



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Francisco Pleite Guadamillas



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 22 . MARZO 2018

01

Régimen de invalidez de los contratos según lo dispuesto en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Jesús Mozo Amo
Magistrado

02

El difícil encaje de las diligencias preliminares previstas en la LEC, para preparar un proceso contencioso administrativo.

Ainoa Yurrebaso Santamaría
Letrado de la Administración de Justicia

RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS SEGÚN LO DISPUESTO EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Jesús Mozo Amo.

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo

Nº 4 de Valladolid

RESUMEN: *La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dedica los artículos 24 a 26 a regular el régimen jurídico de los contratos del sector público y el artículo 27 a determinar la jurisdicción competente. Al régimen de invalidez de los contratos del sector público se refieren los artículos 38 a 60 de la Ley. Esta regulación de la Ley mantiene, en lo esencial, la contenida en la anterior aunque se introducen algunas modificaciones que conviene tener en cuenta, especialmente en lo que se refiere al orden jurisdiccional competente, que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 27, se amplía de manera imponible el atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa. En el presente artículo el autor analiza las principales modificaciones que se introducen en la Ley 9/2017 en lo que se refiere al régimen jurídico de invalidez de los contratos del sector público, sin perjuicio de un análisis futuro más detallado del contenido del importante artículo 27.*

VOCES: Contratación pública, contratos sector público, Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, invalidez contractual, nulidad, anulabilidad, recursos.

1º Introducción.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, regulaba, todavía lo hace en la actualidad al no haber entrado en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, el régimen de invalidez de los contratos haciéndolo mediante el establecimiento de: (1) un régimen general (artículos 31 a 36) en el que se regulan las causas de invalidez, de derecho civil y de derecho administrativo, y dentro de estas últimas los supuestos de nulidad de pleno derecho y los de anulabilidad así como la revisión de oficio y los efectos de la declaración de nulidad de pleno derecho; (2) supuestos especiales de nulidad contractual aplicables a los contratos Sujetos a Regulación Armonizada (SARA) así como el medio para hacerlos valer (cuestión de nulidad) y las consecuencias jurídicas que produce la declaración de la nulidad (artículos 37 a 39); (3) el recurso especial en materia de contratación (artículos 40 a 49); y el arbitraje (artículo 50). Los artículos citados se complementan, necesariamente, con aquellos que regulan el régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público (artículos 18 a 20) y con el artículo que regula la jurisdicción competente (artículo 21).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dedica los artículos 24 a 26 a regular el régimen jurídico de los contratos del sector público y el artículo 27 a determinar la jurisdicción competente. Al régimen de invalidez de los contratos del sector público se refieren los artículos 38 a 60 de la Ley. Esta regulación de la Ley mantiene, en lo esencial, la contenida en la anterior aunque se introducen algunas modificaciones que conviene tener en cuenta, especialmente en lo que se refiere al orden jurisdiccional competente, que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 27, se amplía de manera imprevista el atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta cuestión, es decir al contenido del artículo 27 de la Ley y a las modificaciones que presenta respecto a lo que disponía el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, será objeto de análisis en un posterior trabajo dado que merece un tratamiento singular por la importancia y trascendencia que tiene para todos aquellos que ejercemos la función jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo. Ahora me voy a referir a las modificaciones que se introducen en la Ley 9/2017 en lo que se refiere al régimen jurídico de invalidez de los contratos del sector público siendo las más importantes las que se van a exponer seguidamente.

2º Régimen de invalidez de los contratos del sector público en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Principales modificaciones respecto a la regulación anterior, es decir la contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

-Desaparece la referencia del arbitraje. El artículo 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011 se refería al arbitraje, al que, por cierto, se hace mención en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 (Rec. Casa. 1715/2015), posibilitando que pudieran acudir a él, en los términos previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administración Pública a efectos de resolver las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. En la Ley 9/2017 desaparece el arbitraje de la regulación dedicada a la invalidez de los contratos sin que se haga ninguna referencia al mismo en la parte referida al régimen jurídico de los efectos y extinción de los contratos (privados) que lleven a cabo los entes del sector público, sean o no poder adjudicador, que no sean Administración Pública (artículos 319 y 322 de la Ley).

-Desaparece la regulación de los supuestos especiales de nulidad contractual y la llamada “cuestión de nulidad”. Los artículos 37 a 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011 regulaban la materia indicada resultando que en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, esa regulación no se contiene. La desaparición indicada es formal dado que las causas especiales de nulidad están, en lo esencial, incluidas en las causas de nulidad de derecho administrativo recogidas en el artículo 39, que pueden hacerse valer, entre otros medios, a través de la revisión de oficio.

-Las causas de anulabilidad de derecho administrativo a las que se refiere el artículo 40 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, presentan algunas novedades respecto a las previstas en el Real Decreto Legislativo 3/2011 en el que únicamente se hacía una remisión al artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ahora, además de la remisión a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se introducen supuestos especiales de anulabilidad.

En primer lugar hay que destacar que el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 204 y 205 de la Ley (modificación de los contratos en los supuestos que estén previstas en los pliegos y en los supuestos en los que este hecho no ocurra), sin perjuicio de que pueda ser objeto del recurso especial, no es una causa de nulidad de pleno derecho sino de anulabilidad por lo que no podrá ser objeto de la acción de nulidad en la que se materializa la revisión de oficio.

En segundo lugar hay que señalar que se establece una causa de anulabilidad que se proyecta sobre una decisión que no es, en sentido estricto, contractual. Me estoy refiriendo a los **encargos** que realicen los poderes adjudicadores a medios propios incumpliendo lo dispuesto en los apartados 2,3 y 4 del artículo 32 de la Ley.

Por último se introduce como causa de anulabilidad cualquier decisión de un poder adjudicador que pueda otorgar una ventaja a una empresa que, previamente, haya contratado con la Administración. Es esta una causa general que habrá que examinar en cada caso concreto entendiendo que tiende a favorecer la igualdad y la transparencia y a eliminar situaciones de ventaja que se puedan producir.

-Revisión de oficio (artículo 41). Se introduce una ficción legal a efectos de aplicar la revisión de oficio prevista en la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, en el ámbito de la contratación considerando, a los solos efectos indicados, que son **actos administrativos** los de preparación y adjudicación de un contrato que dicte una entidad del sector público que no sea Administración Pública así como también aquellas decisiones que adopten sujetos que lleven a cabo contratos subvencionados.

La ficción legal indicada obliga a diferenciar dos supuestos a efectos de determinar la competencia para acordar la revisión de oficio. Si el acto objeto de revisión de oficio proviene de una Administración Pública (es decir, es un acto administrativo en sentido estricto), la competencia corresponde al órgano de contratación. Cuando estemos ante un acto administrativo impropio (el que se produce como consecuencia de la ficción legal indicada), la competencia para la revisión de oficio sale del ámbito de la entidad del sector público que lo dicta (sujeto de derecho privado) pasando a entrar en el ámbito de la Administración Pública correspondiente siendo competente para decidir sobre la revisión de oficio el órgano o ente de ésta (de la Administración) que tenga un control sobre la entidad que contrata o al que esa entidad quede adscrita.

Se plantea un problema, que ya se suscitaba con la regulación anterior, respecto a la competencia para declarar la lesividad en el ámbito local. La Ley de Contratos dice, para los contratos de la Administración, que es el órgano de contratación debiendo tenerse en cuenta que tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre (artículo 107,5), como la legislación de Régimen Local atribuyen esa competencia al Pleno de la Corporación.

-Recurso administrativo impropio. Las decisiones que se produzcan dentro de los contratos a los que se aplica en recurso especial y que sean objeto del mismo no pueden ser objeto de recurso administrativo ordinario (artículo 44,5). Solo cuando no quepa el recurso especial pueden utilizarse los recursos administrativos ordinarios previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. No existe ningún problema para llevar a cabo esta utilización cuando nos encontramos ante contratos llevados a cabo por un sujeto que sea Administración Pública (ya sean administrativos o privados). Ese problema se plantea cuando el sujeto que contrata no tenga naturaleza de Administración Pública y la decisión adoptada, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley, es objeto de enjuiciamiento en el ámbito contencioso-administrativo. La Ley, esa creo que es la finalidad, ha querido que a la jurisdicción contencioso-administrativa no se pueda demandar directamente a sujetos privados sino que ha de hacerse a través de la Administración respecto de la que tengan relación o dependencia. Para conseguir esa finalidad se ha creado un recurso

de alzada impropio, al basarse en la idea de tutela o control y no en la relación de jerarquía entre órganos, que tiene la regulación que se va a indicar a continuación.

El párrafo 2º del artículo 44,6 de la Ley, que forma parte de la regulación del recurso especial, dispone, en lo esencial, que las actuaciones de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública (hay que entender que dictadas en el procedimiento de adjudicación que no sean objeto del recurso especial y que puedan, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley, ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa) se impugnarán en vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ante el titular del órgano de la Administración a la que esté adscrita la entidad que tiene la condición de poder adjudicador o al que corresponda su tutela.

El artículo 321,5 de la Ley, que se aplica a contratos de las entidades del sector público que no sean poder adjudicador, dispone que las actuaciones realizadas por estas entidades en la preparación y adjudicación del contrato se impugnarán de la misma manera que se ha previsto para los poderes adjudicadores entendiendo que esas actuaciones son las que pueden ser impugnadas, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo que se acaba de señalar se aplica, como se ha dicho, a decisiones que se adoptan en la fase de preparación y de adjudicación del contrato y no en la fase de ejecución del mismo. Sin embargo, hay algunos supuestos en los que las decisiones sobre modificación del contrato, concretamente las adoptadas por los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública (las modificaciones de los contratos del resto de los entes que sean sector público sin tener la condición de poder adjudicador no son objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa), son impugnables por medio del recurso contencioso-administrativo (artículo 27,1 c) de la Ley). En estos casos, a pesar de que literalmente la Ley se refiere a procedimientos de adjudicación, hay que entender que también resulta aplicable el recurso administrativo indicado.

Resta por determinar si lo dicho se aplica a sujetos que, en sentido estricto, no son sector público pero que, de una u otra manera, están sujetos a la Ley. Dentro de estos están los Partidos Políticos, Sindicatos, Organizaciones Empresariales, incluidas las asociaciones y fundaciones de

ellos dependientes, las Corporaciones de Derecho Público, los sujetos privados que llevan a cabo contratos subvencionados y las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (Disposición Adicional 26). No se incluyen los medios propios por entender, atendiendo a la dependencia que mantienen con entes del sector público, que tienen esa condición, es decir que son sector público.

No existe ninguna duda de que los contratos subvencionados del artículo 23 de la Ley, en lo que se refiere a la preparación, adjudicación y modificación, pueden ser enjuiciados por la Jurisdicción Contencioso-administrativa por establecerlo así el artículo 27,1 f) de la Ley. Siendo esto así, en estos casos hay que entender, aunque no esté expresamente previsto en la Ley, que se aplica el recurso administrativo al que se ha hecho referencia debiendo conocer del mismo la Administración que ha concedido la subvención.

Las Corporaciones de Derecho Público están sujetas a la Ley en los términos previstos en el artículo 3,5 “cuando cumplan los requisitos para poder ser poder adjudicador” por lo que no existe ningún inconveniente para que se les aplique el régimen previsto para los poderes adjudicadores, tanto en lo que se refiere a recursos administrativos como en lo que se refiere al recurso jurisdiccional correspondiente. Solamente habría un inconveniente en la aplicación de este régimen, que se plantearía en aquellos supuestos en los que la Corporación tenga la condición de poder adjudicador sin depender directamente, porque así lo posibilita en el artículo 3,3 d) de la Ley, de una Administración Pública sino de otro ente que no tenga esa condición y que sea poder adjudicador. En estos casos creo que el recurso lo conocería la Administración Pública de la que depende el poder adjudicador que posibilita que la Corporación adquiera esa condición en aplicación del artículo citado.

Más dudas surgen respecto a los Partidos Políticos, Sindicatos y Organizaciones Empresariales y sus fundaciones y asociaciones. Una primera opción es considerar que cuando a estos sujetos se les aplica la Ley (tienen que ser poder adjudicador en los términos del artículo 3,3 d) y, además, llevar a cabo un contrato SARA), las decisiones que adopten sobre la preparación y adjudicación del contrato serían objeto de recurso ante el ente que los controla o financia, si es una Administración Pública. Una segunda opción es considerar que no cabe interponer el recurso que se está analizando dado que, en sentido estricto, no hay procedimiento de adjudicación en cuanto que solamente se aplican principios, no procedimientos, debiendo entenderse que el artículo 44,6 de la Ley, al igual que el artículo 321,5 de la misma, se está refiriendo a “actuaciones” llevadas a cabo dentro de un procedimiento. Creo

que es esta segunda opción la que debe aplicarse por lo que hay que considerar que en estos casos no cabe interponer el que se viene considerando como “recurso administrativo impropio”.

Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial ajustan la preparación y adjudicación de los contratos (no la modificación) a las normas establecidas en la Ley para los poderes adjudicadores por lo que hay que considerar que existe procedimiento de adjudicación y, por lo tanto, las decisiones que adopten serán recurribles en los mismos términos que lo son para los poderes adjudicadores. La dificultad se planteará para encontrar el departamento, organismo u órgano al que esté adscrita la entidad o al que corresponda su tutela. Podría pensarse que el ajuste a las normas “establecidas en esta Ley para los poderes adjudicadores” no convierte a estas entidades en poder adjudicador. De ser así, y no es algo que haya que descartar totalmente, las decisiones de estas entidades sobre preparación y adjudicación de los contratos no sería objeto del recurso administrativo impropio ni tampoco del recurso administrativo especial en los supuestos en los que éste proceda.

3º Recurso administrativo especial (artículos 44 y siguientes de la Ley). El Recurso Especial en materia de contratación, que inicialmente estaba previsto, dado que su origen se encuentra en las Directivas, en relación con contratos Sometidos a Regulación Armonizada (SARA), tiene en la Ley una regulación más completa y detallada y, sobre todo, se introducen algunas modificaciones que deben tenerse en cuenta siendo de destacar las siguientes:

1ª Se amplía el objeto del recurso. Pueden ser recurridas:

-Las decisiones relacionadas con contratos de obras cuya valor estimado supere los 3.000.000 de euros, con contratos de suministro y de servicios cuyo valor estimado sea superior a 100.000 euros (es decir, son contratos no Sometidos a Regulación Armonizada, que era el supuesto normal en la regulación anterior).

-Acuerdos Marco y Sistemas Dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos señalados en el apartado anterior así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

-Concesión de obras y/o de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 de euros (lo que supone que no sean Contratos SARA).

-Contratos Administrativos Especiales (que, en ningún caso, están sometidos a Regulación Armonizada) cuando por sus características no sea posible fijar un precio de licitación (no valor estimado) o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios (100.000 euros).

-Los encargos a medios propios cuando, por sus características, no sea posible fijar un importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para el contrato de servicios (100.000 euros). Hay que tener en cuenta que estos encargos no son contratos y, por lo tanto, están excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos por lo que tampoco hay precio. Aquí lo que se puede recurrir es el acuerdo de formalización del encargo.

-En el contrato de concesión de obras y de servicios a los que se aplica el recurso especial se posibilita, de manera expresa, que se recurra el rescate de la concesión debiendo tenerse en cuenta que este rescate forma parte de la ejecución del contrato, lo que no es propio del recurso especial, que se proyecta sobre los actos de preparación, adjudicación y formalización del contrato. A lo anterior hay que añadir que este acuerdo de rescate puede ser objeto del recurso especial aunque se refiera a contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En este aspecto hay que tener en cuenta el contenido del apartado 3º de la Disposición Transitoria Primera de la Ley que, de manera expresa, dice que la misma se aplica a los acuerdos de rescate que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor debiendo entenderse que es intrascendente la fecha en la que se adjudicó el contrato de concesión de obra o de servicio sobre el que se proyecte ese acuerdo.

2ª Las decisiones objeto del recurso especial determinan la jurisdicción competente y la competencia objetiva dentro de la misma.

Que una determinada decisión, en el ámbito de un contrato, sea objeto del recurso especial tiene incidencia para determinar la **jurisdicción competente** para conocer de la decisión que se adopte, que siempre será la contencioso-administrativo (artículo 27,1 e) de la Ley), y también el órgano jurisdiccional competente objetivamente para conocer del recurso, que será **la Sala** correspondiente al órgano de contratación autor del acto objeto del recurso especial (no al órgano administrativo que resuelve el recurso especial). De esta manera queda claro que los órganos unipersonales de lo contencioso-

administrativo carecen de competencia objetiva para conocer de este tipo de recursos.

3ª Los municipios de Gran Población y las Diputaciones Provinciales pueden crear órganos especiales con competencia para conocer del recurso especial. Lo que se acaba de señalar anteriormente adquiere mayor importancia porque la nueva Ley posibilita, siendo esta otra novedad, que los Ayuntamientos de los Municipios Gran Población creen un órgano especializado para conocer de estos recursos. La misma posibilidad se otorga a las Diputaciones Provinciales, que, además, puede asumir los recursos que se dirijan frente a decisiones del resto de los municipios de la Provincia (es decir, los que no sean de Gran Población).

4ª Se resuelve el problema del lugar de presentación del recurso especial. El artículo 51,3 de la Ley lo deja claro remitiéndose a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, evitando, de esta manera, las dudas que surgían respecto a la regulación anterior referidas a la preferencia de aplicar la regulación especial (Ley de Contratos) sobre la legislación general (Ley de Procedimiento Común).

5ª Se determina el emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este emplazamiento lo hace el órgano administrativo competente para resolver el recurso especial, que deberá emplazar a la Administración o al poder adjudicador que ha dictado la actuación objeto del recurso especial y a los restantes sujetos que han comparecido en el procedimiento (hay que entender que este procedimiento es el seguido para resolver el recurso especial y no el seguido para dictar la actuación impugnada).

6ª Desde el punto de vistas subjetivo, el acto o la decisión objeto del recurso especial tiene que tener relación con un contrato que lleve a cabo un sujeto que tenga la condición de Administración Pública o “de las restantes entidades que ostenten la condición de poder adjudicador”. En este apartado no se ha modificado la legislación anterior aunque su aplicación puede plantear algún problema teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que hay determinados sujetos a los que se aplica la Ley que, en sentido estricto, no forman parte del sector público y, por lo tanto, tampoco son poder adjudicador (Partidos Políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Corporaciones de derecho Público, Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial). Pienso que el artículo 44,1 ha de aplicarse en sentido estricto y por ello no cabrá

recurso especial respecto a las decisiones de Partidos Políticos, Sindicatos y Organizaciones Empresariales dado que, en sentido estricto, no son poder adjudicador y, además y sobre todo, porque estos sujetos no aplican un procedimiento de contratación por lo que no hay ninguna actuación de las previstas en el artículo 44,2 de la Ley. Las Agrupaciones Europeas tampoco son poder adjudicador en sentido estricto aunque deban sujetar su contratación al régimen aplicable a estos sujetos entendiéndose que este “ajuste” se refiere a la preparación y adjudicación pero no al régimen de recursos aplicable. Las Corporaciones de Derecho Público se les aplica la Ley en el supuesto de que sean poder adjudicador atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3,3 d) de la Ley por lo que cuando esto ocurra tienen la condición de poder adjudicador y por ello cabrá el recurso especial en aquellos supuestos en que así resulte en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley.



EL DIFÍCIL ENCAJE DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES PREVISTAS EN LA LEC, PARA PREPARAR UN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ainoa Yurrebaso Santamaría

Letrado de la Administración de Justicia

Contencioso-Administrativo nº5 Bilbao

RESUMEN: *El objeto de este artículo no es otro sino analizar si en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo tienen o no encuadre las Diligencias Preliminares reguladas y previstas en los art. 256 y ss. de la LEC en base y/o en relación, con la disposición Final 1ª de la Ley 29/1998 - LJCA- “En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil. ” y con el art. 4 de la LEC: “ En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, ..., serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.”. Ya que, si bien es cierto que no es un supuesto frecuente en el día a día de los juzgados de lo contencioso-administrativo, no es menos cierto que no es inusual y que genera resoluciones de sentido diverso.*

VOCES: Diligencias preliminares, Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposición final 1ª Ley 29/1998, supletoriedad, doctrina judicial,

1.- Posturas judiciales

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Bilbao, por Auto nº 25/2013, ante la solicitud de quién pretendía interponer demanda en reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una caída provocada por la tapa de una arqueta ubicada en la vía pública y los intentos infructuosos para poder determinar la titularidad de la arqueta y del vial en que se ubicaba, accedió al amparo de los art. 256.1.1º y 258.1 de la LEC ya que el juzgador entendió aplicables al orden contencioso administrativo dichos preceptos en virtud de la Disposición Final 1ª de la LJCA.

Por su parte, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº2 de Bilbao en su Auto nº 4/2015, respecto a la petición de práctica de diligencias preliminares consistentes en que se requiriese al Hospital de Cruces para que remitiera copia completa del original de la Historia Clínica de Dª...en base a los art. 256.1 y 258.1 de la LEC, a fin de presentar reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria consistente en el perjuicio de la peticionaria y su

hija, acuerda el archivo sobre la base de no haber sido subsanados los defectos requeridos en la diligencia de ordenación de la Secretario Judicial y sobre la base del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa, ante la inexistencia de actividad previa ante la Administración, y por ello entiende que los art. 256 y 258 y demás concordantes de la LEC, “se deben interpretar en el sentido de no aplicación”. Transcribo a continuación, sus fundamentos de derecho tercero y cuarto:

“ **TERCERO.-** *Ante estos términos planteados por la representación procesal de la mencionada, se ha de comenzar diciendo que conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido frecuentemente invocado para exigir la previa actuación administrativa susceptible de ser revisada, la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en sede jurisdiccional e incluso la necesidad de circunscribir el control jurisdiccional posterior a la legalidad de lo resuelto en la resolución administrativa y solo a ello.*

Se ha producido una importante evolución que ha marcado el alcance de los pronunciamientos de los tribunales al tiempo de revisar la actividad administrativa impugnada. Esta evolución se ha plasmado en el voto particular formulado por el Magistrado don Joaquín Huelín Martínez de Velasco a la STS, Sala Tercera, Sec. 2ª, de 16 abril 2012 (rec. 2633/2009), en el que se afirma:

“Es cierto que el carácter revisor de esta jurisdicción ha sufrido una importante evolución. Tradicionalmente significaba que los tribunales debían limitarse a enjuiciar exclusivamente la validez del acto impugnado, según los precedentes del expediente administrativo. Se excluía la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se pronunciase sobre cuestiones que no hubiesen sido planteadas en vía administrativa o sobre las que no existiese un previo pronunciamiento de la Administración. Esta idea tenía importantes consecuencias: por un lado, las constantes y obligadas retroacciones de actuaciones; por otro, la limitación en la práctica de la prueba salvo que tuviera como objeto la revisión de la llevada a cabo en el expediente; y sobre todo, estaba proscrita la posibilidad de reconocer situaciones jurídicas individualizadas.

Con la publicación de la Constitución de 1978 se produjo un definitivo punto de inflexión sobre estos postulados. Sus artículos 24, 106 y 117 EDL 1978/3879 determinaron y confirmaron la superación de la idea tradicional de un proceso al acto o de mera protección de la legalidad objetiva, para pasar a la

tutela de posiciones subjetivas e intereses legítimos, «más allá de lo que pudiera ser una mera declaración de intenciones o de buenos propósitos», como ya dijimos en nuestra sentencia de 17 de octubre de 1990 (apelación 777/1988, FJ 3º). En esta resolución poníamos de manifiesto la evolución de nuestro sistema de justicia administrativa iniciado hace más de medio siglo, a partir de 1958, con la Ley reguladora del orden judicial, que partía de una interpretación funcional, calificada a veces como espiritualista, de los requisitos formales, soslayándolos en la medida en que sólo fueran obstáculo y no garantía para el enjuiciamiento de los conflictos sustantivos.

La superación del carácter revisor significa que basta para justificar la intervención de los tribunales de lo contencioso administrativo la previa existencia de un acto administrativo, expreso o presunto; nada más y nada menos. Una vez que tal acto se ha producido en la realidad o en virtud de la ficción conocida como "silencio administrativo", por inactividad de la Administración y cualesquiera que fueren sus pronunciamientos (sobre el fondo o interlocutorios), los jueces tienen vía libre y plena jurisdicción para juzgar todas las cuestiones planteadas. El contenido del acto objeto de impugnación no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial, porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o demorar ad calendas graecas el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le encomienda precisamente el artículo 106 de la Constitución. Esta corriente jurisprudencial ha encontrado reflejo en la nueva Ley 29/1998, vigente en la actualidad, en cuya exposición de motivos se anuncia que «se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración», según hemos recordado en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2001 (casación 9636/05, FJ 2º).

Sin embargo, la superación del antiguo carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa no significa que puedan los jueces suplir la actuación administrativa, en el sentido de sustituir la voluntad de la Administración dictando un fallo que contenga material y jurídicamente un acto administrativo, lo que es impropio del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Además se exige indefectiblemente la previa existencia de un acto o actuación administrativa (expresa, presunta o tácita) impugnabile. El actual alcance del concepto revisor de la jurisdicción requiere la existencia de un acto de la Administración, como confirmamos en nuestras sentencias de 18 de febrero de

1999 (casación 490/94, FJ 3º), 4 de noviembre de 2003 (casación 5495/00, FJ 3º), 13 de julio de 2007 (recurso contencioso-administrativo 137/03, FJ 4º) y de 15 de julio de 2008 (casación 247/05, FJ 2º).

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de noviembre de 2010 (casación 4326/07, FJ 2º), en la que precisamos que nuestra jurisdicción, si bien plena, tiene talante revisor; esto es, la puesta en marcha de un tribunal de lo contencioso-administrativo requiere que un administrado demande su intervención con el objetivo de contrastar la regularidad jurídica de una previa actuación, incluso meras vías de hecho, o de una omisión de cualquier administración pública, con la extensión que diseñan los artículos 1 a 5 y 25 a 30 de la Ley 29/1998. Ese carácter revisor impide, por ejemplo, controlar un acto administrativo que no es objeto de un recurso contencioso-administrativo; criterio ya apuntado en la sentencia de 8 de julio de 2003 (casación 4167/99, FJ 14º).

Aunque ya no hablemos de un recurso "al acto", sigue siendo un recurso "sobre el acto". La existencia de acto o actividad impugnabile constituye un presupuesto ineludible para que se pueda deducir un recurso contencioso-administrativo; y ello nada tiene que ver con la superación del carácter revisor de la jurisdicción a la que se refiere la entidad recurrente. Como establece el artículo 1 de la Ley 29/1998, el conocimiento de los juzgados y tribunales abarca las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo...".

CUARTO.- Y la LEC de 2000 concibe las diligencias preliminares como un conjunto de actuaciones judiciales preparatorias del posterior juicio, y que sirven al demandante para obtener aquella información indispensable para iniciar correctamente un proceso. Establecidas con un sistema de numerus clausus, se encuentran, entre ellas, la exhibición de la documentación necesaria para preparar correctamente la demanda (seguro de responsabilidad civil, documentos entre socios...) e, incluso, las que permiten concretar a los integrantes de un grupo de afectados o averiguar la personalidad de una parte.

Bien, en el presente supuesto se infiere claramente la no existencia de reclamación previa en la vía administrativa ni un acto expreso o presunto por silencio administrativo dictado por la Administración, por lo cual y en consecuencia, dado el carácter revisor de esta jurisdicción los Arts. 256 y 258 LEC acerca de diligencias preliminares y demás concordantes de la LEC, se deben interpretar en el sentido de no aplicación, ante la inexistencia de

actividad previa ante la Administración lo cual la misma parte reconoce que es así. ”

Y, recientemente, el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Guadalajara, en el Auto nº 35/2018, rechaza la petición de realización de diligencias preliminares efectuada, tendentes a verificar el éxito de una posible acción en materia administrativa frente a la Gerencia de Área integrada de Guadalajara del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, por quién prestó servicios como enfermero para la GAI de Guadalajara del SESCAM, a lo largo de un cuatrimestre, siendo cesado al desaparecer la causa que motivó su nombramiento y que sobre la base de tal prestación solicitó a la Administración Sanitaria la expedición de un “*certificado de servicios prestados y más en concreto sobre el perfil de UCI, causado por sus cinco meses de relación estatutaria y por haber cumplido en la integridad el nombramiento*”, el cual no le ha sido entregado, declarando la inadmisibilidad de la misma, “en aplicación de lo ordenado por el artículo 11.2 de la LOPJ, en lo que abunda el artículo 258.1 de la LEC”. Así en su razonamiento jurídico se recoge:

“El artículo 1 de la LJCA acota el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, perfilado en los siguientes, conteniendo la Ley 29/1998 las posibilidades de actuación de los órganos de esta jurisdicción en correlación a la actividad administrativa impugnabile (art. 25 y ss.) y considerando las pretensiones de las partes (art. 31 y ss.).

Sobre la base de lo anterior, sin necesidad de seguir la totalidad del proceso contencioso-administrativo, el artículo 51.1 de la LJCA posibilita declarar no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación y con carácter general, ordena el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los Jueces y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, lo que queda posibilitado hacer de inicio circunscrito a la concurrencia de las exigencias de tal precepto de la LOPJ.

De la exposición del peticionario de diligencias preliminares resulta haber instado determinada actuación de la Administración Pública -expedición de certificado-, lo que obliga a la Administración a pronunciarse, bien atendiéndola y expidiéndolo, bien desconsiderarla y negándola, cabiendo aún un tertium genus constituido por una actitud pasiva, cual la descrita acontecida; para todas ellas, incluida la última, el ordenamiento jurídico, tiene diseñados precisos cauces en que canalizar la insatisfacción del administrado, ya en vía

administrativa, ya en la contencioso-administrativa, que compete al administrado conocer y articular (art. 6.1 del Código Civil), para lo cual puede servirse de la ilustración de la Administración (artículo 35.g) de la Ley 30/1992, vigente en la época de la solicitud de D...-hoy 53.1.f) de la 39/2015-), los cuales no es posible soslayar a través de extravagantes operativas cual la interesada de este Juzgado, cuya atención no encuentra contemplación específica en la LJCA y para lo que no vale la supletoriedad de la LEC, proclamada tanto en la disposición final primera de la Ley 29/1998, como en el artículo 4 de la Ley 1/2000.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 102/2009, de 27 de abril, ha venido a poner de manifiesto la doctrina constitucional en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción y la interpretación de los requisitos procesales de admisión de los recursos:

«Constante y reiteradamente este Tribunal ha declarado que el contenido esencial y primario del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en el pronunciamiento de una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 217/1994, de 18 de julio; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, entre otras). No es, sin embargo, un derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a lo establecido en la Ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que éstos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, por todas). Por todo ello resultan constitucionalmente legítimas, con la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, las decisiones de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo o de ponerle fin anticipadamente, sin resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción.

Con carácter general la apreciación de las causas legales que impiden efectuar un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal

Constitucional la de revisar la legalidad aplicada. Sin embargo sí corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda.

En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurrir en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas).».

Así las cosas, cabiendo reaccionar a los fines perseguidos por el solicitante de las diligencias preliminares a través de los canales de la ortodoxia contemplados en la Ley, procede el rechazo de la petición de diligencias preliminares, en aplicación de lo ordenado por el artículo 11.2 de la LOPJ, en lo que abunda el artículo 258.1 de la LEC.”

2.- Conclusiones.

En mi concepto y a estos efectos, no vale la supletoriedad de la LEC, proclamada tanto en la disposición final primera de la Ley 29/1998, como en el artículo 4 de la Ley 1/2000 en cuanto a la aplicación de los art. 256 a 263 de la LEC. Y ello, sobre la base de uno de los fundamentos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cual es, el llamado carácter revisor. Este carácter se asienta sobre el principio de que la Ley otorga potestades a la Administración que le permiten dictar disposiciones generales y actos que se presumen válidos y eficaces.

Esa presunción, en realidad una prerrogativa para satisfacer los intereses generales (art 103 de la Constitución), traslada a su destinatario- el administrado- la carga de impugnar judicialmente los actos para deshacer sus efectos. Así, el **proceso contencioso administrativo sirve al enjuiciamiento de la actividad administrativa** (art. 1 y artículos 25 a 30 de la LJCA), después de haber surgido. Por lo tanto, cabe impugnar actos singulares, reglamentos, otras actuaciones: vía de hecho, ejecución de actos firmes, cumplimiento de obligaciones reconocidas y la inactividad jurídica -silencio administrativo- donde se acude a la ficción de que ese no-acto es un acto para salvar el principio revisor y dirigir frente a él una acción de nulidad.

Estamos, en resumen, ante un proceso al acto y no en un proceso entre partes, iguales de inicio, propiamente dicho, que se da en su plena expresión en el orden civil, por la preeminencia de la Administración (ex - 103.1 C.E.). Este fundamento de la jurisdicción contenciosa es el que tiene acogida en los dos últimos autos reseñados. Ambos insisten, sobre bases diferentes, en que no es posible acudir a ésta vía de las diligencia preliminares con sujeción a la D.F1ª LJCA y art. 4 de la LEC, existiendo mecanismos no utilizados y a disposición del administrado, ya en vía administrativa, ya en la vía contencioso-administrativa y que corresponde al administrado conocer y utilizar (v.gr. art. 214 del TRLCSP vigente en la época de la solicitud -hoy- art. 196 de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017).

