

Detalles del documento

AUTO nº 21 año 2014 dictado por la SALA DE JUSTICIA

Información sobre el documento :

Resolución AUTO nº 21 año 2014 dictado por la SALA DE JUSTICIA

Número: 21

Año: 2014

Tipo de Documento: AUTO

Sección: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Asunto: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, Nº 12/14, Actuaciones Previas Nº 92/13, del ramo de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E. Sevilla.

Fecha de Resolución: 03/12/2014

Dictada por: ENJ: SALA DE JUSTICIA

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Antonia Lozano Álvarez

Sala de Justicia: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz.- Presidente

Excm. Sra. Dña. María Antonia Lozano Álvarez- Consejera

Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.- Consejero

Resumen doctrina: Se desestiman tanto la solicitud de nulidad de actuaciones como el recurso interpuesto, con carácter subsidiario, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/88, contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, dictadas en las Actuaciones Previas. En cuanto a la petición de nulidad de actuaciones, frente a la alegación de notificación tardía de la Providencia de citación para la práctica de la Liquidación Provisional, recuerda la Sala de Justicia la jurisprudencia constitucional, recogida en la propia doctrina de la Sala según la cual la mera indefensión formal no supone violación de los derechos del artículo 24 de la Constitución Española, ni implica nulidad de actuaciones. Respecto a la alegación de indebida denegación del acceso a las actuaciones, alude la Sala a la aplicación supletoria de determinados artículos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, a las Actuaciones Previas correspondientes a los procedimientos de reintegro por alcance y basándose en dicha aplicación, cabe sostener el derecho a la vista del expediente y a obtener copia de los documentos que lo integran. Sin embargo, para determinar si la falta de acceso a las actuaciones generó indefensión material justificativa de la nulidad, la Sala valora si se produjo un defecto formal generador de un perjuicio real y efectivo que minorara las posibilidades de defensa del recurrente, lo que no se produjo en este caso. Abordando el recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, contra la Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento dictadas en las Actuaciones Previas, recuerda la Sala su doctrina según la cual no se reconoce la condición de interesado hasta la convocatoria a Liquidación Provisional, sin que resulte preceptivo, hasta entonces, conceder vista de las actuaciones ni trámite de alegaciones. Respecto a la alegación de insuficiencia del plazo de diez días para examinar el expediente, formular alegaciones y aportar documentos, indica la Sala que dicho plazo es el que se aplica en todas las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance, y que el recurrente no impugnó la providencia en la que se le concedió dicho plazo ni solicitó la prórroga del mismo, sino que aportó alegaciones antes de que se agotara. Recuerda que las Actuaciones Previas no tienen carácter contradictorio, y que constituyen una fase instructora de contenido limitado, a la que la Ley asigna un plazo breve y en la que sólo caben las diligencias previstas en el artículo 47 de la Ley 7/88, y las que resulten imprescindibles por aplicación de la normativa administrativa común. En la alegación referida a que la Liquidación Provisional se sustenta en las manifestaciones de la denunciante y de las empresas supuestamente perjudicadas, sin que haya podido contradecirlas ni aportar documentación en su descargo, distingue la Sala dos aspectos: por una parte, la discrepancia con el criterio de la Delegada Instructora al valorar la documentación, cuestión que excede el ámbito del recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, y por otra parte, la posible privación al interesado de su derecho a formular alegaciones y presentar documentos, cuestión que sí tiene que ver con la indefensión pero que no resulta admisible teniendo en cuenta las posibilidades de que dispuso el recurrente para ejercer este derecho, el uso que hizo del mismo y el tratamiento dado a las alegaciones por la instructora. Rechaza igualmente, la Sala, que se causara indefensión al recurrente como consecuencia de no haber practicado determinadas diligencias, recordando que el Delegado Instructor debe practicar únicamente las diligencias de

averiguación suficientes para fundamentar su juicio, previo y provisional, sobre la concurrencia de indicios racionales de existencia de alcance.

Voces:

ACTUACIONES PREVIAS
CONTRADICCIÓN
DERECHO DE DEFENSA
DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN
MOTIVACIÓN RESOLUCIONES DEL DELEGADO INSTRUCTOR
NULIDAD DE ACTUACIONES
PLAZO DE LAS ACTUACIONES PREVIAS
PRINCIPIO DE AUDIENCIA
RECURSO DEL ART. 48.1

Situación Actual:

Texto

En Madrid, a tres de diciembre de dos mil catorce.

En el recurso referenciado, los Excmos. Sres. Consejeros de la Sala expresados al margen, previa deliberación, han resuelto dictar el siguiente

AUTO

Se ha visto el recurso interpuesto al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por Doña Patricia Rosch Iglesias, procuradora de los Tribunales y de Don F. M. S., por el que se solicita la nulidad de actuaciones y, subsidiariamente, se impugna tanto la liquidación provisional de fecha 29 de mayo de 2014 como la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de esa misma fecha, ambas dictadas por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas N°92/13, del ramo de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E., Sevilla. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso. Las representaciones procesales de Corporación de Empresas Municipales de Sevilla (CEMS), Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (EMASESA), y Limpieza Pública y Protección Ambiental, Sociedad Anónima Municipal, (LIPASAM), se opusieron parcialmente al recurso.

Ha sido ponente la Sra. Consejera de Cuentas Doña María Antonia Lozano Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Don F. M. S. presentó escrito, con fecha de entrada 5 de junio de 2014, solicitando la nulidad de las actuaciones posteriores a la liquidación provisional practicada, con fecha el 29 de mayo de 2014, por la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas N° 92/13. Dicho escrito planteaba, subsidiariamente o ad cautelam, recurso contra la aludida liquidación provisional y contra la providencia, de la misma fecha, por la que en las mencionadas Actuaciones Previas se requirió el reintegro, depósito o afianzamiento del presunto alcance al Sr. M. S.

SEGUNDO.- La Secretaria de la Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2014, resolvió abrir el correspondiente rollo, constatar la composición de la Sala para conocer del recurso, designar a la ponente siguiendo el turno establecido y remitir oficio a la Delegada Instructora solicitando los antecedentes necesarios.

TERCERO.- Por oficio de 12 de junio de 2014, la Delegada Instructora de las Actuaciones Previas N° 92/13 remitió a la Sala de Justicia los antecedentes que se le habían requerido por la misma.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 7 de julio de 2014, la Secretaria de la Sala de Justicia resolvió admitir el recurso y conceder a las partes un plazo de 5 días para que formularan, en su caso, las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso mediante escrito de fecha 4 de julio de 2014.

SEXTO.- Las representaciones procesales de la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, de la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, y de la Sociedad Anónima Municipal Limpieza Pública y Protección Ambiental, se opusieron parcialmente al recurso mediante escritos que tuvieron entrada con fecha 17 de julio de 2014.

SÉPTIMO.- La Secretaria de la Sala de Justicia, por diligencia de ordenación de 29 de septiembre de 2014, acordó pasar los autos a la Consejera ponente, lo que se produjo, una vez notificada la citada resolución procesal, por posterior diligencia de 14 de octubre de 2014.

OCTAVO.- Por Providencia de la Sala de Justicia de 24 de noviembre de 2014, se fijó para votación y fallo del recurso el día 2 de diciembre de 2014, fecha en la que tuvo lugar el acto.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde a esta Sala de Justicia por expresa disposición de los artículos 48.1 y 54.2.d) de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEGUNDO.- La representación procesal de Don F. M. S. fundamentó su recurso en los siguientes motivos:

1.- Nulidad de las actuaciones posteriores a la liquidación provisional por las siguientes razones:

- a. A consecuencia del defectuoso iter notificadorio de la providencia de 28 de abril de 2014, por la que se citaba al recurrente a la liquidación provisional y se le otorgaba un plazo de 10 días para ver las actuaciones, presentar alegaciones, y aportar documentos, el Sr. M. S. no contó con el mencionado plazo íntegro.
- b. En el propio acto de la liquidación provisional y posteriormente se ha negado ilegítimamente al recurrente su derecho de acceso a las Actuaciones.
- c. El Sr. M. S. denunció la injustificada denegación del acceso a las Actuaciones mediante escrito entregado el 2 de junio de 2014, que no ha sido objeto de respuesta.
- d. No habiendo podido acceder a las Actuaciones, el recurrente ha tenido que impugnar la liquidación provisional “a ciegas”, intuyendo que la Delegada Instructora no ha practicado determinadas diligencias que hubieran resultado imprescindibles, pero sin poderlo saber de manera fehaciente.
- e. El acceso a las Actuaciones es un derecho del Sr. M. S. cuyo ejercicio no está legalmente sujeto a límite temporal ni implica perjuicio para los demás interesados. La normativa aplicable así lo reconoce tanto si consideramos a las Actuaciones Previas de los Procedimientos de Reintegro por Alcance como unas diligencias administrativas o como un procedimiento jurisdiccional.

Como consecuencia de las aludidas razones, entiende el recurrente que se le ha provocado indefensión porque en la tramitación de la instrucción se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento, motivo por el que debe declararse la nulidad de actuaciones y retrotraerse el procedimiento hasta la fecha de notificación de la liquidación provisional, el 29 de mayo de 2014.

2.- Con carácter subsidiario o “ad cautelam”, revocación de la liquidación provisional practicada el 29 de mayo de 2014, y de la medida cautelar establecida por providencia de esa misma fecha. Dichas resoluciones se impugnan por las siguientes razones:

- a. Indefensión de Don F. M. S. por habersele llamado tardíamente al procedimiento. Ello es así porque las actuaciones se iniciaron el 15 de marzo de 2013 pero el recurrente, pese a estar claro desde el principio que se dirigían contra él, no fue objeto de notificación alguna hasta el 19 de mayo de 2014.
- b. Insuficiencia del plazo de 10 días concedido al recurrente para conseguir representación procesal, desplazarse para ver las actuaciones y recabar la documentación necesaria para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Esta insuficiencia del plazo resulta especialmente injustificable si se tiene en cuenta que desde marzo de 2013 se conocía la relación del Sr. M. S. con los hechos investigados en las diligencias preliminares y en la fase de instrucción del expediente.
- c. El contenido de la liquidación provisional se sustenta básicamente en las manifestaciones de la denunciante – tanto las contenidas en el escrito de denuncia como las contenidas en el Informe pericial de KPMG-, y en las manifestaciones de las supuestas perjudicadas – las empresas integrantes de la AIE -. El recurrente no ha tenido ocasión de contradecir dichas manifestaciones, de dudosa veracidad y motivación, ni de aportar documentación en su descargo.
- d. Indefensión de Don F. M. S. como consecuencia de la omisión, por la Delegada Instructora, de la práctica de determinadas diligencias de investigación que resultan esenciales para la determinación indiciaria de la eventual responsabilidad contable a declarar.

La Delegada Instructora no practicó de oficio ninguna diligencia orientada a la averiguación de la responsabilidad contable del recurrente, que simplemente se declara sin una motivación mínima. Las diligencias practicadas en las Actuaciones Previas, además, se centraron únicamente en la averiguación de las circunstancias concurrentes en la fase del cumplimiento del contrato y no en las que se daban cuando se decidió contratar el servicio. A ello habría que añadir que no se practicó en la instrucción ninguna diligencia de averiguación tendente a la determinación de la existencia de menoscabo en los fondos públicos.

- e. El Sr. M. S., en su condición de vicepresidente de la AIE y de consejero delegado de EMASESA no se ocupaba o era responsable del día a día de la gestión de tales entidades, ni decidía en soledad y conforme a su único criterio la contratación, ampliación, o resolución de los contratos sino que se asistía de la opinión e información que le proporcionaban los distintos responsables técnicos y jurídicos.
- f. Falta de fundamentación suficiente, en la liquidación provisional, sobre la supuesta ausencia de necesidad del servicio contratado.
- g. Provocación al recurrente de unos perjuicios desproporcionados pues queda obligado a afianzar una importante cantidad sin que existan elementos de juicio suficientes que lo justifiquen y, además, habiéndosele vulnerado su derecho de defensa y su derecho a los principios de audiencia y contradicción.

Con base en los argumentos descritos, la representación procesal de Don F. M. S. solicita la nulidad de las actuaciones con retroacción del procedimiento al momento posterior a la práctica de la liquidación provisional y, subsidiariamente, la estimación de su recurso contra dicha liquidación provisional y contra la medida cautelar adoptada con fundamento en la misma, así como la devolución de lo actuado a la Delegada Instructora para que proceda a la práctica de determinadas diligencias.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso por los siguientes motivos:

- a. La impugnación no se ajusta a los motivos que para su viabilidad jurídica exige el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, esto es, falta injustificada de práctica de determinadas diligencias e indefensión.
- b. La liquidación provisional recoge y valora las alegaciones realizadas por la representación procesal del Sr. M. S., sin perjuicio de que dicha valoración no coincida con el criterio del recurrente.

- c. La Sala de Justicia no puede entrar a valorar, a través del presente recurso, cuestiones de fondo como la concurrencia o no de responsabilidad contable en el recurrente.

Las representaciones procesales de Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla y Sociedad Anónima Municipal Limpieza Pública y Protección Ambiental, hicieron las siguientes alegaciones al recurso:

- a. Nada que manifestar respecto a la nulidad de actuaciones solicitada, estando las interesadas a lo que determine el Tribunal de Cuentas sobre este particular.
- b. En cuanto a las diligencias propuestas por el recurrente:
 - o La parte recurrente incurre en severos errores sobre la forma de organización de las actividades referidas al procedimiento de contratación de la AIE en la época en la que estuvo bajo la dirección del Sr. M. S.
 - o No tiene fundamento lo afirmado en el recurso de que era público y notorio que el Sr. M. S. tomaba sus decisiones previo informe técnico y jurídico de la AIE, asesoramiento que no consta que se haya producido en el presente caso.
 - o Las diligencias propuestas por el recurrente no son pertinentes y, además, resultan infundadas en lo que se refieren al actual secretario general de la CEMS y EMASESA.

CUARTO.- Una vez expuestas las pretensiones y alegaciones de las partes del recurso, debe esta Sala examinar en primer lugar la petición de nulidad de actuaciones esgrimida por la representación procesal del Sr. M. S. Para ello resulta necesario referirse a cada uno de los motivos planteados por dicha representación procesal para fundamentar la citada pretensión anulatoria:

1.- Alega el recurrente que, por la tardía notificación que se le hizo de la providencia de 28 de abril de 2014, no dispuso del plazo de 10 días para hacer alegaciones que dicha resolución le concedía.

Frente a esta alegación debe recordarse la abundante Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recogida en resoluciones de esta Sala de Justicia como el Auto 17/2014, de 28 de octubre, que indica que la mera indefensión formal no supone violación de los derechos del artículo 24 de la Constitución Española ni, por tanto, implica la nulidad de las actuaciones, sino que la aludida vulneración de derechos y su consecuencia procesal de nulidad sólo caben si se aprecia que lo actuado ha provocado al impugnante una indefensión material.

En el presente caso, lo primero que hay que recordar es que el recurrente no pide la nulidad de la liquidación provisional sino la de las actuaciones posteriores a la misma. Esta cuestión resulta importante para la resolución de esta impugnación pues el trámite de alegaciones que el recurrente considera irregular afecta a la liquidación provisional, cuya nulidad no se ha pedido, pero no a las actuaciones posteriores a esta, pues dichas actuaciones, que son las del artículo 47.1 f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, derivan directamente del contenido de la liquidación provisional y no tienen conexión con el trámite alegatorio cuya irregularidad mantiene la representación procesal del Sr. M. S. (Auto de esta Sala de Justicia 16/14, de 28 de octubre).

Por otra parte, consta en el procedimiento que la providencia de 28 de abril de 2014, origen de la indefensión alegada por el recurrente, no fue impugnada por este, quien además evacuó el trámite de alegaciones que se le había concedido pues presentó escrito alegatorio con anterioridad a que se celebrara la liquidación provisional a la que se le había convocado.

Dado que la representación procesal del Sr. M. S., a través de escrito presentado con fecha 26 de mayo de 2014, evacuó de forma efectiva el trámite de presentación de alegaciones, y visto que tales alegaciones fueron examinadas y respondidas en la consideración octava de la liquidación provisional de 29 de mayo de 2014, resolución en la que, además, la Delegada Instructora analizó y dio respuesta, igualmente, a las alegaciones planteadas en el propio acto por la representación procesal del recurrente, esta Sala no aprecia que se haya causado indefensión material a Don F. M. S. justificativa de la nulidad de actuaciones pedida por su representación procesal.

En apoyo de esta conclusión debe recordarse, además, que las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance constituyen una fase de instrucción a la que la Ley atribuye un contenido alegatorio limitado por la propia naturaleza del procedimiento (Auto de esta Sala 16/14, de 28 de octubre), pues es en la primera instancia procesal donde el Legislador prevé el pleno despliegue del derecho a formular alegaciones a través del amplio alcance previsto para este derecho en la Ley 1/2000, de 7 de enero.

2.- Esgrime el recurrente, en segundo lugar, que durante la fase instructora se le denegó indebidamente el acceso a las actuaciones.

El artículo 47.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, no se refiere de forma expresa ni al derecho de los interesados a tomar vista de lo actuado, ni al trámite a través del que se deba articular pero, sobre este punto, resulta procedente la aplicación supletoria, a las actuaciones previas propias de los procedimientos de reintegro por alcance, de los artículos 35,a) y 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Este planteamiento concuerda con el criterio expuesto por esta Sala de Justicia en resoluciones como el Auto de 8 de marzo de 2002, en el que admite una aplicación supletoria matizada de la normativa común del procedimiento administrativo a la tramitación de la fase de instrucción de los procedimientos de responsabilidad contable.

Con base en este régimen jurídico cabe mantener que la persona convocada a la práctica de la liquidación provisional tiene derecho a tomar vista del expediente y a obtener copia de los documentos que lo integran, máxime si, como sucede en el presente caso, se trata

además de una persona a la que se ha declarado, previa y provisionalmente, como posible responsable contable del supuesto alcance detectado.

El Sr. M. S., en su condición de persona convocada a la liquidación provisional y declarada en la misma como presunto responsable contable, tenía la condición de interesado en el procedimiento de las actuaciones previas y, por tanto, el derecho de acceder al expediente en cualquier momento de la tramitación posterior a su citación a comparecer al acto de celebración de la citada liquidación provisional.

Ahora bien, para poder determinar si la falta de acceso a las actuaciones por el interesado ha trascendido, en el presente caso, el ámbito de la mera indefensión formal y ha dado lugar a una indefensión material justificativa de la nulidad de lo actuado, debe esta Sala ponderar si, de acuerdo con su propia jurisprudencia y con la del Tribunal Constitucional anteriormente citada, “se ha producido un defecto formal que ocasione un perjuicio real y efectivo al recurrente que minore sus posibilidades de defensa”. La valoración de esta circunstancia exige tener en cuenta los siguientes extremos:

- a. El recurrente pudo ejercer materialmente su derecho de tomar vista de lo actuado desde la fecha en la que se le notificó la providencia de citación a liquidación provisional hasta la fecha en que se practicó la misma.
- b. El recurrente, como antes se dijo, no pide la nulidad de la liquidación provisional sino la de las actuaciones posteriores a la misma.

Dichas actuaciones se concretan en el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento practicado al recurrente tras el levantamiento del acta de la liquidación del presunto alcance.

Para el ejercicio de su derecho de defensa contra dicha actuación cautelar, el recurrente sólo precisaba conocer el contenido de la providencia en la que se concretaba el requerimiento y el de la liquidación provisional de la que dicha resolución traía causa. Las actuaciones practicadas por la Delegada Instructora con anterioridad a la práctica de la liquidación provisional no tienen relación directa con el requerimiento cautelar formulado al recurrente, ya que este deriva directamente, como se ha dicho, del contenido de la liquidación.

Dado que la representación procesal del Sr. M. S. tuvo el preceptivo conocimiento de la liquidación provisional, cuya nulidad no reclama, y de los requerimientos formulados con base en la misma, ha contado con la información sobre el expediente suficiente para poder ejercer en plenitud su derecho de defensa en ese concreto momento procedimental.

La falta de acceso, antes del acto de la liquidación provisional, a las actuaciones practicadas por la Delegada hasta ese momento puede tener, en su caso, relación con el derecho de defensa del interesado respecto a dicho acto, pero en nada afecta a las posibilidades de defensa del mismo frente a las actuaciones instructoras practicadas con posterioridad, que son precisamente aquellas cuya nulidad se pretende.

- c. El derecho de acceso al contenido de lo actuado aparece legalmente asociado al derecho a formular alegaciones, de forma que un menoscabo de aquel puede suponer un obstáculo al ejercicio de este. Debe recordarse que en el presente caso, el recurrente ha formulado alegaciones tanto con carácter previo a la liquidación provisional como en el mismo acto en el que esta se practicó, y que tales alegaciones fueron examinadas y respondidas por el órgano instructor. La posibilidad de presentar nuevas alegaciones después de la liquidación provisional del presunto alcance ni está prevista en la Ley ni ha sido aceptada por esta Sala de Justicia según se desprende de, entre otros, Auto 16/14, de 28 de octubre.

En cuanto al escrito entregado por la representación procesal del Sr. M. S. a la Unidad de actuaciones Previas, con fecha 2 de junio de 2014, esta Sala debe valorarlo desde la perspectiva del marco jurídico en el que está actuando en la presente impugnación, esto es, el del artículo 48 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El contenido del citado escrito conecta con el motivo de impugnación formulado por el recurrente que se refiere a la consideración, por parte del mismo, de que al no haber podido acceder a las actuaciones ha tenido que impugnar la liquidación provisional “a ciegas”, intuyendo que la Delegada Instructora no había practicado determinadas diligencias que hubieran resultado imprescindibles, pero sin poderlo saber de manera fehaciente.

Frente a lo alegado, estima esta Sala que no se ha producido la merma en el derecho de defensa que el impugnante plantea, pues no debe olvidarse que sus posibilidades de recurrir con éxito la liquidación provisional estaban circunscritas a los dos motivos del artículo 48 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: indefensión o falta de adopción de determinadas diligencias por la Delegada Instructora.

El contenido de la liquidación provisional, resolución que fue oportunamente trasladada al recurrente, recogía información suficiente para que el mismo hubiera podido valorar la concurrencia de los dos motivos de impugnación antes aludidos, pues contemplaba con claridad los documentos en que basaba sus conclusiones la Delegada Instructora y el cauce por el que tales documentos accedieron al procedimiento, permitiendo por tanto identificar las principales diligencias practicadas en el mismo.

Del contenido del recurso se desprende que el impugnante, a través de la liquidación provisional, conocía las diligencias de averiguación practicadas por la Delegada Instructora pues sabía qué documentos obraban en el procedimiento como consecuencia de las mismas y cuáles venían ya incorporados de las diligencias preliminares practicadas con anterioridad. De no haber tenido dicha información, el recurrente no podría haber alegado en su escrito de impugnación su disconformidad con el hecho de que la Delegada

Instructora hubiera basado sus conclusiones sólo en determinados documentos, que además no eran adecuados en opinión del impugnante.

Por otra parte, tampoco se puede compartir el criterio expuesto por la representación procesal del Sr. M. S. de que su falta de acceso a lo actuado afectó negativamente a su posibilidad de proponer a la Delegada Instructora nuevas diligencias de averiguación. Como se ha dicho, el contenido de la liquidación provisional permitía deducir las ya practicadas y, además, el recurrente propone en su impugnación cuáles son las que se deberían añadir, según su criterio, lo que demuestra que con la liquidación provisional le bastaba para poder identificar qué nuevas actuaciones podría haber propuesto en defensa de sus derechos e intereses.

No cabe apreciar, por tanto, por las razones expuestas, indefensión material generadora de nulidad de actuaciones.

QUINTO.- Una vez desestimada la pretensión impugnatoria principal del recurrente, debe esta Sala examinar la formulada con carácter subsidiario por el mismo, esto es, la impugnación por la vía del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de la liquidación provisional y de la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento dictadas en las actuaciones previas.

Para resolver de dicha pretensión, deben tomarse en consideración los siguientes aspectos:

1º- Alega el recurrente, en primer lugar, que se le causó indefensión por habersele llamado tardíamente al procedimiento. Ello es así, según su criterio, porque las actuaciones se iniciaron el 15 de marzo de 2013 pero, pese a estar claro desde el principio que se dirigían contra él, no fue objeto de notificación alguna hasta el 19 de mayo de 2014.

Sin embargo, esta Sala ha reiterado en diversas resoluciones, como el ya citado Auto 16/14, de 28 de octubre, que hasta la convocatoria a liquidación provisional no se reconoce en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas la condición de interesado para ninguna persona, no resultando preceptivo hasta dicho momento del procedimiento conceder a nadie vista de las actuaciones ni trámite de alegaciones.

Antes de citar a liquidación provisional, lo que había practicado la Delegada Instructora eran simplemente diligencias de averiguación del artículo 47.1.c) de la Ley que se acaba de citar. La realización de dichas actuaciones no precisó, a juicio de la Instructora, la intervención del Sr. M. S. en el procedimiento, que como ya se ha dicho no era en aquel momento preceptiva.

La convocatoria a liquidación provisional es el trámite del procedimiento en el que el órgano instructor del mismo, al considerar que ha completado las diligencias de averiguación necesarias, decide cuáles son las personas afectadas por las actuaciones que, por tal motivo, deben tener acceso a las mismas y un plazo para formular alegaciones. El hecho de que la documentación obrante en el procedimiento permita identificar con anterioridad a posibles personas relacionadas con los hechos examinados en el mismo resulta jurídicamente irrelevante, pues el derecho a tener vista del expediente y a formular alegaciones no es consecuencia del mero contenido de la denuncia, sino de la valoración que de ella y de la restante documentación obrante en el procedimiento hace el Instructor del mismo.

2º- También esgrime el recurrente que el plazo de 10 días que se le concedió para examinar el expediente, para formular alegaciones y para aportar documentos resultaba insuficiente.

Debe indicarse, en primer lugar, frente a esta alegación, que dicho plazo no ha derivado de una decisión discrecional de la Delegada Instructora, sino que es el que se aplica en todas las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance.

Por otra parte, el recurrente no impugnó la providencia en la que se le concedió el citado plazo, ni solicitó la prórroga del mismo, sino que aportó antes de que se rebasara las alegaciones que estimó oportunas.

Además, debe tenerse en cuenta que las actuaciones previas de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no constituyen un procedimiento contradictorio ni un proceso en el que se pueda desplegar toda la actividad alegatoria y probatoria propias de la primera instancia procesal. Se trata de una fase instructora de contenido limitado, a la que la propia Ley asigna un plazo breve y en la que sólo caben las diligencias previstas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y las que resulten imprescindibles por aplicación supletoria de la normativa administrativa común. Así se desprende de una extensa doctrina de esta Sala de Justicia reflejada en resoluciones como los Autos, antes citados, 16/14 y 17/14, de 28 de octubre.

3º- Considera también el recurrente que el contenido de la liquidación provisional se sustenta básicamente en las manifestaciones de la denunciante – tanto las contenidas en el escrito de denuncia como las contenidas en el Informe pericial de KPMG-, y en las manifestaciones de las supuestas perjudicadas – las empresas integrantes de la AIE -. El impugnante considera que no ha tenido ocasión de contradecir dichas manifestaciones, de dudosa veracidad y motivación, ni de aportar documentación en su descargo.

Esta alegación incluye, en primer lugar, una discrepancia con el criterio de la Delegada Instructora a la hora de valorar la documentación obrante en el procedimiento, documentación que el recurrente considera insuficiente e irregular.

Esta cuestión, obviamente, no tiene relación con los dos motivos que amparan el recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sino que afecta a la cuestión de fondo de la eficacia probatoria de los documentos obrantes en las

actuaciones, aspecto que excede del ámbito objetivo de este recurso, sin perjuicio de que pueda ser planteado en la primera instancia del proceso.

Pero la alegación que estamos examinando incluye también un argumento que sí tiene relación con la indefensión: la posible privación al interesado de su derecho a formular alegaciones y presentar documentos en su descargo.

Sin embargo, de las actuaciones practicadas se desprende que el Sr. M. S. contó con los dos trámites en los que la Ley le permitía presentar alegaciones y documentos: el de citación a liquidación provisional y el de práctica de la misma. Más aún, consta en el expediente que hizo uso de su derecho alegatorio en ambos trámites, esto es, en los días posteriores a su citación a liquidación provisional pero anteriores a la práctica de esta, y en el propio acto en que dicha liquidación se practicó. Además, como se dijo anteriormente, la Delegada Instructora examinó y contestó, en el acto de la liquidación provisional, todas las alegaciones presentadas por el interesado.

4º- Considera también la representación procesal del Sr. M. S. que se le causó indefensión como consecuencia de la omisión, por la Delegada Instructora, de la práctica de determinadas diligencias de investigación que resultaban esenciales para la determinación indiciaria de la eventual responsabilidad contable a declarar.

Sin embargo, no consta en las actuaciones que la Delegada Instructora denegara ilegítimamente ninguna diligencia pedida por el recurrente. A ello hay que añadir que, como tiene dicho esta Sala en Autos como el 17/2014, de 28 de octubre, el órgano de instrucción de las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance no tiene competencia para desarrollar una actividad probatoria exhaustiva, que sería propia de la primera instancia procesal, sino que debe únicamente practicar las diligencias de averiguación suficientes para poder fundamentar su juicio, previo y provisional, sobre la concurrencia o no de indicios racionales de existencia de un alcance en los fondos públicos y de responsabilidad contable por el mismo.

En el presente caso, el recurrente plantea su discrepancia con la Delegada Instructora respecto a la suficiencia de las indagaciones realizadas por la misma, cuestión que no tiene relación con la indefensión que puede hacer prosperar este tipo de recursos, sino con la valoración jurídica de la documentación obrante en el expediente, aspecto que no puede examinar esta Sala a través de este tipo de recurso.

Cuestión distinta es la que se refiere a si la presunta concurrencia de un daño en los fondos públicos, apreciada por la Delegada Instructora, y la posible responsabilidad contable exigible al Sr. M. S. por dicho menoscabo aparecen o no suficientemente fundamentadas pues, de no ser así, cabría apreciar indefensión por falta de motivación de la liquidación provisional.

Lo cierto, sin embargo, es que de la lectura de la citada liquidación provisional se desprenden las siguientes conclusiones claras:

- a. En las páginas 20 y 21 de la liquidación provisional aparece suficientemente motivada la existencia de un menoscabo en los fondos públicos derivado de pagos por el servicio especial de inspección. A lo largo de la consideración segunda de dicha liquidación se recogen, exhaustivamente, los documentos tenidos en cuenta para sustentar tal conclusión.
- b. En la consideración cuarta de la liquidación provisional se motiva de forma suficiente en Derecho la razón por la que el presunto menoscabo detectado en los fondos públicos constituye un alcance en los mismos.
- c. En las páginas 26 y 27 de la liquidación provisional se justifica de forma suficiente la presunta responsabilidad contable del Sr. M. S. en los siguientes términos:

Por otro lado, y con independencia de si algún órgano de la AIE intervino o no en el procedimiento para el pago de los servicios especiales de seguridad con cargo a los fondos de las sociedades de referencia, lo cierto es que el pago de dichos servicios se hizo sobre la base de una modificación contractual suscrita por el órgano competente de la AIE. Es decir, a juicio de esta instrucción, el órgano que asumió la obligación derivada de la formalización del contrato cuyo objeto era el denominado servicio especial de inspección, cuando estos servicios ya estaban incluidos en el objeto del contrato inicialmente suscrito, debe ser considerado presunto responsable contable de los daños que en los fondos públicos de las sociedades LIPSAM, EMVISESA y EMASESA se hayan derivado del pago de dichos servicios especiales. En relación con lo expuesto, conviene señalar que conforme a la documentación obrante en las diligencias preliminares, la prórroga del contrato suscrita el 1 de noviembre de 2007 y que introduce una contraprestación por la prestación del “servicio especial de vigilancia”, fue suscrita por el vicepresidente de la comisión ejecutiva. La persona que ocupaba dicho cargo y que suscribió la prórroga es Don F. M. S., tal y como se desprende de la documentación que obra en las diligencias preliminares..., y ello de conformidad con los poderes otorgados según se desprende de la escritura de fecha 31 de marzo de 2004...”

- d. La liquidación provisional no sólo motiva adecuadamente las razones por las que considera determinados hechos como constitutivos de alcance y las razones que avalan la presunta responsabilidad contable del Sr. M. S., sino que fundamenta también, de forma razonada, los motivos por los que la Delegada Instructora considera que otros hechos examinados no han dado lugar a un alcance y que otras personas intervinientes en el procedimiento no reúnen, previa y provisionalmente, los requisitos de la responsabilidad contable.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la motivación del acta de liquidación provisional fue suficiente y adecuada, adaptándose a los requisitos de motivación de las resoluciones previstos por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se recoge en Sentencias de esta Sala de Justicia como la 31/94, de 15 de diciembre.

5º- Argumenta también el recurrente que en su condición de vicepresidente de la AIE y de consejero delegado de EMASESA no se

ocupaba o era responsable del día a día de la gestión de tales entidades, ni decidía en soledad y conforme a su único criterio la contratación, ampliación, o resolución de los contratos sino que se asistía de la opinión e información que le proporcionaban los distintos responsables técnicos y jurídicos. Añade la parte impugnante, además, la falta de fundamentación suficiente, en la liquidación provisional, sobre la supuesta ausencia de necesidad del servicio contratado.

Según se dijo en el apartado anterior, la liquidación provisional aporta una motivación suficiente y adecuada sobre la existencia de un presunto alcance y sobre la posible responsabilidad contable exigible al recurrente, razón por la que no cabe apreciar la indefensión reclamada en el recurso.

Lo que plantea la representación procesal del Sr. M. S. es su discrepancia con la Delegada Instructora sobre la acreditación de dicho alcance y sobre la concurrencia en la gestión desarrollada por el recurrente de los requisitos de la responsabilidad contable, cuestiones que forman parte del fondo del proceso y que, por ello, serán examinadas y resueltas en la primera instancia, pero quedan fuera del debate procesal del que puede conocer esta Sala a través del presente recurso.

6º.- Plantea finalmente el recurrente que se le han provocado unos perjuicios desproporcionados pues queda obligado a afianzar una importante cantidad sin que existan elementos de juicio suficientes que lo justifiquen y, además, habiéndosele vulnerado su derecho de defensa y su derecho a los principios de audiencia y contradicción.

Sin embargo, de lo expuesto y razonado en el presente fundamento de derecho y en el anterior, se extraen las siguientes conclusiones:

- a. La actividad indagatoria desarrollada por la Delegada Instructora y la motivación plasmada por la misma en la liquidación provisional han sido suficientes y adecuadas para no causar indefensión al interesado.
- b. En la tramitación de las actuaciones previas no se aprecia que se haya producido indefensión material al interesado.
- c. El principio de contradicción ha sido respetado en la instrucción en la forma que resultaba legalmente exigible, esto es, de acuerdo con la concreta naturaleza de las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance, que no son un procedimiento contradictorio de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
- d. El requerimiento de pago, depósito o afianzamiento practicado al recurrente es la consecuencia jurídicamente insoslayable de la presunta responsabilidad contable por alcance que se le atribuye en la liquidación provisional. Así se extrae del artículo 47.1 f) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y así se ha mantenido por esta Sala de Justicia de manera uniforme en Autos, entre otros, como los ya citados 16/2014 y 17/2014, de 28 de octubre.

La providencia de 29 de mayo de 2014, por la que se requirió cautelarmente al Sr. M. S., tenía fundamento en una liquidación provisional válida y eficaz, estaba motivada con referencia al concreto precepto legal que la fundamentaba y fue correctamente notificada al recurrente, no apreciándose por esta Sala, en consecuencia, vicio alguno que induzca a su revocación.

SEXTO.- De acuerdo con lo expuesto y razonado no procede estimar ni la nulidad de actuaciones ni las impugnaciones subsidiarias formuladas por la representación procesal de Don F. M. S., debiendo confirmarse las resoluciones recurridas y no procederse a la devolución de lo actuado a la Delegada Instructora, como solicita el impugnante, para la práctica de determinadas diligencias propuestas por el mismo, sin perjuicio del derecho a proponer prueba que le asistirá en el correspondiente trámite de la primera instancia procesal.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, las circunstancias que se han producido en el presente procedimiento en relación con el trámite de acceso a las actuaciones y con el de formulación de alegaciones, plantean una complejidad jurídica que aconseja no proceder a un pronunciamiento expreso, por aplicación del artículo 139.1 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 demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA:

1º.- Desestimar la solicitud de nulidad de actuaciones planteada por la procuradora de los tribunales Doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de Don F. M. S., en las actuaciones previas Nº 92/13, del ramo de empresas municipales de Sevilla AIE, provincia de Sevilla.

2º.- Desestimar, igualmente, el recurso interpuesto, con carácter subsidiario o ad cautelam, por la procuradora de los tribunales Doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de Don F. M. S., al amparo del artículo 48 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra la liquidación provisional y la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, ambas de 29 de mayo de 2014, dictadas en las actuaciones previas Nº 92/13, del ramo de Empresas Municipales de Sevilla AIE, provincia de Sevilla, quedando confirmadas las citadas resoluciones recurridas.

3º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta Resolución no procede interponer recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Así lo acordamos y firmamos; doy fe.

