



Roj: **STS 8521/2004 - ECLI:ES:TS:2004:8521**

Id Cendoj: **28079130042004100568**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/12/2004**

Nº de Recurso: **3612/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RODOLFO SOTO VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Cuarta por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por "FONDOMAR, S.L.", representado por la Procuradora Doña M<sup>a</sup> Isabel Campillo García contra la Sentencia dictada con fecha 7 de mayo de 1.999 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 20/1996 , sobre cesión de obras de acondicionamiento de la Playa de Tazacorte; siendo parte recurrida la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por escrito de 2 de enero de 1.996, la entidad "Fondomar, S.L.", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Costas, de 16 de noviembre de 1.995, en la que se deniega la solicitud dirigida por "Fondomar, S.L." con referencia a la cesión de las obras de acondicionamiento de la playa de Tazacorte, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso-administrativo terminó por sentencia de 7 de mayo de 1.999 , cuyo fallo es del siguiente tenor: "Que con desestimación del recurso interpuesto por el Procurador Dña. María Isabel Campillo García en representación de Fondomar, S.L., debemos declarar y declaramos ajustado a derecho el acto recurrido, con costas al cargo del recurrente".

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada Sentencia, la entidad Fondomar, S.L. por escrito de 23 de noviembre de 1.999, manifiesta su intención de preparar recurso de casación y por Providencia de la Audiencia Nacional de fecha 29 de marzo de 2.000, se tuvo por preparado el recurso de casación, ordenándose la remisión de los autos y el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Emplazadas las partes el recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Alto Tribunal, al tiempo que formuló en fecha 13 de mayo de 2.000 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual solicitó, se admita el recurso y previa su tramitación por el procedimiento legalmente establecido, estime los motivos alegados y case la Sentencia recurrida, efectuando en consecuencia los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

Comparece ante la Sala en concepto de recurrido el Abogado del Estado en la representación que ostenta por ministerio de la Ley.

CUARTO.- Mediante Providencia de la Sala de fecha 22 de noviembre de 2.001 se admitió el recurso de casación interpuesto por la Procuradora Sra. Campillo García y se dio traslado a la parte recurrida y personada para que formalizase el escrito de oposición.

Evacuado el trámite conferido por el Abogado del Estado se presentó con fecha 7 de marzo de 2.002 el escrito de oposición al recurso de casación, en el cual solicitó, se dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.



QUINTO.- Mediante Providencia de fecha 2 de noviembre de 2.004 se señaló para votación y fallo de este recurso el día quince de diciembre de dos mil cuatro, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rodolfo Soto Vázquez, Magistrado de la Sala

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 248.3 de la L.O.P.J . establece que las sentencias judiciales deberán constar de encabezamiento, antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, fundamentos de derecho y fallo resolutorio. La ausencia de cualquiera de estos elementos formales afecta de manera grave a las formalidades esenciales de la sentencia ( artículo 88.1.c) de la Ley 29/98 ) y puede dar lugar a la anulación de la misma, con los efectos que señala el artículo 95.2. c).

Este no es el supuesto de autos, en el cual la recurrente confunde la exigencia condicional del precepto en relación con la constatación explícita de los hechos probados, exigible en el ámbito de la Jurisdicción Social o Penal, con la necesidad de que así se hagan constar de manera explícita y concreta en los ámbitos civil o contencioso-administrativo. Resulta difícil de comprender que se siga pretendiendo articular como motivo de casación esa circunstancia, que ha sido reiteradamente desestimada (entre otras, Sentencias de 8 de noviembre de 1.996, 10 de octubre de 2.000, 21 de noviembre de 2.001, 26 de julio de 2.002 y 26 de febrero de 2.004 ) por esta Sala, que ha recordado una y otra vez esa misma doctrina en aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 248.3, así como que resulta indiferente, a los efectos del apartado c) del artículo 88.1, que la declaración de las circunstancias fácticas que se declaren probadas se efectúe en los antecedentes de hecho o a lo largo de los fundamentos jurídicos de la resolución, siempre que su constatación se haga de manera indubitada.

Se desestima el primer motivo.

SEGUNDO.- No tiene mejor suerte el motivo segundo que se articula bajo el amparo del apartado d) del artículo 88.1, por infracción del artículo 267 de la L.O.P.J. en relación con el 363 de la antigua L.E.C . y 87 de la anterior Ley de la Jurisdicción .

El Tribunal de instancia no ha rectificado su resolución definitiva más allá de los términos que permiten los preceptos que se citan como vulnerados, limitándose a dar respuesta en sus justos términos a la petición que se formulaba por vía de aclaración.

Si lo que la parte ahora recurrente pretendía con el extenso y un tanto inconveniente escrito de 5 de junio de 1.999, formulado por vía de petición de aclaración, era obligar a la Sala de instancia a reconocer la impropia denominación de "escritura pública" que otorgaba a la solicitud conjuntamente suscrita el 27 de mayo de 1.994 por "Cocesar" y "Fondomar" (obrante, por cierto, a los folios 28 y 29 del expediente administrativo, y no 26 y 27 como se decía), no puede pretender ahora que el reconocimiento de dicho error y la rectificación consistente en otorgarle la calidad de "documento con rango público", constituya una modificación sustancial de la sentencia dictada el 7 de mayo de 1.999, que sigue basándose en los mismos antecedentes fácticos y consideraciones jurídicas que dieron lugar a su conclusión desestimatoria. Y menos todavía que esa aclaración o rectificación -sea o no propia la denominación de error material que le otorga el auto de cuatro de noviembre de 1.999- constituya una infracción normativa susceptible de anularla por vía casacional.

Se desestima el segundo motivo.

TERCERO.- El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con el con el 5.4 y el 238.3 de la L.O.P.J ., acusando la nulidad de la sentencia por defecto de audiencia de las partes ocasionante de indefensión.

El artículo 5.4 permite ciertamente basar un motivo de casación en la vulneración de un precepto constitucional a los efectos de su fundamentación legal; pero esta posibilidad no constituye un quinto motivo de casación además de los ya enumerados en el artículo 88.1. Eso quiere decir que el precepto constitucional infringido ha de conectarse con alguno de esos cuatro motivos, bien de manera explícita (lo que aquí no ocurre), bien desarrollando su argumentación con tal claridad que, de manera inequívoca, resulte claramente en cuál de dichos motivos pretende cobijarse.

La referencia al artículo 238.3 de la L.O.P.J . y a la indefensión que se dice ocasionada, nos permite considerar que se está queriendo denunciar la nulidad de la sentencia al amparo del apartado c) del artículo 88.1. Será preciso, en consecuencia, comprobar si puede estimarse infringido el principio de audiencia por la circunstancia de que en la sentencia se haga constar que "no consta en autos ni expediente (o no hemos sabido encontrarlo) esta solicitud....", refiriéndose a la formulada por "Cocesar S.A., (primitivo adjudicatario del contrato de obras de acondicionamiento de la Plaza de Tzacorte) para que la Administración le autorizase



a ceder su contrato a favor de "Fondomar, S.L.", cuando la realidad es que la autorización correspondiente figura unida a la escritura de cesión aportada como documento nº 1 de los aportados con la demanda. Esa circunstancia, junto con el error de calificación -ya denunciado- consistente en otorgar el carácter de escritura pública a la solicitud mencionada en el fundamento jurídico anterior, son las razones en que se basa la parte recurrente para apoyar el motivo de casación, convirtiendo los errores asertivos de la sentencia en una desatención tal, a las alegaciones y pruebas aportadas a los autos, que implican la infracción del necesario principio de audiencia.

Una vez más los argumentos aducidos para la casación de la sentencia carecen de virtualidad.

Es verdad que la comunicación de autorización para la cesión del contrato de ejecución de obra figura unida a la demanda, así como a los folios 56 a 58 del expediente administrativo; mas también lo es que la sentencia no se está refiriendo precisamente a ese documento, sino a la solicitud de autorización, de modo que el argumento de la parte ofrece visos de incongruencia.

No deja de ser cierto, sin embargo, que a los folios 62, 63 y 64 del expediente administrativo sí figuran sendas solicitudes de autorización para la cesión del contrato, fechadas el 14 de octubre de 1.993 y suscritas por los representantes de "Cocesar, S.A." y de "Fondomar, S.L." Ese hecho que ciertamente pone de relieve la inexactitud de lo afirmado en el fundamento segundo de la sentencia recurrida respecto a la no constancia de dicha solicitud, junto con la falta de percepción que ello pueda suponer, no implica otra cosa que la flagrante equivocación sufrida con respecto a la constancia del documento correspondiente en las actuaciones; equivocación que resulta intranscendente para obtener la anulación de la sentencia ya que no ha ocasionado la indefensión que se pretende.

En efecto: la realidad es que la sentencia da por probada la existencia de la solicitud, así como de la autorización de la cesión del contrato, partiendo precisamente de la realidad de ambas para concluir acordando la improcedencia de solicitar que se anule la posterior decisión de la Administración que tuvo por renunciada la cesión aludida. Consecuentemente resulta desmesurado convertir la inexactitud de la referencia a la constancia en autos de determinado documento -pese a reconocer su existencia real- en omisión del principio de la audiencia efectiva de las partes, originante de indefensión.

CUARTO.- Con base en el defecto de incongruencia a que se refiere el apartado c) del artículo 88.1, se alegan en el motivo siguiente una serie de omisiones imputables a la sentencia recurrida que, a juicio de la parte, ha de dar lugar a su anulación. Algunas de ellas no merecen la cualificación relevante que se les otorga (supuesto de la declaración de nulidad del convenio de cesión de obra a que antes nos hemos referido); en cambio otras sí deben ser consideradas con especial detenimiento.

En los fundamentos de derecho III y V de su demanda "Fondomar, S.L" denunció el irregular proceder de la Administración -entre otras razones- al haber tenido tener por válida y eficaz la renuncia a la cesión de los derechos dimanantes del contrato de obra adjudicado a "Cocesar" a favor de "Fondomar" mediante el documento suscrito el 27 de mayo de 1.994, sin tramitar un procedimiento administrativo según lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento de Contratación y apoyándose únicamente en lo dispuesto en los artículos 90 y 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, totalmente inaplicables al caso. Y en el apartado 8) de la súplica de la demanda se interesó la declaración de responsabilidad de la Administración con base en las supuestas irregularidades cometidas por la misma a lo largo del procedimiento.

La sentencia de instancia no resuelve con la debida claridad sobre dichas concretas pretensiones. En el fundamento tercero se limita a considerar que resultaba inaudito el pretender la declaración de anulación de la resolución de la Administración, de 30 de mayo de 1.994, aprobando la renuncia de la cesión operada a favor de "Fondomar S.L.", al tratarse de un acto dictado a petición de la misma parte y en todo conforme con lo que en su día se había interesado, "sin que haya razones de nulidad esencialmente radical que lo invalidasen", expresión en la que parece pretender englobarse la desestimación de todos los motivos de nulidad aducidos en los fundamentos de derecho III a VII de la demanda. Y en el mismo fundamento jurídico, pese a reconocer un cierto grado de culpa de la Administración en lo que califica de "subterfugios, cambalaches, triquiñuelas y trapicheos" de "Fondomar" y "Cocesar", solventa la pretensión del apartado 8) de la demanda con la declaración de que la demandante ha pretendido trasladar a la Administración la responsabilidad de dichas maniobras, absteniéndose de cualquier otro tipo de razonamiento para desestimar la declaración de responsabilidad solicitada.

La congruencia exigible a las resoluciones judiciales impone un pronunciamiento concreto sobre todas y cada una de las pretensiones debidamente articuladas, con total independencia de que puedan o no considerarse fundadas en Derecho. Es verdad que una reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial viene estableciendo que no se falta a la congruencia debida aunque se omita un específico pronunciamiento con respecto a todos y cada uno de los argumentos legales aducidos por las partes, ya que la congruencia no exige ajustarse de



modo literal a la dialéctica por ellas desarrollada, ni impide utilizar al Tribunal distintos fundamentos jurídicos para estimarlos o desecharlos. Ahora bien: sí exige una respuesta concreta y coherente con cada una de las pretensiones formuladas que sean de suficiente relevancia y sustantividad, bien se haga de un modo razonado y explícito, bien de modo tácito pero inequívoco; de suerte que al justiciable no le pueda quedar duda razonable de que su pretensión ha sido considerada.

Pues bien: es preciso reconocer que, al menos en lo que se refiere a la pretensión de responsabilidad de la Administración, la sentencia recurrida no otorga una respuesta adecuada en este punto. No es suficiente constatar que la entidad actora pretende trasladar a la Administración la responsabilidad de las maniobras que hubiesen podido dar lugar a condenarla por ello, y desestimar la demanda en cuanto a este extremo sin ningún otro razonamiento, pese a admitir de modo expreso que la Administración no se halla libre de culpa, para dar una respuesta adecuada a la solicitud de la demandante. A lo que no estorba añadir, en calidad de argumento complementario, que en el segundo fundamento jurídico de la sentencia se añade que "el presente recurso no es sino la consecuencia de una serie de actuaciones más que oscuras desarrolladas a tres bandas entre Fondomar, S.L., Cocesar, S.A. y la Administración".

Considera este Tribunal que es lógico que, a la vista de esas declaraciones, haya de prosperar un motivo de casación basado en el apartado c) del artículo 88.1, al considerar con acierto "Fondomar S.A." que se ha dejado sin resolver congruentemente una de sus pretensiones, desde el momento en que se omite toda consideración sobre las consecuencias que esa culpa parcialmente achacada podría llevar consigo, fuese o no factible la declaración que se solicita.

En virtud de ello procede estimar el cuarto motivo de casación y anular la sentencia de instancia, con una doble consecuencia: a) abstenerse de considerar, por su evidente inutilidad, el resto de los motivos alegados; b) asumir la jurisdicción para resolver las pretensiones ejercitadas en este proceso dentro de los términos en que aparece planteado el debate en la instancia ( artículo 95.2. c) de la Ley jurisdiccional ).

QUINTO.- Refiriéndonos por tanto a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda es obligado reconocer que nos encontramos ante un acto administrativo (la resolución de 30 de mayo de 1.994) cuya anulación se había postulado, junto con otras peticiones, en un escrito de 31 de octubre de 1.995 que, a su vez, constituye reproducción y denuncia de la mora en resolver lo solicitado en 21 de junio anterior.

En el escrito últimamente citado se hacía una larga historia de los antecedentes del caso ahora planteado en vía jurisdiccional, relatando minuciosamente los perjuicios que se irrogaban a "Fondomar, S.L." con motivo de la aprobación de la cesión del contrato de ejecución de obra primitivamente adjudicado a "Cocesar, S.A." y la imposibilidad en que se encontraba "Fondomar" de percibir el cobro debido por la realización de la misma, a causa de la renuncia a la cesión de la obra aprobada precisamente por la resolución de 30 de mayo de 1.994, renuncia que -se alegaba- constituía una ficción urdida con el consentimiento de la Dirección General de Costas para posibilitar que "Fondomar" pudiese seguir adelante con la ejecución de la obra cedida, pese a no figurar clasificada como contratista con la Administración.

Esta última circunstancia se disimulaba piadosamente en el aludido escrito bajo el eufemismo de "la existencia de ciertos impedimentos".

Según manifestación expresa de la entidad solicitante el escrito de 21 de junio de 1.995 se presentaba a los efectos de la reclamación prevista en el artículo 120 de la Ley 30/92 y concluía formulando las siguientes peticiones:

- 1) Que se reconozca expresamente la validez y vigencia de la cesión de obra contenida en la escritura otorgada el 25 de noviembre de 1.993, ante el Notario de Madrid D. Félix Ridruejo Pastor.
- 2) Que se reconozca que el escrito firmado por Fondomar y Cocesar el día 27 de mayo de 1.994, solicitando que se tuviera por no hecha la cesión, es una mera declaración de intenciones, que no puede desvirtuar lo pactado en escritura la pública de 25/11/93, ni tampoco produce el efecto de otra cesión de contrato de Fondomar a Cocesar.
- 3) Que se declare la nulidad de la resolución de 30 de mayo de 1.994, emitida por la Dirección General de Costas, mediante la cual se tiene por renunciada la cesión del contrato, efectuada por Cocesar a favor de Fondomar. Y que se declaren igualmente nulos todos los actos que de ella se deriven.
- 4) Que se declare la nulidad de cualquier documento suscrito por Cocesar en calidad de contratista, en relación con la obra de "Acondicionamiento de la Playa de Tzacorte, Primera Fase", con posterioridad al día 25 de noviembre de 1.993.



- 5) Que se reconozca la capacidad de Fondomar para intervenir como contratista en la firma del proyecto modificado, la revisión de precios y la liquidación de la obra, y que sea con esta empresa con quien se entiendan estos trámites , abonándole las cantidades que de ellos resulten.
- 6) Que no se abone cantidad alguna a Cocesar como consecuencia de esta obra, y que se aplace el pago de las certificaciones que puedan emitirse, o presentarse al cobro, hasta que recaiga resolución firme determinando a quien corresponde su cobro.
- 7) Que se declare la ineficacia de cualquier pago que se efectúe a Cocesar con posterioridad a la fecha de la interposición del presente recurso, el cual no liberará a la Administración de la obligación de pagar a Fondomar el precio total de la obra que ésta ha ejecutado.

Con fecha 16 de noviembre de 1.995 se dictó la resolución que es objeto de este contencioso y en la que se rechazaban las tres primeras peticiones porque la resolución de 30 de mayo de 1.994 era firme y consentida, sin que concurriese ninguno de los supuestos de los artículos 62 y 63 que pudiese dar lugar a su nulidad, y porque, como consecuencia de ello, la condición de contratista recaía nuevamente en "Cocesar, S.A.". En cuanto al resto de los pedimentos resultaban igualmente desestimados, puesto que al haber renunciado "Fondomar" a la cesión de la ejecución de la obra subsistía la relación contractual original y era con "Cocesar, S.A." con quien habían de ventilarse todas las cuestiones relativas a modificaciones, revisiones de precios y liquidaciones.

Basta con lo considerado anteriormente para percatarse de que el problema básico y fundamental a dilucidar se circunscribe a si es posible declarar la validez y vigencia de la cesión de los derechos dimanantes del contrato de obras ( artículo 182 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1.975 ), no solamente por figurar en primer término esta pretensión con respecto a la pluralidad de las formuladas en el escrito de 21 de junio de 1.995, sino porque es fácil percibir que únicamente en el caso de que prospere dicha solicitud cabrá considerar la posibilidad de acoger cualquiera de los otros pedimentos contenidos en el mismo. El sentido que quepa atribuir al escrito firmado por Fondomar y Cocesar el 25 de noviembre de 1.993, la validez o nulidad de la resolución de 30 de mayo de 1.994 teniendo por hecha la renuncia a la cesión del contrato y, desde luego, las peticiones relativas a la validez o nulidad de los pagos efectuados, de los documentos suscritos y el reconocimiento de la capacidad de Fondomar para intervenir como contratista en la firma del proyecto modificado, únicamente podrían abordados si prosperase la solicitud de tener por válida y vigente la cesión de derechos aprobada por Resolución de 27 de octubre de 1.993. La falta de validez de la cesión, en su caso, implicará la desestimación del resto de lo pedido en la súplica de la demanda, a excepción del tema de la responsabilidad de la Administración, que merece una consideración aparte.

En este mismo sentido ya se pronunciaba la sentencia de instancia (apartado A) del fundamento jurídico tercero) aunque lo haya hecho un tanto de pasada, refiriéndose al tema como un argumento más a considerar en relación con la validez o nulidad de la renuncia a la cesión del contrato posteriormente operada.

SEXO.- La aprobación de la cesión de los derechos dimanantes del contrato adjudicado a "Cocesar, S.A." a favor de "Fondomar, S.L." incurrió en irregularidades de tipo formal y, lo que es indudablemente más grave, también de carácter sustancial. Como ya acusó el servicio jurídico del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente el 20 de mayo de 1.994 -a la recepción del expediente de cesión de contrato aprobado por Resolución de 27 de octubre de 1.993- la cesión se había efectuado omitiendo el informe jurídico preceptivo que recuerda el artículo 51 del Reglamento de Contratos entonces vigente. Y, lo que es mucho más trascendente, la cesión incurría en vicio de nulidad de pleno derecho al haberse efectuado a favor de quien no reunía la necesaria capacidad para contratar con el Estado, puesto que había caducado el 27 de abril de 1.993 el plazo que se le había otorgado a Fondomar para actualizar su clasificación como Contratista de Obras del Estado.

Ninguna duda puede plantearse al respecto. El artículo 4º del Decreto de 8 de abril de 1.965 así lo establece de manera terminante, lo ratifican los artículos 9º y 98 de la misma norma legal, modificada por el R.D. Legislativo de 2 de mayo de 1.986 , y lo reitera el artículo 41. B) del Decreto de 25 de noviembre de 1.975 , sin que obste a esta conclusión la posibilidad de tolerar la transitoria continuación de sus efectos a que se refieren los artículos 4º y 9º, ni la, en este caso, inexistente circunstancia a que se refiere el artículo 106.

Del mismo modo se pronuncian las Sentencias de esta Sala de 20 de julio de 1.994 y 2 de octubre de 2.000 .

Indudablemente percatada de esta circunstancia, la entidad demandante se esfuerza en sostener la validez de la cesión aprobada el 27 de octubre de 1.993 sobre la base de que, aun cuando puedan existir serias dudas de la validez y eficacia de la misma, la cesión se había efectuado con la aprobación de la Dirección General de Costas y a través del procedimiento legal pertinente, dando lugar al nacimiento de una relación contractual entre la Administración y Fondomar que ha de considerarse eficaz y subsistente a tenor de la presunción otorgada por



el artículo 57 de la Ley 30/92 ; de tal suerte que, en tanto que no se declare la nulidad de la misma a través de un procedimiento legal seguido al efecto, ha de tenerse por válida y efectiva.

Es cierto que una relación legal, nula de derecho, puede ofrecer una apariencia de corrección jurídica al amparo de la cual perviva una situación de hecho cuyo desarme requiera seguir el correspondiente procedimiento, sea de oficio, sea a instancia de parte. Ejemplo claro de ello es, precisamente en relación con el tema de la nulidad de los contratos de la Administración, lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de 25 de noviembre de 1.975 ; pero no es este el caso que ahora contemplamos.

Se ha tenido por renunciado a Fondomar en su condición de **cesionario** del contrato de obra según la Resolución de 30 de mayo de 1.944, efectivizando así la desaparición de esa apariencia externa de validez que la cesión otorgada en 27 de octubre de 1.993 hubiese podido crear. Que dicha Resolución venga ahora a resultar impugnada no afecta a la realidad de la aprobación de la renuncia, ni al cese legal de Fondomar como adjudicatario de la obra, reconociéndose explícitamente por la actora (folio 181 del expediente administrativo) que, a partir de aquel momento, la Administración se entendió directamente con Cocesar, prescindiendo por completo de Fondomar.

Ya ha quedado constatado que el contrato de cesión de obra era nulo de derecho puesto que Fondomar carecía de la necesaria capacidad para subrogarse como contratista del Estado. Y también conviene recordar que esa clase de nulidad es incluso apreciable de oficio por los Tribunales en su misión revisora de la actuación de la Administración. ( Sentencias de esta Sala de 24 de abril y 25 de setiembre de 1.989 y la ya citada de 2 de octubre de 2.000 ). Consiguientemente, hubiese o no sido declarada formalmente la nulidad de la cesión del contrato de obra, lo que en modo alguno puede pretenderse es obtener de los Tribunales una declaración de su validez y vigencia que vendría a convalidar con fuerza de cosa juzgada un acto nulo de derecho.

Lo razonado hasta este momento implica la desestimación de los siete primeros pedimentos de la demanda y la declaración de conformidad con el Derecho de la Resolución de 30 de mayo de 1.994 en la medida en que desestima -aun cuando sea por distintas razones- la pretensión de declaración de validez y vigencia del contrato de cesión de obra, desestimación que arrastra la del resto de las contenidas en el escrito de 21 de junio de 1.995.

SEPTIMO.- Resta por resolver la petición consignada en el apartado 8º del escrito de demanda.

En la sentencia recurrida y anulada se hace referencia (fundamentos jurídicos segundo y cuarto) a la serie de oscuras actuaciones desarrolladas en el curso del expediente administrativo a las que no resultaba ajena la Administración, y también a que ésta no se encuentra exenta de cierta culpa en los "subterfugios, cambalaches, triquiñuelas y trapicheos" (sic) entre Fondomar y Cocesar (esta última emplazada y no comparecida en autos).

Ahora bien: el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración únicamente puede efectuarse a través de dos vías.

Una de ellas es la del artículo 31.2 de la Ley jurisdiccional , en la cual la indemnización de daños y perjuicios forme parte del pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada a la que se refiere el recurso contencioso entablado; pero en este caso el éxito de la misma se halla subordinado a la efectiva anulación del acto o disposición impugnados, de tal manera que declarada la conformidad con el Derecho de los mismos, no es posible acordar una indemnización cuya razón de ser es meramente complementaria y accesorio de la pretensión de anulación desestimada.

El segundo procedimiento es el recogido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 y en el R.D. 429/93 , que los desarrolla. Se refiere a la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración por lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y si bien no se conecta con la concreta impugnación de actos o disposiciones de la Administración, pudiendo iniciarse de oficio o mediante reclamación de los interesados, ha de ajustarse en todo caso los trámites indicados en los artículos 5º y siguientes del R.D. 429/9 , que se remiten sustancialmente al procedimiento de los artículos 70 y siguientes de la Ley mencionada. O lo que es lo mismo decir: la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, por otra causa que no sea la vía del artículo 31.2 de la Ley jurisdiccional , ya sea en el ámbito del derecho público o privado, ha de someterse a unos trámites específicos en vía administrativa previa que no es posible obviar, y será contra la decisión final -expresa o tácita- recaída en esa vía previa cuando procederá el recurso judicial correspondiente.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la materia es reiterada y constante (por todas, Sentencias de 25 de noviembre de 2.000, 25 de marzo de 2.003 y 24 de noviembre de 2.004 ) habiéndose establecido claramente que en el segundo supuesto ha de acudir al procedimiento establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 y en el R.D. 429/93 (con la tramitación específica allí establecida) en el plazo de un año a partir del momento en que se hubiese producido el hecho que hubiese ocasionado el efecto lesivo, o bien a partir



del momento en que se hubiese dictado sentencia firme en la vía contencioso-administrativa, en la que se deje expedito el camino para acudir al procedimiento del artículo 139.

Con arreglo a lo razonado no cabe efectuar un pronunciamiento concreto declarando la responsabilidad de la Administración, en los términos en que aparece solicitado; porque esa responsabilidad no puede decretarse por la vía complementaria del artículo 31.2 la Ley 29/98, desde el momento en que el acto impugnado es conforme a Derecho, ni se ha acudido al procedimiento regulado en el Título X de la Ley 30/92 al que acabamos de referirnos, que en modo alguno puede entenderse siquiera intentado mediante la presentación del escrito presentado el 21 de junio de 1.995, desde el momento en que ninguna petición de responsabilidad de la Administración se contenía en el mismo.

Todo ello sin perjuicio de reconocer el derecho que pueda asistir a "Fondomar, S.L" a ejercitar, en debida forma ante la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa, todas cuantas acciones puedan corresponderle para resarcirse de los perjuicios que hubiesen podido irrogársele con motivo de la ejecución de la obra realmente efectuada por dicha entidad en la Playa de Tazacorte y de las irregularidades habidas con ocasión de la misma.

OCTAVO.- Con arreglo al artículo 139, y vista la estimación de uno de los motivos de casación, no se considera procedente hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia por no apreciarse mala fe o temeridad jurídica, ni tampoco las causadas en este trámite.

### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en los presentes autos por la Audiencia Nacional exclusivamente por el motivo cuarto de los alegados, casando y anulando la referida resolución. Y que entrando a conocer de las pretensiones de las partes en la instancia debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso- administrativo formulado contra la Resolución de la Dirección General de Costas de 30 de mayo de 1.994, por ser ésta conforme a Derecho. Sin costas en la instancia ni en el trámite de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Rodolfo Soto Vázquez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.