

LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

por

Rafael de Mendizábal y Allende

SUMARIO: I. PREAMBULO.—II. LEGITIMACION ACTIVA: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES. 3. LEGITIMACIÓN POR SUBROGACIÓN. 4. LEGITIMACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. 5. LA ACCIÓN PÚBLICA.—III. LEGITIMACION PASIVA: 1. LEGITIMACIÓN PASIVA Y ADMINISTRACIÓN DEMANDADA. 2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3. LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES.—IV. EXTENSION OBJETIVA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. LO CONTENCIOSO-CONTABLE: SU DELIMITACIÓN. 2. EL OBJETO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS: LA RESPONSABILIDAD CONTABLE. 3. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS. 4. EXTENSIÓN Y LÍMITES: LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LO CONTENCIOSO-CONTABLE. 5. CONEXIÓN FUNCIONAL DE AMBAS JURISDICCIONES.

I PREAMBULO

Como el título aséptico de esta ponencia que me ha correspondido desarrollar pudiera inducir a cierta confusión, si se compara con su contenido, me parece conveniente en este momento exponer las líneas maestras a que se ajusta, para que así quede clara la razón que

ha determinado la inclusión o exclusión de temas concretos. Ante todo, mi propósito ha sido poner de manifiesto la incidencia de la Constitución en el ámbito de la legitimación, tanto activa como pasiva, en el proceso contencioso-administrativo.

Tal incidencia se ha producido en aspectos parciales, respetando el núcleo del concepto, pero ampliándolo siempre, y con diferentes modalidades. Una, mediante el efecto derogatorio del texto fundamental respecto de normas preexistentes que contradigan las constitucionales, efecto que se ha reflejado en nuevas líneas jurisprudenciales. Otra, por el desarrollo legislativo que se ha venido produciendo, en sectores específicos, para recoger las innovaciones organizativas y funcionales del sistema democrático.

Por ello, el ponente ha de dar por sabido el concepto de legitimación, como presupuesto inexcusable del proceso que implica una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (sentencia de 18 de diciembre de 1974), así como sus tipos —activo y pasivo—, sus modalidades —principal o accesoria, directa o indirecta, originaria o derivada, por representación o sustitución, etc.— y su régimen procesal. Este conocimiento previo ha de encuadrarse dentro del marco de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, una gran Ley, que hizo historia, con la doctrina jurisprudencial que la interpretó, dos líneas que unen otros dos hitos temporales, los años 1956 y 1978, en que se promulgaron esa Ley y la Constitución, casi un cuarto de siglo ahora superado.

En consecuencia, la exposición no pretende ser una panorámica completa y exhaustiva de la legitimación, sino un catálogo selectivo de problemas concretos, puntuales en expresión usada hasta el abuso hoy en día, para mostrar el impacto constitucional en este aspecto del proceso contencioso-administrativo. Anticipo ya que las normas de la Constitución que han incidido sobre el tema que nos ocupa son los artículos 24, 53, 106, 123, 125, 136 y 152, algunos de los cuales han originado la aparición de leyes orgánicas y ordinarias que de algún modo, directa o indirectamente, nos afectan aquí y ahora.

El esquema expositivo se limita, pues, en principio, a clasificar el material utilizado en dos grupos o capítulos independientes, pero interdependientes, bajo los epígrafes genéricos de la legitimación

activa y la legitimación pasiva. Dentro de cada uno de ellos, se analizan exclusivamente los puntos, problemáticos o no, sobre los que la Constitución ha incidido, como una actualización legislativa y jurisprudencial que llega hasta el anteproyecto que un grupo de trabajo elaboró en el primer semestre de 1980, dentro de la Sección Tercera de la Comisión General de Codificación, para adaptar la Ley Reguladora de la Jurisdicción al texto constitucional, anteproyecto que no llegó a cuajar, pero que es un valioso documento de trabajo.

Hasta aquí el contenido que se desprende de una interpretación literal del título de la ponencia. Ahora bien, al desarrollarla me ha parecido, y así lo someto a vuestra reflexión, que la extensión subjetiva de lo contencioso-administrativo (*más* sujetos que pueden pedir *más a más* Administraciones públicas) no resultaría enteramente inteligible sin exponer un fenómeno paralelo y muy vinculado a aquél, la tendencia expansiva de lo contencioso-administrativo, que si otrora hizo surgir lo contencioso-sindical, hoy ha propiciado la aparición de lo contencioso-electoral (nacido en 1977) y lo contencioso-contable, preexistente *in nuce*, pero nítidamente configurado en 1982. Ambos con una conexión orgánica, en el primer caso, y funcional, en el otro. Como dentro de estas Jornadas tiene su lugar propio lo contencioso-electoral en la ponencia quinta, a cargo de don Paulino MARTÍN MARTÍN, me ha parecido adecuado dar hospitalidad en la mía a lo contencioso-contable.

En trance de concluir, sólo me queda explicar que la finalidad inmediata de esta ponencia no puede ser otra que poner en orden y al día los datos y los conceptos. Ahora bien, mucho me agradaría que tanto ésta como las demás pudieran ser de alguna utilidad para la tarea necesaria y cada vez más urgente de adaptar el texto de nuestra ya vieja Ley a la nueva realidad constitucional, tarea esencialmente técnica, pero trascendental, que habrá de hacerse con el mayor respeto sustancial a su progresivo texto originario, conservando lo que merezca ser conservado (que es mucho) y reformando lo que pueda ser mejorado, en una paráfrasis de la fórmula tradicional que juran los reyes ingleses en el acto de su coronación.

II. LEGITIMACION ACTIVA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El artículo 24 de la Constitución reconoce y delimita a la vez el concepto de la legitimación, al proclamar que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus *derechos e intereses legítimos*. Y en el proceso contencioso-administrativo, su Ley Reguladora configura como fundamento mínimo de la legitimación, la existencia de un «interés directo» en el ejercicio de la pretensión, aun cuando para conseguir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada se exija «la titularidad de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados». Hay una sustancial coincidencia entre ambas normas, constitucional y procesal.

La existencia de ese «interés directo» es apreciación casuística en cada proceso determinado. La doctrina jurisprudencial ha matizado dicha exigencia, al aclarar:

- a) Que el «interés» equivale a beneficio: económico o jurídico.
- b) Que el interés ha de ser personal y legítimo.
- c) Que tal interés sea actual.
- d) Que el mismo existe cuando un comunero actúa para sí y en beneficio de la comunidad.

En consecuencia, y como reverso, ha declarado también que no existe tal interés directo en los expedientes sancionadores, cuando el actor es un mero denunciante que sólo pretende el cumplimiento de la legalidad que dice infringida, sin otro beneficio personal. En este sentido, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1977 (A. 4.651) y 14 de febrero de 1981 (A. 622).

Una línea muy progresiva en éste como en otros aspectos, comentados por mí en anterior ocasión, abre la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de agosto de 1979, Sala de Vacaciones, ponente don Federico Carlos SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ (A. 4.676). Los hechos eran los siguientes:

El Real Decreto 1434/1979, de 16 de junio, ordenó la suspensión definitiva de la publicación de diversos periódicos de los Medios

de Comunicación del Estado. Algunos empleados de dichos periódicos impugnaron ese Real Decreto con fundamento en que atacaba el derecho fundamental a la «libertad de expresión», utilizando al efecto el procedimiento especial regulado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre «Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona». La Abogacía del Estado planteó la inadmisibilidad del recurso alegando la falta de legitimación de los recurrentes, y el Tribunal Supremo rechazó tal alegación en base a los amplios razonamientos que se contienen en el segundo considerando de la mencionada sentencia, de entre los cuales quiero destacar una valiente afirmación: «Que... el acceso a este proceso tutelar y de garantía es, en sí mismo, un derecho fundamental que no puede ser negado sino cuando la misma hipótesis planteada es la acción escape del ámbito que más arriba quedó delimitado...».

El anteproyecto para la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, elaborado en el primer semestre de 1980 por un grupo de trabajo, dentro de la Sección Tercera de la Comisión General de Codificación, ampliaba el ámbito de la legitimación al exigir tan sólo un simple «interés», sin más circunstancias cualificadoras (directo, personal, legítimo o actual).

Por otra parte, la nueva organización territorial del Estado, configurada en el Título VIII de la Constitución, ha introducido en este escenario más personajes dentro del grupo de las Administraciones públicas. Se trata de las Comunidades Autónomas. La Ley 34/1981, de 5 de octubre, por la que se dictan normas complementarias sobre legitimación en el recurso contencioso-administrativo, las incluye en tal concepto y a todos los efectos, junto con las Entidades sometidas a su tutela (art. 1.º). Y, además, aclara, y en algún aspecto más bien confunde, que:

a) Las Comunidades Autónomas podrán impugnar las disposiciones de carácter general que, dictadas por la Administración del Estado, afecten al ámbito de su autonomía (art. 3.º), lo que parece reconducir el planteamiento a la simetría o ecuación territorial, que luego analizaremos.

b) La Administración del Estado estará legitimada para recurrir, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, las disposiciones generales y actos dimanados de la Administración de las Comunidades Autónomas y Entidades sujetas a la tutela de éstas (art. 2.º), lo que parece una discriminación que altera el equilibrio mutuo, ya

que en el caso de las Comunidades no se prevé la posibilidad de impugnar los actos de la Administración del Estado.

2. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

El mismo artículo 28, 1, en su apartado *b*), contempla la impugnación directa de disposiciones generales de la Administración Central, en cuyo supuesto limita la legitimación activa a las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o comparativo, siempre que la disposición impugnada afecte directamente a los mismos, salvo que se trate de disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas directamente por los interesados, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual (art. 39, 3); tal limitación fue acogida desfavorablemente desde un principio.

Ahora bien, esta configuración restrictiva resultó agravada por una reiteradísima y abrumadora jurisprudencia que se sacó de la manga un nuevo requisito, no mencionado en la Ley, consistente en la correlación o simetría del ámbito territorial de la disposición general objeto de impugnación y de la Corporación o Entidad recurrente. Tal línea jurisprudencial, que sorprendentemente parece haber subsistido todavía en algún caso aislado, ha sido rectificadas por el Tribunal Supremo en una serie de sentencias, cuya *ratio decidendi* común parte de la aplicación directa de la Constitución, a través de su tercera disposición derogatoria, que implica este efecto, respecto del artículo 28, 1, *b*), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, por su contradicción con el artículo 24 del texto constitucional.

Conviene conocer, por su importancia, esta nueva línea jurisprudencial, que comienza con la sentencia de 24 de septiembre de 1981 (Sala V) del Tribunal Supremo (A. 3.363), ponente don Antonio AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, en recurso iniciado por la Asociación Sindical de Funcionarios Licenciados en Derecho al servicio del Ayuntamiento de Zaragoza, en donde se impugnaba el Real Decreto 264/1979, sobre «fijación y recaudación de cuotas y pago de pensiones de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local». La Abogacía del Estado formuló la inadmisibilidad del caso por falta de legitimación activa, ante la obvia circunstancia de que la Enti-

dad recurrente sólo extendía su área de competencias al término municipal de Zaragoza, mientras que la disposición general directamente impugnada era de ámbito nacional.

Pues bien, el Tribunal Supremo desestima tal inadmisibilidad en base a los siguientes razonamientos:

- «3. CONSIDERANDO: Que respecto a la segunda causa de inadmisibilidad, no ignora esta Sala la reiterada doctrina jurisprudencial invocada por el Abogado del Estado, que ha venido limitando la legislación de las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo para impugnar directamente disposiciones de carácter general, interpretando que el ámbito territorial que abarca la competencia del Ente que impugna debe ser el mismo a donde alcanza la norma objeto de impugnación, privando por ello de legitimación a los Entes de competencia más reducida respecto de la impugnación de Disposiciones Generales de la Administración Central».
- «4. CONSIDERANDO: Que tal doctrina basada en supuestos en que existía una organización jerárquica que contaba con un organismo superior de ámbito nacional al que estaban subordinados los de ámbito inferior, provincial o local, quiebra a virtud del derecho a la protección judicial instituido en el artículo 24 de la Constitución en cuanto concede a toda persona el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos..., permite admitir que la Asociación Municipal recurrente... está legitimada para impugnar directamente una disposición de carácter general de la Administración Central en cuanto en su marco territorial acoja, defienda y represente los intereses generales o corporativos a los que alude el artículo 28, 1, b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción...».

Poco después, la Sala IV del mismo Tribunal pronuncia otra sentencia, con fecha 14 de octubre de 1981 (A. 4.151), ponente don Paulino MARTÍN MARTÍN, en recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Enguera (Valencia) y otros, impugnando directamente ciertos artículos del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, de 23 de diciembre de 1972, en cuyo recurso también la Abogacía del Estado había alegado la falta de legitimación activa atendido el distinto ámbito geográfico a que se constreñía la competencia de la Corporación recurrente en comparación con el ámbito de la norma impugnada. Esta sentencia establece:

- «1. CONSIDERANDO: Que... los obstáculos que podían surgir de las trabas que la legitimación activa para impugnar disposiciones de carácter general se contenían en el derecho anterior, deben hoy estimarse removidos en virtud del alcance que cabe atribuir al artículo 24 de la Constitución Española (derecho a una efectiva tutela jurisdiccional) en relación con lo también preceptuado en la Disposición Derogatoria 3.ª del Texto Fundamental, y que en definitiva supone hacer realidad la declaración antiformalista de nuestra Ley Jurisdiccional contenida en su Exposición de Motivos...».

He aquí, por último, una tercera sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1982, Sala IV (A. 157), ponente también don Paulino MARTÍN MARTÍN, en cuyo recurso el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona impugnaba la Orden de 9 de diciembre de 1977 sobre turnos de guardia y servicios de localización del personal facultativo. La Abogacía del Estado alegó la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa, ya que el recurrente era un Colegio provincial, mientras que la disposición impugnada tenía ámbito nacional. En el segundo considerando de la meritada sentencia se lee:

- «2. CONSIDERANDO: Que una vez más ha de insistirse en la necesidad de acogerse a un criterio interpretativo amplio o flexible en materia de inadmisibilidades del proceso contencioso por imperativo de lo ya establecido en la Exposición de Motivos de la propia Ley Jurisdiccional, sino también y principalmente por el derecho que toda persona (natural o jurídica) tiene a la plenitud de la garantía jurisdiccional, artículo 24 de la Constitución, para hacer efectivo su derecho, además, en este caso, de lograr (art. 106 del propio Texto) el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y que sólo se consigue si el Tribunal examina el problema litigioso planteado en toda su extensión...».

3. LEGITIMACIÓN POR SUBROGACIÓN

El párrafo 3.º del artículo 28 contempla el supuesto de la Administración autora de algún acto que, en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiera anularlo o revocarlo por sí misma, y en tal situación, le otorga legitimación para deducir cualesquiera pretensión respecto de la anulación de aquel acto y de las consecuencias inherentes a esa declaración.

Ahora bien, esta norma ha dado ocasión a ciertos problemas procesales cuando entra en juego la subrogación prevista por el artículo 9, 7.º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, así como la propia Ley del Suelo, que en el caso de que hubieran transcurrido los plazos sin que el Ayuntamiento hubiese dictado resolución expresa en relación con una solicitud de licencia, difiere la competencia para su otorgamiento o denegación a otros órganos de la Administración pública, y señaladamente, a la Comisión Provincial de Urbanismo. Este régimen de subrogación para licencias es generalizado convenientemente por el artículo 220 de la Ley del Suelo, donde se puntualiza que tales decisiones, así tomadas por subrogación en la original competencia del correspondiente Ayuntamiento, «se consideran como actos de la Corporación titular, a los solos efectos de los recursos admisibles».

Este planteamiento descrito, en relación con la legitimación activa, suscita dos curiosas incógnitas:

a) Si el Ayuntamiento originariamente titular de la competencia está o no legitimado para impugnar una decisión así tomada por otro órgano de la Administración pública subrogándose en su originaria competencia municipal. La respuesta parece evidente, en el sentido de que falta tal legitimación, y así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 30 de abril de 1969).

b) Cuál haya de ser la Administración legitimada para anular dicho acto, y singularmente para promover, en su caso, el correspondiente proceso de lesividad: el Ayuntamiento subrogado o la Administración pública subrogante. A este respecto, y aun a pesar del tenor literal del artículo 220 de la Ley del Suelo, parece razonable que sólo esté legitimada a estos efectos la Administración pública subrogante y no el Ayuntamiento subrogado en su originaria competencia.

4. LEGITIMACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

No podrán interponer recurso contencioso-administrativo, en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública, los órganos de la misma, salvo en el caso previsto en la Ley de Régimen local sobre la suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales (artículo 28, 4, a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción). Esta

norma había originado la duda acerca de si los Concejales podrían impugnar, indudablemente fuera del caso del ejercicio de derechos personales, las decisiones adoptadas por sus respectivos Ayuntamientos, singularmente en el ejercicio de la acción pública prevista en la Ley del Suelo.

Ya la jurisprudencia había establecido que el Concejal no es un órgano de la Corporación, al no constituir un centro de competencias propias, sino sólo miembro personal de un órgano colegiado (primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1979, ponente don José GABALDÓN LÓPEZ —A. 2.635—), y, en consecuencia, les había reconocido legitimación al efecto.

Pues bien, el supuesto ha sido previsto y resuelto, a nivel legislativo, mediante el artículo 9 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, sobre Régimen jurídico de las Corporaciones locales, donde se establece que «estarán legitimados para impugnar aquellos acuerdos de las Corporaciones locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico de la Administración del Estado, los miembros de las Corporaciones que no los hubieran votado favorablemente».

Esta norma proviene literalmente del anteproyecto de Ley de lo Contencioso-administrativo elaborado por la Comisión General de Codificación, cuyo artículo 17, 1, *b*), reproduce sustancialmente.

5. LA ACCIÓN PÚBLICA

El artículo 125 de la Constitución declara que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular», y parece evidente que los redactores del texto estaban contemplando la jurisdicción penal (como pone de relieve la inmediata alusión al Jurado), donde la acción popular —con este mismo nombre— es una añeja pieza de nuestra ya secular Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, se acomoda al criterio latente en esta norma para garantizar al máximo la defensa de los intereses públicos que son el meollo de toda potestad administrativa, la ampliación a lo contencioso-administrativo en ciertos supuestos de tal modalidad de actuación.

Un caso claro es el del urbanismo, donde la Ley del Suelo se había anticipado en 1956, en una tendencia muy progresiva, a establecer la acción pública en su artículo 223 para reforzar la protección de la legalidad en este sector del ordenamiento, esencial para la calidad de vida. Con esta acción se elimina el presupuesto procesal de la legitimación *ad causam* —el interés personal y directo—,

dando por supuesto que ese interés existe en todo ciudadano por el mero hecho de serlo. El actual artículo 235 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, dice que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas», añadiendo que «si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren legales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta un año después de su terminación».

Dos problemas importantes se suscitaron con ocasión del ejercicio de tal acción pública. *Uno*, si para ello era indispensable poseer la nacionalidad española, sin que las opiniones doctrinales estén hasta ahora de acuerdo, si bien parece correcta —en principio— la equiparación de los extranjeros a los nativos, en función de los propios principios constitucionales, con el dudoso juego del artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Dos*, sus límites razonables. La más reciente jurisprudencia, a la luz del principio de la buena fe, ha señalado que el artículo 235 de la Ley del Suelo no puede amparar el ejercicio abusivo del propio derecho, situación que se produce cuando de la acción pública emprendida sólo se sigue daño para un tercero, sin beneficio de la comunidad, fundamento mismo de tal acción (sentencia de 22 de enero de 1980).

Un paso adelante en este camino, desde la perspectiva genérica de la legitimación *ad causam*, se daba —como hemos visto— en el anteproyecto para la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, desde el momento en que exigía tan sólo como fundamento de la actuación procesal el «interés» a secas, sin las cualidades de personal y directo. Además, el mismo anteproyecto incluía expresamente la previsión de aquellos «supuestos en que el ordenamiento jurídico reconociere la acción pública», respecto de los cuales se permitían su ejercicio por «los que tuvieren capacidad procesal y el Ministerio fiscal» (art. 28, 1, *b*). En mi opinión, debiera extenderse este criterio al Defensor del Pueblo.

En la jurisdicción contable, tan próxima a la contencioso-administrativa, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, acepta una vieja —desde 1969— sugerencia mía e incorpora una audaz innovación. Su artículo 47, 3, dice: «Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá

la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal o civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente».

III. LEGITIMACION PASIVA

1. LEGITIMACIÓN PASIVA Y ADMINISTRACIÓN DEMANDADA

La categoría procesal de la legitimación pasiva, configurada para lo contencioso-administrativo en el artículo 29 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, se conecta por su base con el concepto de Administración pública definido en el artículo 1.º, que viene a coincidir con el de Administración demandada, es decir, aquella de que proviene el acto o disposición a que se refiere el recurso, supuesto el más frecuente estadísticamente, el normal, salvo los casos aislados y esporádicos del proceso de lesividad. Por ello, la Constitución ha incidido en el ámbito de la legitimación pasiva, ampliándolo también, como hemos visto que había ocurrido respecto de la activa.

Este efecto extensivo se ha producido en virtud de dos factores convergentes. *Uno*, la aparición de nuevas Administraciones públicas, en el sentido estricto de la expresión, como son las Comunidades Autónomas, piezas maestras de la organización territorial del Estado, que configura el Título VIII. *Dos*, la utilización de la vía contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de la gestión instrumental y mediata de las instituciones constitucionales no integradas subjetivamente en el Poder ejecutivo, pero cuya actividad material, objetivamente administrativa, se somete al mismo sistema de fiscalización. La jurisdicción contencioso-administrativa pasa de ser el Juez común natural de la Administración, a convertirse en Juez común del Estado. Se cumple así el mandato constitucional del artículo 106, en una tendencia hermenéutica que sirve mejor a la consecución del Estado de Derecho y a la preeminencia del valor «justicia», según las expresiones programáticas del artículo 1.º de la Constitución.

2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El primero de los supuestos más arriba contemplados aparece regulado directamente en la Constitución, cuyo artículo 152 esta-

blece que «el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: ... c) por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias». De tal modo, este orden jurisdiccional es el único que aparece explícita y nominativamente constitucionalizado, a diferencia de todos los demás, alguno de los cuales —el penal— se da por supuesto o preexistente, pero sin nombrarlo.

Como consecuencia de este mandato constitucional, se promulgó la Ley 34/1981, de 5 de octubre, por la que se dictan normas complementarias sobre legitimación en el recurso contencioso-administrativo; Ley innecesaria en un plano teórico, pero conveniente en el pragmático. El artículo 1.º de esta Ley aclara que, «a todos los efectos a que se refiere la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se entenderá como Administración pública la Administración de las Comunidades Autónomas. Las Entidades sometidas a la tutela de estas Comunidades tendrán igual consideración», criterio que se hacía extensivo a los Entes Preautonómicos con cierta inexactitud, a mi entender, pues tales Entes eran organismos autónomos de la Administración del Estado.

Un anteproyecto de Ley de revisión de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, elaborado en el primer semestre de 1980 por un grupo de trabajo dentro de la Sección 3.ª de la Comisión General de Codificación, incluía ya dentro del concepto de Administración pública a la Administración de las Comunidades Autónomas, así como a las Corporaciones e instituciones públicas sometidas a su tutela (art. 1.º, 2, b) y d)).

3. LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES

Estas instituciones constitucionales, que SANTAMARÍA ha llamado «organizaciones estatales no administrativas», son la Corona, los Poderes Legislativo (Cortes Generales, Congreso y Senado) y Judicial (Consejo General y Tribunales), el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y el Consejo para la Planificación Económica, este último todavía nonato. De todas ellas, hay una —la Corona— cuyos actos, aun cuando fueren materialmente administrativos, quedan excluidos de cualquier enjuiciamiento. En efecto, por una parte, la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad (art. 56, 3), sea cualquiera la naturaleza de ésta. Por otra, el Rey nombra y releva libremente a los

miembros civiles y militares de su Casa (art. 65, 2), discrecionalidad absoluta en el fondo y en la forma que impide su revisión jurisdiccional.

En el anteproyecto de Ley más arriba mencionado, se contemplaban varias de estas instituciones, no todas, para incorporar en algunos casos soluciones ya existentes, y en otros anticipándose a las futuras normas reguladoras de esas instituciones. En el primer grupo, hay que clasificar al Tribunal Constitucional y al Consejo General del Poder Judicial, cuyas respectivas leyes orgánicas habían sido promulgadas con anterioridad.

En efecto, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, prevé, con criterio restrictivo, que las resoluciones del Secretario general del Tribunal Constitucional, «en materia de personal, serán recurribles en alzada ante el Presidente del Tribunal, cuya decisión agotará la vía administrativa. Esta decisión será susceptible de recurso contencioso-administrativo» (art. 99, 3), cuyo enjuiciamiento corresponde, por cierto, a la Audiencia Nacional. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, reguladora del Consejo General del Poder Judicial, ofrece un planteamiento más abierto y más ajustado, por tanto, a la Constitución: «los actos definitivos de la Comisión Permanente y la Sección Disciplinaria, cuando los de esta última no fueren resolutorios de recursos, serán impugnables en alzada ante el Pleno del Consejo General; los actos y disposiciones emanados del Pleno o de la Sección Disciplinaria no susceptibles de alzada, serán recurribles en vía contencioso-administrativa, conforme a la Ley Reguladora de dicha jurisdicción. La competencia para conocer de estas impugnaciones corresponderá al Pleno del Tribunal Supremo» (art. 47), solución singular determinada por la singularidad del órgano superior de gobierno del propio Poder Judicial, nunca extensible a las demás instituciones constitucionales.

El anteproyecto de Ley para adaptar la reguladora de este orden jurisdiccional a la Constitución, configuraba con mayor amplitud estos supuestos, ya que permitía la impugnación judicial respecto de los «contratos y actos de gestión patrimonial, así como en materia de personal», procedentes del Tribunal Constitucional (y las demás instituciones), sin limitarlos a los citados en último lugar, remitiéndose para el Consejo General a su regulación específica, más genérica y comprensiva.

El segundo grupo en que antes fueron clasificadas las instituciones constitucionales, encuadra a tres cuyas normas reguladoras

han aparecido ya y a otra todavía inexistente. A dos de las primeras hacía referencia el anteproyecto, tantas veces mencionado, olvidando otras dos, quizá por su novedad (el Defensor del Pueblo y el Consejo para la Planificación Económica). En efecto, en el apartado a) del párrafo 2.º del artículo 1.º, se entendía por Administración pública no sólo a ésta, *stricto sensu*, sino, además, a «los órganos de gobierno interior de las Cortes Generales y del Tribunal de Cuentas» (junto con el Constitucional y el Consejo General), con el ámbito objetivo ya analizado más arriba.

La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para configurar la figura del Defensor del Pueblo, creado por la Constitución, carece de normas respecto del régimen jurídico de sus actos de administración. Por su parte, los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado no contienen alusión alguna a la posibilidad de impugnación judicial de los actos materialmente administrativos de las Mesas como órganos rectores de las Cámaras, a quienes compete su «gobierno interior». Finalmente, tampoco contempla este problema la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas, que, en cambio, prevé expresamente la conexión de la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa mediante los recursos de casación y revisión ante el Tribunal Supremo (art. 49). Sin embargo, el contexto global de esta Ley Orgánica permite afirmar que los actos gubernativos son susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa con arreglo a las normas generales, solución, además, admitida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con anterioridad a la nueva Ley Orgánica, que en esto nada innova. En la actualidad, la competencia para el enjuiciamiento de estos actos corresponde a la Audiencia Nacional.

IV. EXTENSION OBJETIVA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. LO CONTENCIOSO-CONTABLE: SU DELIMITACIÓN

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, lo configura —en su artículo 1.º— como «el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del

sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción». La fórmula sintética utiliza las mismas expresiones del artículo 136 de la Constitución y se limita a poner en relación el párrafo 1.1 con el inciso contenido en el 2.1. Y en desarrollo coherente de tal configuración, el artículo 2.º delimita con precisión las dos funciones que confluyen en esta compleja institución:

a) «La fiscalización externa, permanente y consultiva de la actividad económico-financiera del sector público». Esta función se realizará, según el artículo 8.º, al sometimiento de tal actividad «a los principios de legalidad, eficiencia y economía», en consonancia con lo establecido en el artículo 31, 2, de la Constitución.

b) «El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos».

Esta función jurisdiccional aparece delimitada mediante una serie de *puntos de conexión* objetivos, subjetivos y formales. El primero de ellos está constituido por el concepto de *caudales públicos*, raíz del fundamento mismo del Tribunal de Cuentas. No existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que defina qué sean estos caudales, efectos o fondos públicos, y la Ley Orgánica del Tribunal, en proyecto, tampoco lo hace, aun cuando utilice esta expresión como núcleo central del enjuiciamiento y con ocasión de configurar las «cuentas» y la «responsabilidad contable» (artículos 15, 38 y 43).

Sin embargo, en el anteproyecto de aquella Ley Orgánica figuraba una definición, eliminada en la fase posterior del itinerario prelegislativo quizá por la dificultad que implica una tal formulación e incluso por el peligro que conlleva su interpretación si no resultara suficientemente precisa. En principio, constituían caudales públicos, a los efectos de dicha Ley, «todos aquellos que cualesquiera que fuere su título, fundamento y procedencia hayan ingresado o debieran haber ingresado en las Cajas correspondientes de las Administraciones públicas, así como sus bienes, valores y derechos de todas clases». Habrán de ser el propio Tribunal de Cuentas y, en su caso, el Tribunal Supremo quienes a través de su actuación fiscalizadora y judicial o de la doctrina jurisprudencial, respectivamente, elaboren casuísticamente el concepto.

La presencia de los caudales públicos determina, a su vez, la extensión del *sector público*, que, según el artículo 4.º de la Ley

Orgánica del Tribunal de Cuentas, comprende: a) La Administración del Estado. b) Las Comunidades Autónomas. c) Las Corporaciones locales. d) Las Entidades gestoras de la Seguridad Social. e) Los organismos autónomos. f) Las sociedades estatales y demás empresas públicas. Un segundo párrafo aclara que «al Tribunal de Cuentas corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales y otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas». Finalmente, se declara de modo expreso la equiparación de los Entes Preautonómicos a las Comunidades Autónomas (disposición transitoria 5.^a).

La gestión de los caudales públicos, además, origina el nacimiento de la obligación de rendir *cuentas* por parte de quienes los manejen. «En el principio fueron las cuentas». Así podría comenzar, con una paráfrasis genesiaca, tanto una investigación histórica como una exposición sistemática del Tribunal de Cuentas. Y es que éste, como todas las demás instituciones fiscalizadoras de la actividad financiera de la Administración pública que en el mundo han sido y son, llevan explícita o implícita, en su propia denominación, el concepto materialmente contable y formalmente jurídico de «cuenta». Su propia existencia, además, da por supuesta la obligación de presentar esas cuentas públicamente, su «rendición», que adquiere, según se verá luego, un auténtico rango constitucional. Así, la *Cour des Comptes*, la *Corte de Conti*, el *Comptroller and Auditor General of Public Accounts*, la *General Accounting Office* o las Contralorías de algunas repúblicas hispanoamericanas ponen de relieve, en su mismo nombre, que la atribución medular y la razón de ser de todas ellas consiste en el «examen y censura» de las cuentas con el resultado de exonerar o declarar, en su caso, la responsabilidad de quienes las rinden.

Las cuentas constituyen el reflejo o expresión cifrada, la exteriorización cualitativa y cuantitativa a la vez de la gestión en el manejo de caudales públicos, cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal de Cuentas. Por ello, la jurisdicción contable se ejerce con carácter exclusivo y excluyente respecto de las cuentas generales y parciales, comunes y especiales, ordinarias y extraordinarias, periódicas o eventuales, principales o auxiliares, que deben rendir cuantas personas recauden, administren, custodien o manejen caudales públicos, así como respecto de quienes ordenen, intervengan o realicen pagos con cargo a los mismos. En este mismo sentido se pronunciaba el artículo 12 del proyecto de Ley Orgánica, que

ha sido descargado de la enumeración en el 15 del texto definitivo cuando establece que «el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos».

Todas estas personas son también, en consecuencia, responsables de los alcances que por malicia o negligencia se originen en perjuicio de la Administración pública, y por ello, además, la jurisdicción contable se extiende a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de la actuación de quienes están sometidos a ella. Así lo dice, casi literalmente, el párrafo 2.º del mismo artículo 15 de la Ley Orgánica, que ha respetado en su integridad el simétrico del proyecto del Gobierno. De tal forma, las funciones jurisdiccional y fiscalizadora presentan una interrelación indisoluble y son como las dos ruedas de un viejo velocípedo, que cualesquiera que sea su tamaño recíproco, sirven para que el vehículo mantenga el equilibrio cuando marcha.

En efecto, al fiscalizar se detectan las que luego pueden resultar infracciones determinantes de responsabilidad, y al investigar todas y cada una de las conductas individualizadas, el Tribunal de Cuentas contempla el conjunto de la actividad financiera de las Administraciones públicas. Esto tiene su reflejo jurídico, y por ello así se recoge en la Ley Orgánica, que en este aspecto nada innova, porque nada podría innovar sin alterar la sustancia del producto. Por ello, los puntos de conexión hasta ahora analizados, que acotan el campo de fuerzas de esta institución, son comunes a sus dos funciones, fiscalizadora y jurisdiccional. El ámbito objetivo —los caudales públicos—, el subjetivo —sector público— y el formal —las cuentas— sirven tanto para una como para otra y, en consecuencia, son útiles para caracterizar al Tribunal de Cuentas en su conjunto, pero no para diferenciar aquellas funciones entre sí.

2. EL OBJETO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS: LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

Toda jurisdicción se identifica por su objeto, y en la contable, éste constituye el cuarto punto de conexión, que cronológicamente ha de situarse al final del itinerario: el resultado de la fiscalización, que ha de conllevar la exoneración del cuentadante (lo es todo aquel que maneja fondos públicos) o la declaración cuantificada o indi-

vidualizada de la responsabilidad patrimonial en que haya podido incurrir, así como la exigencia coactiva, en su caso. El núcleo medular de la jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas y el objeto que delimita sus distintos procesos, entendida esta expresión en su sentido más estricto, es el concepto de la *responsabilidad contable*, y —por ello— constituye el eje del proyecto de Ley Orgánica, que le dedica su Título IV con ese mismo epígrafe.

El artículo 38 del dictamen parlamentario y del proyecto gubernamental, que en este tramo de sus textos coinciden, dice así:

«1. El que por acción y omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios.—2. La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria.—3. La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados.—4. Los responsables subsidiarios lo serán mancomunadamente entre sí. La cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa.—5. Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma».

La «versión original» del anteproyecto de Ley Orgánica, elevado en el otoño de 1979 al Gobierno, texto que disfrutó de una amplia difusión, contenía en este Capítulo I del Título IV una regulación de las circunstancias eximentes y atenuantes de las responsabilidades directas o subsidiarias. Volatilizadas estas normas en el trayecto de la Presidencia al Congreso, unas enmiendas del Grupo Parlamentario Comunista han conseguido reincorporar aquéllas a la Ley Orgánica. Los desaparecidos preceptos decían:

«Art. 39. 1. Quedarán exentos de responsabilidad quienes actúen en virtud de obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la improcedencia o ilegalidad de la correspondiente orden, con las razones en que se funden.

2. Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de cuentas y en la solvencia de reparos sea consecuencia del incumplimiento por otros de sus relaciones específicas, siempre que el responsable así lo haya hecho constar por escrito».

«Art. 40. 1. No habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones cuya omisión es causa de aquélla con los

medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

2. Cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de esta Ley».

La definición genérica de la responsabilidad contable, incluida con otras normas en el Capítulo I, que se dedica a las «disposiciones comunes», se desarrolla en los dos capítulos siguientes. El II contiene una mínima regulación de «la responsabilidad directa» con un solo artículo, el 42:

«1. Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.

2. Toda persona sujeta a obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas, que dejare de hacerlo en el plazo marcado o lo hiciere con graves defectos o no solventara sus reparos, será compelido a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal de Cuentas.

3. Si el requerimiento no fuere atendido en el improrrogable plazo señalado al efecto, el Tribunal de Cuentas podrá aplicar las medidas siguientes:

a) La formación de oficio de la cuenta retrasada a costa del moroso, siempre que existieran los elementos suficientes para realizarlo sin su cooperación.

b) La imposición de multas coercitivas en la cuantía que legalmente se establezca.

c) La propuesta a quien corresponda para la suspensión, la destitución, el cese o la separación del servicio de la autoridad, funcionario o persona responsable.

4. El Tribunal de Cuentas, en su caso, pasará el tanto de culpa al Fiscal General del Estado por el delito de desobediencia».

La obligación de rendir cuentas es una obligación de hacer, cuya naturaleza formal constituye el reflejo de una realidad subyacente. Esto origina que tal obligación de hacer pueda convertirse en otra de dar, por un doble fundamento: 1) su incumplimiento, es decir, la inexistencia de la «cuenta debida» o su formulación de modo insuficiente; 2) la discrepancia de la expresión documental respecto de la realidad que pretende describir. En ambos casos surge la responsabilidad contable.

El Capítulo III del Título I, bajo la rúbrica de «la responsabilidad subsidiaria», contiene una sola norma, el artículo 43, cuyo texto literal dice así:

«1. Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

2. La exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas».

Con independencia y al margen de los supuestos concretos de la responsabilidad contable en cada una de las modalidades que ofrece, de su transmisibilidad o de las circunstancias que permiten su exclusión o moderación, conviene añadir en este momento que su configuración jurídica no difiere sustancialmente del esquema común de la responsabilidad civil o patrimonial. En esta categoría genérica queda enraizada la responsabilidad contable, cuya especificidad está determinada por el ámbito en que se origina —el sector «público»—, que implica la presencia de las Administraciones «públicas» por afectar al manejo de caudales «públicos». Las peculiaridades de su régimen jurídico no son sino el reflejo de la intangibilidad ideal del patrimonio colectivo y de las garantías instrumentadas para hacerla realidad.

Finalmente, es justo señalar como mérito intrínseco de este proyecto de Ley Orgánica que en él por primera vez se codifica y se regula esta responsabilidad con carácter homogéneo y general para todo el sector público. Las normas hasta ahora existentes eran, por una parte, fragmentarias, no sistemáticas ni totalizadoras, y, por otra, sectoriales y heterogéneas, dictadas para la Hacienda pública (estatal) o las Haciendas locales, con coincidencias de fondo, pero también con discrepancias perturbadoras. Así, el régimen jurídico unificado afectará no sólo a las Administraciones tradicionales, sino a las nuevas —Comunidades Autónomas—, que carecen hasta ahora de una regulación propia en la materia.

3. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

El estudio analítico del concepto de jurisdicción, en su sentido más estricto, revela que todas y cada una de sus exigencias con-

curren en el Tribunal de Cuentas. Este se presenta, ante todo, como órgano «imparcial» que incide en relaciones jurídicas de naturaleza pública, uno de cuyos sujetos es siempre la Administración —representada por el Fiscal— y otro el cuentadante o funcionario cuya presunta responsabilidad se enjuicia. Por otra parte, su «independencia» funcional resulta evidente, pues el artículo 5.º del proyecto de Ley Orgánica, como la vigente de 1963 y las anteriores sin excepción alguna, declara explícitamente que el Tribunal de Cuentas ejerce las funciones que le son propias con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Esta característica no constituye una fórmula arbitraria o caprichosa, sino que responde a una auténtica exigencia ontológica de la institución, y así lo ha entendido unánimemente la opinión científica. Finalmente, la actividad del Tribunal de Cuentas, por imperativo de su propia esencia, consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, y de esta comparación, que constituye un juicio en el sentido lógico y jurídico de la expresión, obtiene una conclusión acerca de la legitimidad del caso concreto contemplado. En consecuencia, declara si existe o no responsabilidad del funcionario, absuelve o condena, y en esta última hipótesis, ejecuta coactivamente su decisión.

En definitiva, el Tribunal de Cuentas, en este aspecto, es un órgano auténticamente jurisdiccional, judicial, mejor, para evitar los equívocos que suele producir la expresión «jurisdicción administrativa», si se recuerda que algunos autores hablan de funciones jurisdiccionales de la Administración. Tal conclusión es la comúnmente aceptada fuera y dentro de nuestras fronteras, si bien no faltan opiniones discrepantes.

La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, reconocida expresamente en el artículo 136, 2, conlleva también en el mismo texto la nota de independencia, servida instrumentalmente por la inamovilidad (art. 11, 1). Por ello, a los miembros del Tribunal se les otorga constitucionalmente el *status* judicial, con las dos características que se acaban de señalar (art. 136, 3). La vinculación directa a las Cortes Generales tiene un alcance meramente orgánico, y en lo funcional afecta exclusivamente a la actividad fiscalizadora, dentro de la cual, a su vez, tan sólo para el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado actúa el Tribunal por delegación del Parlamento (art. 136, 1). Esta solución es, por otra parte, la misma que adoptaron las Leyes de 1870 y 1931 con planteamientos constitucionales análogos al actual.

En consecuencia, el Tribunal de Cuentas es un órgano judicial al margen de la estructura de la Administración pública. Ejerce, pues, una jurisdicción especial, calificación que le han atribuido tradicionalmente las sucesivas normas reguladoras de la institución y que naturalmente aceptaba el proyecto de Ley Orgánica en su artículo 12, aunque el 13 del dictamen haya suprimido esta calificación y la de privativa sustituyéndolas por la de «propia», omisión que no afecta a la sustancia de la cuestión. Desde una perspectiva formal, la circunstancia de que no aparezca encuadrado tampoco dentro del Poder judicial provoca una especialidad de doble grado. Por una parte, ha de predicarse tal cualidad frente a la denominada jurisdicción ordinaria (civil y penal), y por otra, se produce también frente a la contencioso-administrativa, Juez de Derecho común (según la terminología francesa) o fuero natural de la Administración pública, si bien aquélla no sea en realidad una auténtica jurisdicción especial, sino más bien un complejo orgánico especializado dentro del tronco común de la Administración de Justicia.

Desde un punto de vista objetivo, es también especial la jurisdicción del Tribunal de Cuentas que se ejerce en materia administrativa. VANNI afirmaba que la competencia judicial de la *Corte de Conti* pertenece a la clase de las jurisdicciones peculiares de la Hacienda pública, y se integra, por tanto, dentro de los órganos de la justicia financiera. Esta expresión resulta equívoca entre nosotros, aun cuando contiene un núcleo auténtico, porque las cuestiones financieras, en el sentido que más atrás quedó analizado, son las características de su específico ámbito de atribuciones. En definitiva, el Tribunal de Cuentas ejerce una jurisdicción especial administrativa, que actúa un sector muy delimitado del ordenamiento administrativo: el Derecho financiero o la Contabilidad del Estado, entendida ésta con un significado jurídico. Por ello, puede ser denominada «jurisdicción contable» o «jurisdicción financiera», denominación que corresponde al concepto de lo «contencioso-contable» utilizado por la doctrina italiana. Finalmente, también se ha pretendido calificarla como «jurisdicción objetiva», distinción que no parece exacta ni fecunda. El Tribunal de Cuentas, como se comprobará, enjuicia tanto a los actos como a los cuentadantes.

Por lo demás, no existen discrepancias doctrinales apreciables en el momento de reconocer la especialidad, subjetiva y objetiva, de esta institución fiscalizadora, cualidad que aceptan unánimemente cuantos afirman su naturaleza jurisdiccional e incluso cuantos

niegan que esta función sea la predominante o esencial. De tal calificación inicial indiscutida se derivan una serie de características secundarias que sirven para individualizar su perfil. La jurisdicción contable, por su contenido, es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, como advierte el artículo 17, 1, de la Ley Orgánica.

4. EXTENSIÓN Y LÍMITES: LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LO CONTENCIOSO-CONTABLE

La jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas se configura positivamente por su objeto, la responsabilidad contable, que marca, en principio, su extensión con el margen de flexibilidad previsto en el artículo 15, transcrito más arriba. Como anverso de tal delinde, por inclusión, de la materia objeto del proceso y de las cuestiones conexas, la técnica habitual utiliza también —quizá redundantemente— criterios negativos, por exclusión, y en este aspecto, la Ley Orgánica sigue las directrices tradicionales para delimitar el ámbito de actuación del Tribunal respecto de las Administraciones públicas y de los demás órdenes jurisdiccionales, aunque plasmándolas con mayor precisión dogmática. En efecto, el artículo 15 no incurre, como había sucedido hasta ahora y sucede aún bajo la vigencia de la Ley de 1953, en un casuismo invertebrado. Así, las manifestaciones fenoménicas, ocasionales y fragmentarias, los supuestos individualizados que se producen en momentos procesales muy concretos (por ejemplo, tercerías), reciben un tratamiento genérico y se regulan como cuestiones prejudiciales o incidentales.

La Ley Orgánica alude expresamente a una zona tangencial de las Administraciones públicas con el Tribunal de Cuentas, supuesta la plena independencia de éste. El artículo 18, 1, aclara que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria. Y en relación con los demás Jueces y Tribunales, el artículo 16 excluye de aquella jurisdicción el enjuiciamiento de los asuntos que correspondan a cualesquiera otros órdenes jurisdiccionales, enumerando nominativamente el constitucional, el contencioso-administrativo, el penal, el civil y el laboral, así como genéricamente las cuestiones de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder judicial.

En el aspecto que nos ocupa resulta especialmente interesante la delimitación de lo contencioso-contable respecto de lo conten-

cioso-administrativo. No corresponderán tampoco a la jurisdicción contable, dice el artículo 16, *b*), del dictamen parlamentario, el enjuiciamiento de las cuestiones sometidas a la contencioso-administrativa. El deslinde entre ellas resulta especialmente problemático, ya que ambas operan sobre idéntico objeto formal (actos administrativos) en una concreta parcela material de las Administraciones públicas (la actividad económica o financiera). Sin embargo, tal delimitación puede realizarse en virtud de dos criterios complementarios: uno, la distinta perspectiva utilizada para contemplar esos actos, y otro, el objeto sobre el que incidan.

Es delicado, en efecto, este deslinde de lo contencioso-contable y lo contencioso-administrativo, que mal planteado puede originar actuaciones aberrantes, de las que cabría señalar algún ejemplo. La jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para la eventual anulación de actos y disposiciones administrativas que contradigan el ordenamiento jurídico, produzcan o no un perjuicio patrimonial a las Haciendas públicas. La jurisdicción contable enjuicia la responsabilidad derivada de tales actos, precisamente por su consolidación jurídica, por su inatacabilidad o firmeza, cuando la ilegalidad origina un resultado dañoso al Tesoro; por ello nunca puede estar capacitada para dejar sin efecto liquidaciones tributarias o acuerdos en los que se constituya una obligación (gasto) o se disponga un pago, que son actos declaratorios de derechos y deberes respecto de los particulares afectados: para ello, nuestro sistema configura el proceso de lesividad.

Aun cuando todos o parte de los actos administrativos enjuiciados sean formalmente intangibles y deban surtir todos sus efectos normales, incluso en contra de la Administración y habitualmente en favor del particular, el Tribunal de Cuentas lo somete a una elaboración peculiar: no puede anular el acto administrativo cuya irregularidad comprueba (misión ésta privativa de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino que la comprobación de su ilegitimidad es simplemente un presupuesto lógico de la declaración de responsabilidad del funcionario que lo dictó y, en consecuencia, tiende a eliminar el perjuicio económico causado a la Administración, transfiriéndolo al responsable. Precisamente, el hecho de que tal acto resulte inatacable provoca el daño patrimonial y la consiguiente responsabilidad.

El documento de trabajo de la Comisión redactora del anteproyecto contenía, en el que luego fue el apartado *b*) de este artículo 16,

la aclaración de que el Tribunal de Cuentas no podría «declarar la nulidad de actos administrativos constitutivos de derechos y obligaciones», pero sí «exigir de quienes proceda el resarcimiento de los perjuicios originados por su ejecución, cuya responsabilidad, en cambio, le corresponde declarar. Tampoco podrá proceder —añadía— contra los particulares perceptores de pagos indebidos, cuyo reintegro será exigido por la Administración. Podrá dirigirse al órgano competente para que, en su caso, proceda a la anulación del acto que estime irregular o declare la lesividad para impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Finalmente, corresponde a lo contencioso-administrativo el enjuiciamiento de los actos que emanen de los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas respecto de su gestión patrimonial y en materia de personal para el funcionamiento de sus servicios, ya que el artículo 3.º del dictamen parlamentario le reconoce una función instrumental, pero exclusiva, de autoadministración. El anteproyecto de reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, elaborado en 1979 por la Comisión General de Codificación, contempla expresamente en su artículo 1.º a las Cortes Generales, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Cuentas para hacer posible la impugnación judicial de las resoluciones que se produzcan en el ámbito más arriba acotado. La competencia correspondería en primera instancia a la Audiencia Nacional, y en apelación al Tribunal Supremo.

5. CONEXIÓN FUNCIONAL DE AMBAS JURISDICCIONES

En la vigente Ley Orgánica, la jurisdicción contable aparece configurada como necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, de tal manera que los órganos del Tribunal de Cuentas que fueren competentes para conocer de un asunto, lo serán también para todas sus incidencias y para ejecutar las resoluciones que dictaren. La plenitud de la jurisdicción no se opone en teoría ni en la práctica a la articulación de todos los órganos jurisdiccionales en un esquema procesal armónico. En tal aspecto, el Tribunal de Cuentas ejerce una parcela de lo contencioso-administrativo que la ciencia jurídica italiana califica como «contencioso-contable». La circunstancia de que este Tribunal constituya el «órgano supremo» de la fiscalización financiera, según el artículo 136, 1, de la Constitución, no pue-

de impedir que en su faceta jurisdiccional se vincule procesalmente el Tribunal Supremo, ya que éste se define constitucionalmente como el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» (artículo 123, 1), con la única salvedad explícita del Constitucional. En consecuencia, todos los órdenes jurisdiccionales confluyen y se unifican en él, que, además, tienen en nuestro ordenamiento jurídico la misión trascendental de crear jurisprudencia o «doctrina legal», cuya fuerza como fuente complementaria del Derecho aparece reconocida en el artículo 1, 6 (Título Preliminar), del Código Civil.

Por tanto, resulta razonable propugnar que los recursos de casación y revisión se desglosen del Tribunal de Cuentas, sin menoscabo alguno de su importancia y categoría, para transferirlos al Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus Salas de lo Contencioso-administrativo. Esta es la solución adoptada, por ejemplo, en Francia, donde el *Conseil d'Etat* enjuicia los recursos de tal naturaleza formulados contra las resoluciones de la *Cour des Comptes*. En España, como hemos visto, siguió estas directrices la primera Ley Orgánica (1851), que encomendaba el recurso de casación al Consejo Real, órgano supremo de lo contencioso-administrativo, en régimen de jurisdicción «retenida»; por otra parte, la Contaduría Mayor de Cuentas y su Tribunal nunca fueron «Supremos» en el sentido procesal de la expresión, pues siempre existió una instancia superior en el Consejo Real o en el de Hacienda e incluso en la Audiencia de la Corte (1813 y 1820). Con esta tradición centenaria entronca la Ley Orgánica cuyo artículo 49 establece que «las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determine su Ley de Funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo».

