

mo de Administración territorial, el local, compuesto por una multitud de entidades integradas provincialmente mediante esa cláusula.

Por último, próximos a cumplirse los 25 años de la publicación de la LRBRL y considerando el notable y reciente incremento que ha experimentado el uso de técnicas telemáticas y ofimáticas en el control externo de la actividad económico-financiera de las entidades locales, con la consecuente mejora en su intensidad y calidad; visto el devenir de la regulación del control interno en la AGE y en las Administraciones autonómicas e, incluso, de los nuevos sistemas de tutela financiera que estas últimas actualmente utilizan en relación con las integrantes del sector local; atendida la evolución normativa autonómica y la necesidad, siempre existente, de mejorar los sistemas de organización del control desde la perspectiva de eficacia y eficiencia, tal vez sea llegado el momento de actualizar el régimen del control interno en ese ámbito de la Administración. Esta actualización –desde el máximo respeto al principio de autonomía local y consecuente reconocimiento de sus facultades de autoorganización administrativa– debiera contener una estricta y completa regulación del contenido de las funciones que hoy se dicen reservadas, simplificando la organización para su prestación y los sistemas de provisión de los órganos a los que se encomiende su desarrollo, con explícita imposición de la prestación de esas funciones a las entidades que asuman la asistencia técnica de las entidades locales, y ello, sea voluntariamente a expresa petición de la entidad asistida, o impuesta a consecuencia de las notables deficiencias apreciadas en los controles externos realizados por los órganos competentes y recomendación de éstos.

Madrid a 28 de enero de 2010

El Tribunal de Cuentas, las garantías judiciales y los nuevos desafíos europeos en la protección de los derechos fundamentales

David Ordóñez Solís*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras conquistas de las actuales sociedades democráticas consistió en que la recaudación de impuestos fuese autorizada por los Parlamentos, y la misma idea de control democrática late y justifica que, vinculados a los Parlamentos representativos, se hayan creado unos Tribunales de Cuentas encargados del control del gasto público y de la ventilación de responsabilidades por la gestión del dinero público¹. Con este mismo espíritu, la Constitución española de 1978 ha erigido un Tribunal de Cuentas, que depende directamente de las Cortes Generales, al que se atribuye la fiscalización de las cuentas del Estado y el enjuiciamiento contable; y a imagen del Tribunal de Cuentas se han constituido en las Comunidades Autónomas los más diferentes órganos de control externo a los que se les encomienda la tarea de fiscalización de las cuentas autonómicas.

* Magistrado de lo Contencioso-administrativo, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial (d.ordonez@justicia.es). Agradezco a Ana Pérez Tórtola, magistrada y consejera del Tribunal de Cuentas, que me haya propuesto el desarrollo de este artículo y que me haya orientado en su elaboración.

¹ Javier Medina Guijarro: «La legitimidad de las instituciones superiores de control», REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO, vol. 7, nº 19, 2005, pp. 13-42, se refiere a la necesaria legitimación de los Tribunales de Cuentas precisamente en el ejercicio eficaz de sus funciones.

El Tribunal de Cuentas interviene mediante dos procedimientos distintos pero complementarios: por una parte, la fiscalización o el control financiero externo se lleva a cabo a través de un particularísimo procedimiento administrativo que culmina con un informe o una memoria que, en su caso, resultan respaldados por el Parlamento; en cambio, el enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas tiene todas las notas y características de un procedimiento jurisdiccional y termina con una sentencia que, en su caso, puede ser revisada por el Tribunal Supremo². Ambos procedimientos se revelan indispensables en la vida pública, pero, al mismo tiempo, el Tribunal de Cuentas no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad cuando las distintas formas de defraudación del dinero público parecen infinitas. Ahora bien y para hacer frente a estos nuevos desafíos del control financiero externo y del enjuiciamiento contable, el Tribunal de Cuentas debe tener siempre presentes los límites derivados de los derechos fundamentales.

Y es precisamente en este ámbito donde concurren y se solapan distintas instituciones en el ejercicio de las funciones fiscalizadoras y judiciales. Por una parte y en materia de fiscalización contable, el Tribunal de Cuentas español actúa al mismo tiempo que los órganos de control financiero externo de las Comunidades Autónomas y también el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea³. Y, por otra parte, en cuanto se refiere a las garantías de los derechos en materia de enjuiciamiento, el Tribunal de Cuentas forma parte de un sistema judicial encargado de garantizar los derechos fundamentales junto con el Tribunal Supremo y, desde luego, a través de los controles judiciales que podríamos calificar de extraordinarios, lo que incluye el eventual acceso en amparo al Tribunal Constitucional, el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la supervisión judicial supranacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la vista de este contexto puede afirmarse que vivimos una época que puede calificarse como «una fase crítica de discusión y redefinición de funciones y prerrogativas de control»⁴, por utilizar la expresión de Fabra Vallés al referirse a los Tribunales de Cuentas. Preten-

² José PASCUAL GARCÍA: *Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control*, 3ª ed., BOE, Madrid, 2003, pp. 615-797.

³ Antoni María CASTELLS OLIVERES: «El Tribunal de Cuentas Europeo y sus relaciones con el Tribunal de Cuentas de España», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 4, nº 12, 1, 2002, pp. 113-130.

⁴ Juan Manuel FABRA VALLÉS: «El Tribunal de Cuentas Europeo y el Tribunal de Cuentas de España», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 4, nº 12, 2, 2002, p. 20.

do, por tanto, examinar de qué modo se enfrenta el Tribunal de Cuentas español en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y de enjuiciamiento a los desafíos de la protección judicial de determinados derechos fundamentales. A tal efecto, me propongo, con carácter previo, precisar algunos aspectos referidos a la naturaleza de la fiscalización y del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, así como sus relaciones con los jueces ordinarios. Y, a continuación y a la vista de los desarrollos jurisprudenciales, fundamentalmente europeos, del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo, me limitaré al análisis de tres derechos fundamentales especialmente afectados por la evolución de la intervención del Tribunal de Cuentas: el principio de audiencia, la inviolabilidad del domicilio y la protección de datos personales y sus garantías judiciales en los procedimientos seguidos en la fiscalización y en el enjuiciamiento.

II. LAS FUNCIONES DE FISCALIZACIÓN Y DE ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

El Tribunal de Cuentas ha sido instituido en España como órgano constitucional con una doble función: por una parte, lleva a cabo la fiscalización de las cuentas públicas, es decir, realiza un control financiero externo, tarea que comparte con los órganos autonómicos de control externo y, por otra parte, se le encomienda en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción contable⁵. Ahora bien, resulta extraordina-

⁵ No obstante, se observa un intento de participación autonómica en la jurisdicción contable reservada al Tribunal de Cuentas, tal como ha señalado Luis Vacas GARCÍA-ALÓS, *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 12-16. Así, por ejemplo, en la Ley vasca 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas se prevé, en su artículo 3.1, que el Tribunal autonómico pueda «instruir procedimientos jurisdiccionales encaminados al enjuiciamiento de responsabilidades contables en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos por delegación del Tribunal de Cuentas. Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable ante el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, quien dará cuenta de su ejercicio al Tribunal de Cuentas mediante el traslado de la correspondiente denuncia y solicitará para sí la correspondiente delegación para el cumplimiento de su función jurisdiccional, de conformidad con el inciso anterior. A partir de la iniciación del procedimiento de enjuiciamiento de responsabilidades contables, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas podrá adoptar cuantas medidas precautorias considere oportunas para salvaguardar y proteger los bienes, caudales y efectos públicos, o para garantizar el cumplimiento, por el presunto responsable, de la resolución que, en su caso, le declare incurso en responsabilidad». Con el mismo espíritu, el artículo 80.3 del nuevo Estatuto catalán de 2006 dispone: «La Sindicatura de Cuentas y el Tribunal de Cuentas deben establecer sus relaciones de cooperación mediante convenio. En este convenio deben establecerse los mecanismos

riamente importante subrayar que estas dos funciones, de fiscalización y de enjuiciamiento, aun cuando estén separadas, son complementarias⁶.

1. La distinta naturaleza de la fiscalización y de la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas lleva a cabo estas dos funciones de acuerdo con su propia regulación legal, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu) y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu). Y a la vista de tal régimen se puede apreciar, en términos generales, que la fiscalización constituye propiamente un procedimiento administrativo, mientras que el enjuiciamiento contable se lleva a cabo a través de un verdadero procedimiento judicial⁷. Así se deduce claramente del tenor de la Disposición Final 2ª LOTCu conforme a la cual «la Ley de Procedimiento Administrativo será supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores»; mientras que, a continuación, la referida previsión legal dispone: «Para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamien-

de participación en los procedimientos jurisdiccionales sobre responsabilidad contable»; véase, por ejemplo, el estudio de José María GORORDO, «El Tribunal de Cuentas del Estado español y los órganos autonómicos de control externo en las previsiones constitucionales, estatutarias y/o legales de las Comunidades Autónomas», *Auditoría Pública*, nº 45, 2008, pp. 15-28, donde propone: «El modelo actual de competencias y relaciones entre el Tribunal de Cuentas del Estado y los demás órganos de control de las Comunidades Autónomas debe revisarse desde el respeto al modelo foral de los territorios históricos (Comunidad Autónoma del País Vasco y Navarra), reconocido y amparado por la propia Constitución en la Disposición adicional 1ª y desde la toma en consideración del actual proceso de reformas estatutarias, lo que debe conducir a una revisión o, en todo caso, a una relectura o nueva interpretación del artículo 136 y del artículo 153.d), ambos de la Constitución, y a una ineludible modificación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas para adecuar la obsoleta regulación a la compleja y asimétrica nueva realidad jurídico-política.»

⁶ PÉREZ TÓRTOLA, Ana: «Perspectivas del Enjuiciamiento contable en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 5, nº 15, 2003, p. 72; en el mismo sentido, SALA SÁNCHEZ, Pascual: «Poder Judicial y Tribunal de Cuentas», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 4, nº 12, 2, 2002, p. 136, señala: «El Tribunal de Cuentas ha de depurar las responsabilidades contables que se deduzcan de las cuentas que han de rendir todos aquellos que manejen caudales o efectos públicos, sencillamente porque lo necesita para la aprobación de las mismas o, en términos más sencillos, para que dichas cuentas le cuadren.»

⁷ VEGA BLÁZQUEZ, Pedro de: «La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España», *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 1, 1999, pp. 215-240.

to, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación.»

Esta doble regulación y la diferente intensidad con que el Tribunal de Cuentas ejerce sus competencias han sido corroboradas por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional constata que el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, dada la existencia de órganos autonómicos de control externo; es único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable, al atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra sus resoluciones; y constituye una jurisdicción propia, de acuerdo con el artículo 136 de la Constitución, siendo el juez predeterminado por la Ley para el enjuiciamiento contable, lo que no contradice lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución⁸.

Esta constatación permite apuntar que cuando nos refferamos a las garantías judiciales de los derechos fundamentales, en los supuestos de enjuiciamiento el propio Tribunal de Cuentas actúa como juez, por lo que solo a él le corresponde la garantía judicial de los derechos fundamentales y sin perjuicio, como es obvio, de los controles también judiciales establecidos, en particular el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero también el eventual recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional si los derechos afectados son susceptibles de amparo. En cambio, cuando el Tribunal de Cuentas actúa de fiscalizador, mediante un procedimiento administrativo, no despliega todos los efectos que, en principio, se atribuyen a un juez y, en su caso, sin perjuicio de su competencia exclusiva en materia de fiscalización de las cuentas, podría requerir la intervención y la garantía judicial.

En España la fiscalización del Tribunal de Cuentas tiene una naturaleza administrativa, y este control financiero externo consiste, según el artículo 9.1 LOTCu, en el «sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía»; y se realiza mediante «informes o memorias ordinarias o extraordinarias y de mociones o notas que se elevarán a las Cortes Generales y se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*». La fiscalización se realiza mediante un procedimiento especial esta-

⁸ TC (Pleno), Sentencia nº 187/1988, de 17 de octubre (ponente: Begué Cantón); TC (Pleno), Sentencia nº 18/1991, de 31 de enero (ponente: López Guerra), y TC (Sala 2ª), Sentencia nº 215/2000, de 18 de septiembre (ponente: González Campos, FJ 7).

blecido legalmente que, no obstante, remite a la aplicación supletoria del régimen general del procedimiento administrativo⁹.

Por otra parte, el enjuiciamiento contable, de acuerdo con el artículo 15 LOTCu, «se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos». El Tribunal Constitucional ha confirmado que el ejercicio de la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable, que emparenta con la exigencia de una especie de responsabilidad civil, debe quedar sometida a las garantías constitucionales del proceso: «Esto es, las derivadas del artículo 24 CE, así como de otros preceptos constitucionales, entre ellas las de independencia e inamovilidad de quienes ejercen la función jurisdiccional, como expresamente establece el artículo 136.3 CE respecto a los miembros del órgano aquí considerado. De suerte que el ejercicio de la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable por el Tribunal de Cuentas no es en sí mismo contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), pues es la propia Constitución la que permite la atribución de funciones jurisdiccionales a dicho órgano»¹⁰.

La jurisdicción contable se inserta, también por disposición legal, en la jurisdicción contencioso-administrativa¹¹. De este modo, cuando la contienda competencial se produce entre el Tribunal de Cuentas y un Tribunal Contencioso-Administrativo no se trata de un conflicto de jurisdicción, sino de una mera cuestión de competencia planteada entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional; por ejemplo, el inmediato superior común de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y de la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, competente para conocer de los recursos de casación interpuestos indistintamente contra las resoluciones de aquellas dos Salas¹².

⁹ El tenor del artículo 32.1 LFTCu es el siguiente: «La tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, a excepción de las que determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44.3 de la presente Ley.»

¹⁰ TC (Sala 2ª), Sentencia nº 215/2000, de 18 de septiembre (ponente: González Campos, FJ 6).

¹¹ El artículo 31.2 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, dispone: «A los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia [...] los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.»

¹² TS (Tribunal de Conflictos de Jurisdicción), auto de 25 de enero de 2006 (recurso nº 9/2005, ponente: Campos Sánchez-Bordona); en este caso el Tribunal no

Por lo que se refiere a los conflictos con otras jurisdicciones, tanto la regulación legal como la jurisprudencia contencioso-administrativa y penal consideran que son compatibles¹³.

Desde la perspectiva penal, el Tribunal Supremo ha constatado que no existe incompatibilidad alguna entre ambas jurisdicciones, la penal y la contable, y, por tanto, para que los órganos encargados del enjuiciamiento de un presunto delito conozcan al mismo tiempo que los órganos de la jurisdicción contable de esos mismos hechos y, en particular, comprueba: «No han de coincidir necesariamente las cifras del alcance y las que señale el fallo penal. El alcance es concepto mucho más amplio que el de malversación. Aquel incluye algunas partidas (recargos de apremio, premios de cobranza, etc.), que no se tienen en cuenta en la malversación»¹⁴.

Desde el punto de vista de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo también ha establecido: «La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, de tal modo que cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia»¹⁵. A juicio del Tribunal Supremo, la compatibilidad deriva «de la dualidad del procedimiento administrativo sancionador y del procedimiento de reintegro, del mismo modo que lo es la potestad disciplinaria y la jurisdicción contable o la actuación de la jurisdicción penal y la jurisdicción contable [...] al ostentar categorías jurídicas distintas y bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza. Se contempla el mismo hecho desde diferentes perspectivas, sin que por ello padezca el principio *non bis in idem* [...]. Se pone así de relieve el carácter meramente indemnizatorio o resarcitorio de la responsabilidad contable»¹⁶. Y en el mismo sentido profundiza el Tribunal Supremo repitiendo la razón de esta compatibilidad: «La responsabilidad contable, dirigida a la indemnización de los daños y perjuicios causados al erario público, por los gestores de fondos pú-

tuvo por formalizado el conflicto de jurisdicción y remitió las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

¹³ El artículo 18.2 LOTCu establece: «La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal.»

¹⁴ TS (Sala 2ª), Sentencia nº 172/2006, de 22 de febrero (recurso nº 186/04, ponente: Ramos Gancedo, FJ 6).

¹⁵ TS (Sala 3ª, Sección 2ª), Sentencia de 2 de julio de 2004 (recurso nº 8924/1999, ponente: Gota Losada, FJ 3).

¹⁶ TS (Sala 3ª, Sección 4ª), Sentencia de 2 de noviembre de 2005 (recurso nº 677/2003, ponente: Pico Lorenzo, FJ 6).

blicos o perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público [...] no tiene carácter sancionador, sino meramente patrimonial, razón por la que resulta compatible con la potestad disciplinaria y con la jurisdicción penal»¹⁷.

2. El control judicial de la actuación del Tribunal de Cuentas

La interacción de estas perspectivas horizontal y vertical entre los distintos niveles de fiscalización (por ejemplo, en España el nivel autonómico –los órganos de control externo–, el nivel estatal –el Tribunal de Cuentas español– y el nivel europeo –el Tribunal de Cuentas europeo–) y de jurisdicción (nacional, encomendado al Tribunal de Cuentas y bajo el control del Tribunal Supremo, comunitaria europea –el Tribunal de Justicia desde Luxemburgo– y europea –el Tribunal Europeo de Estrasburgo–) se está produciendo como consecuencia del particular sistema de gestión de los fondos europeos que proceden del Presupuesto europeo, que requieren en la mayoría de los casos cofinanciación nacional y que en su canalización implican a las Administraciones comunitaria europea –la Comisión Europea– y nacionales, en España la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas y locales¹⁸.

Y al mismo tiempo que se produce este solapamiento entre instituciones de fiscalización y de enjuiciamiento, los textos constitucionales que consagran los derechos fundamentales se multiplican y se aplican a la vez a quienes en los distintos niveles de gobierno tienen encomendada la gestión de un dinero público, cuyo origen puede ser europeo, estatal, regional o local. De este modo, a las Constituciones nacionales debe añadirse el Convenio Europeo de Derechos Humanos, interpretado por Tribunal de Estrasburgo; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la versión vigente adoptada en diciembre de 2007 en Estrasburgo y en vigor al mismo tiempo que el Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹; sin descartar que en algunos Estados con vocación federal, como podría ser paradigmáticamente España, también se consagren derechos funda-

¹⁷ TS (Sala 3ª, Sección 2ª), Sentencia de 31 de enero de 2007 (recurso nº 5594/2001, ponente: Martín Timón, FJ 3).

¹⁸ Véase, por ejemplo, mi libro *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

¹⁹ Celsa PICO LORENZO, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2009, pp. 21-35.

mentales autonómicos; ciertamente en ambos casos bajo la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo²⁰.

La garantía judicial de los derechos fundamentales es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, incluido, desde luego, el enjuiciamiento contable; sin embargo, presenta problemas particulares en relación con la fiscalización que, por definición, escapa al control judicial. En este sentido, el obstáculo más relevante de la justiciabilidad de las intervenciones del Tribunal de Cuentas en su labor de fiscalización está vinculado a la falta de actos impugnables propiamente dichos, dado que la producción característica del Tribunal de Cuentas son informes desprovistos, *prima facie*, de efectos jurídicos. De este modo y frente a tales informes no cabría, al menos desde el punto de vista tradicional, aplicar las garantías judiciales, por ejemplo, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, resulta significativa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su doctrina distingue claramente entre el recurso de anulación y el recurso de indemnización, establecidos como vías autónomas por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y ahora por el vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Esta jurisprudencia se ha desarrollado como consecuencia del control jurisdiccional de las tareas de fiscalización del Tribunal de Cuentas europeo y se reproduce, prácticamente en los mismos términos, respecto del control realizado por un órgano administrativo creado en 1999 por la Comisión Europea, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

Así, se ha planteado ante el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea la cuestión relativa a la impugnación de los actos de la OLAF, que, en principio, es inadmisibles pero no así una eventual reclamación de responsabilidad por daños y perjuicio. En este sentido es paradigmática la Sentencia de 6 de abril de 2006, Camós Grau/Comisión, que resuelve la reclamación de un eurofuncionario para que se anulase un informe de la OLAF sobre su participación en el IRELA, un Instituto creado por la Comisión Europea, y para que le indemnizase por los daños sufridos como consecuencia de la investigación llevada a cabo por la Comisión Europea²¹.

²⁰ ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección judicial de los derechos fundamentales», *Noticias de la Unión Europea*, nº 291, abril de 2009, pp. 5-29.

²¹ TPICE, Sentencia de 6 de abril de 2006, Camós Grau/Comisión (T-309/03, Rec. p. II-1173).

Por una parte, el Tribunal de Primera Instancia considera que el recurso de anulación dirigido contra el informe de la OLAF, es decir, contra «un documento desprovisto de efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar los intereses del demandante por modificar, de forma sustancial, la situación jurídica de este», es inadmisibile (apartado 58). Sin embargo y respecto de la pretensión de responsabilidad extracontractual frente a la OLAF, el Tribunal de Primera Instancia, apoyándose expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, que luego comentaré, advierte: «Cuando los justiciables que a causa de los requisitos de admisibilidad [...] no pueden impugnar directamente determinados actos o medidas comunitarias, tienen, sin embargo, la posibilidad de recurrir un comportamiento que no tiene carácter de decisión, y que por ello no puede ser objeto de un recurso de anulación, *mediante la interposición de un recurso por responsabilidad extracontractual si dicho comportamiento puede comprometer la responsabilidad de la Comunidad, y en el marco de ese recurso por responsabilidad los justiciables tienen la facultad de invocar las ilegalidades cometidas en la elaboración y adopción de un informe administrativo, aunque este no sea una decisión que afecte directamente a los derechos de las personas que en él se mencionan*» (apartado 78).

A tal efecto, el Tribunal de Primera Instancia constató que la OLAF había actuado en violación grave y manifiesta del principio de imparcialidad y condenó a la Comisión Europea a pagar una indemnización de 10.000 euros.

Por lo que se refiere a la justiciabilidad de la actuación del Tribunal de Cuentas, en el Derecho español la diferencia entre los ámbitos de la fiscalización y del enjuiciamiento es notable.

Por lo que se refiere al enjuiciamiento, el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de la jurisdicción contable actúa como un juez que está sometido a los recursos, en este caso el recurso de casación ante el Tribunal Supremo y, eventualmente, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Asimismo y para el caso de que deba aplicarse Derecho de la Unión Europea, tanto el Tribunal de Cuentas como los jueces ordinarios o incluso el Tribunal Constitucional pueden utilizar el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En fin, el enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas queda sometido a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la interpretación que del mismo haga el Tribunal Europeo de Estrasburgo.

Del mismo modo, existe una vía de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Tribunal de Cuentas por el ejercicio de funciones

jurisdiccionales que, sea cual sea el procedimiento legalmente establecido, debe acomodarse a lo establecido por el artículo 121 de la Constitución, conforme al cual: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la ley.» Pues bien, y tratándose del enjuiciamiento contable por el Tribunal de Cuentas, parece claro que la exigencia de responsabilidad por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debería seguir el procedimiento previsto en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²².

Y por lo que se refiere a la justiciabilidad de las tareas de fiscalización del Tribunal de Cuentas y, prácticamente en los mismos términos, de los órganos autonómicos de control externo, no podría descartarse, haciéndose efectiva a través de un procedimiento de reclamación de responsabilidad extracontractual.

En este sentido, y tal como ha explicado Vacas García-Alós, el control jurisdiccional también afectaría a la misma actividad fisca-

²² Véase, a tal efecto, la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, en este caso respecto del Defensor del Pueblo, en la sentencia nº 7515/2009, de 27 de noviembre (Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso nº 603/2007, ponente: Huelin Martínez de Velasco), conforme a la cual: «la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (art. 103.1 de la Constitución), como son las Administraciones Públicas, que la que pueda emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (art. 66 de la Constitución), con una gran libertad de configuración, sin más límites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía; de igual modo ha de responder a pautas propias el diseño de la responsabilidad de un poder disperso como el judicial, sustentado en la independencia de sus miembros para garantía de los justiciables y en su exclusivo y total sometimiento a la ley, empezando por la primera de ellas, la Constitución (art. 117.1 de la misma), y que constituye un pilar central en la realización de la seguridad jurídica, consagrado también como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Carta Magna [...] aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución» (FJ 4). Para el debate doctrinal remito al planteamiento y a las referencias de Juan Pedro QUINTANA Carretero: «Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado juez», en *La responsabilidad personal del juez*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 153-2008, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 466-468.

lizadora del Tribunal de Cuentas y, por extensión, a la fiscalización de los órganos autonómicos de control externo; y lo ha reiterado en sus conclusiones señalando que, aun cuando la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas es ajena al control jurisdiccional, «en términos de garantías constitucionales y de adecuada operatividad práctica de los mandatos contenidos en los artículos 24 y 106 de la CE, a fin de lograr un aceptable nivel de efectividad de la tutela judicial y de evitar zonas exentas de control formal de la legalidad procedimental, sí cabe propugnar la existencia de un control contencioso-administrativo, residenciado en la Sala Tercera del propio TS, con respecto a los elementos formales del procedimiento de fiscalización»²³.

Ahora bien y reiterando las consideraciones sobre la responsabilidad por error judicial y por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, debería determinarse si la fiscalización del Tribunal de Cuentas puede tratarse a todos los efectos como el ejercicio de meras funciones administrativas y sometida, en consecuencia, a lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley de procedimiento administrativo común²⁴. Ciertamente, el problema radica en el procedimiento a seguir y en el órgano del Estado encargado de resolver la reclamación, pero no hay duda de que su resolu-

²³ Luis VACAS GARCÍA-ALÓS: *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, ob. cit., pp. 121-130 y p. 215.

²⁴ En la sentencia nº 7515/2009, de 27 de noviembre, antes citada, el magistrado Díez-Picazo Giménez firma, junto con otros cuatro magistrados, un voto particular en el que se precisa: «En ausencia de una norma que expresamente regule la responsabilidad patrimonial por actos u omisiones de los órganos constitucionales, esta deba configurarse jurisprudencialmente sobre el modelo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (art. 106 CE) y no sobre el modelo, mucho más cualificado y restrictivo, de la responsabilidad patrimonial por error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121 CE). En otras palabras, el constituyente ha querido que las lesiones derivadas de actos u omisiones del Poder Judicial sean indemnizables solo en circunstancias graves y claramente indicativas de la existencia de culpa, mientras que para la Administración Pública no rige constitucionalmente este límite y normalmente su responsabilidad es objetiva. La razón de esta diferencia radica seguramente en la consciencia del carácter particularmente sensible y delicado de la potestad jurisdiccional, cuyo correcto ejercicio se vería seriamente obstaculizado si se admitiera el derecho a indemnización fuera de supuestos claramente culposos. Pues bien, siendo esto así, es razonable pensar que el ejercicio de las funciones propias del Parlamento y de otros órganos constitucionales merecería, cuanto menos, una deferencia semejante a la que se reconoce al ejercicio de la potestad jurisdiccional.»

ción final correspondería controlarla a los jueces de lo contencioso-administrativo²⁵.

En suma, la garantía judicial de la intervención del Tribunal de Cuentas resulta consustancial a sus funciones de enjuiciamiento, pero no puede excluirse, aunque adaptada a su peculiar naturaleza jurídica, en la intervención derivada del ejercicio de sus funciones de fiscalización. Las consecuencias de este principio se pueden observar respecto de los tres derechos fundamentales en juego que a continuación se analizan.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES A LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS: AUDIENCIA, INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y PROTECCIÓN DE DATOS

Que el Tribunal de Cuentas de España está obligado a respetar los derechos fundamentales no es ninguna novedad doctrinal ni jurisprudencial; sin embargo, no se ha insistido suficientemente en que determinados derechos fundamentales pueden constituir un límite efectivo a las intervenciones renovadas y más eficaces del Tribunal de Cuentas. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, ofrece algunos ejemplos de cómo pueden invocarse con plena efectividad frente al desarrollo de las funciones, sean de fiscalización o de enjuiciamiento, del Tribunal de Cuentas, el derecho de audiencia, la autorización judicial de entrada en domicilio para la ejecución de actos administrativos o, en fin, la protección de datos personales.

1. El derecho de audiencia en los procedimientos del Tribunal de Cuentas

El objetivo del Tribunal de Cuentas al desarrollar sus tareas de fiscalización y de enjuiciamiento es aplicar un apropiado control contable, que se manifiesta mediante informes de control financiero ex-

²⁵ No obstante, todo parece apuntar a que la solución procedimental más apropiada, *mutatis mutandis*, sería la contenida en el artículo 139.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, añadido en 2009, conforme al cual: «El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado»; correspondiendo, en consecuencia, el control judicial al Tribunal Supremo.

terno o a través de resoluciones judiciales declarando la responsabilidad contable. Esta es la razón de que tales procedimientos tengan un carácter inquisitivo y supongan la implicación de personas bien determinadas que por el hecho de ser sometidas al control del Tribunal de Cuentas no dejan de estar amparadas por un derecho fundamental de todo procedimiento, el derecho de audiencia, y por el derecho fundamental a la presunción de inocencia aun cuando la naturaleza del procedimiento de rendición de cuentas no tenga carácter propiamente sancionador o disciplinario, sino resarcitorio o patrimonial. Me propongo examinar los desarrollos jurisprudenciales en los Tribunales de la Unión Europea y de Estrasburgo para, luego, considerar la situación del Tribunal de Cuentas español.

El derecho fundamental de audiencia en todo procedimiento, sea administrativo o jurisdiccional, constituye una de las bases del Estado de Derecho. Los Tribunales europeos han desarrollado este principio, vinculándolo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hasta límites insospechados que, finalmente, han afectado también y de manera directa al funcionamiento de los Tribunales de Cuentas, particularmente a la hora de ejercer su función de fiscalización o de control externo de las cuentas. Del mismo modo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia constituye la clave de bóveda del Derecho penal y, por extensión, del derecho disciplinario.

Por lo que se refiere a los principios o derechos fundamentales aplicables en el procedimiento administrativo, se observa un proceso de retroalimentación entre las jurisprudencias del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de la Unión Europea en relación con el desarrollo de las funciones por parte de los Tribunales de Cuentas. Análisis a continuación cuatro Sentencias: una del Tribunal de Justicia, dos Sentencias del Tribunal de Estrasburgo y otra más del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, referidas al principio de audiencia aplicado en los procedimientos de fiscalización de naturaleza administrativa.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, es particularmente elocuente al aportar una perspectiva trascendental para el ejercicio de la función de fiscalización de los Tribunales de Cuentas, en este caso respecto de la fiscalización llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea²⁶.

²⁶ TJCE, Sentencia de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas* (C-315/99 P, *Rec.* p. I-5281).

La Sentencia del Tribunal de Justicia resuelve un recurso de casación formulado contra una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, que desestimaba la reclamación de indemnización por los daños sufridos por la empresa Ismeri Europa y que atribuía al Tribunal de Cuentas europeo como consecuencia de las críticas de que había sido objeto en un informe especial relativo a los programas Med.

Aun cuando el Tribunal de Justicia desestima el recurso y la reclamación de responsabilidad formulados contra la Comisión Europea, aporta una serie de matizaciones del máximo interés sobre el procedimiento de fiscalización y la aplicación del principio de audiencia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia subraya las particularidades del procedimiento de fiscalización del Tribunal de Cuentas sin que, a su juicio, ofrezcan objeciones desde el punto de vista de su legalidad o constitucionalidad²⁷. Sin embargo, y respecto del caso concreto, llega a esta conclusión: «Aunque la adopción y la publicación de los informes del Tribunal de Cuentas no son decisiones que afecten directamente a los derechos de las personas que se mencionan en ellos, las consecuencias que pueden tener para estas son tales que los interesados deben tener la oportunidad de formular observaciones sobre los puntos de los mencionados informes en que se los mencione nominalmente antes de su adopción definitiva» (apartado 29).

Y esta es la razón por la que el Tribunal de Justicia constata que, al no dar el Tribunal de Cuentas la oportunidad a Ismeri de expresar su punto de vista sobre los pasajes que la afectaban y que tenía la intención de incluir en su informe, en el procedimiento de adopción de dicho informe se vulneró el principio de contradicción (apartado 30). Ahora bien, en el caso concreto el Tribunal de Justicia puntualizó: «La ilegalidad cometida no pudo influir sobre el contenido del informe n. 1/96 y que, en consecuencia, no existe ninguna relación de causalidad entre el hecho de no haber dado audiencia con carácter previo a Ismeri y el perjuicio que esta afirma haber sufrido como consecuencia de la publicación de dicho informe» (apartado 34).

²⁷ Así lo puntualiza el Tribunal de Justicia: «Procede señalar que las disposiciones que regulan el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas no le obligan a comunicar sus proyectos de informe a terceros en las mismas condiciones en que los comunica a las instituciones comunitarias, ni a publicar tras sus informes las respuestas de los interesados. En efecto, el objeto del procedimiento previsto en los artículos 188 C, apartado 4, del Tratado CE (actualmente artículo 248 CE, apartado 4, tras su modificación) y 206 del Tratado es contribuir a la mejora de la gestión financiera de la Comunidad mediante la transmisión de los informes a las instituciones y la preparación de sus respuestas. Ahora bien, invitar a terceros a participar en dicho procedimiento no contribuiría a alcanzar el objetivo perseguido» (apartado 27).

Este enfoque jurisprudencial coincide con el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha tenido ocasión de examinar, por ejemplo en su Sentencia de 12 de abril de 2006, *Martinie c. Francia*, la aplicación del principio de audiencia y de imparcialidad en el enjuiciamiento contable llevado a cabo en Francia²⁸.

En este supuesto el problema jurídico afectaba al diseño institucional francés, por lo demás muy similar al español, del control de cuentas. El Tribunal regional de Cuentas de Aquitania había declarado la responsabilidad contable de un funcionario de un instituto de educación de Bayona respecto de una suma considerable de gastos que no habían sido aprobados por el consejo de administración. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Cuentas de la República y, en último término, por el Consejo de Estado. Sin embargo, el funcionario enjuiciado denunciaba que no se le hubiese permitido comparecer ni presentar observaciones ante las distintas instancias de enjuiciamiento de cuentas a pesar de que sí lo había hecho el *rapporteur* y el *contre-rapporteur*. A juicio del Tribunal Europeo de Estrasburgo, y al no tener el recurrente la posibilidad de solicitar la celebración de una audiencia pública ante el Tribunal de Cuentas, se produjo una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es importante precisar, en primer lugar, que el Tribunal Europeo constató las particularidades de los procedimientos de fiscalización y de enjuiciamiento contable al señalar: «El Tribunal no duda de que la fiscalización de las cuentas que deben rendir los contables públicos y de los documentos justificativos relativos a cada partida de gastos y de las deudas que no han sido cobradas es un ejercicio de gran dificultad técnica.» Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo acepta que sea en principio mejor tratarlo por escrito que oralmente dado que realizar todas las audiencias en público resultaría muy costoso para la comunidad. Así pues, «el Tribunal considera que, en tanto que el procedimiento se limite al control de cuentas, el artículo 6.1, en la medida en que sea aplicable, no prohíbe que se celebren audiencias privadas y que se establezca como un principio absoluto.»

Sin embargo, la matización que a continuación hace el Tribunal Europeo resulta decisiva al exigir que, al menos en fase de apelación, quepa la audiencia pública por estas razones: «El enjuiciamiento contable puede conducir en primera instancia a una declaración de responsabilidad por alcance respecto del contable público; en la medida en que su

²⁸ TEDH (Gran Sala), Sentencia de 12 de abril de 2006 *Martinie c. Francia* (recurso nº 58675/00).

posición financiera es de este modo directa y, quizá, significativamente, afectada es comprensible que, enfrentado a esta eventualidad, el contable en cuestión considere el control público de sus cuentas como una condición necesaria para la protección de los derechos en los que podría fundarse, al menos en fase de apelación» (apartado 43).

Vinculado al principio de imparcialidad de los Tribunales, incluidos los que ejercen funciones de enjuiciamiento contable, el Tribunal Europeo, en la Sentencia de 10 de mayo de 2007, Tedesco c. Francia, constata la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo debido a la presencia tanto del *rapporteur* como del *commissaire du gouvernement* en la deliberación de la Cámara Regional de Cuentas. El Tribunal de Estrasburgo reitera: «El procedimiento ante las jurisdicciones financieras supone especificidades que lo hacen un poco complejo. Esta circunstancia, sin embargo, no permite mantener por sí sola una explicación convincente de los retrasos de los procedimientos litigiosos ni cabe sostener que el recurrente obtenga beneficios de esta especificidad para justificarlos. A estos efectos, el Tribunal recuerda que el artículo 6 del Convenio se aplica a todas las fases del procedimiento, incluida la fase de instrucción que conduce a una decisión provisional de declaración de la gestión real dictada por la Cámara Regional de Cuentas que el Gobierno califica como fase administrativa»²⁹.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha dictado la Sentencia de 8 de julio de 2008, Yves Franchet y Daniel Byk/Comisión, que puede aplicarse, *mutatis mutandis*, a la misma intervención de los Tribunales de Cuentas en relación con el principio de presunción de inocencia y de confidencialidad³⁰.

Con esta Sentencia el Tribunal de Primera Instancia da respuesta a un recurso de indemnización interpuesto por dos eurofuncionarios de la Oficina estadística (Eurostat) que fueron objeto de investigaciones llevadas a cabo por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude de la Comisión Europea (OLAF) y que reclamaban una indemnización de un millón de euros por las irregularidades cometidas en la investigación. Finalmente, el Tribunal de Primera Instancia estima parcialmente el recurso de indemnización, y del millón solicitado reconoce únicamente 56.000 euros.

En la sentencia el Tribunal de Primera Instancia constató que la OLAF, a la hora de realizar una investigación interna sobre el compor-

²⁹ TEDH, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Tedesco c. Francia (recurso nº 11950/02, apartado 78).

³⁰ TPICE, Sentencia de 8 de julio de 2008, Franchet y Byk/Comisión (T-48/05, Rec. p. II-1585).

tamiento de los funcionarios de Eurostat, cometió varias faltas imputables a la Comisión Europea, que consistieron en transmitir información a las autoridades judiciales luxemburguesas y francesas sin haber oído a los demandantes y a su Comité de Vigilancia; en cuanto filtraron a la prensa información sobre la transmisión de un expediente a las autoridades judiciales francesas, y al publicar un comunicado de prensa, al pronunciar el Presidente de la Comisión un discurso en que implicaba a los funcionarios reclamantes y al incoar los procedimientos disciplinarios antes de que concluyesen las investigaciones.

En este caso, el Tribunal de Primera Instancia, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa al principio de presunción de inocencia y a la libertad de expresión, argumenta que aun cuando las autoridades pueden informar al público sobre investigaciones penales en curso deben hacerlo con toda la discreción y toda la reserva que requiere el respeto de la presunción de inocencia. Asimismo, la obligación de confidencialidad y el principio de buena administración exigen que la Administración, por una parte, evite dar a la prensa informaciones sobre un procedimiento disciplinario que pudieran perjudicar al funcionario de que se trate y, por otra, debe adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, en el seno de la institución, toda difusión de informaciones que pudieran resultar difamatorias para aquel» (apartado 214). En definitiva, el Tribunal comunitario comprobó que, si bien no puede impedirse a las instituciones que informen al público sobre investigaciones en curso, «no puede considerarse que la Comisión lo haya hecho con toda la discreción y toda la reserva requeridas, respetando el justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los de la institución. En efecto, con la publicidad que decidió dar al asunto Eurostat, al asociar a los demandantes con las malversaciones, no se mantuvo dentro de los límites de lo que estaba justificado por el interés del servicio» (apartado 311).

Esta sensibilidad a las garantías del procedimiento se aprecia en la legislación española referida a la fiscalización y, desde luego, en cuanto al enjuiciamiento respecta. Las consecuencias del trámite de audiencia son particularmente importantes, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de junio de 2007, donde se determinó que correspondía al Pleno del Ayuntamiento y no a otro órgano municipal el ejercicio del derecho de audiencia en un procedimiento de fiscalización del Tribunal de Cuentas³¹. En

³¹ TS (Sala 3ª, Sección 7ª), Sentencia de 4 de junio de 2007 (recurso nº 3505/2002, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, FJ 5).

cambio, y por lo que se refiere al derecho de presunción de inocencia, ha de recordarse una vez más que su aplicación debe tener en cuenta el carácter resarcitorio o patrimonial, compatible con los procedimientos disciplinarios y penales de naturaleza claramente sancionadora.

Por lo que se refiere a la aplicación en el ámbito de la fiscalización del principio de audiencia, el artículo 44 LFTCu exige que, una vez tramitados por el Tribunal los procedimientos de fiscalización, tanto si deben ser integrados en las Memorias, Informes anuales o Memoria extraordinaria, e inmediatamente antes de que por el Departamento correspondiente del Tribunal se redacte el oportuno proyecto de Informe, «se pondrán de manifiesto las actuaciones practicadas a los responsables del sector o subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas». La audiencia tiene un plazo no superior a treinta días, pero prorrogable, pudiendo hacer alegaciones y presentar documentos y justificaciones. Contra la omisión del trámite de audiencia cabe recurso ante el Pleno del Tribunal, sin posibilidad de posterior recurso y con independencia de lo que sobre tal omisión pueda acordar la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

La fiscalización del Tribunal de Cuentas –y por extensión de los órganos de control financiero externo autonómicos–, tal como ha explicado Vacas García-Alós, sería susceptible de control jurisdiccional, en este caso por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ampararía «una supuesta omisión del trámite de audiencia en el curso de dicho procedimiento [de fiscalización] o en la adopción de medidas imperativas por la eventual ausencia de rendición de cuentas»³².

Por lo que se refiere al enjuiciamiento, el principio de audiencia queda constitucional y legalmente asegurado. No obstante, debe subrayarse el distinto alcance del enjuiciamiento según las materias y el hecho de que se haya establecido una tramitación procedimental diferente –fundamentalmente, el juicio de las cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance–³³. Por esa razón, el principio de

³² Luis VACAS GARCÍA-ALÓS: *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, ob. cit., p. 121.

³³ Así lo explica el preámbulo de la LFTCu: «Distingue la Ley, en punto a estos procedimientos judiciales, entre los supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance de caudales y efectos públicos y aquellos otros que únicamente pretenden dilucidar pretensiones fundadas en este concreto caso. La razón de la separación es clara: mientras que el alcance supone la existencia de un saldo negativo e injustificado de una cuenta, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación

audiencia actúa respecto de cualquier intervención, fiscalizadora o de enjuiciamiento, del Tribunal de Cuentas, aunque, ciertamente y dada su naturaleza y su finalidad, con diferente intensidad.

2. La garantía de la inviolabilidad del domicilio y la intervención del Tribunal de Cuentas

El segundo ámbito que resulta a título prospectivo de interés para comprobar la aplicación de las garantías judiciales en la intervención del Tribunal de Cuentas está vinculado a la entrada en domicilio y a la necesidad, a falta de consentimiento del titular, de autorización judicial. Esta perspectiva se proyecta en el ámbito de actuación del Tribunal de Cuentas por la importancia que en la actuación ilícita están adquiriendo modernas técnicas y nuevas tecnologías que requieren una actuación más activa de los distintos poderes públicos y, en particular, del Tribunal de Cuentas.

El punto de partida en este caso lo ofrece claramente la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 9 de octubre de 2009, relativa a la autorización judicial de entrada en el Pazo de Meirás con el fin de cumplir la legislación relativa al patrimonio cultural y conforme a la cual: «El interés general no puede autorizar acciones que no respeten los derechos fundamentales»³⁴.

También en este supuesto examino algunos supuestos de la práctica de los Tribunales europeos y a continuación expongo la situación en España, primero en relación con la ejecución de los actos administrativos y, seguidamente, respecto de la realización de las funciones de fiscalización y de enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas.

a) La dimensión europea de la autorización judicial de entrada en domicilio

La perspectiva europea de la autorización de entrada en domicilio tiene como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

de la misma y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, los demás supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos – menoscabo en caudales y efectos públicos, infracción de precepto legal regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, relación de causa a efecto, etc. –, que solo a través de un proceso declarativo, como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías.»

³⁴ TS (Sala 3ª, Sección 4ª), Sentencia de 9 de octubre de 2009 (recurso nº 311/2008, ponente: Pico Lorenzo, FJ 13); esta Sentencia constituye un ejemplo paradigmático de integración armónica de los textos constitucionales europeos y españoles y de las jurisprudencias vinculantes en España, en especial y en este caso del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estrasburgo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también a modo de armoniosa simbiosis han desarrollado unos principios básicos de garantía de los derechos fundamentales.

El Tribunal de Justicia se pronunció en la Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, sobre el problema del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las empresas. Después de constatar que hasta ese momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se había pronunciado sobre la cuestión, el Tribunal comunitario constató que si bien «el reconocimiento de ese derecho respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los Derechos de los Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas». Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprobó: «En todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario»³⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*, se refiere a la sentencia *Hoechst/Comisión* y llega a la conclusión de que la injerencia en el domicilio de un abogado alemán había sido desproporcionada respecto de los objetivos pretendidos. En este supuesto el juez alemán había autorizado la entrada en el despacho del abogado con motivo de una investigación criminal respecto de un insulto dirigido a un juez y de una tentativa de presionarlo mediante una carta anónima. A juicio del Tribunal de Estrasburgo, si bien la infracción investigada no era menor, la autorización judicial de entrada en el domicilio del abogado estaba redactada en términos amplios y sin las cautelas suficientes. Por una parte, la autorización judicial ordenaba el registro y la obtención de «documentos» sin límite alguno con el fin de revelar la identidad del autor de la carta ofensiva; aunque se llevaba a cabo en

³⁵ TJCE, Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, *Rec.* p. 2859, apartados 17 a 19).

el despacho del abogado no se acompañaba de garantías especiales de procedimiento, como la presencia de un observador independiente; además, a la vista de la naturaleza de los objetos efectivamente examinados, el registro afectó al secreto profesional en un grado desproporcionado, pudiendo repercutir la intromisión en la buena administración de la justicia y, consecuentemente, en los derechos garantizados por el artículo 6 del Convenio, dado que la publicidad que rodeó el asunto pudo haber comprometido el renombre del abogado a los ojos de sus clientes y del público en general³⁶.

El Tribunal de Justicia se ha planteado en la Sentencia 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*, el alcance del principio de cooperación leal entre la Comisión Europea y el juez nacional respecto de la autorización de entrada en domicilio para la aplicación del Derecho de la competencia³⁷. En este caso, la Comisión Europea solicitaba a un tribunal francés la autorización para entrar en el domicilio de una empresa con el fin de aplicar el Derecho comunitario de la libre competencia. El Tribunal de Justicia, basándose en su propia jurisprudencia y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, llega a la conclusión de que el derecho de injerencia autorizado por el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede ir más lejos en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que respecto del domicilio de las personas físicas (apartado 29). Ahora bien, el Tribunal de Justicia hace una ponderada combinación del respeto del derecho a la vida privada, tal como él mismo había establecido previamente y en sintonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la cooperación leal de los jueces nacionales competentes para conceder a la Comisión Europea la autorización de entrada en domicilio. En este sentido, el Tribunal de Justicia considera: «En virtud del principio general del Derecho comunitario, que establece una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de una persona física o jurídica que sean arbitrarias o desproporcionadas, incumbe a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, examinar si las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento nº 17 son ar-

³⁶ TEDH, Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania* (recurso nº 13710/88, apartado 37).

³⁷ TJCE, Sentencia 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères* (C-94/00, *Rec.* p. I-9011).

bitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada. Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas, el Derecho comunitario se opone a que el control ejercido por dicho órgano jurisdiccional nacional en relación con la fundamentación de las citadas medidas vaya más allá de lo exigido por el principio general mencionado.»

Y a continuación el Tribunal de la Unión Europea establece, a partir del principio de cooperación leal entre las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales, una serie de límites a los que quedan sometidos tanto la Comisión Europea como el juez nacional al que le solicita la autorización de entrada en domicilio para aplicar el Derecho de la competencia.

Por lo que se refiere a la Comisión Europea, está obligada a «procurar que dicho órgano jurisdiccional nacional disponga de todos los elementos necesarios para permitirle ejercer el control que le incumbe», lo que ejemplifica exigiendo que las informaciones proporcionadas por la Comisión incluyan una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción, explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la Comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción.

Y en cuanto a las obligaciones de los jueces nacionales que deben autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, el Tribunal de Justicia les recuerda que deben examinar si las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión son arbitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada, sean conformes con las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas. Por eso el juez nacional no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuran en el expediente de la Comisión y en los que se basan las sospechas de esta y debe informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a él a petición de esta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades que haya encontrado, solicitando, en su caso, las aclaraciones que le permitan ejercer el control que le incumbe. Solamente después de que obren en su poder tales aclaraciones eventuales, o en el supuesto de que la Comisión no atienda su solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está legitimado para denegar la concesión de la

autorización solicitada si no pudiese deducirse, con arreglo a las informaciones de que dispone, la inexistencia de carácter arbitrario y el carácter proporcionado en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas previstas.

b) *La autorización de la entrada en domicilio para la ejecución de actos del Tribunal de Cuentas: doctrina constitucional y exigencias judiciales*

La doctrina de los Tribunales españoles y, en particular, del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y sobre las exigencias para autorizar judicialmente la entrada en un domicilio está en sintonía con la jurisprudencia europea. Únicamente se ha producido alguna duda en el Derecho español sobre la procedencia de la intervención de los jueces de instrucción o de los jueces contencioso-administrativos cuando la autorización se refiere a la ejecución de actos administrativos.

Por lo que se refiere al aspecto sustantivo de la autorización de entrada en domicilio, el Tribunal Constitucional ha encarecido las cautelas por las que debe velar el juez que autorice la entrada. Así, el Tribunal Constitucional se ha referido al principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible y que caracteriza como principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, que se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos. Utilizando expresamente la referencia a la jurisprudencia europea, el Tribunal Constitucional exige «la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución ante la eventualidad de la falta de audiencia previa del afectado. Según esta jurisprudencia han de limitarse, entre otros extremos que no hacen al caso, el periodo de duración y el tiempo de la entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo. En ocasión reciente, el mismo Tribunal Europeo ha insistido en que la autorización a la inspección tributaria para entrar en un domicilio particular debe otorgarse con las garantías suficientes y el control adecuado, haciendo así posible el equilibrio de los intereses general y particular»³⁸.

Asimismo, la inviolabilidad del domicilio se extiende no solo al «domicilio en cuanto morada de las personas físicas y como reducto

³⁸ TC (Sala 1ª), Sentencia nº 50/1995, de 23 de febrero (ponente: Mendizábal Allende, FJ 7).

último de su intimidad», sino también, *mutatis mutandis*, a los locales de las personas jurídicas, por ejemplo las sociedades mercantiles, dado que estas, según explica el Tribunal Constitucional, «gozan de una intensidad menor de protección [y] solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, que quedan reservados al conocimiento de terceros»³⁹.

En cambio, respecto del aspecto propiamente procedimental, en España se ha producido una evolución en lo que se refiere a la determinación del juez al que corresponde garantizar el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio cuando lo que se pretende es la ejecución de actos de la Administración. Sobre este particular el Tribunal Constitucional había señalado que el derecho fundamental del artículo 18.2 de la Constitución, que exige el consentimiento del titular o una resolución judicial de autorización, salvo el caso de flagrante delito, no precisa la naturaleza del Tribunal que la acuerde, con lo que es evidente que este precepto constitucional no determina el orden jurisdiccional competente, que debe resolverse conforme a lo que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial y, complementariamente, las Leyes procesales específicas⁴⁰.

En un primer momento, el juez competente fue el juez de instrucción, y así lo reconoció el Tribunal Constitucional. Así resulta de la Sentencia nº 22/1984, de 17 de febrero, donde el Tribunal Constitucional explicaba: «Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución»; lo que suponía, en palabras del Tribunal Constitucional que aun cuando la Administración se encontrase ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no podía proceder por su propia voluntad y frente a la falta de autorización del titular entrar y

³⁹ TC (Sala 2ª), Sentencia nº 69/1999, de 26 de abril (ponente: González Campos, FJ 2).

⁴⁰ TC (Sala 2ª), Sentencia nº 199/1998, de 13 de octubre (ponente: García-Mon y González-Regueral).

registrar un domicilio particular⁴¹. Esta doctrina, a pesar de haber sido muy criticada desde la perspectiva administrativa⁴², es la que se ha mantenido. A tal efecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 171/1997, de 14 de noviembre, distingue entre la función garantizadora de la autorización de entrada, en aquel momento en manos del Juez de Instrucción, y el control plenario, y la consiguiente declaración sobre la validez de nulidad de los actos administrativos que se pretenden ejecutar, que seguía en manos de los Tribunales Contencioso-Administrativos⁴³.

En efecto, el Tribunal Constitucional fue dando respuesta a tales críticas y aun cuando la autorización de entrada correspondiese en aquel momento y en todos los casos al Juzgado de Instrucción, el Tribunal Constitucional matizaba, por ejemplo en su Sentencia nº 76/1992, de 14 de mayo, la distinta función de los Tribunales Contencioso-Administrativos y de los Tribunales penales. Respecto de los primeros, el Tribunal Constitucional explicaba: «Los Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrativos y su ejecutividad –dejando ahora al margen conceptos que no vienen al caso, tales como la prejudicialidad penal, los interdictos u otros– son los del orden contencioso-administrativo. A su control se somete la legalidad del acto de la Administración y la ejecutividad del mismo, aspecto este que, como hemos declarado en nuestra STC 66/1984, también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.» En cambio, y por lo que se refería a los Juzgados de Instrucción, el Tribunal Constitucional puntualizaba: «No siendo el juez de la legalidad ni de la ejecutividad de los actos administrativos, como garante del derecho consagrado en el artículo 18.2 CE, tiene que efectuar [...] la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo (SSTC 137/1985 y 160/1991), verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 LOPJ y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias [...] control que de ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecu-

⁴¹ TC (Sala 2ª), Sentencia nº 22/1984, de 17 de febrero (ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, FJ 4 y 5; voto particular de Rubio Llorente).

⁴² Alejandro NIETO GARCÍA: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *Revista de Administración Pública*, nº 112, enero-abril de 1987, páginas 7-60.

⁴³ TC (Sala 1ª), Sentencia nº 171/1997, de 14 de noviembre (ponente: García Manzano, FJ 3).

tar lo juzgado, que corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos respecto de los actos administrativos y que se extiende no solo a la revisión de la legalidad de estos actos, sino también a su ejecutividad y, en su caso, a su suspensión»⁴⁴.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional precisó en la referida Sentencia nº 76/1992, de 14 de mayo: «Quedan excluidos, por tanto, del ámbito del artículo 87.2 LOPJ, como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el artículo citado que sean consecuencia de la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal y que este resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984), así como la garantía de la potestad jurisdiccional del juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 CE), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial contencioso-administrativo, pues solo a estos compete el control de la legalidad del acto y de su ejecución o suspensión»⁴⁵. A la vista del nuevo marco normativo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 92/2002, de 22 de abril, dirimía el enfrentamiento entre jueces de instrucción y jueces contencioso-administrativos, exponiendo esta regla diáfana: «Una vez que se entable un pleito contencioso-administrativo en el que se discuta la legalidad o la ejecutividad de un acto administrativo que implique la entrada en domicilio, los Tribunales penales han perdido la habilitación para intervenir que les otorgaba [la potestad de autorización de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración]»⁴⁶.

El Tribunal Constitucional establece cuál es el alcance y la finalidad de la autorización judicial de entrada concedida por el juez contencioso-administrativo en la medida en que «no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse», y «en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde sea preciso que la resolución

⁴⁴ TC (Pleno), Sentencia nº 76/1992, de 14 de mayo (ponente: García-Mon y González-Regueral, FJ 3).

⁴⁵ Y en el mismo sentido se pronuncia el TC (Sala 1ª), Sentencia nº 171/1997, de 14 de octubre (ponente: García Manzano, FJ 3).

⁴⁶ TC (Sala 2ª), Sentencia nº 92/2002, de 22 de abril (ponente: Vives Antón, FJ 3).

judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues solo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio [...] tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible»⁴⁷.

En suma, la situación se ha aclarado cuando a partir de 1998 se ha atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización de entrada en domicilio para la ejecución de los actos administrativos⁴⁸. De este modo, la regulación queda así: para autorizar la entrada en domicilio será competente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, salvo cuando se trate de una ejecución judicial de sentencias por los Tribunales Contencioso-Administrativos, que, en ese caso, a su competencia para ejecutar una sentencia añaden, si fuese necesario, la autorización de entrada en domicilio en contra de la voluntad de la persona afectada.

Al aplicar este régimen legal y jurisprudencial a los ámbitos de intervención del Tribunal de Cuentas y al analizar su conformidad con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, debe tenerse en cuenta, nuevamente, la doble naturaleza de sus intervenciones –fiscalización

⁴⁷ TC (Sala 1ª), Sentencia nº 139/2004, de 13 de septiembre (ponente: Delgado Barrio, FJ 2).

⁴⁸ El artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone desde su redacción de 1998: «Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.» El artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su versión de 2007, contiene esta atribución: «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.» Este último inciso se añadió con el fin de despejar dudas sobre las atribuciones de los Juzgados de lo Mercantil en relación con la aplicación del Derecho comunitario europeo de la competencia.

y enjuiciamiento— porque los problemas planteados y las soluciones más razonables dependen de la función desarrollada.

En efecto, y en relación con las funciones de fiscalización, parece claro que la entrada en domicilio requerirá, a falta de consentimiento del interesado, una autorización judicial que ciertamente el Tribunal de Cuentas al ejercer la fiscalización no tiene la condición de órgano judicial, sino, a los efectos, administrativa, por lo que requerirá la colaboración de los tribunales ordinarios, más en particular de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. En este caso no puede considerarse que el ejercicio de la fiscalización por el Tribunal de Cuentas o por los órganos autonómicos de control externo exima de la autorización porque el procedimiento es propiamente administrativo y los órganos constitucionales o, en su caso, estatutarios y legales autonómicos no ejercen funciones jurisdiccionales. Del mismo modo, la eventual necesidad del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea de solicitar la autorización de entrada en domicilio, sin perjuicio de que se canalice a través del Tribunal de Cuentas español, deberá dirigirse finalmente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo⁴⁹.

En cambio, la respuesta es, en principio, más sencilla en el caso de los actos que el Tribunal de Cuentas realice en ejercicio de su potestad jurisdiccional contable, dado que deben aplicarse las previsiones expresas del régimen del Tribunal de Cuentas y, por analogía, *mutatis mutandis*, las normas de competencia y procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 51 LFTCu establece esta obligación de colaboración: «Los órganos de la jurisdicción contable podrán recabar el auxilio de los jueces y Tribunales de todo orden para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que deberá serles prestado en la forma regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las Leyes Procesales para la cooperación jurisdiccional». Sin embargo, y a mi juicio, en el ámbito de la jurisdicción contable el Tribunal de Cuentas, actuando a todos los efectos como tribunal de enjuiciamiento contable y, por tanto, como si fuese un tribunal contencioso-administrativo, tiene también la potestad de autorizar por sí mismo la entrada en domicilio para la ejecución forzosa de sus propias resoluciones judiciales.

⁴⁹ Cabría, ciertamente, proponer una reforma legislativa en virtud de la cual y en el ámbito de la fiscalización fuese un consejero de la Sección de Enjuiciamiento, en calidad de juez contable, el que tuviese tal competencia de autorización; desde luego, la intervención de este consejero como juez de la autorización de entrada tendría consecuencias para salvaguardar, en su caso, el principio de imparcialidad, no pudiendo intervenir ni haber intervenido respecto del referido asunto en fases posteriores o anteriores.

3. La protección de datos personales y el Tribunal de Cuentas

Los desarrollos vertiginosos de las nuevas tecnologías han potenciado los problemas más diversos en el ámbito del tratamiento de datos personales que, a su vez, están apremiando las respuestas institucionales adecuadas. Seguidamente presento un conocido asunto de la jurisprudencia comunitaria europea que permite formular eventuales situaciones problemáticas para la garantía de los derechos fundamentales como consecuencia de la intervención del Tribunal de Cuentas de España.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo ocasión de examinar en la Sentencia de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk* y otros, tres cuestiones prejudiciales planteadas desde Austria por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en relación con varios litigios que enfrentaban al Tribunal de Cuentas austriaco con varios organismos, entre ellos la radiotelevisión pública, y determinados particulares sobre la obligación de las entidades públicas sujetas a su control de comunicar al Tribunal de Cuentas las retribuciones y las pensiones superiores a un nivel determinado abonadas a sus empleados y pensionistas con el fin de elaborar el informe anual que debe transmitirse al Parlamento austriaco, a los Parlamentos regionales y que debía hacerse público⁵⁰.

El reenvío prejudicial se fundaba en la necesidad de interpretar la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y que, a juicio del Tribunal de Justicia, es aplicable en este supuesto. A tal efecto, el Tribunal comunitario consideró que, si bien la Directiva 95/46 dejaba a los Estados miembros un margen de apreciación más o menos importante para la ejecución de algunas de sus disposiciones, dos de ellas son incondicionales y pueden ser invocadas por un particular y aplicadas por los jueces nacionales: el artículo 6, apartado 1, letra c), a tenor del cual «los datos personales deben ser [...] adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente»; y el artículo 7, letras c) o e), de acuerdo con el cual el tratamiento de datos personales solo puede efectuarse, en particular, si «es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento» o «es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del

⁵⁰ TJCE, sentencia de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk* y otros (C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rec.* p. I-4989).

poder público conferido al responsable del tratamiento [...] a quien se comuniquen los datos» (apartados 99 y 100).

Ahora bien, el problema básico consistía en dilucidar si la Directiva 95/46 era aplicable y se oponía a la normativa austriaca que obligaba al Tribunal de Cuentas estatal, el *Rechnungshof*, a recoger y comunicar, para su publicación, datos sobre los ingresos de personas empleadas por entidades, como es el caso del organismo de difusión pública, el *Österreichischer Rundfunk*, cuando tales ingresos superaban un límite determinado.

En este supuesto y frente a la tesis del abogado general Tizzano de que no era aplicable la Directiva⁵¹, el Tribunal de Justicia realizó un examen y una ponderación de los derechos fundamentales en juego y llegó a formular un principio cuya aplicación deja en manos de los jueces austriacos, de tal modo que la Directiva no se opone a la normativa austriaca «siempre que se demuestre que la amplia divulgación no solo del importe de los ingresos anuales, cuando estos superan un límite determinado, de las personas empleadas por las entidades sujetas al control del *Rechnungshof*, sino también de los nombres de los beneficiarios de dichos ingresos, es necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos perseguido por el constituyente, extremo que ha de ser comprobado por los órganos jurisdiccionales remitentes» (apartado 94).

No obstante, lo más relevante de la interpretación del Tribunal de Justicia es que, por una parte, y usando la técnica de ponderación habitual del Tribunal de Estrasburgo del derecho a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo constata así: «La recogida de datos nominales sobre los ingresos profesionales de un individuo, para comunicárselos a terceros, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH» (apartado 73). A continuación, el Tribunal comunitario determina si esta «injerencia» está justificada y llega a esta conclusión: «Para controlar la buena utilización de los fondos públicos, el *Rechnungshof* y las distintas asambleas parlamentarias necesitan conocer el importe de los gastos afectados a los recursos humanos en las

⁵¹ El abogado general Antonio Tizzano, en sus Conclusiones de 14 de noviembre de 2002, *Österreichischer Rundfunk* y otros, había sostenido ante el Tribunal de Justicia que la Directiva no se aplicaba a los tratamientos de datos personales previstos en la normativa austriaca en la medida en que se han efectuado «en el ejercicio de una actividad que no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» y, consecuentemente, el Tribunal de Justicia no sería competente para apreciar la conformidad de dicha normativa con los principios generales del ordenamiento comunitario en materia de confidencialidad.

distintas entidades públicas. A ello se suma, en una sociedad democrática, el derecho de los contribuyentes y de la opinión pública en general a ser informados de la utilización de los ingresos públicos, especialmente en materia de gastos de personal. Tales datos, reunidos en el informe, pueden contribuir al debate público relativo a una cuestión de interés general y sirven, por tanto, al interés público» (apartado 85). Y, por último, el Tribunal de Justicia encomienda a los jueces austriacos que apliquen el principio de proporcionalidad entre los objetivos públicos señalados y la gravedad de la lesión del derecho de las personas afectadas al respeto de su intimidad en la medida en que no se excluye que estas puedan resultar perjudicadas por las repercusiones negativas de la publicidad que se da a sus ingresos profesionales, en particular respecto a las perspectivas de contratación que se les abrirían en otras empresas situadas en Austria, o no, y que no están sujetas al control del *Rechnungshof*.

En definitiva, sobre la actuación del Tribunal de Cuentas austriaco y, por extensión, sobre los demás Tribunales de Cuentas en la Unión Europea se proyecta una sombra de duda sobre si la publicidad de determinados datos personales especialmente sensibles es necesaria y es proporcionada al manifiesto interés público que, sin duda, desarrolla la fiscalización de las cuentas públicas.

La aplicación de la regulación y de la jurisprudencia europea a la intervención del Tribunal de Cuentas de España no resulta especialmente ardua. En efecto, parece que queda fuera de dudas que el proceso judicial contable ampararía una injerencia en los datos personales de los encausados en términos muy similares a lo que resultaría de su enjuiciamiento por los Tribunales ordinarios. En cambio, más dudas ofrece el alcance de la solicitud de datos y de su publicidad en los informes y memorias elaborados en aplicación de la fiscalización de las cuentas.

IV. CONCLUSIÓN

Los desafíos permanentes del control, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, y los límites a que están sometidos en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos en una sociedad libre y democrática describen el marco de actuación del Tribunal de Cuentas sea cual sea la función, fiscalizadora o jurisdiccional, que desarrolle.

Las intervenciones del Tribunal de Cuentas, tanto en su dimensión fiscalizadora como jurisdiccional, experimentan una evolución

impulsada por la necesidad de adaptarse a la realidad social y por afinar y hacer más efectivo el control de las cuentas públicas. La mayor eficacia se traduce en las más diversas propuestas que, por ejemplo y en cuanto se refiere a la fiscalización, tienen este tenor: «El procedimiento de fiscalización no termina con la aprobación, publicación y remisión del informe por la Entidad Fiscalizadora Superior y posterior discusión en la Comisión Legislativa competente, sino que se extiende hasta la necesaria comprobación del grado de cumplimiento o no de las recomendaciones»⁵². Del mismo modo, también se ha insistido en la necesidad de adaptar y mejorar el procedimiento jurisdiccional del Tribunal de Cuentas simplificándolo, unificándolo y aplicando el procedimiento abreviado contencioso-administrativo en el enjuiciamiento contable⁵³.

De las anteriores propuestas se deduce, indudablemente, la búsqueda de una actuación más proactiva, menos tradicional y formalista y, en definitiva, más flexible de una fiscalización y de un enjuiciamiento que sean complementarios. En este sentido puede servir de ejemplo la propia evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, que, ciertamente, surge como un verdadero «proceso revisor del acto», del expediente administrativo, pero se dirige, si es que ya no es una realidad, hacia un enjuiciamiento pleno de la actuación de la Administración. Tal es el sentido que se ha atribuido a la intervención del Tribunal de Cuentas como un instrumento apropiado para hacer efectiva la transparencia y la responsabilidad en la gestión del dinero público⁵⁴.

Estas nuevas perspectivas de las intervenciones del Tribunal de Cuentas pueden afectar al contenido de determinados derechos fundamentales que, poco a poco, van abriéndose paso y aplicándose en ámbitos insospechados, ya no solo en el procedimiento judicial y en el procedimiento administrativo sancionador. De este modo, el principio de audiencia en materia fiscalizadora parece imponerse como fundamental. La eventual necesidad de incautarse de documentos contables en papel o en registros informáticos requeriría la autorización de entrada en el domicilio de personas físicas o en los locales y

⁵² MEDINA GUIJARRO, Javier: «Algunas reflexiones sobre la posible modernización de nuestros procedimientos de fiscalización», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 11, nº 31, 2009, p. 50.

⁵³ PÉREZ TÓRTOLA, Ana: «Perspectivas del enjuiciamiento contable en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española», *ob. cit.*, p. 61.

⁵⁴ VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis: «Instrumentos específicos de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas ante la corrupción», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, vol. 2, nº 5, 2000, pp. 99-144.

las oficinas de las empresas. O, en fin, la utilización de datos personales y su tratamiento informatizado exigen el respeto de los derechos fundamentales a la intimidad y a la vida privada.

Este análisis solo ha pretendido poner de manifiesto cómo, con distinta intensidad y con diferentes matices, se están planteando principalmente ante los Tribunales europeos varios problemas relativos a la garantía de los derechos fundamentales. Esta especial sensibilidad «europea» por la protección de los derechos fundamentales se refleja no solo en el activismo del Tribunal Europeo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino en la adopción de nuevos instrumentos de carácter constitucional, como es, sin lugar a dudas, el caso de la reciente integración el 1 de diciembre de 2009 y en virtud del Tratado de Lisboa en el Derecho de la Unión Europea de la versión de la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada en Estrasburgo en diciembre de 2007. La Carta abre nuevas perspectivas en el ámbito de los derechos fundamentales, y por lo que se refiere a la intervención del Tribunal de Cuentas respecto de los derechos vinculados a la ciudadanía (por ejemplo, el derecho a una buena administración del art. 41 o el derecho de acceso a los documentos del art., 42) o de los relacionados con la justicia (como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del artículo 47 de la Carta).

La garantía de los derechos fundamentales constituye un signo de nuestro tiempo que, no obstante, debe evitar caer en un fenómeno cada vez más corriente, que me he permitido denominar *iusfundamentalización* del ordenamiento, en virtud del cual y si bien consigue aumentar los niveles de garantía y de control no deja de sumir en una cierta incertidumbre casi cualquier intervención pública sospechosa de chocar contra los derechos fundamentales⁵⁵.

Así pues, y sin perjuicio de las nuevas perspectivas aportadas por el Derecho europeo, es necesario subrayar que principios esenciales para todo tipo de procedimientos –el principio de audiencia, la inviolabilidad del domicilio y de la protección de datos personales– tienen distinto alcance en atención al desarrollo de sus funciones, de fiscalización y de enjuiciamiento, por el Tribunal de Cuentas español. En suma, la necesidad de renovar y de adaptar institucionalmente el Tribunal de Cuentas a los nuevos tiempos requerirá no solo afinar en su diseño institucional y pulir los procedimientos de fiscalización y de enjuiciamiento, sino también exigirá que el funcionamiento de una

⁵⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La dimensión europea de la actividad jurisdiccional de los jueces españoles», *Revista Aranzadi Unión Europea*, julio de 2009, pp. 5-23.

de las instituciones básicas del Estado moderno sea más sensible a las exigencias de las garantías y de la protección de los derechos fundamentales⁵⁶. En definitiva, es inexcusable que el Tribunal de Cuentas esté al servicio de los intereses de los ciudadanos y no poner al ciudadano al servicio del Tribunal.

⁵⁶ PÉREZ TÓRTOLA, Ana: «Perspectivas del enjuiciamiento contable en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española», *ob. cit.*, p. 72.