

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL RECURSO DE REPOSICION PREVIO AL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA REGLAMENTOS (AUTO DE 20 DE MAYO DE 1976).

I. ANTECEDENTES

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 9 de abril de 1973 publicó el Reglamento para la elaboración, circulación y comercio del *whisky*, aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1973.
2. D. y C., S. A., interpuso directamente recurso contencioso-administrativo contra el Reglamento, sin haber interpuesto previamente el de reposición.
3. En el proceso administrativo, la parte coadyuvante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, planteó la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, entre otras causas, por la falta de recurso de reposición previo.
4. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de 20 de mayo de 1976, acordó declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo.

II. EL AUTO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 1976

Este auto, de que fue ponente Nicolás Gómez de Enterría, en su segundo considerando sienta la siguiente doctrina:

«Que según reiterada doctrina de esta Sala, resumida en las sentencias de 10 de octubre de 1973 y 21 de octubre de 1974, el supuesto del número 3 del artículo 39 de la ley, no está exceptuado de la reposición previa, por el inciso e) del artículo 53, y como el requisito en cuestión no se cumplió, el recurso contencioso-administrativo ha de ser declarado inadmisibile, a tenor del artículo 82, e), toda vez que no se promovió, como pudo haberse hecho, en el primero de los dos meses del plazo legal, con lo que hubiera sido aplicable la subsanación prevista en el artículo 129, 3.º»

III. COMENTARIO

1. *El recurso de reposición como requisito procesal previo en los recursos contencioso-administrativos que tuviesen por objeto disposiciones generales, en el supuesto del artículo 39, apartado 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Al entrar en vigor la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se planteó el tema del alcance de la excepción del recurso de reposición que

establece el artículo 53, apartado e), de la expresada ley. El texto del precepto es terminante. Se exceptúan de la reposición

«las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de enero de 1959, estimó que en el supuesto del artículo 39, párrafo tercero, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se da la exclusión del recurso de reposición, por lo que este recurso es presupuesto del proceso administrativo. La doctrina de aquella sentencia se reitera en las de 27 de abril y 8 de junio de 1959. En esta última se dice:

«Como el apartado c) del artículo 53 sólo se refiere al supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 39, y no comprende en tal excepción las disposiciones a que alude el párrafo tercero del mencionado artículo, es indispensable la interposición del recurso de reposición.»

Otra, de 8 de junio de 1967, establece que «la ordenación jurisdiccional mencionada, en su artículo 53, exime del recurso previo de reposición a las disposiciones de carácter general, pero no siempre, sino en el supuesto que prevé el párrafo primero de su artículo 39».

La sentencia de 11 de octubre de 1968 afirma que «el apartado c) del artículo 53 de la Ley Jurisdiccional sólo exceptúa del requisito previo de la reposición a las disposiciones generales de la Administración Central, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 1, es decir, en la impugnación directa o inmediata por las entidades a las que el párrafo 1, apartado b), del artículo 28, restringe la legitimación, puesto que el supuesto a que se refiere, tanto el párrafo 3 del artículo 39, como la salvedad consignada al final del citado apartado b) del párrafo 1 del artículo 28, de disposiciones que hubieran de ser cumplidas directamente por los administrados sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, aunque también sea una hipótesis de recurso directo..., no se encuentra comprendido en la excepción del repetido artículo 53, e)».

La jurisprudencia más reciente ha reiterado esta doctrina. Así, sentencias de 20 de junio de 1972 (Aranzadi, núm. 3.022), 15 de marzo de 1973 (Aranzadi, núm. 1.246), 25 de septiembre de 1973 (Aranzadi, núm. 3.406) y 2 de noviembre de 1973 (Aranzadi, núm. 4.321).

Esta doctrina jurisprudencial fue criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA (1).

Por nuestra parte, consideramos que, dado el texto de la ley, es incuestionable que la excepción del recurso de reposición sólo alcanza al supuesto concreto del artículo 39, párrafo 1, y no al del párrafo 3 del mismo artículo (2).

En efecto:

a) El artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al referirse a las disposiciones generales como objeto de la pretensión procesal administrativa, distingue, en relación con el artículo 28, los siguientes supuestos perfectamente definidos:

1.º Impugnación directa de disposiciones generales. Dentro de este supuesto cabe, a su vez, distinguir dos:

— Que su aplicación exija un acto de requerimiento o sujeción individual. Es el supuesto del artículo 39, párrafo primero. Únicamente está legitimadas activamente las entidades a que se refiere el artículo 28, párrafo primero, apartado b).

(1) En «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, págs. 161-185, y en *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1975, I, págs. 144 y sigs.

(2) Así, en *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, 3.ª ed., Madrid, 1975, páginas 226-227.

- Que no sean necesarios actos de requerimiento o sujeción individual. Supuesto del párrafo segundo. Rige la legitimación del artículo 28, párrafo primero, apartado a).

2.º Impugnación de actos que se produjeron en aplicación de las disposiciones generales. En el supuesto del artículo 39, párrafo segundo, en el que se aplican las normas generales de legitimación, según la pretensión que se deduzca.

b) El artículo 53, apartado e), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sí distingue, en contra de lo que afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que en él se dice expresamente que únicamente están exceptuadas de la reposición «las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero». Luego si el artículo 39 prevé tres supuestos (párrafos primero, segundo y tercero) y el artículo 53 se refiere a uno de ellos, precisamente al supuesto del párrafo primero, es porque el legislador ha entendido que sólo se da la exclusión respecto de este supuesto y no respecto de ningún otro.

Pues si hubiera querido excluir de la reposición toda impugnación directa de disposiciones generales, ¿habría sido superflua la referencia al párrafo primero? Hubiera bastado con decir que se exceptúan del recurso de reposición «las disposiciones de carácter general», ya que en el supuesto de impugnación indirecta—a que se refiere el párrafo segundo—no se impugnan disposiciones, sino actos administrativos dictados en aplicación de ellas. De aquí que la alusión al párrafo primero tiene sentido, única y exclusivamente, para diferenciarle del otro supuesto de impugnación directa—el del párrafo tercero del artículo 39—, pero nunca para diferenciarle del supuesto del párrafo segundo, que, repetimos, no es de impugnación de disposición general. Así lo señala la sentencia de 11 de octubre de 1968.

c) Si la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estableció la distinción fue por excluir la reposición no en función del objeto de la pretensión, sino en función de la legitimación. El legislador entendió que cuando el demandante es un particular respecto del cual la disposición general produce efectos directamente, igual que un acto administrativo, debe ser sometido al mismo régimen que cuando imponga actos concretos. Y, por tanto, la reposición es exigible en uno y otro caso.

d) La afirmación de que la vía administrativa previa está montada exclusivamente en función de los actos administrativos puede ser válida para otros Ordenamientos y no para todos, pues en alguno de los más característicos la vía administrativa como previa a la procesal se desconoce, ya que lo único que exige para que sea admisible la impugnación procesal es la existencia previa de un acto o disposición, sin hacer distinción.

Pero el Ordenamiento español se mueve justamente en el polo opuesto y regula una vía administrativa previa aplicable a actos y disposiciones. El artículo 37, párrafo primero, de la ley, precepto que parece olvidar GARCÍA DE ENTERRÍA, es una prueba inequívoca sobre la inexactitud de su rotunda afirmación. Pues dicho párrafo dice que «el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las *disposiciones* y los *actos* de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa». En Derecho español, pues, la vía administrativa se establece con independencia del objeto de la pretensión; se da para actos y para disposiciones. Así lo señala la sentencia de 11 de octubre de 1968 (ponente: Cruz Cuenca), al decir que «el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de igual forma que el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, prevé expresamente la posibilidad de recurrir en vía administrativa disposiciones de carácter general».

Luego, en aplicación del artículo 53, cuando una disposición general no es susceptible de recurso administrativo ordinario en vía administrativa,

será exigible el recurso de reposición como requisito previo, salvo en los casos expresamente exceptuados en el apartado e) del mismo artículo.

El auto comentado reitera la doctrina jurisprudencial y considera presu-
puesto del contencioso-administrativo la interposición del recurso de re-
posición.

2. La falta de recurso de reposición como motivo de inadmisibilidad

Que la no interposición del recurso de reposición constituye un motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo es indudable. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 82, establece que «la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en los casos siguientes: ... e) Que no se hubiera interpuesto, si fuere preceptivo, el recurso de reposición previo».

En consecuencia, en aquellos supuestos en que se inicia el proceso administrativo sin haberse cumplido aquel requisito previo, el órgano jurisdiccional declarará la inadmisibilidad, bien en el trámite de alegaciones previas, por auto (arts. 72 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), si así se hubiera planteado por la parte demandada o coadyuvante, bien al dictar sentencia, en aplicación del artículo 82. Así, por ejemplo, una sentencia de 11 de diciembre de 1975 (ponente: Agúndez) dice que:

«...Habiendo interpuesto el recurso contencioso-administrativo... sin que previamente haya formulado el obligatorio recurso de reposición..., exigido por el artículo 52 de la Ley Jurisdiccional, procede estimar el motivo de inadmisibilidad aducido por el Abogado del Estado, con fundamento al artículo 82, e), de dicha ley.»

En análogo sentido, las sentencias de 17 de diciembre de 1975 (ponente: De No) y 22 de diciembre de 1975 (ponente: Cruz Cuenca).

3. La subsanación de la falta de recurso de reposición

Ahora bien, el artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que consagró el principio antiformalista, admitiendo la subsanación de todo defecto procesal que fuere susceptible de ello, en su apartado 3 dispone: «Si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo éste preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días, y si se acreditara dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición en forma expresa o transcurra el plazo a que se refiere el artículo 54.»

Este precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones, dando lugar a una doctrina jurisprudencial que ha ido evolucionando hasta llegar a sentar unos principios que parecen definitivamente aceptados por una jurisprudencia reiterada.

El principal problema surgía con ocasión de la posible armonización del principio antiformalista y el de seguridad concretado en el acatamiento de los plazos.

Si el acto objeto de recurso había sido notificado con todos los requisitos legales—y, por supuesto, indicando al interesado el recurso de reposición, órgano ante el que hubiera de interponerse y plazo, según el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, ¿cabría la posibilidad de reabrir el plazo caducado cuando en el proceso administrativo correspondiente se alegara la falta de recurso como motivo de inadmisibilidad?

Precisamente en atención a estas consideraciones se limitó la posibilidad

de subsanación a los supuestos en que el contencioso-administrativo se había interpuesto dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto. En este sentido, una sentencia de 21 de noviembre de 1974 (ponente: Gabaldón) acepta un considerando de la apelada (el tercero), en que se dice: «Que a igual conclusión se llega tras el examen de la falta de reposición denunciada, dado que, de un lado, la notificación del acuerdo recurrido es defectuosa al omitir requisitos esenciales: si era o no definitivo, recurso procedente, plazo, autoridad, etc., lo cual nos llevaría a la necesidad de decretar la nulidad de la notificación para que se efectuase otra nueva, según establece reiterada jurisprudencia, o si, por el contrario, se estima que tales defectos han sido subsanados por haber interpuesto dentro de plazo hábil el recurso contencioso como procedente; en definitiva, el defecto denunciado sería, en todo caso, subsanable, al amparo del artículo 129, 3, de la Ley Jurisdiccional, puesto que el recurso contencioso-administrativo se interpuso dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acuerdo impugnado, como lo demuestra la confrontación de la fecha de salida del documento del Ayuntamiento el 23 de abril de 1968, y la de interposición del recurso de 18 de mayo del mismo año.»

Otra sentencia de 23 de noviembre de 1973 (ponente: Fernández Tejedor), en sus considerandos tercero y cuarto, ofrece este completo resumen de la doctrina jurisprudencial:

«Que el artículo 52 no solamente contiene la exigencia de que la reposición ha de preceder a la interposición del contencioso, efecto que, como hemos visto, cede en los casos en que es aplicable el 129, 1, sino que en la segunda de sus reglas, esto es, en el número 2 de su texto, aborda una materia muy diferente, cual es el tratamiento jurídico-procesal del recurso de reposición en sí mismo, tratamiento que prosigue en los artículos siguientes, si bien es en éste, en el 52, número 2, donde señala el plazo (preclusivo y de un mes de duración) y la forma (presentación ante el órgano que haya de resolverlo) en que ha de formularse. Y así como es perfectamente comprensible que el número 1 del artículo 52 se vea afectado por el 129, número 3, en el sentido expresado en el considerando anterior, porque con ello no se resiente ni altera ningún principio procesal y hasta puede tener un efecto beneficioso—evitar que un litigante que acuda prematuramente y con olvido de la reposición a la vía contenciosa, se vea privado de recurrir en dicha vía administrativa estando aún en el plazo hábil para hacerlo—, en cambio, la inaplicación de la regla contenida en el número 2 del expresado artículo 52, si hubiera de imponerse por efecto de lo dispuesto en el 129, número 3, perturbaría y muy gravemente todo el sistema procesal administrativo, en cuanto éste define y delimita con rigorista precisión cuáles actos son impugnables, así como la materia de recursos, los cuales, por virtud de los principios de seguridad jurídica y presunción de legitimidad de los actos administrativos, exigen un extremado rigor en el respeto a los plazos. Si éstos son improrrogables, como prescribe con carácter general el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y con carácter más especial el 121 de la reguladora de esta jurisdicción, el transcurso del de un mes, limitativo del derecho de recurrir en reposición, según el artículo 52, número 2, convierte automáticamente en consentido y, por tanto, firme el acto administrativo no recurrido dentro de dicho mes, y consumada ya esta firmeza, no existe posibilidad legal en nuestro Ordenamiento de admitir contra él impugnación en vía contenciosa. Así se infiere no solamente del comentado artículo 52, número 2, sino que, de modo expreso y consecuente con todo el sistema, manda también el artículo 40, cuando dice que 'no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de... los actos confirmatorios de acuerdos consentidos...'. Una conclusión en discordancia con esta doctrina nos llevaría al absurdo de aceptar la posibilidad de que un acto que devino firme, pierda *a posteriori* esta firmeza

y se convierta en impugnabile por tiempo indefinido y a voluntad del interesado que acierte a provocar la aplicación del artículo 129, número 3, de la ley.

Que de cuanto queda expuesto se deduce, como lógica conclusión, la afirmación de que en virtud del artículo 129, número 3, de la Ley Jurisdiccional, interpretado en función del 52, número 2, el demandante situado en la hipótesis prevista en el primero de dichos preceptos, esto es, que no hubiera interpuesto la reposición con carácter previo al contencioso, podrá todavía hacerlo en el plazo de diez días que la fije el Tribunal, pero solamente en el caso de que no sobrepase el específico, improrrogable y preclusivo de un mes establecido en el segundo de los preceptos citados (art. 52, número 2). Así lo tiene definido esta Sala en sentencias reiteradas y desde hace largo tiempo unánimes, entre las que pueden citarse las de 5 de diciembre de 1964, 28 de febrero y 13 de octubre de 1967, 31 de marzo de 1970 y 2 de marzo y 25 de septiembre de 1972.»

El auto comentado reitera esta doctrina jurisprudencial.

J. G. P.