

LA CONSTRUCCION, EXTENSION, ALCANCE Y LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Luciano Parejo Alfonso*

I. Introducción: 1. *El origen, la formación y la decantación del sistema de control judicial contencioso-administrativo;* 2. *El marco constitucional.* **II. Naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa.** **III. Extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa:** 1. *La cláusula general de definición positiva:* 1.1. *La fórmula abstracta de delimitación de la extensión de la jurisdicción;* 1.2. *La ulterior precisión de los límites de la jurisdicción;* 2. *La cláusula concreta de atribución;* 3. *La cláusula general de delimitación negativa;* 4. *La cláusula concreta de exclusión impropia;* 5. *La regla complementaria para asuntos prejudiciales e incidentales.* **IV. Las características de la jurisdicción atribuida a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo.**

I. Introducción

En las complejas sociedades actuales la Administración pública tiene una posición y función claves en la suma de poderes constituidos que es el Estado, cualquiera que sea la caracterización constitucional de éste. De ahí la trascendencia del control y, en particular, del control jurídico, pleno y externo, cumplido precisamente por el poder judicial, de la actuación, normativa y no normativa, de aquélla. Este control es realizado en el caso español desde la independencia de Jueces y Tribunales, que es tal por consistir en una total y, por tanto, exclusiva dependencia o vinculación de éstos al Derecho. La cabal comprensión de su diseño actual requiere una mínima perspectiva histórica.

1. El origen, la formación y la decantación del sistema de control judicial contencioso-administrativo

Desde este punto de vista, la pervivencia en el <<poder>> ejecutivo de una gran parte del acumulado por el monarca en el Estado absoluto (sólo que ahora constitucionalizado) no obstante el triunfo de la revolución burguesa alumbradora del constitucionalismo y las vicisitudes específicas del tránsito histórico hacia el constitucionalismo liberal, explican las dificultades habidas en el sistema político español para la decantación tanto de un control judicial de aquel poder, como de un modelo preciso de este control. Subsistiendo la acción autónoma del ejecutivo -ahora bajo la cobertura de la división de poderes, interpretada en el modelo referencial francés como impidiendo de la interferencia del judicial en su actividad-, la cuestión que se plantea es la de a quién corresponde, caso de incidir aquella acción en posiciones subjetivas de los particulares y suscitarse conflicto sobre lo que sea de Derecho: si al propio ejecutivo o, por contra, al poder judicial. La solución definitiva que acaba imponiéndose es la de mantener el estatuto del poder ejecutivo, que continúa así pudiendo actuar y decidir por sí sólo (acción gubernativa o administrativa), pero privar a esa actuación y capacidad de

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, España.

decisión de todo carácter último, gracias a la articulación -sucesiva a ella y cuando lo gubernativo o administrativo se torna, por su cuestionamiento por el particular, contencioso- de un control judicial de legalidad, lo que determina la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como <<revisora>>. Esta solución no se implanta de una sola vez, es más bien el fruto de un complejo proceso histórico, que - profundamente influido por el modelo francés- atraviesa las fases de la jurisdicción retenida (realización del control de legalidad por la propia Administración, sólo que mediante órganos especializados no necesariamente decisorios ni funcionalmente independientes) y de la jurisdicción delegada (entrega del control a órganos propiamente judiciales).

Sin perjuicio de la opción esencialmente judicialista inicial (sin efecto) del constitucionalismo de Cádiz, ha de esperarse hasta casi la mitad del Siglo XIX para que la emergencia de una burguesía precisada de un Estado operativo y eficaz haga fraguar una solución, que va a persistir prácticamente sin alteraciones hasta la Revolución de 1868. Inspirada ahora ya claramente en el modelo francés y establecida por sendas Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, consiste en un mecanismo de doble escalón -los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado (denominado aún en los primeros años Consejo Real)-, que presupone una actividad gubernativa previa, cuya conversión en contenciosa (litigiosa) desencadena justamente su puesta en marcha, y que es prácticamente aún de jurisdicción retenida, puesto que limitado en su escalón superior a meras propuestas no vinculantes, tomando las decisiones en definitiva el Gobierno (Reales Decretos Sentencias), y de competencia muy limitada.

Tras el corto e inestable paréntesis que representó el triunfo de la Revolución de 1868, durante el cual se volvió al sistema judicialista puro, con la Restauración se plantea inmediatamente la necesidad de una solución adecuada, suscitándose un vivo debate entre los defensores del sistema judicialista y los del sistema de <<jurisdicción administrativa>>. La solución llega, por la vía transaccional, con la Ley de 13 de septiembre de 1888 (denominada de Santamaría de Paredes), que implanta un sistema por ello denominado ecléctico o <<armónico>>, el cual va a durar -con modificaciones y progresos secundarios- prácticamente hasta la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Organizativamente persiste el doble escalón: Tribunales provinciales y Consejo de Estado. Sustantivamente se trata de una fórmula que mezcla elementos del sistema francés -configuración impugnatoria del control; y jurisdicción administrativa, sólo que ahora ya delegada en los órganos de control, pero sólo para la declaración del juicio de legalidad, no así para la ejecución de las Sentencias, retenida por el poder ejecutivo- y del judicialista -incorporación a dichos órganos, junto con funcionarios de la Administración, de Jueces-. Pero el precio principal pagado por la efectiva implantación de ésta solución fue la radical limitación de su competencia. Ésta, aunque enunciada en forma de cláusula general, comprendía únicamente los actos lesivos de verdaderos derechos subjetivos y excluía los llamados actos políticos y los discrecionales en bloque.

En 1904 pierde el Consejo de Estado la competencia jurisdiccional que tenía atribuida, la cual pasa a una Sala del Tribunal Supremo, también de composición mixta. Bajo la Dictadura de Primo de Rivera y la 1ª República se introducen algunas mejoras para el ámbito del régimen local. Y, tras la suspensión de la vigencia del control jurisdiccional contencioso-administrativo para la Administración del Estado operada -con ocasión de la Guerra Civil- por una Ley de 1938, su pleno restablecimiento por Ley de 18 de marzo de

1944, pero con nuevas mutilaciones en el ámbito de su competencia, dio paso a la publicación de un texto refundido en 1952, que fue de corta duración, pues el 26 de diciembre de 1956 se dicta la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, antecedente inmediato de la vigente y que, por tanto, va a estar en vigor durante un dilatado (más de cuarenta años) y decisivo período histórico en la evolución del control judicial de la Administración pública.

Esta Ley, de una gran calidad técnica -según unánime apreciación por la doctrina y la jurisprudencia- vino a facilitar y propiciar un enorme y definitivo progreso del Derecho Administrativo, posibilitando su modernización -no en último término a través de un extraordinario desarrollo de la jurisprudencia, especialmente a partir de los años setenta-, lo que vale decir su construcción conforme a las exigencias del Estado de Derecho. No puede sorprender, pues, que, salvo en algunos aspectos, éste texto pudiera superar, perfecta y airosamente, la dura prueba de la Constitución de 1978.

Las características esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa regulada en 1956 (con el añadido que supuso el Real Decreto-Ley de 4 de Enero de 1977, que creó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) pueden resumirse así:

1°. Definitiva judicialización del sistema de control, aún conservando su carácter revisor, si bien bajo la forma de orden jurisdiccional especializado en el seno de la justicia ordinaria, actuado siempre por órganos judiciales colegiados y estructurado organizativamente en tres niveles (Audiencias Territoriales -hoy sustituidas por los Tribunales Superiores de Justicia en las diferentes Comunidades Autónomas-, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) y funcional o procesalmente en una o dos instancias.

2°. Tendencial plenitud del control, articulando su ámbito material mediante una cláusula general, con excepciones taxativas (materias excluidas por lista tasada y actos políticos; tributo éste, rendido al régimen político en el que el texto vio la luz), abriendo la legitimación activa, más allá de la titularidad de derechos, a la de un interés directo, y haciendo actuable el control judicial en todo supuesto de infracción del ordenamiento jurídico. Y

3°. Ordenación del ejercicio del control en un verdadero proceso, de construcción técnicamente rigurosa.

En todo caso, el inevitable impacto del orden constitucional sobre el texto legal tuvo un efecto derogatorio directo en algunos aspectos (como, por ejemplo, de la cláusula de exclusión por Ley de materias del ámbito de conocimiento de dicha jurisdicción) y el de la ordenación de los derechos fundamentales en concreto determinó, además, inmediatamente (paralelamente a la aprobación del propio texto constitucional) la promulgación de un texto legal referido a la tutela judicial de los derechos fundamentales (texto, hoy derogado), a fin de dar cumplimiento, en todos los órdenes jurisdiccionales (y también en el contencioso-administrativo) a la previsión constitucional de la tutela de aquellos derechos, en sede de la justicia ordinaria, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad; Ley ésta, que introdujo, para su ámbito específico, novedades significativas.

En 1985 se produjo, sobre lo dicho y mediante la promulgación de la Ley orgánica del Poder Judicial (en adelante LoPJ), seguida en 1988 de la Ley de demarcación y de planta judicial, con consecuencias, ambas, importantes para la jurisdicción contencioso-administrativa. Una de ellas, la de la supresión del recurso de apelación en favor del recurso de casación, que acabó dando lugar a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Otra, la de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

La Ley de 1956 no ha podido evitar, pues y no obstante sus bondades técnicas, que la acumulación del doble impacto -en lo sustantivo y en lo organizativo- de la norma fundamental (cuya eficacia directa había venido obligando, además de a la apreciación de derogaciones concretas como las aludidas, a interpretaciones conformes con ella por parte de la doctrina constitucional y la jurisprudencia contencioso-administrativa) y la rápida evolución tanto de la sociedad española (plenamente inserta ya en la dinámica de la comunidad supranacional europea) como de la Administración pública (sujeta a una verdadera transformación en sus fines, contenidos y formas de actuación y de relación con otras Administraciones y con los ciudadanos) haya acabado conduciendo al sistema de control contencioso-administrativo a los mismos límites, si no más allá, de su capacidad, a una situación de verdadero desbordamiento. De ahí el planteamiento final, tras algunas reformas concretas, de una completa renovación, que finalmente se ha producido mediante la Ley 29/1988, de 13 de julio, que lleva la misma denominación: reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA). La aprobación de esta Ley se ha acompañado, para proporcionarle la debida cobertura desde el punto de vista de la organización del poder judicial, de una reforma parcial de la LoPJ, operada por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio.

En su exposición de motivos, la Ley se autocalifica como a la vez continuista y profundamente renovadora. Continuista, por un triple motivo: mantenimiento de la naturaleza estrictamente judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que, en cualquier caso, era constitucionalmente obligado), conservación del carácter de juicio entre partes del proceso contencioso-administrativo y de su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho y respeto de todos y cada uno de los elementos del sistema anterior que habían acreditado -conforme al orden constitucional- su bondad y buen funcionamiento. Y renovadora también, porque, además, como es obvio, de adecuar plenamente el sistema de control judicial a los valores y principios del orden constitucional (lo que se manifiesta especialmente en la regulación del ámbito y la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, de las partes y del objeto del recurso), adopta decisiones e introduce innovaciones de notable importancia de las que aquí no puede darse noticia.

2. El marco constitucional

La Constitución española de 1978 (en adelante CE), que pone en pie un Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE), cuyo ordenamiento jurídico tiene como uno de sus valores superiores la justicia y garantiza el principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, no diseña, pero sí define el marco del control judicial de la acción del complejo Gobierno-Administración (en todas las instancias de la organización territorial del Estado y las manifestaciones de la Administración), confirmando en parte, pero también perfeccionándolo, el sistema existente a su entrada en vigor.

Los elementos del marco constitucional a destacar son los siguientes:

1. Desde la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y la definición del estatuto de la Administración pública (art. 103.1 CE) como organización objetivamente servicial de los intereses generales, que ha de actuar siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la asignación a los Tribunales del control del ejercicio de aquella potestad y de la legalidad de la actuación de la Administración, así como del sometimiento de la misma a los fines que la justifican.

De ello resulta:

1.1. La configuración revisora o *ex post* de la intervención judicial, en tanto que consistente precisamente en un control pero sólo en cuanto sucesiva a la actividad previa del poder público administrativo, que presupone.

1.2. La atribución de ese control precisamente a los órganos del poder judicial ordinario, si bien especializados en el seno de éste (orden jurisdiccional contencioso-administrativo). Y

1.3. La plenitud del control, en el sentido de comprensivo éste, como mínimo, de todo cuanto produzca el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la totalidad de la actuación (no normativa) de la Administración.

2. La plenitud del control judicial así determinado también desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a su efectiva actuación, en función del reconocimiento, sin restricciones, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, con prohibición taxativa de toda situación de indefensión (art. 24.1 CE).

3. La ubicación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la justicia ordinaria -organizada y operativa sobre la base del principio de la unidad jurisdiccional-, en la medida de la reserva en exclusiva a los Jueces y Tribunales determinados por las Leyes del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sin la restricción -por tanto y además- de la merma tradicional de facultades en punto a la ejecución de Sentencias, toda vez que definida aquella potestad jurisdiccional como comprensiva de los actos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1, 3 y 5 CE).

II. Naturaleza de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Desde la evolución histórica de esta jurisdicción se comprende fácilmente la importancia de su integración, conforme a los artículos 3 y 24 LoPJ, en el poder judicial ordinario articulado conforme al principio de la jurisdicción única, aunque organizada internamente en órdenes especializados, uno de los cuales es precisamente el contencioso-administrativo.

La peculiaridad que justifica su diferenciación no es otra que la de su objeto, a cuyas características debe adecuarse; objeto, que es primariamente el control jurídico externo del Gobierno y de la Administración pública, en su doble manifestación funcional

de regulaciones de rango y eficacia reglamentarias y actuación concreta administrativa. Su cualificación constitucional como control significa, desde la perspectiva que facilitan los artículos 103.1 y 106 CE, dos cosas:

1º. En primer término, que el orden constitucional admite la subsistencia del modelo constructivo de poder público ejecutivo ya establecido, es decir, según su concepción como sujeto singularizado respecto de los ordinarios o comunes, cabalmente por ser poder público y, por tanto, estar habilitado para ejercer y actuar las potestades inherentes a su condición y hacer efectivas, por sí mismos, las consecuencias jurídicas que de ese ejercicio se derivan. La razón es obvia: el poder público ejecutivo (al igual que el legislativo) es activo o de configuración social, por lo que en su construcción operan muy decisivamente, además del de Estado de Derecho, los principios de Estado democrático y Estado social. La intervención judicial presupone así, pues, una previa actuación -para el cumplimiento de su función constitucional específica- del poder público sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste mas que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control.

2º. En segundo término, que esa modulación que en el estatuto del poder público controlado determina la intervención judicial está estrictamente determinada por las exigencias del Estado de Derecho y la función, en éste, del poder judicial. Es inherente al Estado de Derecho y así lo proclama el artículo 9.1 CE la vinculación del poder público a ésta desde luego, pero también al entero ordenamiento; vinculación ésta, que es cabalmente la que debe asegurar el poder judicial, el cual es independiente de cualquier otro poder únicamente para poder depender exclusivamente de la Ley y el Derecho, sin poder -por su propia naturaleza- inmiscuirse en, ni invadir ámbitos entregados a esos otros poderes. Quiere decirse, que la legitimación judicial a la hora del control es sólo jurídica, por lo que el ejercicio del control jurisdiccional contencioso-administrativo no es reiteración -posterior o sucesiva y bajo una nueva forma, pero con extensión y alcance idénticos- del previo ejercicio del poder público controlado. Su contenido no viene dado por el de este poder, sino por el Derecho que ordene la acción del mismo, por lo que aquél es perfectamente idéntico al de dicho Derecho. La amplitud, densidad y detalle del control judicial acompañan, por tanto, a las notas correlativas de la regulación jurídica del poder público ejecutivo, es decir, del Derecho en cada caso aplicable, <<como la sombra acompaña al cuerpo>>. Por ello, el artículo 71 LJCA precisa el contenido de las Sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos y prohíbe a los órganos jurisdiccionales, además, que determinen tanto la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, como el contenido discrecional de los actos asimismo anulados.

Dicho lo anterior, inmediatamente ha de precisarse que la especialidad de su objeto no alcanza a justificar hoy -como tampoco ya en 1956- una construcción diversa (de la ordinaria) de la jurisdicción ejercida con ocasión del proceso contencioso-administrativo, por históricamente desarrollada a partir de una potestad de control radicada al interior del propio poder público ejecutivo, de cuyo momento procede la expresión de <<jurisdicción retenida>>. Dicho proceso no es, en efecto, un procedimiento de simple verificación objetiva de la regularidad de las decisiones del poder público (al que son ajenas las pretensiones subjetivas de los afectados y parte en el), ni tampoco de mera revisión -vía su impugnación- de tales decisiones, capaces, por ello, de acotar el objeto de dicho procedimiento. Antes al contrario y con superación clara del modelo francés que le ha servido hasta hace bien poco de referencia:

1. Es siempre un proceso de plena jurisdicción, en el que pueden ejercitarse, en la misma medida de la legitimación activa que se posea, hasta la totalidad de las pretensiones que autorizan los artículos 31 y 32 LJCA.

2. El objeto del proceso no es tanto la actuación administrativa (los actos administrativos, expresos o presuntos; la inactividad; y la actividad material constitutiva de vía de hecho), cuanto -como dice expresamente el artículo 1.1 LJCA y es imperativo en cualquier caso desde el artículo 24.1 CE- las pretensiones que, sobre la base de derechos e intereses legítimos, es decir, de situaciones reconocidas y amparadas por el Derecho, se deduzcan por los titulares de éstas <<en relación con>> aquélla, es decir, con la <<actuación de las Administraciones públicas>>. Por tanto, el contenido de esta actuación carece de virtualidad para acotar completamente el de la tutela judicial.

3. La jurisdicción ejercida en el seno del proceso contencioso-administrativo comprende, pues, no sólo -cuando así proceda- la anulación de la decisión objeto de control, sino también el pronunciamiento de fondo sobre la estimación o no de las pretensiones deducidas (art. 71 LJCA).

4. Su construcción, en su caso, <<impugnatoria>>, es decir, como recurso frente a y con ocasión de una decisión (expresa o presunta) o actuación públicas previas, tiene exclusivamente el alcance de modulación necesaria por razón del objeto de la intervención judicial. Esto significa, que el requisito de la existencia de la decisión o actuación previas y, por tanto, de su impugnación es exclusivamente presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa, como resulta de los artículos 25 a 29 LJCA.

En suma, pues, hoy el proceso contencioso-administrativo es un proceso que no presenta, respecto de los de que conocen los restantes órdenes jurisdiccionales y, particularmente, el civil, otras peculiaridades que las requeridas por la especificidad de su objeto (lo que no es poco, bastando desde luego para dotarle de perfiles propios); peculiaridades, derivadas, en definitiva, de la especialidad de la función primaria propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: el control del poder público ejecutivo (Gobiernos y Administraciones). Por ello pudo decir ya en su exposición de motivos la Ley de 1956 que, en ésta, no se quiso concebir dicha jurisdicción como una segunda instancia, sino como una instancia ante la que se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo.

III. Extensión y límites de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como la concreción última de sus límites, se delimita legalmente mediante el juego concurrente de sendas cláusulas: i) general, de positiva definición (completada con otra de precisión del alcance de aquella extensión); ii) de deslinde con otros órdenes jurisdiccionales; iii) concretas de atribución y de exclusión impropia de asuntos; y iv) una regla complementaria (relativa a las cuestiones prejudiciales e incidentales).

1. La cláusula general de definición positiva

1.1. La fórmula abstracta de delimitación de la extensión de la jurisdicción

Conforme a los artículos 1 LJCA y 9.4 y 24 LoPJ le corresponde el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

Tres son los elementos que -de forma plenamente congruente con el artículo 106.1 CE los dos primeros- emplea ésta cláusula general para acotar el ámbito de la jurisdicción ejercida por este orden de órganos judiciales: 1) la actuación de las Administraciones públicas; 2) las disposiciones de rango reglamentario; y 3) los Decretos legislativos.

El segundo de ellos no plantea especiales problemas: comprende, en efecto, todas las disposiciones, es decir, decisiones de carácter normativo de los poderes públicos administrativos que tengan rango inferior al de Ley formal. No sucede lo mismo con los restantes.

El primero suscita nada deseñables cuestiones. Por de pronto, y dejando por ahora de lado la nota de sujeción al Derecho Administrativo, es claro -poniendo en conexión el art. 1 con el art. 25 LJCA, a la luz de la exposición de motivos- que comprende tanto los actos administrativos expresos y presuntos, como la inactividad administrativa y la actuación material asimismo administrativa que constituya vía de hecho, pero en todo caso siempre sólo decisiones, actos, actuaciones u omisiones singulares (incluso tratándose de actos expresos de carácter general), por referidos a un supuesto concreto y agotar su vida y efectos en él, es decir, todos los que no tengan naturaleza normativa. Pero lo decisivo aquí no es tanto el qué, sino el quién, es decir, el sujeto o los sujetos autores de las decisiones, los actos, las actuaciones o las omisiones. Porque el concepto de Administración (es) pública (s) no tiene un contenido evidente. De ahí que el artículo 1.2 LJCA precise qué debe entenderse por Administración pública <<a estos efectos>>, es decir, a los del control judicial, comprendiendo en ella:

a. Administraciones territoriales:

a.a. Toda la Administración General del Estado (central y periférica, en sus diversos grados).

a.b. Toda la Administración de todas y cada una de las Comunidades Autónomas (central y periférica, en sus diversos grados).

a.c. Todas las entidades integrantes de la Administración local (básicamente: Municipios, Provincias e Islas).

b. Otras Administraciones:

Todas las entidades de Derecho público dependientes de o vinculadas a cualquiera de las Administraciones territoriales anteriores.

Se trata de las mismas entidades a que se refiere, también para el conjunto de las Administraciones públicas, el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y, por lo que hace a la Administración General del Estado, de las que la Ley

6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de dicha Administración califica de organismos públicos clasifica en organismos autónomos y entidades públicas empresariales (arts. 1 y 43).

El concepto de entidades vinculadas a alguna de las Administraciones territoriales debe entenderse inclusivo (no obstante su <<independencia>>, no incompatible, a estos efectos, con la expresada vinculación) de las llamadas Administraciones independientes. La disposición adicional 4ª LJCA establece, en tal sentido, la impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las disposiciones y los actos del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos, la (hoy) Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Consejo Económico y Social, el Instituto <<Cervantes>>, el Consejo de Seguridad Nuclear y el (hoy) Consejo de Coordinación Universitaria, así como las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Junta Arbitral regulada por la Ley orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas. La doble determinación del qué y el quién no ultima el cierre del campo de la cláusula, por cuanto ésta refiere al conocimiento de la jurisdicción únicamente aquellos actos, actuaciones u omisiones de las Administraciones así precisadas que estén sujetos al Derecho Administrativo, lo que supone la exclusión de los de naturaleza jurídico-privada que también, y con toda normalidad, realizan las Administraciones públicas.

Esta última exigencia no suscita, en principio, ninguna dificultad desde el punto de vista subjetivo, porque siendo el origen del acto siempre una Administración, éste deja por sí mismo fuera los actos emanados por el Gobierno de la nación (en cualquiera de sus manifestaciones orgánicas) y por los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (en cualquiera de sus manifestaciones orgánicas) en condición tanto de cúspide de las correspondientes Administraciones (ejerciente de competencias administrativas), como de instancias constitucionales o estatutarias y realizando actos específicamente constitucionales o estatutarios, es decir, de naturaleza distinta a la jurídico-administrativa.

No obstante, la dificultad aparece, en el seno de la Administración, en virtud del amplísimo margen reconocido, prácticamente sin discusión, a la potestad organizatoria para la opción entre Derecho administrativo o Derecho privado a la hora, tanto de la creación de entidades instrumentales (en forma jurídico-pública o jurídico-privada), como de la determinación del Derecho -público o privado- al que éstas han de ajustarse en su actividad (interna y externa). La situación actual a este respecto se resume claramente en la delimitación que de su ámbito de aplicación -mas allá de las Administraciones territoriales- efectúa en su artículo 2.2 la ya citada Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común: <<Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas entidades sujetarán su actuación a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, *sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*>>. Las entidades de Derecho privado quedan desde luego fuera y las de Derecho público están dentro únicamente cuando, además de ejercer potestades administrativas, su estatuto particular no diga -respecto a la restante actividad- otra cosa, es decir, someta ésta al Derecho privado (sin limitación específica al respecto).

Consecuentemente y desde el punto de vista del criterio de la sujeción de la actuación al Derecho administrativo, en el amplio espectro de las entidades instrumentales de las Administraciones territoriales no existe una regla general, sino que ha de estarse a la normativa reguladora de cada concreta entidad a los efectos de la calificación o no como administrativos de los actos, la actuación material o la inactividad (dada la intercambiabilidad de las formas organizativas y de los estatutos sustantivos de las tareas o cometidos).

Es ésta, sin embargo, una situación, cuya constitucionalidad es más que dudosa. A la Administración pública (todas ellas) que está sujeta, en su organización y actuación, al estatuto (administrativo) prescrito en el artículo 103.1 CE no puede reconocérsele -en nombre de la amplitud de la potestad de organización- una libertad cuasiabsoluta para decidir, presupuesta la posibilidad de la elección entre el desarrollo de su propia actividad de forma directa (por sí misma) o indirecta (por entidades instrumentales o funcionalmente descentralizadas), si la organización y la actividad de éstas últimas entidades queda o no sujeta al referido estatuto. Pues tal reconocimiento equivaldría de hecho al vaciamiento práctico o, al menos sustancial, del artículo 103.1 CE, toda vez que los sujetos por el vinculados estarían en condiciones de manipular la propia vinculación.

No es éste el lugar para tratar en detalle esta importante cuestión, pero sí puede decirse que, de acuerdo con el orden constitucional, existen básicamente dos estatutos de la organización y la actividad del poder público administrativo con ámbitos en principio diferenciados: el acotado por el artículo 128.2 CE para el supuesto de iniciativa pública en la actividad económica (fundamentalmente en concurrencia con la actividad de los agentes económicos privados) y el señalado en el artículo 103.1 CE, ya citado, para todo lo demás. Quiere esto decir que la potestad organizatoria de las Administraciones aparece constitucionalmente limitada en los siguientes términos: las entidades que se creen en el ámbito del artículo 128.2 CE pueden y deben tener, como regla, forma jurídico-privada y su actividad puede y debe quedar sujeta al Derecho privado (no así el acto mismo de su creación, que -en cuanto producido por una Administración- está por ello mismo sometido al Derecho administrativo); las restantes entidades, cuya creación sólo puede obedecer ya al mejor servicio del interés general en los términos del artículo 103.1 CE, pueden y deben adoptar forma jurídico-pública y regirse, en su actividad, por el Derecho Administrativo. Ello no significa que, por excepción, en las primeras no pueda existir y exista un núcleo último jurídico-público y en las segundas no quepa y deba darse el sometimiento al Derecho privado de determinadas actividades secundarias, auxiliares, accesorias, instrumentales o de apoyo (al igual, de otro lado, que en las Administraciones matrices o territoriales). Pero ello ni empece a la entera entrega de la vida de las entidades creadas en ejercicio de la facultad pública de iniciativa económica al Derecho privado (sin perjuicio de los controles presupuestarios, contables y financieros que por la presencia de capital público y las peculiaridades de contratación que por motivo de transparencia del sector público se les impongan), ni implica otra cosa -en el supuesto de los sujetos jurídico-administrativos- que una remisión instrumental por el Derecho administrativo a reglas sustantivas de otras ramas del Derecho para la más simple, eficaz y económica integración del ordenamiento aplicable a tales sujetos, ordenamiento que no por ello deja de ser el jurídico-administrativo propio de éstos (cual sucede desde siempre, por ejemplo, en el concreto ámbito de la contratación pública).

A estos principios responde ya, sin perjuicio de algún desfallecimiento, la mencionada Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

No se entiende, pues, la conservación por el artículo 1.1 LJCA de la fórmula atendida al doble criterio subjetivo (actuación de una Administración pública) y objetivo (actuación sometida al Derecho administrativo). Por exigencia constitucional, toda la actividad de la Administración pública es de servicio objetivo a los intereses generales y, por ello, está sujeta al estatuto predeterminado para garantizar este último, es decir, toda ella es actividad administrativa que, por serlo, está sujeta justamente al Derecho administrativo, aunque éste utilice instrumentalmente, para autointegrarse, reglas propias de otras ramas del Derecho. No está aquí la Ley, pues y en un punto clave, a la altura de un correcto desarrollo de la norma fundamental (aunque el mismo error de planteamiento es detectable en el art. 24 LoPJ).

Finalmente, el tercer elemento -los Decretos legislativos: normas con rango legal aprobadas por el ejecutivo sobre la base de una concreta delegación del poder legislativo- trae causa de una interpretación del artículo 82.6 CE desde planeamientos progresivos, pero formulados con anterioridad al texto constitucional (aunque formalizada paralelamente a la LJCA en el artículo 9.4 LoPJ, en la versión dada al mismo por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio), que, sobre no venir avalada por una contemplación sistemática del texto fundamental, plantea la dificultad de la extensión del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa al ejercicio de función legislativa formal (pues no otra cosa hace el Gobierno al actuar una delegación de su potestad principal otorgada por las Cortes Generales); dificultad, que en modo alguno salva el argumento de que las normas dictadas excediendo la delegación carecen jurídicamente del rango legal formal, pues el juicio judicial mismo sobre el exceso de aquéllas ha de tener lugar gozando las mismas de la condición y el rango formales de Leyes y siendo dicho juicio - necesariamente de constitucionalidad- el que les priva de tales condición y rango, con lo que inevitablemente supone una interferencia judicial ordinaria en la relación estrictamente constitucional generada por la delegación de la potestad legislativa. Ello es especialmente evidente en el contexto de la tutela cautelar, pues la medida de suspensión de la vigencia que pueda acordar el órgano judicial conforme al artículo 129.2 LJCA afecta a una disposición que aún no ha perdido, sin duda, su rango formal legal. Pero suscita, además y como consecuencia de lo dicho, la cuestión nada baladí del deslinde entre la jurisdicción contencioso-administrativa y el monopolio constitucionalmente atribuido al Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las Leyes (con consecuencias prácticas indudables, al menos potencialmente, como se puso de relieve con ocasión de la formulación paralela de recursos de inconstitucionalidad y un recurso contencioso-administrativo contra el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, resueltos sucesivamente por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo).

1.2. La ulterior precisión de los límites de la jurisdicción

El artículo 2 LJCA completa la fórmula empleada por el artículo 1.1, precisando que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conoce desde luego de las cuestiones que se susciten en relación con:

1º. La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes; todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la naturaleza de tales actos [art. 2, a) LJCA].

Esta precisión traduce en el terreno que es propio de la LJCA la diferenciación constitucional entre Gobierno y Administración (art. 97 CE), hoy perfectamente establecida en la legislación ordinaria por lo que hace al Gobierno de la nación y la Administración General del Estado a partir del dictado de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la repetidamente citada Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. Y, de otro lado, zanja legislativamente el debate sobre el control de los llamados actos políticos. No es posible abordar aquí la peculiar y controvertida categoría que éstos integran. Procede precisar tan sólo que, como expresa la exposición de motivos, la LJCA parte de la afirmación, desde la comprobación de que la noción se encuentra en un proceso de franca retirada en todo el ámbito europeo, de la inadmisibilidad en un Estado de Derecho del mantenimiento de los actos políticos (cualquiera que sea la denominación que reciban, incluso la de actos de gobierno o de dirección política) en calidad de especial categoría de actos inmunes *per se* al control judicial, tanto por la vía de la delimitación genérica o abstracta de un ámbito de actuación gubernamental regido sólo por el Derecho constitucional y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, como por la del establecimiento de una lista de supuestos excluidos de éste.

Esta explicitación de la base en la que se fundamenta la concreta solución legal, al propio tiempo que pone de relieve la confusión de los planos material y procesal en que ésta descansa, explica las siquiera aparentes contradicciones en que incurre y su al menos parcial inconsecuencia con la referida base. De la combinación entre la limitación a los elementos reglados del control judicial y la precisión de su extensión a todos los actos emanados de los correspondientes órganos de gobierno <<cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos>>, resulta, en efecto, el más pleno reconocimiento del dictado por aquellos órganos de actos no reductibles a la categoría de actos administrativos (por tener naturaleza distinta) y, entre ellos, desde luego los derivados del ejercicio de la función -por lo que hace al Gobierno de la nación- de dirección de la política interior y exterior y de la defensa del Estado. Se evita así ciertamente la mención positiva expresa de éstos o, si se quiere, la consagración legal expresa de los mismos como categoría, pero en modo alguno la exclusión de tal tipo de actos, es decir, la operatividad de dicha categoría. Sobre ello, la fórmula así empleada con tal propósito añade el efecto paradójico de generalizar la restricción del control judicial de los elementos reglados a cualesquiera actos, es decir, incluso a los estrictamente administrativos. En cuanto producidos éstos en las mismas condiciones que los emanados de la Administración dirigida por el órgano autor, es claro que dicha restricción carece -con el carácter general del que aparece revestida- de toda justificación y es de más que dudosa constitucionalidad. Aunque ésta aparece ciertamente paliada (que no despejada) por la referencia a la protección de los derechos fundamentales; referencia que, a su vez, pone de relieve la perspectiva múltiple y fragmentaria de la solución legal a la que conduce al legislador su consciente confusión entre los planos material y organizativo antes aludida. Pues para determinar el control de la actuación de los órganos de gobierno se ve obligado a pasar del régimen de la relación sustantiva ciudadano-poder (dimensión material, determinada por la presencia en ella de derechos fundamentales con un contenido constitucionalmente declarado, que obviamente no puede ser desconocido por ningún poder y, por tanto, tampoco por el

ejecutivo) al régimen de las atribuciones de potestades-competencias (dimensión formal, en la que adquiere sentido la significación de los elementos reglados por contraposición a los discrecionales), con la consecuencia de una diferenciada y, por ello, imprecisa e insegura delimitación de la extensión de la jurisdicción controladora (téngase en cuenta, por ejemplo, que la redacción legal da pie a interpretar que en ejercicio de potestades constitucionales discrecionales el Gobierno podría lesionar el contenido constitucionalmente declarado de derechos fundamentales, sin otra consecuencia que la indemnizatoria). Pues, dejando de lado a quién se atribuye, en realidad la cuestión del control es única y, en cuanto jurídico, el control tiene la consistencia y el alcance que resultan de las de la regulación de pertinente aplicación al caso, sin necesidad aquí, pues, de precisiones mayores o distintas que las que -a propósito de los pronunciamientos judiciales- realiza con carácter general el artículo 71.2 LJCA. Desde este punto de vista, por tanto, los derechos fundamentales -en cuanto posiciones definidas y aseguradas por el Derecho- se ofrecen sencillamente y en último término como elementos reglados de cualquier potestad-competencia, en el sentido de reglas jurídicas que han de ser observadas en todo ejercicio de éstas.

El resultado no es otro que el establecimiento, desde un criterio subjetivo y para el Gobierno y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de un régimen especial del control judicial previsto en el artículo 106.1 CE. A su vista es lícito interrogarse sobre la pretendida superioridad de esta opción sobre la del expreso reconocimiento de la categoría de los actos de <<dirección política>>, que era la del proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa inmediatamente anterior y que el que dio lugar finalmente a la LJCA pretendía en este punto superar.

Porque, en realidad, el texto legal mezcla el plano material de las exigencias del Estado de Derecho y, por tanto, del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado en el artículo 24.1 CE (y que, frente a la actuación administrativa reviste la forma del control a que se refiere el artículo 106.1 CE) con el organizativo de la atribución de la jurisdicción para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con los actos (no administrativos) del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Y los mezcla para poder afirmar que el primero exige en el segundo la atribución precisamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no es, ni con mucho, evidente. Pues esa de la <<necesidad>> de la atribución al referido orden jurisdiccional es la diferencia (no así, en modo alguno, la de la sumisión de la totalidad de los actos, incluidos los de naturaleza no administrativa o de dirección política, a control jurídico externo; en la que existe coincidencia) que separa las posiciones doctrinales y los planteamientos legislativos que se han producido en esta materia.

El artículo 106.1 CE refiere el control judicial que establece, además de a la potestad reglamentaria, a la <<actuación administrativa>>: a toda ésta, pues; pero también exclusivamente a ella. Teniendo en cuenta la clara diferenciación entre Gobierno y Administración que realiza previamente el artículo 97 CE (y que la propia LJCA, como ha quedado visto y no podía ser de otra forma, asume), es claro que dicho precepto está contemplando la actividad del sujeto de cuya definición se trata en el artículo 103.1 CE y que no es otro que el aludido en el citado artículo 97 CE como dirigido por el Gobierno. Luego del artículo 106.1 CE no se deduce sin más la comprensión por el control judicial de la actuación del Gobierno (ni, por extensión, la de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas).

El derecho fundamental a la tutela judicial proclamado en el artículo 24.1 CE tiene ciertamente carácter universal, es decir, incluye en su radio de acción -en lo que ahora interesa- la totalidad de la actuación de todos los poderes públicos constituidos (otra cosa supondría consagrar la posibilidad de la arbitrariedad en la actuación de alguno o algunos poderes, los que pudieran ser excluidos-; posibilidad expresamente proscrita por el artículo 9.3 CE, que es emanación desde luego del principio superior de Estado de Derecho). Pero de ello no puede seguirse sin más, por las razones ya dichas, que la que debe prestarse bajo la forma específica del control prescrito en el artículo 106.1 CE tenga que comprender objetos que no forman parte, por exigencia constitucional, de ella. La prueba de que esto es así la suministra la evidencia de la satisfacción indiscutida del derecho fundamental aludido, por lo que hace a la actuación del legislador formal general o autonómico (que es uno de los poderes constituidos), exclusivamente por el Tribunal Constitucional, tanto si dicha actuación se produce en forma de normas con rango de Ley (normas, que actualmente pueden, con toda normalidad, representar incidencias e inmisiones directas en situaciones jurídicas individualizadas, y cuyo enjuiciamiento está monopolizado por el referido Tribunal), como si tiene lugar en forma de actos y decisiones sujetos al Derecho público sobre materias distintas a las de personal, administración y gestión patrimonial, incidiendo incluso en derechos fundamentales (actuaciones, de las que el Tribunal Constitucional conoce sin intervención previa alguna de la jurisdicción contencioso-administrativa). Y razonamiento análogo cabe hacer respecto de la actuación de instituciones con dependencia parlamentaria, tales como el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo (y, por supuesto, las correlativas de carácter autonómico). La intervención del Tribunal Constitucional, cuando procede, funge constitucionalmente, pues y aunque éste no forme parte -organizativamente hablando- del poder judicial, como tutela judicial a efectos de la satisfacción del derecho fundamental del artículo 24.1 CE.

Más aún, la propia LJCA suministra una prueba, ya concluyente. Pues ella misma excluye del control contencioso-administrativo, en su disposición adicional 1ª, núm. 2, las decisiones o resoluciones de la Comisión Arbitral prevista en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; exclusión, que descansa evidentemente en la consideración de este órgano como <<no administrativo>> y que no habría sido posible desde la antes apuntada interpretación <<extensiva>> del artículo 106.1 CE.

Siendo esto así y no estando predeterminada constitucionalmente la forma de prestación de la tutela judicial en el caso de la actuación del Gobierno (y de los órganos autonómicos equivalentes), la atribución de la jurisdicción para conocer de las cuestiones que suscite dicha actuación al poder judicial (el orden jurisdiccional contencioso-administrativo) o al Tribunal Constitucional es cuestión que en modo alguno afecta, y mucho menos lesiona, el principio superior del Estado de Derecho y sus exigencias propias, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, el artículo 2, a) LJCA asume -en cuanto a la resolución de la cuestión del control jurídico externo de la actuación del Gobierno (y órganos autonómicos equivalentes)- una opción constitucional legítima (la atribución al poder judicial, orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mediante la ampliación de su ámbito constitucionalmente propio: el de la actuación administrativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria), pero en modo alguno única, ni obligada. Pero lo hace en términos merecedores de crítica: al precio, en efecto y por la fórmula que emplea, de restringir indebidamente el contenido y alcance del control judicial constitucionalmente reservado al

expresado orden jurisdiccional, al menos por lo que hace a los actos de naturaleza administrativa producidos por el Gobierno, pues éstos integran objetivamente la <<actuación administrativa>> a que se refiere el artículo 106.1 CE. Es decir, en términos que parcialmente son de cuestionable constitucionalidad.

2º. Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas [art. 2, b) LJCA].

Se replantea en este supuesto todo el contencioso contractual, que desde 1956 y hasta la LJCA comprendía todas las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, *cualquiera que fuera su naturaleza jurídica*, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie; es decir, todas las relaciones contractuales, con entera independencia del Derecho que las rigiera, siempre que aquéllas hubieran sido establecidas con vistas a la realización de obras o la prestación de servicios públicos.

Y se replantea en virtud de la redelimitación experimentada por la contratación administrativa. La vigente legislación sobre contratación pública ha clarificado dicha cuestión, hasta ella de perfiles poco nítidos, mediante i) la determinación de los contratos administrativos, de un lado, y los contratos privados, de otro; y ii) la asignación de la competencia para conocer de las controversias que se susciten en relación con los primeros (los contratos administrativos), así como de la legalidad de los actos separables adoptados por las Administraciones para la conclusión de los contratos privados suscritos por éstas, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y la precisa para el conocimiento de las controversias originadas por los segundos (los contratos privados) al orden jurisdiccional civil. La LJCA se limita en este punto, pues, a formalizar en su sede propia el régimen que del contencioso contractual había adelantado la referida legislación sobre contratación pública.

3º. Los actos y las disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas [art. 2, c) LJCA].

Este supuesto legal comprende -sujetivamente- las entidades corporativas y, por tanto, de base privada, pero de configuración legal (ejemplos: los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las Juntas de Compensación en la actividad urbanística, etc...), y -objetivamente- la actuación de tales entidades en el desempeño, por razón de atribución legal o encomienda o delegación de una Administración pública, de funciones públicas, es decir, que suponga el ejercicio de potestades y competencias jurídico-administrativas.

Como quiera que en este caso no se está ante un sujeto dotado, como tal, de la condición de Administración pública, la impugnabilidad de sus actos y disposiciones ante esta jurisdicción es cuestión sólo resoluble caso a caso en función de la naturaleza y el régimen jurídicos concretos del dictado acto o la disposición de que se trate, con entera independencia del régimen jurídico distinto a que puedan estar sometidas otras de las decisiones o actividades de la entidad corporativa de que se trate.

4º. Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que

impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente [art. 2, d) LJCA].

El supuesto aquí definido es complejo, reconduciéndose, en último término, al dictado de actos en ejercicio de potestades administrativas y en el contexto y con motivo de la gestión indirecta (mediante concesión) de la prestación de un servicio público, con entera independencia de si lo han sido por la Administración titular de éste o el titular de la concesión (en principio un sujeto privado, por tanto).

Cuando los actos, aún habiendo sido producidos inicialmente por el gestor (incluso privado) del servicio están sujetos a control o fiscalización de la Administración titular y concedente o son susceptibles de impugnación en vía administrativa ante ésta, el precepto tiene la finalidad de dejar clara la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, no obstante el origen subjetivo privado de los actos en cuestión.

Cuando, por contra, los mismos actos (producidos por el gestor, precisamente el privado) no están sujetos ni al control o fiscalización, ni son susceptibles de impugnación en vía administrativa, el precepto establece la extensión a ellos de la jurisdicción del orden contencioso-administrativo. Y ello, porque tratándose de personas privadas, sus relaciones jurídicas con terceros se reclaman, como regla general, del conocimiento de los restantes órdenes jurisdiccionales. No obstante, ese conocimiento pertenece al orden que aquí nos ocupa, cuando esté implicado el ejercicio de potestades jurídico-administrativas para la policía del servicio cuyo desarrollo tienen encomendado por la correspondiente Administración, es decir, se esté ante decisiones materialmente administrativas.

5°. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social [art. 2, e) LJCA].

Se realiza aquí una pretensión que viene de lejos: un corte transversal sobre el deslinde material ordinario con respecto a los restantes órdenes jurisdiccionales, para la concentración en el contencioso-administrativo de todas las pretensiones de indemnización por razón de lesiones originadas por la actividad o la inactividad administrativas. Esa pretensión había quedado inmediatamente frustrada, en su momento, por la legislación preconstitucional reguladora de la Administración del Estado, que remitía a la jurisdicción común el examen de la responsabilidad de aquella Administración en el contexto de relaciones sujetas al Derecho privado, reteniendo en la contencioso-administrativa únicamente, por tanto, la producida en el marco de relaciones jurídico-administrativas o públicas. Esta partición jurisdiccional que, conforme al artículo 149.1.18 CE, se generalizó a todas las Administraciones públicas (para la local, en virtud del art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), fue reconsiderada, en el sentido de vuelta a la concentración de toda la materia en el orden contencioso-administrativo, por los artículos 142, 143 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. No habiendo logrado, empero, esta regulación la pacificación de la cuestión, al menos en sede doctrinal (las razones aducidas por el sector doctrinal favorable a la concentración -por todos J. Leguina- eran, con todo, las más convincentes), el precepto ahora comentado ha venido a despejar cualesquiera dudas, con la rotundidad que

implica, además, la precisión de la indiferencia de la naturaleza de la actividad o del tipo de relación del que derive la lesión y de la tajante prohibición de la demanda de las Administraciones públicas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

6°. Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley [art. 2, f) LJCA].

Este supuesto legal deja abierto el ámbito jurisdiccional para operaciones legales sucesivas de ampliación por razones concretas. De hecho, y sobre todo tras la Constitución, se ha hecho uso relativamente extenso de esta posibilidad (que ya figuraba en la Ley de 1956), a fin de resolver adecuadamente el control judicial de actos (la tutela judicial frente a ellos) en todo equiparables a los incluidos en el expresado ámbito, por ser materialmente administrativos, concretamente los de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, así como autonómicos estatutarios no ejecutivos (se trata de los denominados legalmente -art. 9.4 LoPJ- de modo significativo <<actos de administración>>), así como de las decisiones sobre los procesos electorales. Ese control aparece asegurado hoy por la cláusula concreta de atribución que inmediatamente estudiaremos.

Continúan siendo subsumibles en este supuesto legal las atribuciones legales siguientes:

- La impugnación de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, a tenor del artículo 40 del texto articulado de la Ley de procedimiento económico-administrativo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre (y modificado por la disposición adicional 6ª LJCA).

- La impugnación de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, según su Ley reguladora de 17 de Julio de 1989 y la disposición adicional 4ª, núm 3. LJCA.

- Las cuestiones relacionadas con el otorgamiento o la denegación de la nacionalidad por residencia, conforme al artículo 22.5 del Código civil.

2. La cláusula concreta de atribución

A pesar de la previsión residual contenida en el artículo 2, f) LJCA y permisiva de la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa justamente mediante operaciones de expresa atribución del conocimiento de materias por normas de rango legal formal, el artículo 1.3 LJCA consolida -a título de una suerte de ampliación <<ordinaria>> de la extensión de la jurisdicción que nos ocupa- las más relevantes de entre las atribuciones legales que habían venido produciéndose hasta dicho texto legal en desarrollo de la Constitución, dejando así claro el tendencial carácter de <<jurisdicción ordinaria de control interno del ejercicio de poder público no legislativo, ni judicial>> de la ejercida por el orden contencioso-administrativo.

Se dispone así el conocimiento también por dicho orden de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

1°. Los actos y las disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de

Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

2º. Los actos y las disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la LoPJ.

3º. La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley orgánica electoral general.

En éste fenómeno se ha querido ver por alguna doctrina, en todo caso, la confirmación de una concepción objetiva o funcional del Derecho Administrativo, con quiebra de su acotamiento por relación al dato subjetivo de la condición de Administración pública. En realidad no hay tal, sino sencillamente una ampliación posible de la jurisdicción contencioso-administrativa, por el mecanismo de simple atribución legal, en razón a que ésta -por su propia naturaleza- tiene vocación, por extensión y sin pérdida de su identidad nuclear, de jurisdicción común del control de la actuación, no directamente constitucional o reservada al Tribunal Constitucional, del poder público interno. Así se deduce con toda claridad de la redacción literal misma de los artículos 9.4 y 24 LoPJ.

3. La cláusula general de delimitación negativa

Como quiera que el campo acotado positivamente por las cláusulas anteriores no tiene, por su propia naturaleza, unos confines nítidos, el artículo 3 LJCA complementa la acción delimitadora de dichas cláusulas desde la perspectiva negativa de lo que en ningún caso es propio del orden contencioso-administrativo.

No corresponde, en efecto, a este orden jurisdiccional:

1º. Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

Se trata aquí de deslindar el terreno específico del orden contencioso-administrativo respecto del correspondiente a los restantes órdenes del poder judicial.

Dada la especificidad del objeto del orden jurisdiccional penal, que conforme al artículo 9.3 LoPJ tiene atribuida una materia perfectamente acotada por el Código penal y las Leyes penales especiales, pocos son -en principio- los problemas de estricto deslinde que pueden suscitarse con el orden jurisdiccional aquí estudiado; tanto más, una vez que la Constitución -por efecto de su artículo 25- ha supuesto la superación del ejercicio paralelo y concurrente del poder punitivo penal y de la potestad sancionadora administrativa.

El orden jurisdiccional penal goza con carácter general de preferencia respecto de los demás y, por tanto, también del contencioso-administrativo. Ello no obstante, procede señalar que la nueva concepción que del tradicional principio de intervención mínima (propio del Derecho penal) ha asumido el vigente Código penal puede conducir, unida a la introducción de delitos cuya tipificación remite abiertamente a ordenaciones jurídico-

administrativas, a una cierta alteración de la relación ordinaria entre ambos órdenes jurisdiccionales, en la medida en que la apreciación de la concurrencia de los aludidos delitos exigirá normalmente que previamente se haya despejado la regularidad o no jurídico-administrativa de las correspondientes conductas u omisiones.

El problema principal lo plantea el orden jurisdiccional civil, en la medida en que en nuestro sistema ha sido éste siempre el orden común y, por tanto, también residual y así lo sigue definiendo el artículo 9.2 LoPJ: le corresponden tanto las materias que le son propias, como las que no estén atribuidas a ningún otro orden. De ahí que un sector importante de la doctrina (R. Parada, L. Martín-Retortillo)¹ postule, por razones de seguridad jurídica, la concentración en el orden contencioso-administrativo de todo lo referente a las Administraciones públicas (con independencia de su naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada). Esta solución, en el estado actual de las cosas parece excesivamente radical y productora, probablemente, de tantos nuevos problemas, como viejos resolvería su efectiva implantación. Por ello parece procedente asumir la posición de E. García de Enterría y T. R. Fernández², que, llamando la atención sobre la no excesiva gravedad que, en la práctica, presentan las cuestiones de deslinde, sostienen la suficiencia del sistema de resolución de los conflictos de competencia para afrontarlas y resolverlas.

Las referidas cuestiones de deslinde se suscitan, fundamentalmente, en tres ámbitos.

Por de pronto, cuando la actuación administrativa opera directamente sobre derechos, situaciones o relaciones jurídico-privadas; paradigmáticamente la propiedad (ejemplo típico: la reivindicación por la propia Administración de bienes públicos). Aquí prima el conocimiento del orden jurisdiccional civil y así lo viene entendiendo la jurisprudencia contencioso-administrativa. Ninguna duda cabe a éste respecto cuando aquel conocimiento viene expresamente atribuido por la Ley, cual sucede en el caso de los dos servicios públicos administrativos de gestión de situaciones y relaciones jurídico-privadas: el registro civil y el registro de la propiedad (en éste último caso -así J. González Pérez- salvo que el título que da lugar al acto del Registrador sea justamente administrativo)³. La LJCA habría sido buena ocasión, no obstante, para replantear el deslinde jurisdiccional en este campo, como ha propugnado, en buena dirección, cierta doctrina (J.A. Domínguez)⁴.

En segundo lugar, cuando la actuación administrativa se produce en el marco de instituciones ciertamente reguladas por el Derecho administrativo, pero que éste se limita, en su caso, a modular actuando sobre su fondo común radicado en el Derecho privado: contratos y responsabilidad. La nueva delimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia contractual disminuye notoriamente los problemas tradicionales, que en todo caso la doctrina (E. García de Enterría y T. R. Fernández)⁵ había ya relativizado en la situación normativa anterior, al considerarlas paliadas en la práctica por el juego de la técnica de los actos separables y la aceptación normal de la propia

¹ R. Parada, *La Administración y los Jueces*, Marcial Pons, Madrid, 1988; L. Martín-Retortillo, “Unidad de jurisdicción para la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 49.

² E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Séptima edición, volumen II, Civitas, Madrid, 2001.

³ J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1998.

⁴ J. A. Domínguez, *Registro de la propiedad y Administración pública*, Granada, 1995.

⁵ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, cit.

competencia por ambos órdenes jurisdiccionales (con padecimiento de la coherencia de la doctrina jurisprudencial, pero no sufrimiento, por contra, del derecho a la tutela judicial). En efecto, a resultas de ella, de un lado, toda la materia contractual -los actos preparatorios, la adjudicación y el contrato, es decir, la relación contractual misma- queda íntegramente incluida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando de contratos calificados de administrativos en la legislación reguladora de la contratación pública se trata, y, de otro lado, sólo se incluyen en dicha jurisdicción los actos unilaterales de preparación y adjudicación del contrato, pero no así éste (la relación contractual), cuando de contratos privados conforme igualmente a la referida legislación sobre contratación pública se trata. A partir de estos criterios, las dificultades para el deslinde entre los órdenes jurisdiccionales tienen que ser forzosamente menores, dominables en todo caso sobre la base de la fijación de criterios adecuados en el contexto del sistema de resolución de los correspondientes conflictos. Por lo que hace a la responsabilidad patrimonial, la opción por la decidida y total concentración en la jurisdicción contencioso-administrativa de los contenciosos por este motivo, sobre la base del criterio subjetivo o del sujeto responsable, debe eliminar en principio toda dificultad seria de deslinde.

En tercer lugar, finalmente, cuando la actuación administrativa afecta o incide indirectamente en situaciones o relaciones jurídico-privadas (ejemplos: deslinde administrativo de bienes públicos; intervención en actividades privadas; policía sobre bienes privados). Aquí, la regla complementaria de atribución al orden contencioso-administrativo de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes a su conocimiento, pero relacionadas directamente con el objeto de los procesos de que conozca, priva de trascendencia a los problemas de deslinde. Resuelto el recurso contencioso-administrativo, incluyendo el correspondiente pronunciamiento prejudicial o incidental, queda expedito, en su caso, el acceso al orden jurisdiccional civil para la resolución definitiva sobre la cuestión o las cuestiones decididas por éste último pronunciamiento, la cual podrá desde luego revisarlo.

Con el orden jurisdiccional social el contencioso-administrativo ha venido estando en posible conflicto por el hecho de haber contado el primero con jurisdicción de atribución en materia de seguridad social (que es un servicio público prestacional de carácter inequívocamente administrativo, pero en cuya regulación operan también normas de otro orden, vinculadas al mundo laboral) y, además, incidir en la materia propia del Derecho del trabajo potestades de la Administración pública sujetas al Derecho Administrativo.

La LJCA afronta decidida y frontalmente, con propósito de superación, tal situación, procediendo directamente, para ello y en su disposición adicional 5ª, a una nueva redacción del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril). A tenor de tal nueva redacción de dicho precepto legal, los órganos jurisdiccionales del orden social:

a) Conocen, en todo caso, de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a i) la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social (con la excepción de las correspondientes a la materia de seguridad social) y ii) la regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos. De esta atribución positiva resulta la correspondiente delimitación negativa del ámbito jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

b) Por contra, no les corresponde el conocimiento de i) la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el artículo 1.3, a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; ii) las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción; y iii) las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral (salvo los aludidos en el apartado anterior).

De esta exclusión de la jurisdicción social en las materias apuntadas deriva de suyo la pertenencia de éstas al conocimiento de la contencioso-administrativa.

2º. El recurso contencioso-disciplinario militar.

Se trata de una exclusión basada en las peculiaridades de la materia y de la jurisdicción militar, que sólo se <<normaliza>> justamente en el nivel superior del Tribunal Supremo.

3º. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración.

Los conflictos de atribuciones, que son los trabados entre la Administración, de un lado, y un órgano del poder judicial, de otro, están encomendados por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 al Tribunal de la misma denominación.

4. La cláusula concreta de exclusión impropia

En lugar sistemáticamente distinto al de la delimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa y, concretamente, al regular la actividad administrativa impugnabile, el artículo 28 LJCA contiene una prescripción de inadmisibilidad, tradicional en el Derecho español, que estaba ya en la lista de exclusiones –vía asimismo de la inadmisibilidad- de asuntos en principio comprendidos en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo que contenía el artículo 40 de la Ley de 1956, pero que sólo impropriamente puede calificarse de exclusión, por cuanto se refiere no a la jurisdicción (que está dada), sino al asunto concreto (por concurrencia de un motivo impeditivo de la admisión a trámite y resolución del recurso). Por ello mismo, esta prescripción de inadmisibilidad ha subsistido en la LJCA, no habiendo quedado afectada en su día por la derogación sufrida por el referido artículo 40 de la Ley de 1956.

La exclusión impropia comentada se refiere a los actos administrativos que, en sí mismos presentan todas las características para ser impugnables ante este orden jurisdiccional, pero que, al constituir mera reproducción de otros anteriores definitivos y ya firmes o simple confirmación de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, su impugnación se declara inadmisibile. Se trata de un supuesto, que -en tanto limitador del control judicial y de la tutela judicial efectiva- debe ser objeto desde luego de una interpretación restrictiva. En éste sentido, la doctrina viene entendiendo no sólo que, para que se cumpla, ha de darse, entre acto originario y acto reproductor o

confirmatorio, la triple identidad (en los sujetos, en el objeto y en la causa de pedir) requerida por el artículo 1252 del Código civil, sino también que no es aplicable en absoluto cuando el acto a impugnar padezca un vicio de nulidad radical (que, por su naturaleza, es insubsanable, ni aún por la conducta o la inactividad de los afectados).

5. La regla complementaria para asuntos prejudiciales e incidentales

Por la misma naturaleza de las cosas, no es inusual que en cuestiones claramente pertenecientes a un orden jurisdiccional -aquí el contencioso-administrativo- aparezcan inextricablemente mezcladas otras que se reclaman de uno distinto. El ejemplo académico de tal supuesto es el de concurrencia del vicio de nulidad radical tipificado en el artículo 62.1, d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (acto administrativo cuyo contenido sea constitutivo de ilícito penal o se dicte como consecuencia de éste): el conocimiento del asunto y, por tanto, la declaración de la nulidad del acto corresponden sin duda al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero éste -para poder formarse un juicio sobre la cuestión jurídico-administrativa- precisa despejar previamente -lo que constituye una cuestión prejudicial o incidental, según se construya- la relativa a la existencia de delito o falta penales, la cual corresponde desde luego al orden jurisdiccional penal.

Para despejar ésta última dificultad en el deslinde interjurisdiccional, el artículo 4 LJCA extiende la competencia del orden contencioso-administrativo al conocimiento y la decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al mismo, que estén directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo. Excepción a esta extensión la constituyen las cuestiones de carácter constitucional y penal, así como lo dispuesto en tratados internacionales. La primera excepción referida a las cuestiones de orden constitucional trae causa de la reserva del enjuiciamiento de la validez de las normas de rango legal al Tribunal Constitucional, único en su orden, al que no puede plantearse cuestión alguna de jurisdicción o competencia e intérprete supremo de la norma fundamental, cuya doctrina vincula la jurisprudencia (arts. 1 y 4 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 LoPJ). Dicho enjuiciamiento está vedado a los Jueces y Tribunales ordinarios, al punto de proceder el planteamiento por éstos de la cuestión de constitucionalidad ante aquél en cuanto tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma legal de la que dependa el fallo que deban adoptar (art. 163 CE y 5.2 LoPJ); cuestión, que perdería su verdadero sentido si pudiera ser resuelta prejudicialmente, a efectos del proceso concreto, por el Juez o Tribunal que esté conociendo del mismo.

La segunda excepción deriva naturalmente del reconocimiento al orden jurisdiccional penal de preferencia en los términos actualmente dispuestos por el artículo 10.1 LoPJ: <<...la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca>>.

La tercera y última excepción encuentra su fundamento tanto en la específica consistencia de los tratados internacionales en cuanto Ley interna (una vez ratificados), conforme resulta de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, como en la responsabilidad internacional del Estado en cuanto a su cumplimiento.

De todas formas, la decisión prejudicial o incidental que en materia ajena produzca el órgano judicial contencioso-administrativo no produce efectos fuera del proceso en que se dicte y no vincula al orden jurisdiccional correspondiente.

IV. Las características de la jurisdicción atribuida a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo

Dada la sustancial normalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo producida definitivamente por la Constitución y la LoPJ, sus caracteres son básicamente los comunes a todos los órdenes jurisdiccionales. La jurisdicción es, en efecto y por de pronto, el presupuesto mismo de la posibilidad del ejercicio por un órgano judicial de su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y, por tanto, de la competencia de cada concreto órgano de entre los integrantes de un determinado orden.

De ahí sus notas definitorias y, concretamente, las siguientes (arts 5 y 6 LJCA):

1º. Improrrogabilidad, es decir, indisponibilidad tanto por el propio órgano judicial, como por los justiciables (en éste caso, tanto la Administración o el poder público, como los particulares).

2º. Susceptibilidad de ser examinada de oficio, lo que no es sino una consecuencia de la anterior.

Al servicio de esta característica, la LJCA contempla tanto un trámite de admisión en el que el órgano judicial debe apreciar de oficio, si procede, la cuestión de falta de jurisdicción y resolverla previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días [arts. 5.2 y 51.1, a) y 4], como el planteamiento por aquéllas de dicha cuestión en la fase llamada de alegaciones previas o, incluso, en la de demanda y contestación (arts. 56.1 y 58.1). La apreciación de la falta de jurisdicción, que ha de justificarse o fundarse, determina siempre la inadmisión del recurso [arts. 59.4, 68.1, a) y 69, a)].

Para evitar situaciones de indefensión, la resolución que aprecie la falta de jurisdicción -que debe consistir en una declaración fundada- ha de indicar preceptivamente el concreto orden jurisdiccional que se considere competente, de suerte que si la parte demandante se persona ante el mismo efectivamente dentro del mes siguiente a la notificación correspondiente, se entiende legalmente que lo ha hecho en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo (si el recurrente siguió en su momento las indicaciones al efecto efectuadas por la Administración en la notificación del acto recurrido o la practicada lo fue defectuosamente) [art. 5.3 LJCA].

En el caso de que el examen de la cuestión relativa a la jurisdicción conduzca a considerar la competencia de la Administración, la competencia de otro órgano del mismo orden contencioso-administrativo o la jurisdicción de otro orden distinto y, con tal motivo, se suscitara un conflicto de atribuciones o de competencias o una cuestión de competencias, o cuando tales conflicto o cuestión se planteen en todo caso, éstos han de solventarse conforme a la legislación aplicable, es decir, la LoPJ (arts. 42 y sgs.) para los

Parejo – Control judicial contencioso-administrativo en el derecho español

conflictos entre los Juzgados y Tribunales de diferente orden, y la Ley de Conflictos Jurisdiccionales en lo demás.