

**SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
SALA DE JUSTICIA**

AUTO Nº 6/2022

ASUNTO: Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, nº 36/21. Actuaciones Previas nº 80/19. Ramo: Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a recursos asignados a ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017) Cataluña.

PONENTE: Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.

SALA DE JUSTICIA:

Excm. Sra. Doña Rebeca Laliga Misó.- Presidenta

Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez.- Consejera

Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández.- Consejero

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, previa deliberación, ha resuelto dictar el siguiente:

AUTO

Se han visto los recursos, formulados al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), contra la resolución dictada el 14 de octubre de 2021 por la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19, del ramo de Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización del destino dado a los recursos asignados a la ejecución de políticas de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ejercicios 2011-2017) Cataluña, interpuestos por la Abogada de la Generalitat de Catalunya, en la representación que legalmente ostenta, por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don A.M.G. y de Don J.N.B., por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en representación de Don M.A.B. y de Don J.M.S.I., por el Procurador de los Tribunales D. Germán Marina Grimau en representación de Doña R.V.P., por el Procurador de los Tribunales D.

Jacobo de Gandarillas Martos en representación de Don A.M-C., por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada en representación de Don C.P.C., por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B. y Don A.S.D., y por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco en representación de Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a los recursos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña María del Rosario García Álvarez, quien expresa el parecer de la Sala de Justicia.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19 dictó resolución de fecha 14 de octubre de 2021, mediante la cual acordó no admitir los avales emitidos por el Instituto Catalán de Finanzas (en adelante ICF) con arreglo al Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de la Comunidad Autónoma de Catalunya, fundamentando su decisión en las razones jurídicas que en su resolución expuso. Acordó igualmente proceder al embargo de los bienes y derechos de las personas que, habiendo sido declaradas presuntas responsables contables, aportaron los referidos avales.

SEGUNDO.- Contra esta resolución de 14 de octubre de 2021 se interpusieron los ocho recursos siguientes cuyas causas de oposición sucintamente se exponen:

A) Recurso interpuesto por la Abogada de la Generalitat de Catalunya, en la representación que legalmente ostenta, mediante escrito de 19 de octubre de 2021.

La Generalitat de Catalunya interpone su recurso por entender que la resolución impugnada produce indefensión, al no admitir la delegada instructora que se afiance una presunta responsabilidad contable mediante unos avales que son plenamente conformes a derecho, al haberse otorgado conforme a lo establecido en el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio y no existir resolución judicial firme declarando la ilicitud de las actuaciones realizadas. Añade que de conformidad con la norma citada

la Generalitat de Catalunya no asume como propia la responsabilidad contable de sus servidores públicos, ya que no hay ninguna exención o disminución de la responsabilidad personal puesto que, si se confirma la responsabilidad contable, a ellos les corresponderá hacer frente al pago con el debido recargo e intereses. Alega, igualmente, que la delegada instructora se extralimita en sus funciones y que su resolución contiene un manifiesto error de razonamiento que vulnera los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la Constitución lo que es determinante de indefensión. Sostiene que la delegada instructora no podía inadmitir los avales al existir una norma con rango de ley que los regula, y que no es posible en una fase preparatoria de la futura fase jurisdiccional inobservar una norma legal so pretexto de una interpretación errónea de la misma. Analiza el contenido del Decreto-ley 15/2021, insistiendo que no ha sido impugnado por los cauces previstos constitucionalmente, por lo cual la suficiencia de los avales otorgados debe determinarse conforme a la propia norma autonómica, como ya señaló la Abogacía General del Estado en informe que obra en las actuaciones.

B) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don A.M.G. y de Don J.N.B., mediante escrito de 19 de octubre de 2021.

En su escrito de recurso defienden la plena legalidad de los avales emitidos por el ICF conforme al Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, como norma vigente y eficaz. Consideran que la delegada instructora se excedió en el ejercicio de sus facultades cuestionando la validez de los avales a través de una interpretación de la norma de la que discrepan. Reprochan a la delegada instructora que procediera a la automática ejecución del embargo sin otorgar nuevo plazo para la eventual presentación voluntaria de otras garantías. Alegan finalmente que, partiendo del criterio doctrinal de la Sala de Justicia sobre el recurso del art. 48.1 de la LFTCu, se ha generado a los recurrentes una situación de indefensión material con un perjuicio real y efectivo a sus intereses.

C) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en representación de Don M.A.B. y de Don J.M.S.I., mediante escritos de 20 de octubre de 2021.

La representación procesal de estos recurrentes incide en la legalidad y validez de los avales presentados, emitidos conforme al procedimiento establecido en el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya. Catalogan la inadmisión como arbitraria y causante de indefensión gravísima pues, antes de dictar la resolución ahora impugnada, la delegada instructora debió atenerse al procedimiento previsto por el art. 39.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Impugnan igualmente el acuerdo de embargo de sus bienes al que tildan de arbitrario e ilegal, puesto que habían respondido al requerimiento de pago realizado por la delegada instructora, asegurando las cantidades reclamadas en legal forma.

D) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Germán Marina Grimau en representación de Doña R.V.P., mediante escrito de 20 de octubre de 2021.

En su escrito de recurso justifica la suficiencia del aval presentado, por cuanto la entidad avalista no puede prejuzgar si la persona avalada ha incurrido en dolo o negligencia grave, en caso de que exista, pues sólo un pronunciamiento judicial puede romper la presunción de inocencia que contempla la Constitución para todos los ciudadanos, sean servidores públicos o no. Alega que la resolución impugnada le ha causado indefensión, al haber inadmitido un aval válidamente otorgado al amparo de una norma con rango legal vigente y eficaz.

E) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Jacobo de Gandarillas Martos en representación de Don A.M-C., mediante escrito de 21 de octubre de 2021.

Sostiene que le ha producido indefensión la interpretación realizada por la delegada instructora del contenido del Decreto-ley 15/2021, interpretación que carece de todo fundamento. Indica que la norma prevé específicamente en su ámbito de aplicación los procedimientos de responsabilidad contable y denuncia, igualmente, un uso desviado por parte de la resolución recurrida del principio de indemnidad de los empleados públicos. Considera carente de toda lógica la invocación del art. 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, realizada para justificar la delegación de los avales.

F) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada en representación de Don C.P.C., mediante escrito de 21 de octubre de 2021.

El representante procesal del recurrente analiza el contenido del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, para concluir que los avales otorgados por el ICF al amparo de dicha norma legal y presentados ante el Tribunal de Cuentas son plenamente válidos. Sostiene que la inadmisión es arbitraria y causante de indefensión, aduciendo que antes de dictar la resolución ahora impugnada la delegada instructora debió atenerse al procedimiento previsto por el art. 39.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Impugna igualmente el acuerdo de embargo de sus bienes, que considera arbitrario e ilegal, puesto que había respondido al requerimiento de pago realizado por la delegada instructora, asegurando las cantidades reclamadas en legal forma mediante el aval que fue inadmitido.

G) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B. y Don A.S.D., mediante escrito de 22 de octubre de 2021.

Impugnan los recurrentes los argumentos de la delegada instructora para inadmitir los avales y sostienen que, antes de acordar su inadmisión, se debió conferir un trámite de audiencia a los ahora recurrentes, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala de Justicia para respaldar su petición. Suplican por ello que se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su adopción, con el fin de otorgar un trámite de audiencia a los recurrentes.

H) Recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco en representación de Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros, mediante escrito de 22 de octubre de 2021.

Se alega en este escrito de recurso que se ha producido indefensión a los recurrentes por la inadmisión de los avales que presentaron, garantizados con fondos

emitidos por el ICF y otorgados válidamente al amparo del Decreto ley 15/2021. Sostienen que el recurso del art. 48.1 de la LFTCu debe alcanzar aquí al fondo del asunto, al no existir la posibilidad de una revisión jurisdiccional posterior de la resolución administrativa, que ganaría así firmeza. Se reprocha a la resolución ser causa de indefensión material, al haber realizado una interpretación irracional y contra legem de la norma legal autonómica, dirigida a denegar los avales que le fueron presentados. Alegan que el delegado instructor no ejerce funciones jurisdiccionales, sino de impulso de un procedimiento administrativo previo a la fase judicial, por lo cual es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad material de los avales otorgados. Al hacerlo, la resolución ahora impugnada se asemeja a una decisión judicial o incluso constitucional. Sostienen los recurrentes, por otra parte, que concurriría el instituto del silencio positivo para anular la resolución impugnada, conforme a la Ley 39/2015. Denuncian la indefensión que les causa el desconocer las cuantías concretas que deben avalarse. Alegan que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia al determinar la delegada instructora que actuaron con dolo o negligencia grave, pronunciamiento que corresponde exclusivamente al tribunal.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 21 de octubre de 2021 la Secretaria de la Sala de Justicia abrió rollo con el nº 36/2021, constató la composición de la Sala para conocer del presente recurso, designó ponente siguiendo el turno establecido y solicitó de la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19 el envío de los antecedentes necesarios para la tramitación del recurso.

Mediante posterior diligencia de ordenación de 26 de octubre de 2021 acordó unir al rollo de recurso nº 36/2021 los dos escritos de recurso recibidos en el registro general del Tribunal de Cuentas el día 22 de octubre de 2021, que también impugnaban la resolución de 14 de octubre de 2021 al amparo del art. 48.1 de la LFTCu, recursos consignados en las letras G) y H) del anterior apartado segundo.

CUARTO.- Se dictó diligencia de ordenación el 29 de octubre de 2021 concediendo al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado ante el Tribunal de Cuentas un plazo de cinco días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2021 se unió a las actuaciones un informe de la Fiscalía Superior de Catalunya de 25 de octubre de 2021, emitido en el procedimiento de Diligencias Indeterminadas nº 63/2021 que se sigue en

la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, por haberlo solicitado así la Abogada de la Generalitat de Catalunya el día 4 de noviembre de 2021.

SEXTO.- El Abogado del Estado ante el Tribunal de Cuentas no formuló alegaciones.

SÉPTIMO.- El Fiscal, mediante escrito de 8 de noviembre de 2021, se opuso a los recursos interpuestos.

Tras resumir los antecedentes procesales relevantes para el caso, razonó que era necesario examinar, conforme al art. 48.1 de la LFTCu, si la resolución de 14 de octubre de 2021 había denegado indebidamente diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera resultar constitutiva de indefensión. En relación con la primera de las posibilidades, negó que existiera ninguna relación entre ella y el contenido de la resolución impugnada.

Sostuvo además el Fiscal que no concurre en este caso indefensión, pues la decisión de la delegada instructora de las actuaciones previas sobre la suficiencia o insuficiencia de unas garantías presentadas para responder del alcance provisionalmente liquidado, carece de capacidad para perjudicar el derecho de los declarados presuntos responsables para afirmar y acreditar cuanto estimen pertinente a su interés. Invocó en apoyo de su tesis resoluciones de esta Sala de Justicia conforme a las cuales el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del art. 48.1 de la LFTCu. Concluyó afirmando que pretender que la Sala se pronuncie sobre las medidas de aseguramiento previstas en el art. 47.1 de la LFTCu resultaba ajeno a los motivos que facultan para interponer el recurso del art. 48.1 de la misma ley, lo que obliga a desestimar los recursos presentados y confirmar la resolución impugnada.

OCTAVO.- Se declaró concluso el procedimiento por diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de 11 de noviembre de 2021, con traslado de los autos al Sr. Consejero ponente.

NOVENO.- El Pleno del Tribunal de Cuentas designó en su sesión de 23 de noviembre de 2021 a la nueva presidenta de la Sección de Enjuiciamiento. En su posterior sesión de 29 de noviembre del mismo año designó al resto de los miembros de la Sala de Justicia.

En su razón y visto lo prevenido por el art. 11.2 de la LFTCu, se dictó por la Secretaria de la Sala diligencia de ordenación de 9 de diciembre de 2021, comunicando a las partes que la Sala de Justicia que había de conocer el presente recurso quedaba constituida por las Consejeras y Consejero de Cuentas al margen referenciados y, asimismo, que correspondía a la Excm. Sra. D^a. Rebeca Laliga Misó ser ponente del recurso conforme a los vigentes acuerdos de la Sección de Enjuiciamiento sobre reparto de asuntos.

DÉCIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2021 se unió a las actuaciones el Auto nº 111 de 17 de noviembre de 2021, dictado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el procedimiento de querrela nº 63/2021, por haberlo solicitado así la Abogada de la Generalitat de Catalunya, personada en estas actuaciones.

UNDÉCIMO.- Con fecha 29 de diciembre de 2021 se pasaron los autos a la Excm. Sra. D^a Rebeca Laliga Misó, Consejera ponente, a fin de preparar la correspondiente resolución.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 21 de febrero de 2022 se señaló el día 28 de febrero de 2022 para votación y fallo del recurso, fecha en que tuvo lugar el acto.

DECIMOTERCERO.- La propuesta presentada por la Consejera ponente no fue aceptada por los demás miembros de la Sala de Justicia.

Siguiendo el turno establecido se designó como nueva Consejera ponente a la Excm. Sra. D^a María del Rosario García Álvarez, en virtud de diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2022.

DECIMOCUARTO.- Notificada a las partes la precitada diligencia de ordenación sin que se dedujera recurso contra ella, por la Secretaria de la Sala se pasaron los autos a la nueva Consejera ponente con fecha 8 de marzo de 2022.

DECIMOQUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales vigentes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la resolución de 14 de octubre de 2021, dictada en las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable en la vía jurisdiccional registradas en este Tribunal con el nº 80/2019. De conformidad con los artículos 48.1 y 54.2.d) de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), corresponde a esta Sala de Justicia su conocimiento y decisión.

2.- Para la adecuada comprensión del debate jurídico suscitado expondremos a continuación, por un lado, el contenido esencial de los avales ofrecidos y, por otro, los razonamientos de la resolución recurrida para proceder a su inadmisión.

SEGUNDO.- 3.- En cada uno de los veintiocho avales presentados el Instituto Catalán de Finanzas «se constituye en avalista solidario» de los aquí recurrentes «ante el Tribunal de Cuentas (de ahora en adelante el “Beneficiario”) para el pago de hasta la cantidad máxima (...) a fin de garantizar las obligaciones derivadas del acta de liquidación provisional complementaria, de fecha 30 de junio de 2021, dictada en las actuaciones previas 80/2019, Sector Público Autonómico (...) El presente aval se otorga de conformidad con lo que dispone la disposición adicional segunda del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya».

4.- Igualmente se señala que «su otorgamiento queda en todo caso sujeto a lo que dispone el artículo 5 del Decreto-ley 15/2021, en relación con la obligación de retorno» y se precisa que el aval garantiza las obligaciones antes referidas y que la responsabilidad queda limitada a la cantidad en cada caso señalada. Continúa el documento de aval indicando que «la presente garantía tiene la condición de garantía abstracta a primer requerimiento, por lo que el ICF se compromete a pagar hasta el máximo de la cantidad indicada a primer requerimiento escrito del Beneficiario, previa reclamación al deudor, tal como se indica más adelante. En consecuencia, ICF acepta irrevocablemente pagar en cualquier momento al Beneficiario la cantidad requerida después de la simple presentación por el Beneficiario de este requerimiento. A este efecto, la obligación de pago de ICF es abstracta y este renuncia expresamente a los beneficios de orden, excusión y división y cualquier otro que pudiera corresponderle, y se compromete a atender todas las peticiones que

haga el Beneficiario en relación con esta garantía, entregándole el importe que solicite, sin que sea admisible excusa o ninguna excepción, incluida la oposición del Deudor a la ejecución de esta garantía, sin requerir ninguna prueba adicional de los hechos en los cuales se funde el correspondiente requerimiento de pago y sin solicitar tan cuando menos la alegación de estos motivos. El pago del importe máximo garantizado podrá ser solicitado a ICF de manera fehaciente por el Beneficiario íntegramente de una vez o parcialmente en sucesivas ocasiones».

5.- Continúa el texto del aval indicando que «el ICF pagará y hará efectivo este aval en una o tantas veces como sea necesario, hasta el importe máximo garantizado en junto, en el plazo de quince (15) días hábiles bancarios a contar desde el siguiente a la recepción del requerimiento presentado por parte del Beneficiario en que indique (i) que el Avalado ha incumplido las Obligaciones Garantizadas; (ii) la cantidad reclamada; y (iii) la cuenta donde tenga que realizarse el ingreso. El ICF pagará el importe solicitado de conformidad con lo que se establece en la presente garantía mediante transferencia bancaria inmediatamente disponible, neta de cualesquiera deducciones y costes o comisiones de cualquier naturaleza, a la cuenta indicada a este efecto por el Beneficiario en el correspondiente requerimiento de pago. Todos los pagos hechos por el ICF en virtud de esta garantía tendrán que ser hechos sin compensación, no pudiendo el ICF compensar sus obligaciones de pago con cualesquiera cantidades debidas o que puedan ser debidas para el beneficiario o el Deudor en el ICF o para el Beneficiario al Deudor en cualquier momento y por cualquier motivo». Se añade, a continuación, que «ICF permanecerá íntegramente vinculado por los términos de la presente garantía incluso en caso de que el Deudor sea declarado en concurso».

6.- En cuanto a su duración, se establece «indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada o la cancelación del aval de acuerdo con la normativa legalmente aplicable y, en su caso, el procedimiento de enjuiciamiento finalice por sentencia judicial firme, respondiendo el ICF en un plazo de noventa (90) días naturales para su reclamación desde su vencimiento. Cualquier requerimiento en virtud de esta garantía deberá ser recibida por ICF antes del vencimiento del presente aval, en el lugar de presentación indicado más arriba».

7.- Resumido el contenido esencial de los avales ofrecidos, pasaremos a continuación a exponer, como hemos anticipado, los razonamientos de la resolución recurrida por la cual se inadmiten.

TERCERO.- 8.- La citada resolución de 14 de octubre de 2021, objeto del análisis jurídico solicitado a esta Sala en sede judicial por la vía del artículo 48.1 de la LFTCu, comienza por examinar el escrito del Abogado del Estado jefe en el Tribunal de Cuentas en el que somete a la Abogacía General del Estado -Dirección del Servicio Jurídico del Estado- la posibilidad de ejercer la función consultiva prevista en el artículo 20.3 de la LFTCu. Tras aludir al escrito del Abogado General del Estado en el que se manifiesta la improcedencia de emitir el informe solicitado por el Presidente de la Sección de Enjuiciamiento, la resolución recurrida expresamente recoge lo manifestado en el escrito de la Abogacía General del Estado, concretamente, que «la determinación de la legalidad de los actos que se dicten al amparo del Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 15/2021, de 6 de julio, habrá de efectuarse utilizando las previsiones de la citada disposición legal».

9.- A la vista de lo anterior, la resolución pasa a «realizar un análisis de la citada norma con rango de ley autonómica, al haber entrado en vigor y haber sido convalidada por el Parlamento Catalán». El propósito del análisis es pronunciarse sobre la admisibilidad de los veintiocho avales presentados por el Instituto Catalán de Finanzas para garantizar la presunta responsabilidad contable declarada en la liquidación provisional practicada los días 29 y 30 de junio de 2021.

10.- De esta forma, la instructora no cuestiona la validez ni la vigencia de la norma autonómica, integrada en nuestro ordenamiento y, como consecuencia, de aplicación tanto para la delegada instructora como para esta Sala de Justicia. De hecho, el análisis del Decreto-ley 15/2021 llevado a cabo en la resolución se verifica partiendo de su validez y vigencia, a los solos efectos de determinar si el riesgo (responsabilidad contable) que se trata de cubrir con la garantía (los avales) es uno de los contemplados en la norma. Es, por tanto, el análisis jurídico que verifica la delegada instructora de una norma vigente y aplicable el que es objeto principal de recurso para decidir, conforme a los motivos alegados por los recurrentes, si aquél incurre en alguna de las dos causas tasadas previstas en el art. 48.2 de la LFTCu: no haberse accedido a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o causación de indefensión.

11.- En su análisis, la resolución comienza por recordar la obligación de comprobar la suficiencia de la garantía constituida para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabado. También recuerda que las actuaciones previas tienen un carácter preparatorio del posterior proceso jurisdiccional contable y que, como consecuencia, «únicamente constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables, así como, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos, procediendo seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado».

12.- A continuación, en el primer párrafo de la página dos de su resolución, la delegada instructora establece la premisa de la que parte y que, como consecuencia, condiciona el posterior análisis jurídico que lleva a cabo. Concretamente, señala que «aun de manera indiciaria para poder dar lugar una liquidación provisional positiva, el delegado Instructor debe apreciar en dichas actuaciones la existencia de indicios de responsabilidad contable, esto es, se debe reunir en la conducta desarrollada por el gestor o cuentadante de los fondos, una serie de requisitos, que se contemplan en el artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del citado Tribunal y que han sido sistematizados por la Sala de Justicia en doctrina reiterada entre ellos, la existencia de dolo o culpa grave, por todas, Sentencias de 30 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1995, 24 de julio de 1997, 25 de febrero y 30 de junio de 2000».

13.- En suma, la resolución considera que aun de manera indiciaria debe examinar si concurre dolo o culpa grave por ser requisito de indispensable concurrencia.

14.- Seguidamente, pasa a analizar la norma autonómica recordando los parámetros del artículo 3 del Código Civil. Recuerda que el primer criterio interpretativo es el de atender al sentido propio de las palabras en relación con el contexto y que, al respecto, el artículo 1 del Decreto-ley 15/2021 establece que el objeto es la creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya «para hacer frente a las obligaciones legales que le corresponden en relación con los riesgos no cubiertos por las pólizas de seguros de responsabilidad civil, patrimoniales y

contables suscritas por la Generalitat de Catalunya por siniestros que puedan afectar a las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de esta Ley en el ejercicio de su cargo o funciones que se puedan ver afectadas en su patrimonio por resoluciones o actos administrativos o judiciales en procedimientos administrativos o judiciales que no hayan concluido con resolución firme».

15.- A criterio de la delegada instructora, «el citado precepto no refiere en ningún momento de manera expresa que el objeto de la norma incluya supuestos de responsabilidad por dolo o culpa grave que, como ha quedado expuesto constituyen presupuestos necesarios para la existencia de la presunta responsabilidad contable, y la generalidad del ámbito objetivo que señala el precepto impide incluir tales supuestos en su ámbito de eficacia. Tal y como se ha señalado anteriormente, aun de manera indiciaria tales presupuestos han de ser apreciados por el instructor conforme al artículo 47 de la LFTCu, para que pueda practicar una liquidación provisional positiva y poder determinar en ella quienes son los presuntos responsables, como ha sucedido en las presentes actuaciones, ya que, en otro caso, no hubiera sido posible apreciar la existencia de una presunta responsabilidad contable por alcance estas presentes actuaciones (*sic*) ».

16.- Continúa la resolución recurrida señalando que lo anterior no se desvirtúa por el artículo 3 del Decreto-ley 15/2021 que, a su juicio en parecidos términos genéricos, «no describe supuestos de actuación en los que concurra dolo, en el sentido de voluntad de causar un perjuicio contable de manera consciente y deliberada, o de culpa grave, cuando tal perjuicio o daño a reparar se haya originado en una conducta caracterizada por la ausencia de una diligencia mínima en el actuar del gestor público».

17.- Prosigue la resolución recalando en la Exposición de Motivos de la norma para aducir que cuando «en ella se cita el principio de indemnidad, se viene a reconocer, como conclusión, como señala el Tribunal Supremo, que dicho principio no ampara situaciones en las que concurra culpa o negligencia grave del gestor o empleado público responsable. Y ello porque el Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala Tercera de 8 de julio de 2020 citada en la propia Exposición de Motivos del RD 15/2021, considera literalmente que los daños y los perjuicios que los agentes sufran en el ejercicio de la función pública, sin mediar ningún tipo de dolo o negligencia,

deben ser resarcidos por la propia Administración en virtud del principio del resarcimiento de indemnidad, que resulta ajeno a la a la responsabilidad patrimonial».

18.- En apoyo del anterior argumento se acude en la resolución a la cita del artículo 36 apartados 1 y 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para afirmar que conforme a ellos no es posible que se «pueda proceder, en ningún caso, a dar cobertura pública al patrimonio privado de las personas al servicio de la Administración que hubieran obrado con dolo o culpa o negligencia grave en la generación del daño, sea esta ocasionado a aquella o a terceros».

19.- Para la delegada instructora, «atendiendo a la coherencia del sistema de indemnidad del agente público, y a la interpretación de las normas jurídicas conforme al artículo 3 del Código Civil, según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, cuyo ámbito no puede desligarse del sistema de responsabilidad judicial, penal y contable existente en nuestro Ordenamiento Jurídico y en el propio objeto del Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya, cabe concluir que el afianzamiento mediante aval garantizado con fondos públicos de las conductas dolosas o marcadas por actos realizados con negligencia o culpa grave no puede quedar legalmente amparado».

20.- Como corolario del análisis de la ley autonómica, la resolución concluye con la inadmisión de los avales garantizados con fondos públicos emitidos por el Instituto Catalán de Finanzas, «al no amparar las conductas dolosas o marcadas por actos realizados con negligencia o culpa grave, requisitos que necesariamente deben concurrir para declarar la responsabilidad contable y que, de manera indiciaria, debe apreciar el delegado instructor para poder declarar la existencia de una presunta responsabilidad contable y dar lugar a una liquidación provisional positiva».

21.- Finalmente, la resolución especifica que al haber transcurrido con exceso el plazo otorgado para depositar o afianzar las presuntas responsabilidades contables, «procede el embargo de los bienes y derechos de las personas que, habiendo sido declaradas presuntas responsables contables, aportaron los referidos avales» pudiendo ofrecer los presuntos responsables bienes o derechos a tal fin.

22.- La anterior resolución es el objeto de los recursos formulados. Por razones de lógica sistemática analizaremos en primer lugar la indefensión derivada de la errónea interpretación llevada a cabo en la resolución, alegada por la representación de la Generalitat de Catalunya; Don A.M.G. y D. Don J.N.B.; Don M.A.B.; Don J.M.S.I.; Doña R.V.P.; Don A.M-C.; y Don C.P.C.

23.- Esta misma causa de indefensión permea igualmente en el recurso formulado por Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B.; y Don A.S.D. Así como en el recurso formulado por Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C. y otros.

24.- La razón de su análisis prioritario radica en que, si prospera el mismo y se concluyera con la admisibilidad de los avales ofrecidos, por constituir una fianza legalmente establecida y por tanto admisible conforme al art. 47.1.g) de la LFTCu, resultaría innecesario el examen de las restantes cuestiones planteadas en los dos recursos citados en el párrafo precedente.

CUARTO.- 25.- La representación de la Generalitat de Catalunya, tras concretar la resolución impugnada como objeto de su recurso y recordar la naturaleza especial, sumaria y extraordinaria del medio impugnatorio utilizado, alega una serie de motivos que se reiteran en el resto de los recursos. Así, como primera causa de oposición denuncia la producción de indefensión derivada de la inadmisión de unos avales presentados conforme a una norma con rango de ley y en los estrictos términos establecidos en la misma. En apoyo de su alegato cita la STC 214/1999, de 29 de noviembre, para aducir que la indefensión se produce cuando una resolución «comete un error de razonamiento que, por su evidencia y contenido, resulta tan manifiesto y grave que a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parte de premisas patentemente erróneas, lo cual supone una vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución Española».

26.- Añade que la indefensión se evidencia, además, cuando en el caso se ocasiona un perjuicio real, efectivo e inmediato y de muy difícil reparación para los intereses de los afectados pues «de forma palmaria se está inaplicando una norma con rango de Ley cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada, en base a un razonamiento

manifiestamente erróneo que... se evidencia a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual ni argumental».

27.- Como alegación tercera, aduce que los avales garantizan de forma suficiente las presuntas responsabilidades contables establecidas en la liquidación provisional practicadas los días 29 y 30 de junio de 2021. Añade que la propia delegada instructora concreta de forma acertada el contenido y alcance de sus funciones: una vez que ha sido declarada la presunta responsabilidad contable y antes de que el procedimiento pase a fase jurisdiccional, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el presunto alcance a los fondos públicos se encuentre asegurado, siendo por tanto de obligado cumplimiento para el instructor que la garantía constituida sea suficiente para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados.

28.- Reitera que la resolución, cuando cita el auto 25/21, de 22 de julio, de esta Sala que determinó que las actuaciones previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, evidencia con claridad que únicamente constituye su objeto la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y determinar los presuntos responsables; y, en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos procediendo, seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse vulnerado.

29.- Cita en apoyo de su argumento el auto 29/21, de 4 de octubre de 2021, también de esta Sala que recoge jurisprudencia del TS para concluir señalando, respecto al afianzamiento, que: *i)* su objeto y finalidad es que exista garantía suficiente para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados; *ii)* el delegado instructor debe valorar que la garantía otorgada sea suficiente y otorgada en una forma legalmente admitida, control de legalidad que ha de ser extrínseco y no de fondo; y *iii)* se trata de una medida cautelar que, como tal, debe ser escogida bajo el principio del menor gravamen.

30.- En la alegación cuarta de su recurso, la representación de la Generalitat de Catalunya analiza las previsiones del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio. Acude así a los criterios del artículo 3 del CC y, con la cita de las SSTS de 18 de diciembre de

1997, 9 de junio de 1956, 2 de julio de 1991 y 21 de noviembre de 1994, destaca que no es posible con la interpretación orillar la aplicación de la norma vigente al caso concreto; que toda inteligencia e interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse; que la interpretación debe conducir a una consecuencia racional de orden lógico; y que la interpretación no puede conducir a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que se insertan.

31.- Reitera que la indefensión que alega se fundamenta en la errónea interpretación efectuada por la delegada instructora, alejada por completo de los cánones interpretativos de las normas, hasta el punto de conducir a la inaplicación de la ley. Inicia el recorrido de su argumentación con la Exposición de Motivos, destacando el objeto y finalidad de la norma, en relación con la STS de 21 de mayo de 1984; cita también los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 que transcribe para esgrimir, esencialmente, los siguientes argumentos:

- 1) la procedencia de los avales tanto por el ámbito objetivo como subjetivo contemplado en la ley;
- 2) cuando la norma acuña el término de responsabilidad contable integra los conceptos de dolo o negligencia grave por ser intrínsecos al concepto;
- 3) la procedencia del aval siempre que no exista una resolución judicial firme que declare ilícita las actuaciones realizadas;
- 4) generación de un derecho de crédito de derecho público de devolución por parte de los avalados, de los importes garantizados, intereses y gastos, cuando exista pronunciamiento judicial firme tras el agotamiento de todas las vías de impugnación;
- 5) la Generalitat no asume como propia la responsabilidad pues no hay exención ni disminución de la responsabilidad personal de los afectados ya que a ellos corresponderá hacer frente al pago, con el debido recargo e intereses, una vez sea confirmada la existencia de responsabilidad contable por sentencia judicial firme;
- 6) llegado el momento de exigencia ejecutiva por declararse judicialmente y de manera firme la existencia de responsabilidad contable, el Tribunal de Cuentas en uso de su jurisdicción especial de resarcimiento hacia la Administración perjudicada podrá actuar, si corresponde, para la debida recuperación al estar garantizada la restitución por la vía de los avales.

32.- Similar línea argumental siguen el resto de los recurrentes mencionados en el párrafo 23 inserto en el anterior fundamento, reiterando la eficacia y legalidad de los avales presentados; el exceso de jurisdicción en el que ha incurrido la delegada instructora en el ejercicio de sus facultades al cuestionar la aplicación de la norma a través de una interpretación jurídica insostenible; la producción de una indefensión material con perjuicio real y efectivo proyectado en la esfera patrimonial de los afectados; el desconocimiento de la finalidad de la norma; y la incorrecta valoración de los principios de indemnidad y retorno a través de la acción de regreso.

33.- El Ministerio Fiscal, por su parte, al evacuar el pertinente traslado comienza por recordar el objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu. Incide en la constante doctrina de esta Sala recaída en interpretación del citado precepto, de la que ofrece como muestra el auto 27/2021 para pasar a abordar el concepto de indefensión contemplado en el mismo. A tal efecto, acude a la cita del auto 23/2021, de 23 de junio, para señalar que el concepto de indefensión no es otro que el establecido por la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que esta Sala de Justicia ha acogido sin reparo. Y como corolario de este concepto de construcción constitucional, cita el fundamento séptimo de la STC 155/2019, de 28 de noviembre, del que reproduce parte.

34.- Continúa el Ministerio Fiscal señalando que la denegación de los avales no puede incardinarse en ninguno de los motivos tasados previstos en la norma de cobertura procesal, pues no consiste en una indebida denegación de diligencias dirigidas a la averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes. Tampoco existe relación, a entender del Ministerio Fiscal, entre la decisión de procedencia o suficiencia de los avales y la posible existencia de indefensión, porque estas decisiones carecen de la virtualidad de perjudicar el derecho de los presuntos responsables para afirmar y acreditar lo que estimen pertinente, es decir, resulta ajeno a cualquier posibilidad de privación o merma sustancial del derecho a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes lo que a su derecho consideren conveniente.

35.- Cita el auto 6/2019, de 21 de junio, fundamento cuarto, para recordar el criterio reiterado conforme al cual el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del art. 48.1 LFTCu y así concluir, en definitiva, que la pretensión de que la Sala se pronuncie sobre las medidas de

aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, resulta ajena a los motivos que permiten la formulación del recurso al amparo del artículo 48.1 de la misma norma, lo que obliga a su desestimación.

QUINTO.- 36.- Empezaremos por indicar que las llamadas actuaciones previas constituyen una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente que trata de comprobar si *prima facie* puede considerarse que hay una base seria para abrir un procedimiento judicial propiamente dicho. Su finalidad es determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento judicial, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables desde el punto de vista contable y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros, así como cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado, evitando así en la medida de lo posible la tramitación de un procedimiento judicial inútil.

37.- Conviene también recordar que nos estamos moviendo en el ámbito propio de una responsabilidad patrimonial resarcitoria y de carácter eminentemente subjetivo. Como tal, se exige una conducta activa u omisiva del agente que maneja los caudales públicos; que esta acción u omisión se desprenda de las cuentas que en sentido amplio deba rendir y se haya producido una vulneración de la normativa contable y presupuestaria de aplicación; un criterio de imputación sustentado en la culpa; la producción de un daño; y, finalmente, la existencia de una relación causal entre la conducta y el daño.

38.- El elemento de culpa (criterio de imputación) consiste en que la acción u omisión debe ser producto de una deliberada intención de dañar (dolo) o de la negligencia o imprudencia grave (culpa), radicando la diferencia en la intencionalidad. Al respecto, es importante recordar que, tratándose de la responsabilidad del propio autor del hecho dañoso, es principio básico y general que tanto el dolo como la culpa o negligencia deberán ser probados, salvo casos excepcionales de objetivación, por quien la alegue a quien se impone la carga de la correspondiente prueba (artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil), pues el sistema que sigue nuestro Código Civil es el de responsabilidad subjetiva o por culpa. Tal prueba solo puede practicarse en un procedimiento judicial donde, con plenitud del derecho de defensa, del principio de contradicción y con respeto del principio de igualdad de partes, éstas puedan defenderse, alegar y acreditar su propio derecho, replicando dialécticamente la

posición contraria en absoluta igualdad de condiciones. El dolo o la culpa, por tanto, solo puede ser examinado y apreciado por un órgano judicial.

39.- Por consiguiente, si el dolo o la culpa no ha sido establecido aun en sede judicial a través de cumplida prueba por quien alega su concurrencia, con satisfacción plena del derecho de defensa del sujeto a quien se imputa, yerra la instructora cuando se atribuye la declaración de su existencia en la forma en que lo efectúa pues, reiteramos, su labor es preliminar y contingente.

40.- En efecto, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, la función del delegado instructor consiste en determinar, de forma previa y provisional, la existencia de un posible alcance en los fondos públicos, la cuantificación preliminar del mismo y la identificación de los posibles gestores de esos caudales que pudieran quedar obligados a su restitución por haberlos administrado indebidamente. No prevé dicho precepto, por tanto, que el delegado instructor deba entrar a valorar y establecer la concurrencia de los requisitos subjetivos de dolo o negligencia grave en la actuación de los presuntos responsables, pues tal examen corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contable competentes para conocer de los hechos en vía jurisdiccional.

41.- El carácter preliminar y contingente se desprende de la doctrina de esta Sala de la que sirve como ejemplo el auto de 5 de mayo de 2004 cuando afirma que «las diligencias que debe practicar el delegado instructor están limitadas por el propio objetivo que les atribuye el Legislador... no pudiendo llegar a una exhaustividad o profundidad que las convierta en una anticipación de la fase probatoria que la ley prevé para la primera instancia procesal. El delegado instructor deberá realizar cuantas diligencias sean, a su juicio, necesarias para determinar, siempre con carácter previo y provisional, los hechos de que se trate y si estima que de los mismos se desprenden indicios racionales de responsabilidad contable por alcance, proceder a su cuantificación y a la fijación de los presuntos responsables bastando.... que a juicio del Instructor los hechos investigados se muestren en un grado razonable para tener cumplida su misión».

42.- A juicio de esta Sala de Justicia, los argumentos recogidos en la resolución recurrida que ponen en conexión la admisibilidad de los avales con la posible concurrencia de dolo o negligencia grave en la actuación de las personas avaladas, rebasan el objeto propio de dicha resolución, pues afectan a aspectos subjetivos de

la responsabilidad contable que no deberían dirimirse en fase de actuaciones previas sino en las posteriores instancias jurisdiccionales.

43.- En consecuencia, si el análisis de la norma que lleva a cabo la instructora para pronunciarse sobre la aceptación de los avales parte de una premisa incorrecta en su formulación y planteamiento (conexión de su admisibilidad con la concurrencia de dolo o culpa) su argumentación decae por sí sola en su conjunto.

SEXTO.- 44.- No obstante, se ha de reconocer que el planteamiento de la resolución parte de afirmar no el dolo o la culpa, sino la existencia de un «indicio razonable de dolo o culpa». Tampoco aceptamos este planteamiento porque la constatación de concurrencia de un indicio razonable de los elementos que afectan al criterio de imputación (dolo o culpa, elemento subjetivo) se ha de verificar igualmente en sede judicial, incumbiendo la carga de su prueba al que lo alega por medio de la aportación de una prueba, siquiera mínima, que inexcusablemente supere el umbral mínimo de conexión necesaria de los dos puntos entre los que se verifica la inducción. El indicio razonable de dolo o culpa no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente se tenía a cargo la gestión o el manejo de fondos públicos, sino que es preciso justificar -indiciariamente- la existencia de una relación de causalidad entre tal posición, la imputación y el daño. Es así porque, en definitiva, el dolo o la culpa pueden ser acreditados por prueba directa o mediante prueba indiciaria, circunstancial o indirecta, siempre que se cumplan los debidos requisitos del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cualquier caso, es evidente que nos seguimos moviendo en materia probatoria y, por tanto, en terreno propiamente judicial ajeno a la función del delegado instructor.

45.- Es más, si a efectos exclusivamente hipotéticos y meramente dialécticos aceptáramos que la constatación del indicio prima facie compete al delegado instructor, aun así, su argumentación es incorrecta y lo es porque la interpretación que lleva a cabo del Decreto-ley incurre en errores manifiestos. Veámoslo con más detalle.

46.- La resolución recurrida tiene como punto de partida la siguiente afirmación, por lo demás acertada: la determinación de la legalidad de los afianzamientos debe efectuarse conforme a las previsiones de la propia ley, norma con rango de ley autonómica, en vigor y convalidada por el Parlament de Catalunya. Tampoco cuestiona en modo alguno la suficiencia económica del avalista y del aval ofrecido.

47.- Para la delegada instructora concurren indicios razonables de dolo o culpa grave en el gestor de los fondos públicos. Considera, no obstante, que la norma no contempla la cobertura de los supuestos de dolo o culpa grave porque: a) el artículo 1 del Decreto-ley no menciona de forma explícita este supuesto el cual no puede entenderse comprendido dada la amplitud del ámbito objetivo; b) el artículo 3 de la norma es igualmente genérico porque no describe supuestos de dolo o culpa grave; c) el principio de indemnidad no ampara situaciones de dolo o culpa en el empleado público; d) resulta improcedente dar cobertura pública a quien ha obrado con dolo o culpa grave, a tenor del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

48.- La lectura de la norma que acabamos de exponer lleva a cabo un espiguelo de artículos al escoger solo algunos o parte de ellos y obviar otros o su total enunciado, lo que supone además una modificación de la regulación legal con la consiguiente alteración de su equilibrio interno que no respeta la unidad de regulación y la coherencia de la materia. Por otro lado, los que escoge no están correctamente interpretados ni leídos en su integridad. Finalmente, no se acomoda a la apreciación del simple indicio razonable cuya constatación (incorrectamente) se atribuye. Responde en las consecuencias y conclusiones que deriva, por el contrario, a la consideración de concurrencia de un dolo o culpa firme y definitivo lo que es tanto como atribuirse funciones jurisdiccionales, como ya hemos anticipado.

49.- Por lo demás, la lectura e interpretación de la ley es notoriamente errónea. En primer lugar, la Exposición de Motivos de la norma es clara al señalar que se trata de dar cobertura a riesgos no cubiertos por pólizas de responsabilidad ya suscritas. Entre estos riesgos se encuentra, en lo que aquí importa, la responsabilidad contable *al menos hasta que no haya un pronunciamiento judicial que declare con carácter firme su responsabilidad*. Expresamente se señala, además, que uno de los supuestos *ante una decisión administrativa no firme, son las actuaciones previas 80/2019 del Tribunal de Cuentas, sector público autonómico Inf. Fisc. Destino recursos asignados a la ejecución de políticas de acción exterior por parte de la Generalitat de Catalunya, en los ejercicios 2011 a 2017) objeto de la notificación de la liquidación provisional de fecha 30 de junio de este año*. Queda, pues, meridianamente claro que el supuesto está incluido en la norma y, por tanto, permite el afianzamiento incluso aunque, prima facie, concurriera el elemento intencional.

50.- En segundo lugar, el artículo 1 regulador del ámbito objetivo de la norma señala que su objeto es *la creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya (FCRCAT) para hacer frente a las obligaciones legales que le corresponden con relación a los riesgos no cubiertos por pólizas de responsabilidad (...) contables suscritas por la Generalitat de Catalunya por siniestros que puedan afectar a las personas comprendidas en el ámbito objetivo de esta Ley en el ejercicio de su cargo o funciones que se puedan ver afectadas en su patrimonio por resoluciones o actos administrativos o judiciales que no hayan concluido por resolución judicial firme.*

51.- A la vista de este precepto, resulta evidente que se da cobertura a la responsabilidad contable declarada en resolución administrativa no firme, por lo que también a la *presunta*.

52.- En tercer término, el artículo 2 regula el ámbito subjetivo: *las personas que tengan o hayan tenido la condición de personal al servicio de la Administración de la Generalitat y de los entes y organismos de su sector público, de altos cargos y de miembros del Gobierno de la Generalitat por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo.* Es también meridianamente claro que, conforme al ámbito subjetivo, la norma es aplicable al caso y a los recurrentes que aparecen como sujetos avalados siendo el Tribunal de Cuentas el Beneficiario.

53.- El artículo 3 define el riesgo cubierto: *los que sufran las personas incluidas en el ámbito subjetivo (...) y que queden excluidos de la cobertura a cargo de las pólizas de seguros de responsabilidad (...) contable suscritas por la Generalitat de Catalunya con el fin de cubrir las obligaciones que, de acuerdo con la normativa vigente, le corresponda directamente asumir por los daños (....) causados por acción u omisión (...) incluida la responsabilidad contable mientras no recaiga resolución judicial firme.*

54.- Resulta de nuevo claro que el objeto del aseguramiento es, en lo que aquí interesa, la responsabilidad contable mientras no recaiga sentencia firme, que es la situación en la que nos encontramos pues, desde luego, no existe sentencia firme. Si la norma permite la constitución de aval incluso en el caso de resolución judicial no firme que declare la responsabilidad contable, obviamente está incluida la declaración preliminar y contingente que pudiera verificar el delegado instructor. Por lo demás, el fenómeno no es ajeno a nuestro ordenamiento pues, de hecho, se contempla en nuestras normas no ya la medida cautelar de afianzamiento por aval sino la

consignación del importe de la condena por medio de aval para poder recurrir, como garantía en su caso de la condena y de la ejecución (por ejemplo, artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Finalmente, el concepto de responsabilidad contable exige por definición la concurrencia de dolo o culpa grave, por ser intrínseco o consustancial al propio concepto luego, de forma directa, se cubren los supuestos de presuntas acciones llevadas a cabo con dolo o negligencia grave porque se permite *mientras no recaiga sentencia firme*.

55.- En cualquier caso, cabe ahora reiterar lo que hemos expuesto en el fundamento precedente: el análisis y determinación de la existencia del elemento subjetivo definidor de la responsabilidad contable no se verifica en las actuaciones previas por el delegado instructor al tratarse de tarea estrictamente judicial.

56.- Por su parte, el artículo 4 contempla la forma de proceder a la cobertura, estableciendo una serie de condiciones que se tienen que acreditar y cumplir por el solicitante, siendo la primera la de *que no existe una resolución judicial firme que declare ilícitas las actuaciones realizadas*. Seguidamente, el apartado 4 del artículo 4 es expresivo cuando señala que *el perjuicio patrimonial se debe acreditar mediante la aportación de la resolución o acto relativo al procedimiento administrativo o judicial que lo afecte, el cual no puede haber concluido por resolución judicial firme*. Es, pues, evidente, que se trata del caso que actualmente nos ocupa pues aún no ha recaído *resolución judicial firme*.

57.- El artículo 5.1 contempla, a su vez, la generación de un *crédito de derecho público de devolución por parte de los beneficiarios de los importes garantizados, así como de los intereses y gastos que se hayan generado en razón de las garantías efectuadas con cargo al Fondo para el supuesto de existir pronunciamiento judicial firme (..) si se confirma la existencia de responsabilidad contable*. Y el 5.2 regula en términos sin ambages la obligación de retorno con *naturaleza de derecho público por parte de la Generalitat* quien tiene que realizar todas las actuaciones necesarias para su recaudación, incluso el procedimiento ejecutivo de recaudación de acuerdo con lo que establece la normativa vigente. Se acomoda, pues, al artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, citado en la resolución recurrida, preservando así los principios de indemnidad y retorno. Los fondos públicos (importes garantizados con intereses y gastos) están así preservados a través del derecho de crédito y de la

obligación de retorno, ambos con naturaleza de derecho público. Es más, el texto del aval expresamente señala que «su otorgamiento queda en todo caso sujeto a lo que dispone el artículo 5 del Decreto-ley 15/2021, en relación con la obligación de retorno».

58.- De cuanto antecede, a criterio de la Sala se ha de concluir con la perfecta admisibilidad de los avales ofrecidos por los interesados, al constituir los mismos una fianza legalmente establecida.

SÉPTIMO.- 59.- Nos resta por examinar si la cuestión suscitada (decisión sobre la admisibilidad de los avales) encuentra su acomodo en los estrechos límites del artículo 48.1 de la LFTCu:

«Contra las resoluciones dictadas en la pieza separada a que hace referencia el artículo 45 o en las actuaciones prevenidas en los artículos 46 y 47, todos de la presente Ley, en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión, se dará recurso ante la Sala del tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días».

60.- Resulta evidente que el objeto del presente recurso no puede incardinarse en la primera parte de la disyuntiva del artículo 48.1 de la LFTCu puesto que no se trata de una denegación a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren. Sin embargo, sí nos encontramos ante la causación de una indefensión, contemplada en la segunda parte.

61.- Es así porque el concepto de indefensión que contempla el artículo 48.1 de la LFTCu es el elaborado por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del art. 24.1 de la Constitución. Por consiguiente, es más amplio que el derecho de defensa entendido éste como el derecho a un principio de contradicción y de igualdad de partes, de alegación y acreditación del propio derecho y de réplica dialéctica de la posición contraria en igualdad de condiciones como sostiene el Ministerio Fiscal. El derecho contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución comprende una serie de derechos fundamentales a disposición de los ciudadanos en cuanto se relacionan con los órganos judiciales y, en lo que aquí concierne, viene referido al derecho de las partes a ser tuteladas por los jueces y tribunales, quienes, al hacerlo, habrán de enjuiciar las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas

(STC 178/1998, de 14 de septiembre, recurso 2865/1996). Si así no fuera, serían los órganos judiciales los que dejarían desprotegido el derecho fundamental de defensa.

62.- En cualquier caso y al hilo de lo anterior, debe advertirse que la supuesta infracción del principio de presunción de inocencia alegada carece de virtualidad puesto que no estamos en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, al que es trasladable si bien con matizaciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Nos situamos, por el contrario, en el ámbito de una eventual reparación de daños de naturaleza patrimonial, ámbito en el que no hay sanción y si ésta no existe, no es posible utilizar el concepto de inocencia ni, por tanto, hablar de esta presunción que solo hace referencia a la existencia de pruebas sobre una conducta que, legalmente tipificada como sancionable, se imputa al sancionado. La invocación de la presunción de inocencia en el marco del presente recurso no es más que la formulación, en términos inadecuados, de la cuestión de si existió o no indefensión en el procedimiento administrativo, que es el tema principal alegado por los recurrentes.

63.- Retomando de nuevo el derecho contemplado en el artículo 24.1 de la CE, el mismo comprende el derecho de acceso a la jurisdicción, en este caso la contable, para formular peticiones de tutela y que estas resoluciones sean fundadas en Derecho, aunque sean de inadmisión. Como ha señalado el Tribunal Constitucional de forma reiterada, ni el legislador debe establecer requisitos o condiciones irracionales, excesivos o desproporcionados para el acceso a la jurisdicción en relación con el fin que cumplan, ni los tribunales han de interpretar estos requisitos legales de forma restrictiva.

64.- En segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo el derecho a acudir a la vía judicial para impetrar tutela o formular pretensiones, también comprende el derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre la pretensión formulada aun cuando no se entre a resolver sobre el fondo siempre que esto se aprecie de forma razonable y coherente.

65.- En tercer término, comprende el derecho a que la resolución que se dicte sea motivada y fundada en Derecho, tanto desde un punto de vista externo al tener que expresar la motivación tanto fáctica como jurídica que conduce al fallo, para que el ciudadano pueda conocerla y controlar que no sea ilógica o arbitraria y, en su caso, poder recurrir; como interno, en el sentido de contener una aplicación real y racional

de lo previsto en el ordenamiento jurídico. Son, por tanto, cosas diferentes *motivación y estar fundado en Derecho* pues puede ocurrir que la fundamentación jurídica sea tan solo aparente al haberse efectuado una interpretación de las normas aplicables irracional o fruto de un error patente.

66.- Este es el caso de la resolución recurrida pues no contiene una aplicación real y racional de lo previsto en la norma y sería igualmente el caso si esta Sala de Justicia convalidara la interpretación llevada a cabo por aquella resolución de las previsiones de la ley a cuyo amparo se ofrece la medida de aseguramiento. Sería el caso porque convalidaríamos una interpretación manifiestamente errónea que haríamos nuestra al permitir su perduración, con incidencia en la esfera patrimonial de los sujetos afectados y las inevitables derivadas consecuencias que de tal afectación se pueden seguir. Y sería el caso porque estableceríamos que cualquiera que fuese la interpretación de una norma que un delegado instructor lleve a cabo para determinar si se trata de una fianza legalmente admitida, con atribución indebida de funciones jurisdiccionales, la misma escapa a toda suerte de control judicial porque, en última instancia, el contenido de las medidas de aseguramiento corresponde fijarlo al delegado instructor por la vía del artículo 47.1 de la LFTCu. En definitiva, es necesario concluir que la defensa de los derechos e intereses legítimos de los interesados en las actuaciones previas es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción contable en aplicación de las leyes, y que la indefensión que origina una resolución que se atribuye funciones judiciales y que no contiene una aplicación real y racional de lo previsto en la norma, no puede quedar privada de la debida tutela judicial.

67.- Partimos, pues, de que es indudable función de la Sala de Justicia revisar la interpretación que de la legalidad haya podido efectuar la delegada instructora en el ejercicio de la función que le compete en el desarrollo de las actuaciones previas, en virtud del artículo 47 de la Ley 7/1988, para comprobar si da respuesta y si la misma está motivada y fundada en Derecho o resulta irrazonable, arbitraria o incurso en un error manifiesto de tal índole que genere indefensión. No otra cosa, por lo demás, es lo que se deriva de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que se conecta directamente con el artículo 24 de la Constitución.

68.- Entender lo contrario supondría otorgar al instructor un halo de inmunidad no acorde con el contenido del propio artículo 48 en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución máxime cuando, en el caso que nos ocupa, su única misión es la de requerir a los presuntos responsables para que «depositen o afiancen en cualquiera de las formas legalmente admitidas» otorgando el legislador la elección al requerido, no al instructor, quien debe limitarse a comprobar si la fianza es suficiente y se ofrece en una de las formas legalmente admitidas. En este caso la suficiencia no se cuestiona y se trata, como hemos visto, de una forma admitida en una ley: el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya.

69.- Por otro lado, no puede confundirse la petición de traba sobre determinados bienes, que es lo que constituye el contenido concreto de la medida de aseguramiento cuya determinación le compete en exclusiva, con el examen de si los avales que le ofrecen constituyen una forma legalmente admitida, cuestión a la que se da una respuesta y que es obviamente revisable para comprobar si la motivación es no solo suficiente sino también fundada en Derecho. Es en la fundamentación donde, se reitera, se ha incurrido tanto en la premisa como en el desarrollo argumentativo en un error patente de tal índole que no puede ser consagrado por esta Sala porque, si lo hiciéramos, sería la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas la que incurriría en lesión del derecho a la tutela judicial efectiva generadora de indefensión, al dejar incólume una argumentación jurídica que expresa un proceso deductivo irracional por erróneo.

70.- Lo expuesto, entre otras muchas, se recoge en la STC 134/2008, de 23 de octubre cuando, en su fundamento jurídico segundo expresa lo siguiente:

«el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o

irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 5, entre otras muchas).

De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 4)».

71.- En relación con lo anterior, no está de más recordar que no se garantiza la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuaciones o interpretación, pues no existe un derecho al acierto ni tampoco se asegura la satisfacción de la pretensión de las partes como señala la STC 263/2015, de 14 de diciembre, fundamento jurídico tercero. La obligación que se impone es la de dictar resoluciones *fundadas en Derecho* porque, como señala la STC 263/2015 citada «no basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6)».

72.- Pues bien, no cabe duda de que la resolución impugnada, aunque cuente formalmente con una motivación, carece de contenido jurídico al expresar un proceso deductivo irracional o absurdo por estar construido sobre premisa errónea cual es la atribución de funciones judiciales. La lógica de su razonamiento quiebra además con la sola lectura de la ley, que se ha verificado de forma incompleta resultando así irrazonable por vulnerar los principios de seguridad jurídica e interdicción de la

arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la Constitución. La vulneración debe ser corregida otorgando la tutela judicial debida consagrada en el art. 24 de la Constitución, para evitar toda suerte de indefensión, a través de la vía de acceso que proporciona el recurso del art. 48.1 de la LFTCu, que se estima, lo que hace innecesario entrar a examinar los restantes motivos planteados por las diferentes representaciones personadas al prosperar el principal.

OCTAVO.- 73.- De acuerdo con lo expuesto y razonado, prosperan en consecuencia los recursos formulados contra la resolución de la delegada instructora de fecha 14 de octubre de 2021, denegatoria de la aceptación de los avales presentados.

74.- En cuanto a las costas, tal y como tiene reiteradamente declarado esta Sala de Justicia, no cabe imponerlas a las partes recurrentes, dada la naturaleza especial y sumaria que caracteriza a este recurso del artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

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

III. LA SALA ACUERDA

1º.- ESTIMAR los recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, contra la resolución de 14 de octubre de 2021 de la delegada instructora de las actuaciones previas nº 80/19, interpuestos por la Abogada de la Generalitat de Catalunya y por las representaciones procesales de Don A.M.G.; D. Don J.N.B.; Don M.A.B.; Don J.M.S.I.; Doña R.V.P.; Don A.M-C.; Don C.P.C.; Don R.A.S.; Don A.A.T.; Don L.B.C.; Don F.H.M.; Don M.M.T.; Doña C.O.T.; Doña M.O.P.; Don A.R.M.; Don J.V.R.; Don R.F.B.; Don A.S.D.; Don O.J.V.; Don R.R.R.; Don A.V.O.; Don J.S.F.; Doña M.B.C.; Don D.M.S.; Don S.M.L.; Don E.H.; Doña M.K.K.; Doña E.A.C.; y otros.

2º.- Anular la precitada resolución de la delegada instructora de 14 de octubre de 2021, declarando esta Sala de Justicia la admisibilidad de los avales del Instituto Catalán de Finanzas presentados en garantía de las responsabilidades establecidas de forma provisional a los recurrentes.

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

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra esta resolución no cabe 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.