio pro actione, la aplicación de las normas que rigen el acceso a la jurisdicción debe ser efectuada del modo más favorable al ejercicio de la acción, pero también lo es que la intención del legislador es evitar que prosperen intentos de poner en marcha una administración de justicia sin fundamentación seria.”*

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por su parte, en el Auto 11/2001, de 7 de mayo, advierte de la necesidad de evitar que prospere *“el ejercicio ligero y temerario de la acción popular contable”.*

Esa misma Sala de Justicia, en referencia al trámite de admisibilidad de la acción pública de responsabilidad contable contemplado en el artículo 56 de la LFTCu, dice en su Auto 5/2004, de 2 de marzo que: *“...dicha vía procesal está orientada a evitar que*

prosperen intentos frívolos y carentes de fundamentación de promover juicios de responsabilidad contable. Abre dicho precepto la posibilidad de enervar las actuaciones en los casos en que la intrascendencia de los hechos en el campo de la responsabilidad contable o la inverosimilitud de los mismos torne en manifiestamente estéril la continuación del proceso, haciéndose así primar sobre el legítimo derecho de ejercicio de la acción el objetivo de no perturbar el orden jurídico, situación que se provocaría si se promoviese la actuación de los tribunales en contiendas procesales carentes a todas luces de fundamento o se hiciese soportar a cualquier ciudadano las molestias o inconvenientes de ser objeto de una acción procesal de manifiesta inviabilidad.”

Este mismo Auto cita expresamente como causa de inadmisión de la acción pública de responsabilidad contable la ausencia en los hechos denunciados de indicios de responsabilidad contable, lo que, de acuerdo con el propio Auto, no provoca menoscabo ni al derecho a la tutela judicial efectiva ni al principio “*pro actione*”.

Finalmente, en el Auto 43/2007, de 20 de julio, la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas concluye que: “*el principio pro actione no alcanza a que la jurisdicción contable mantenga abierto un procedimiento sobre unos hechos absolutamente irrelevantes para la misma.*”

En conclusión, no cabe admitir la acción pública formulada por no denunciarse en la misma hechos que presenten indicios jurídicamente relevantes de responsabilidad contable por alcance adecuados para justificar su conocimiento por la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, lo que no implica vulneración alguna del derecho del actor público a la tutela judicial efectiva, pues la causa de inadmisión está plenamente amparada por el artículo 56 de la LFTCu así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Sala de Justicia contable.

DÉCIMO.- Tanto en el escrito de alegaciones del Abogado del Estado como en el informe de la SEPI, se alude al carácter reservado de la documentación que integra el expediente de concesión de la ayuda financiera a Plus Ultra y se interesa de este Tribunal que se adopten las medidas necesarias para preservar ese carácter reservado y se impida el acceso a esta documentación de las partes que puedan intervenir en la presente acción pública.

En relación con esta solicitud, solo cabe decir que es evidente que el carácter reservado y el deber de no divulgación de los datos, documentos e informes que establece el apartado 17 del artículo 2 del Real Decreto-ley 25/2020 vincula fundamentalmente al Gestor del Fondo y a la propia SEPI. Sin perjuicio de ello, este

Tribunal, como siempre hace, no divulgará ningún documento de las presentes actuaciones si bien sí dará traslado de toda la documentación obrante en ellas a los intervinientes en la presente acción pública, al objeto de no causar indefensión a ninguno de ellos.

UNDÉCIMO.- Por lo que respecta a las costas derivadas de las presentes actuaciones, el artículo 56.3 de la LFTCu, dispone que en caso de que se rechace el escrito de ejercicio de la acción pública, se impondrán al ejercitante las costas en los términos previstos para el proceso civil, sin perjuicio del testimonio de particulares que quepa deducir para el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultare procedente.

Si bien no se aprecian motivos para deducir testimonio en el presente caso, a efectos de resolver sobre la imposición de costas hay que tener en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por remisión del citado artículo 56.3 de la LFTCu, dispone en su artículo 394 que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En este caso, ni el Abogado del Estado ni el Ministerio Fiscal han solicitado la imposición de costas y este Consejero sí aprecia la concurrencia de serias dudas de hecho y de derecho, especialmente de estas últimas, teniendo en cuenta la naturaleza de estas actuaciones, que han dado lugar a una extensa fundamentación jurídica de la decisión adoptada y que aconsejan la no imposición de costas a los ejercitantes de la acción pública.

De acuerdo con la doctrina de la Sala de Justicia de este Tribunal, existe un difícil equilibrio entre el principio pro actione y el intento de atajar intentos de instrumentalizar la Administración de Justicia. En el presente caso y a pesar de que la cita literal de diversos Autos de la Sala de Justicia, que se refieren a potenciales intentos carentes de fundamentación jurídica de poner en marcha la jurisdicción contable a través de la acción pública, pueda haber indicado lo contrario, este Consejero no estima que el ejercicio de la presente acción pública sea irreflexivo, ligero o temerario sino que muestra una pretensión seria, consistente y legítima de que se investiguen determinados hechos que han dado lugar al manejo de una importante cantidad de dinero procedente de fondos públicos, si bien, por las razones ya expuestas, no ha sido admitida.

Por estos motivos, se acuerda no imponer las costas de la presente acción pública en los términos previstos en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, **VISTOS** los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación, **ESTE CONSEJERO DE CUENTAS, ACUERDA** lo siguiente

III.- PARTE DISPOSITIVA

ÚNICA.- No admitir la acción pública ejercitada por doña Inés Arrimadas García, don Luis Garicano Gabilondo y don Edmundo Bal Francés y decretar el archivo de las presentes actuaciones. Sin costas.

Notifíquese al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado y a la procuradora de Dña. Inés Arrimadas García, D. Luis Garicano Gabilondo y D. Edmundo Bal Francés, con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, ante este Consejero de Cuentas, en el plazo de los quince días siguientes a su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los artículos 56.4 y 80 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Lo mandó y firma el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, anotado al margen, de lo que doy fe. La Secretaria (fecha y firmas consignadas según anotación al margen).