

**SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
SALA DE JUSTICIA**

C/ Fuencarral, 81 - 28004 MADRID
Tfno.: 91 447 87 01 / 91 592 09 00
Fax.: 91 446 76 00

VOTO PARTICULAR

Que formula la Excma. Sra. Consejera de Cuentas, Doña Rebeca Laliga Misó, al Auto dictado por la Sala de Justicia en el presente recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 nº 36/21. Discrepo, respetuosamente, de la opinión mayoritaria de la Sala, por entender que los recursos interpuestos al amparo del artículo 48.1 de la citada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Don A.M.G. y Don J.N.B., por doña Ana Estrella Villares Menchón, Abogada en representación y defensa de la Generalitat de Catalunya, por el Procurador de los Tribunales, don Carlos Ricardo Estévez Sanz, en nombre y representación de Don M.A.B., y de Don J.M.S.I., por el Procurador de los Tribunales don Germán Marina Grima, en nombre y representación de Doña R.V.P., por el Procurador de los Tribunales don Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y representación de Don A.M-C., por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de Don C.P.C., por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y 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 del Procurador de los Tribunales don Ramón Blanco, en nombre y 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. y Doña E.A.C., entre otros, todos ellos presentados contra la resolución de la Delegada Instructora, de fecha 14 de octubre de 2021, dictada en las Actuaciones Previas nº 80/19, del ramo del 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, debieron ser desestimados. Mi desacuerdo se centra en los razonamientos jurídicos del Auto votado en la Sala y en la parte dispositiva del mismo, discrepancia que se concreta en las siguientes consideraciones:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan los antecedentes del Auto dictado por esta Sala de Justicia. Si bien, se hace constar que, para mayor precisión, se debió especificar en el Antecedente Decimotercero del Auto que, en el acto para deliberación, votación y fallo del presente recurso, celebrado el día 28 de febrero de 2022, esta Consejera, por no estar conforme con el voto de la mayoría, declinó la

redacción de la resolución y anunció la emisión de voto particular. Y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Presidenta de la Sala de Justicia encomendó la redacción de la resolución a la Consejera de Cuentas Excm. Sra. Doña María del Rosario García Álvarez, lo cual se hizo constar mediante Diligencia de Ordenación de fecha 28 de febrero de 2022.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mi discrepancia se circunscribe a los razonamientos jurídicos contenidos en los Fundamentos de Derecho Quinto a Octavo del Auto, ya que considero, respetuosamente, que el núcleo de la argumentación jurídica contenida en el Auto que es objeto de este voto discrepante supone una infracción legal por indebida aplicación del contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 de la LFTCu y, a su vez, un apartamiento injustificado de la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia, acerca de la naturaleza, el contenido y los límites que el ordenamiento jurídico contable configura para el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, así como del concepto de indefensión a los efectos del referido recurso excepcional y sumario, con las consecuencias legales inherentes, según se expone en los Fundamentos de Derecho siguientes.

SEGUNDO. - Por ello, se hace preciso recordar la naturaleza del recurso innominado contemplado en el artículo 48.1 de la LFTCu. Se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia, como se ha encargado de establecer una doctrina constante de esta Sala de Justicia, por medio, entre otros, de los siguientes Autos: 14/2019 de 17 de diciembre, 4/2020 de 18 de febrero, 5/2021 de 26 de febrero, 20/2021 y 23/2021, ambos de 23 de junio, destacando el Auto nº 27/2021, de 22 de julio, dictado para resolver el recurso número 18/2021, de igual clase al presente, interpuesto contra otra resolución de la Delegada Instructora en las mismas actuaciones previas en las que nos encontramos.

Así, en el Fundamento Jurídico Quinto del referido Auto 27/2021, se establece lo siguiente:

“QUINTO. - Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por los recurrentes, es preciso exponer la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de esta Sala ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia.

Se trata de un recurso tendente a impugnar resoluciones similares a las de tipo interlocutorio, dictadas en la fase preparatoria o facilitadora de los procesos jurisdiccionales contables, por medio del cual no

se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la Ley pretende es ofrecer, a los intervinientes en las actuaciones previas de que se trate, un mecanismo de revisión (a través de un recurso anómalo o per saltum) de cuantas resoluciones puedan minorar sus posibilidades de defensa. De ahí que los motivos de impugnación no pueden ser otros que los taxativamente establecidos en la Ley, es decir que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren” o que “se causare indefensión”. Su finalidad no es, por tanto, conocer el fondo del asunto sometido a enjuiciamiento contable, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las actuaciones previas, a efectos de garantizar en dicha fase la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.”

Conforme a la reiterada y consolidada doctrina de la Sala de Justicia que ha sido señalada, no cabe, por tanto, plantear a través de este medio de impugnación cuestiones, bien sean procesales, bien de fondo, que formen parte del debate procesal propio de una futura primera instancia, en la que se podrán desarrollar las alegaciones que procedan, en orden a la defensa de las respectivas pretensiones que se ventilen en juicio y practicar la prueba que resulte pertinente y desarrollar el proceso en toda su extensión.

Mantener lo contrario significaría, no sólo desbordar el ámbito objetivo del proceso especial, sino que se trastocaría el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se permitiría una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, y se invadiría, con manifiesta ilegalidad, el ámbito de competencia funcional atribuido “ex lege” a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu) y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento.

Por tanto, los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la ley, es decir, que “no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión”, debiéndose rechazar razonamientos que realmente expresen unas discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no pueda realizarse al amparo de este excepcional trámite, sino que su enjuiciamiento deberá sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del Derecho aplicable.

TERCERO.- El concepto de indefensión, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, ha sido, asimismo, establecido por una reiterada y constante doctrina de esta

Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en numerosas resoluciones, entre otras, por medio de los siguientes Autos: 17/2017, de 6 de noviembre; 18/2017, de 12 de diciembre; 10/2018, de 22 de marzo; 1/2019, de 12 de febrero; 12/2019, de 13 de noviembre; 17/2021, de 23 de junio; y 30/2021 de 27 de noviembre, destacando el Auto 23/2021, de 23 de julio, dictado para resolver un recurso interpuesto en estas mismas actuaciones previas, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se establece:

“QUINTO. - Además, se debe precisar que la indefensión que viabiliza este recurso excepcional y sumario es la que ha dejado establecida una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha acogido sin ambages. Así, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 258/2007, de 18 de diciembre se manifiesta que “(...) el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión (...). La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento» (F. 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que «una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella» (F. 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que «una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie» (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10, o 130/2002, de 3 de junio, F. 4) (...).».

De este modo, por consiguiente, según tiene establecido esta Sala de Justicia, la indefensión, con base en la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es una noción material que, para que tenga relevancia, ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas: a) de una parte, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 145/86, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 3º); b) de otra, la indefensión prohibida en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la simple infracción de las normas procesales (Sentencia 102/87, de 17 de junio, Fundamento Jurídico 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio,

Fundamento Jurídico 4º); y c) finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º). Sobre este particular es de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el Delegado Instructor ha de practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citándolos a estos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, al levantamiento del acta de liquidación provisional, en la que mencionará los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y adoptar medidas cautelares de aseguramiento con vistas a un hipotético reintegro de las cantidades a las que ascienda el eventual menoscabo que se produce.”

El concepto constitucional de indefensión, como noción material, ha sido reiterado, además, dentro del ámbito acotado por la propia resolución, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2019, de 28 de noviembre, según el cual, “(...) *la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas, SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3, y 127/2011, de 18 de julio, FJ3).*”

Conforme a lo expuesto, según tiene establecido esta Sala de Justicia, la indefensión, con base en la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es una noción material que para que tenga relevancia ha de obedecer a las siguientes tres pautas interpretativas:

- a) De una parte, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (Sentencia 145/86, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 3º).
- b) De otra, la indefensión prohibida en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la simple infracción de las normas procesales (Sentencia 102/87, de 17 de junio, Fundamento Jurídico 2º), sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y ha de representar un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (Sentencia 155/88, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4º).
- c) Finalmente, el art. 24.1 de la Constitución no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se ha podido causar un perjuicio al recurrente (Sentencia 161/85, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

Sobre este particular hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 47 de la LFTCu, el Delegado Instructor resulta obligado, por ministerio de la Ley, a practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, citándolos, junto al Ministerio Fiscal, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas y a los representantes de la entidad perjudicada, a la liquidación provisional, en la que se mencionarán los valores, efectos o caudales públicos menoscabados, así como las personas que se considere, de forma previa y provisional, como presuntos responsables contables y, asimismo, ha de adoptar las medidas cautelares de aseguramiento en garantía del hipotético reintegro de los fondos públicos menoscabados, requiriendo de pago en primer término para que se afiance el presunto alcance junto con los intereses y, si no se atiende a tal requerimiento, proceder al embargo de los bienes y derechos de los presuntos responsables.

CUARTO. - Conforme a lo expuesto, resulta concluyente que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, sólo puede interponerse por alguno de los dos motivos previstos en el mismo. A saber:

“1. 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 señalaran o en que se causare indefensión (...).”

La resolución de 14 de octubre de 2021, que ha sido recurrida, se refiere a la inadmisión de los avales que fueron presentados por los ahora recurrentes para garantizar el importe del alcance provisionalmente liquidado en las presentes actuaciones previas, por lo que resulta necesario, a efectos de resolución de los recursos, determinar si la inadmisión de los avales puede ser entendida como una indebida denegación de diligencias propuestas por los comparecidos o si pudiera ser constitutiva de indefensión, según los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho anteriores.

En relación con la primera posibilidad, es decir, la de considerar si la inadmisión de los avales puede ser entendida como una indebida denegación de las diligencias propuestas por los comparecidos, hay que manifestar que de la interpretación conjunta del artículo 48.1, en relación con el 47.1, ambos de la LFTCu, resulta que las diligencias referidas por el artículo 48.1 son las pertinentes para el contenido previsto en este apartado y, especialmente, según el artículo 47.1. c), las dirigidas a completar la averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, lo que constituyen motivos que no guardan relación alguna con el contenido de la resolución impugnada.

En cuanto a la segunda posibilidad, relativa a que se haya causado indefensión a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, igualmente, hay que manifestar

que el criterio de la Delegada Instructora -según se recoge en la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021, por la que los avales garantizados con fondos públicos emitidos por el Institut Català de Finances (en adelante, ICF) no resultan admisibles para garantizar las responsabilidades que pudieran ser establecidas como consecuencia de los hechos que han sido objeto de instrucción- por su naturaleza y contenido, resulta ajeno a cualquier merma sustancial del derecho de los recurrentes a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes en las actuaciones, lo que a su derecho consideren conveniente, por lo que no concurre indefensión, a los efectos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, según reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia en numerosas resoluciones que ha sido desarrollada en el Fundamento de Derecho Tercero anterior.

En consecuencia, no debería haber tenido cabida la pretensión de las partes recurrentes alegando, por el cauce de sus recursos del artículo 48.1 LFTCu, los diversos motivos que, a su juicio, justifican la existencia de indefensión. La finalidad de los mismos es plantear un debate jurídico para que esta Sala de Justicia, en virtud del recurso excepcional del artículo 48.1 de la LFTCu, se pronuncie respecto de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la LFTCu y, en concreto, sobre la legalidad y suficiencia de los avales concedidos por el ICF para cubrir las presuntas responsabilidades contables.

Dicha pretensión, como ha manifestado el Ministerio Fiscal en su informe de oposición a los recursos presentados, no puede ser admitida. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en doctrina constante y reiterada, por todos, Auto nº 18/2013, de 17 de septiembre (penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico Segundo), Auto nº 17/2015, de 2 de julio (Fundamento Jurídico Séptimo) y en el Auto nº 14/2018, de 30 de mayo (Fundamento Jurídico Duodécimo), ha establecido que por el cauce del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no pueden atenderse las peticiones formuladas por los recurrentes sobre las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la LFTCu, por discrepar de la resolución adoptada por el Delegado Instructor, al resultar dichas alegaciones ajenas a los motivos que la norma faculta para la interposición del recurso.

Este es el criterio que ha expresado en múltiples resoluciones la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, tal y como señala el Auto 6/2019, de 21 de junio, que afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“(...) como también viene reiteradamente señalando la Sala de Justicia, el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48 de la LFTCu.*

(...) Tampoco puede esta Sala atender a la petición subsidiaria, formulada por algunos de los recurrentes, de que las eventuales trabas cautelares se hagan sobre determinados bienes concretos que identifican, pues el contenido de las medidas de aseguramiento corresponde fijarlo, bien al Delegado Instructor por la vía del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del

Tribunal de Cuentas, bien al Consejero de Primera Instancia por la vía del artículo 67 de dicho Texto legal, no a esta Sala de Justicia por el cauce de un recurso por indefensión interpuesto contra resoluciones acordadas en fase instructora...(por todos, Auto de esta Sala 18/2013, de 17 de septiembre; o Auto de esta Sala 17/2015, de 2 de julio)."

Deberían, por tanto, haberse rechazado en el presente Auto, razonamientos que realmente, como se ha reiterado, expresan discrepancias jurídicas y fácticas de fondo, cuyo análisis no puede realizarse al amparo de este excepcional recurso, sino que su enjuiciamiento debe sustanciarse en el seno del procedimiento que, en su caso, pudiera seguirse ante el Órgano jurisdiccional contable que resulte competente para conocer de tales cuestiones, con total amplitud de los medios probatorios y del examen del derecho aplicable, en el ámbito del juicio que corresponda. Por dicha razón y de conformidad con lo expuesto, esta Consejera considera que el núcleo de la argumentación jurídica contenida en el Auto supone una infracción legal por indebida aplicación del contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 de la LFTCu.

QUINTO.- Habiendo quedado completamente señalados los criterios doctrinales que, con arreglo a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas y a las previsiones legales contenidas tanto en la LOTCu, como en la LFTCu, configuran la naturaleza, extensión y límites del recurso previsto en el artículo 48.1 de la Ley de Funcionamiento de este Tribunal, esta Consejera aprecia que la fundamentación jurídica del Auto que ahora se analiza, y con el que se discrepa, se ha apartado injustificadamente de lo que esta doctrina ha venido reiterando.

Así, tras la descripción y resumen de las alegaciones de las partes intervinientes en esta fase de recurso especial, el Auto ha dedicado sus Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, tras una somera descripción del contenido legal de la fase de actuaciones previas (descripción por otra parte incompleta, por cuanto no alude a la obligación inexcusable, según la LFTCu, del Delegado Instructor a adoptar las medidas de aseguramiento precautorias que permitan asegurar en el futuro procedimiento jurisdiccional las cantidades que pudieran constituir un alcance de los fondos públicos) a hacer una profunda e injustificada crítica del planteamiento de la Delegada Instructora, frente a la que discrepo, pues:

Según lo establecido en el apartado g) del artículo 47.1 de la LFTCu, a la Delegada Instructora le corresponde, una vez que de las actuaciones instructoras realizadas se haya concluido la existencia, de forma previa y provisional, de un alcance a los fondos públicos y se hayan determinado los presuntos responsables de los mismos, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el posible perjuicio causado a los fondos públicos se encuentre asegurado antes de que el procedimiento pase a la fase jurisdiccional. Ello se consigue, de

manera indubitada, cuando dicha medida de garantía es suficiente para hacer frente a la deuda exigida en la jurisdicción contable, con el fin de asegurar los derechos e intereses del Sector Público presuntamente menoscabados.

Del examen de la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021 cabe afirmar lo siguiente:

- La Delegada Instructora ejercitó las previsiones legales contempladas en el artículo 47 de la LFTCu.
- En la resolución impugnada, la instructora no cuestionó la legalidad o vigencia de la norma que amparaba la creación del Fondo, su ajuste a la Constitución, ni trató de declarar su nulidad o anulabilidad, ni deslegitimó la competencia legislativa de la que gozan las distintas Comunidades en el ámbito de su autonomía. Realizó un análisis de la norma autonómica vigente, que había sido convalidada por el Parlamento Catalán, interpretando jurídicamente las normas que regían los avales, habida cuenta que el artículo 47.1 g) de la LFTCu, le exige adoptar las medidas cautelares necesarias y que fueran suficientes para asegurar los derechos e intereses del sector público presuntamente menoscabados, concluyendo que dichas garantías no eran suficientes para cubrir las presuntas responsabilidades contables. El pronunciamiento de la Delegada Instructora acerca de la suficiencia o no de los avales no supuso ninguna infracción que generara indefensión material a los recurrentes, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, según se ha expuesto conforme a la reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas destacando, entre otros, los siguientes Autos: 17/2021, de 23 de junio, 30/2021 de 27 de noviembre y 23/2021, de 23 de julio, a los que se ha hecho referencia anteriormente.

No obstante, conviene reiterar que el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu no se ha previsto legalmente para dirimir meras discrepancias jurídicas de criterio entre los intervinientes en la liquidación provisional y el que mantenga el Delegado Instructor. Su resolución, es cierto, sólo podrá producirse en fase jurisdiccional, con plenos efectos de contradicción, amplitud de pruebas y del principio de tutela judicial efectiva, y no en sede de actuaciones previas, donde no rige el principio de contradicción, ni están encaminadas a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable, ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos, o sobre su calificación jurídica, que en dichas actuaciones se examinan.

Así, la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha expresado este criterio en múltiples resoluciones, entre otras, en el referido Auto 6/2019, de 21 de junio, cuyo Fundamento de Derecho Cuarto afirmaba que: *“(...) como también viene reiteradamente señalando la Sala de Justicia, el contenido de las medidas de aseguramiento está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.”*

Por tanto, procede afirmar que los recursos formulados, por pretender que la Sala de Justicia se pronuncie respecto de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 47.1 de la Ley 7/1988, resultan ajenos a los motivos que facultan para la interposición del recurso del artículo 48.1 de la misma norma. En este mismo sentido se pronunció el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición de fecha 8 de noviembre de 2021.

SEXTO.- Idéntica discrepancia, por motivos análogos, suscita en esta Consejera que firma este Voto Particular el contenido del Fundamento Jurídico Sexto, en esencia en los párrafos 49 a 58, por cuanto el criterio mayoritario, lejos de efectuar una interpretación del Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del Fondo Complementario de Riesgos de la Generalitat de Catalunya, vinculándolo al principio de preservación de los fondos públicos, evitando un posible menoscabo de los mismos, en posteriores fases jurisdiccionales plenarias, realiza una labor interpretativa sobre el fondo de la cuestión respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de los avales, conculcando, sin la debida justificación, por una parte, el criterio doctrinal reiterado de esta Sala de Justicia, según el cual, el contenido de las medidas de aseguramiento, como se ha reiterado, está excluido del objeto de conocimiento del recurso del artículo 48 de la LFTCu, tal y como también oportunamente alegó el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición a los recursos formulados y que ya ha sido expuesto en este Voto Particular (Fundamento de Derecho Cuarto).

Y, por otro lado, trastocando, con los pronunciamientos contenidos en los párrafos indicados del Auto, el régimen jurídico de las competencias de los órganos e instancias, ya que se ha pronunciado una eventual decisión por el órgano de segunda instancia sin haberse, incluso, tramitado procesalmente la primera, lo que puede suponer una intromisión en el ámbito de competencia funcional atribuido “ex lege” a los Consejeros de Cuentas como órganos, en todo caso, de la primera instancia contable, en los términos previstos en los artículos 25 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 52.1.a) y 53.1 y preceptos concordantes de la Ley de Funcionamiento, como ya se ha destacado anteriormente.

A este respecto, la fundamentación que exploya el razonamiento jurídico Sexto del Auto supone una extralimitación del ámbito del recurso del artículo 48.1 de la LFTCU, que esta Consejera quiere dejar patente. La conclusión que se alcanza en dicho Fundamento Jurídico podría servir, utilizando un símil, para resolver un hipotético recurso de apelación en segunda instancia, en sede jurisdiccional, toda vez que concluye que “(...) *De cuanto antecede, a criterio de esta Sala se ha de concluir la perfecta admisibilidad de los avales ofrecidos por los interesados, al constituir los mismos una fianza legalmente establecida.*”. Pero nunca, por sus especiales características, en sede del artículo 48.1 de la LFTCu, dado que el contenido de las medidas cautelares constituye una cuestión de fondo y, en caso de discrepancia con el dictamen del Delegado Instructor de las actuaciones previas, tal debate se debe dilucidar en la instancia

jurisdiccional oportuna como claramente se infiere del artículo 67 de la LFTCu (que no ha sido tenido en cuenta por el presente Auto) que establece: “(...) 1. Para el aseguramiento de las responsabilidades contables que pudieran decretarse en los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal, podrá solicitarse, por el Ministro Fiscal, Letrado del Estado o legal representante de la Entidad del sector público perjudicada, embargo preventivo de los bienes de los iniciados en responsabilidad contable en los casos y en la forma establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda exigírseles fianza de clase alguna para decretarlo./ 2. A los oportunos efectos, las diligencias en que se hubiere concretado provisionalmente el importe de las responsabilidades contables, a que hacen referencia los artículos 45 y 47 de esta Ley, tendrán la consideración de documento suficiente para que pueda despacharse el embargo./ 3. Si el embargo preventivo se hubiere solicitado y obtenido con anterioridad a la presentación de la demanda, su ratificación habrá de efectuarse cuando se evacue este trámite en el correspondiente procedimiento jurisdiccional o, en su caso, en el de alegaciones del Ministerio Fiscal.”

Y, debe ser en ese procedimiento jurisdiccional, donde deben resultar de aplicación las normas contenidas en los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pudiendo ser modificadas, alzadas o prestar caución sustitutoria de la mismas conforme a lo establecido en los artículos 743 y siguientes de la citada Ley procesal civil. Esta valoración jurídica ya consta expresamente reflejada en la resolución de la Delegada Instructora impugnada y esta Sala de Justicia debió ratificar dicho dictamen en el Auto.

SÉPTIMO. - Esta Consejera manifiesta una vez más, respetuosamente, su divergencia de criterio con la argumentación de los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo del presente Auto. En cuanto al primer mencionado Fundamento, que trata de establecer “(...) 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 (...)”, ya se ha explicado detalladamente en este Voto Particular el criterio discrepante de esta Consejera, que resulta coincidente con la doctrina reiterada y consolidada de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Y en cuanto a la doctrina constitucional incluida en la fundamentación de dicho apartado del Auto, referente a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva garantizándose una decisión que no sea arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, que se ha utilizado en el Auto como justificación para manifestar, con voto mayoritario, 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 jurisdiccionales (...)”, expresar mi discrepancia con respecto a la aplicación que de dicha doctrina jurisprudencial se efectúa con

respecto a este caso concreto en el Auto, pues infringe, por los motivos expuestos, el contenido del artículo 48.1 de la LFTCu, en relación con el artículo 47.1 del mismo cuerpo legal y, a su vez, se aparta de la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia, acerca de la naturaleza, el contenido y los límites que el ordenamiento jurídico contable configura para el recurso previsto en el artículo 48.1 de la LFTCu, así como el concepto de indefensión a los efectos del referido recurso excepcional y sumario.

En tal sentido, la referida infracción legal y jurisprudencial podría suponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), dado que para satisfacer el citado derecho consagrado en el citado artículo 24.1 de la CE no basta 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, aún constatada la existencia formal de 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 (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).

Además, como se acaba de razonar en los Fundamentos de Derecho anteriores, a la Delegada Instructora le corresponde, según lo establecido en el apartado g) del artículo 47.1 de la LFTCu, una vez que de las actuaciones instructoras realizadas se haya concluido la existencia, de forma previa y provisional, de un alcance a los fondos públicos y se hayan determinado los presuntos responsables de los mismos, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para que el perjuicio causado a los fondos públicos se encuentre asegurado antes de que el procedimiento pase a la fase jurisdiccional. Ello se consigue, de manera indubitada, cuando dicha medida de garantía es suficiente para hacer frente a la deuda exigida en la jurisdicción contable, con el fin de asegurar los derechos e intereses del Sector Público presuntamente menoscabados.

La finalidad de la medida cautelar es garantizar que el presunto alcance a los fondos públicos se encuentre asegurado en una futura sentencia de condena. La Delegada Instructora, ante una liquidación provisional que, de manera previa y presunta, ha detectado un posible menoscabo en los fondos públicos, que, en ese primer momento preliminar del proceso, aparece como injustificado, requiere una respuesta jurídica en garantía de la integridad del patrimonio público.

En el presente caso, al haberse concluido que existía un presunto alcance en los fondos de la Generalitat de Catalunya y habiendo sido determinados los presuntos responsables, se les requirió para que depositaran o afianzaran el importe provisional del alcance más el cálculo también provisional de los intereses, bajo apercibimiento de embargo de los bienes y, habiéndose presentado 28 avales por los presuntos responsables en garantía de la presunta responsabilidad contable declarada en la liquidación provisional, la Delegada Instructora tuvo que analizar si la norma que los amparaba, servía para que el aseguramiento de los fondos públicos fuera efectivo,

llegando a la conclusión de que la medida cautelar aportada no era suficiente para garantizar la integridad del patrimonio público. Se aprecia que la Delegada Instructora no ha realizado pronunciamiento alguno sobre la validez o eficacia de actos o resoluciones que pudieran estar reservados a la competencia del órgano jurisdiccional.

El criterio de la Instructora de inadmisión de los avales resulta ajeno a cualquier privación o merma del derecho de los recurrentes a alegar y probar en términos de igualdad con los demás intervinientes cuanto a su derecho convenga, en el posterior proceso jurisdiccional. En el presente caso, no se recurre una resolución que haya denegado la práctica de alguna diligencia concreta o que haya causado indefensión, únicos motivos, como ya se ha reiterado, del citado artículo 48.1 de la LFTCu, siendo así que el contenido de los recursos no tiene encaje en los previstos en el citado artículo 48.1 de la LFTCu.

Desde esta perspectiva resulta procedente invocar aquí la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional, que se desarrolla, entre otras, en la Sentencia 203/2004, de 16 de noviembre, en la que afirma que, puesto que el derecho a obtener una resolución de fondo que resuelva definitivamente el conflicto de intereses que motiva el proceso, se erige en el contenido primordial del derecho a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando, efectivamente, cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la CE, pero sin que, tampoco, el criterio anti formalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, F. 3; 157/1989, de 5 de octubre, F. 2; y 64/1992, de 29 de abril, F. 3).

Además, en la medida en que el Auto acuerda aceptar los avales presentados por el ICF, ello implica que se pueda ver frustrada la legítima finalidad de las medidas cautelares acordadas, que es coincidente con la de la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas reconocida en el artículo 136 de la CE, que no es otra que la tutela y protección íntegra de los fondos públicos, ya que se podría estar impidiendo la posibilidad de ejecutar la eventual sentencia que en su día pudiera dictarse contra los bienes de los presuntos responsables, lo que evidentemente no se garantiza con el Auto.

En estrecha conexión con tal aseveración anterior y como clara consecuencia de la misma conviene señalar que se podría estar dando lugar a una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del artículo 24.1 de la CE, porque deja desprotegida la acción de los legitimados activos en el proceso e, incluso, podría frustrar el derecho a la ejecución de una eventual sentencia conforme a las pretensiones ejercitadas.

OCTAVO.- Como resumen y conclusión a toda la fundamentación jurídica realizada en apartados precedentes de este Voto Particular, esta Consejera mantiene que, por todo lo expuesto, esta Sala de Justicia debería haber desestimado todos los recursos interpuestos con base en el artículo 48.1 de la LFTCu, contra la resolución dictada por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas nº 80/19, de fecha 14 de octubre de 2021, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 48.1 de la LFTCu, según la reiterada y constante doctrina de esta Sala de Justicia establecida, entre otras, en los siguientes Autos: 14/2019 de 17 de diciembre, 4/2020 de 18 de febrero, 5/2021 de 26 de febrero, 20/2021 y 23/2021, ambos de 23 de junio, 27/2021, de 22 de julio, de cuya aplicación resulta que los recursos formulados resultan todos ellos ajenos a los motivos que facultan para la interposición del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

Además, la resolución de 14 de octubre de 2021 no causa indefensión material a los recurrentes, a los efectos del recurso excepcional y sumario del artículo 48.1 de la LFTCu, según interpretación de la doctrina reiterada y constante de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, por medio de los siguientes Autos: 17/2021, de 23 de junio, 30/2021 de 27 de noviembre, destacando el Auto 23/2021, de 23 de julio, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2019, de 28 de noviembre, pues el criterio de la Delegada Instructora, recogido en la resolución recurrida de 14 de octubre de 2021, por su naturaleza y contenido, resulta ajeno a cualquier merma sustancial del derecho de los recurrentes a alegar y probar, en términos de igualdad con todos los demás intervinientes en las actuaciones, lo que a su derecho consideren conveniente, por lo que no concurre indefensión, a los efectos del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu.

En este sentido formulo este Voto Particular, en Madrid a la fecha de la firma electrónica.