

Roj: STSJ CAT 7438/2012
Id Cendoj: 08019330052012100231
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Barcelona
Sección: 5
Nº de Recurso: 122/2010
Nº de Resolución: 361/2012
Procedimiento: Recurso ordinario (Ley 1998)
Ponente: JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE **CATALUÑA**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Recurso ordinario (Ley 1998) núm. 122/2010

S E N T E N C I A Nº 361/2012

ILMOS.SRES.:

Presidente:

DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO

Magistrados:

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la ciudad de Barcelona, a seis de junio de dos mil doce.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE **CATALUÑA (SECCION QUINTA)** , constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado, la siguiente **SENTENCIA** en el recurso contencioso administrativo nº 122/2010, interpuesto por la mercantil, **DISPATCHING, S.A.**, representada por el procurador D. JOAQUIN RUIZ BILBAO y asistida por el letrado D. DANIEL FERNÁNDEZ DE LIS ALONSO, contra la **ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALIDAD (DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA)** , representada y dirigida por el/la Sr/a LETRADO/ A DE LA GENERALIDAD, actuando como parte codemandada, la sociedad **SERVICIO DEL TRANSPORTE DE EQUIPAMIENTO EDUCATIVO, S.A.**, representada por el procurador D. IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y asistida por el letrado D. ANTONIO MIANA ORTEGA. Ha sido Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA** , quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente, la mercantil DISPATCHING, S.A., interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Consejero de Educación (actualmente, de Enseñanza), de fecha 17 de febrero de 2010, que declaró inadmisibile el **recurso especial en materia de contratación** interpuesto por la mercantil actora contra la resolución del propio Conseller, de fecha 27 de enero de 2010, por la que se adjudicó provisionalmente el contrato del servicio de almacenamiento, gestión de expediciones, distribución y entrega en destino y seguimiento del material adquirido por el Departamento de Educación.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos

de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Seguidos los trámites oportunos que prescribe la Ley Jurisdiccional en sus respectivos artículos, en concordancia con los de la L.E.C., se señaló a efectos de votación y fallo la audiencia del día 31 de mayo de 2012, a las 10,15 horas.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución del Consejero de Educación (actualmente, de Enseñanza), de fecha 17 de febrero de 2010, que declaró inadmisibile el **recurso especial en materia de contratación** interpuesto por la mercantil actora contra la resolución del propio Conseller, de fecha 27 de enero de 2010, por la que se adjudicó provisionalmente el contrato del servicio de almacenamiento, gestión de expediciones, distribución y entrega en destino y seguimiento del material adquirido por el Departamento de Educación (ahora, de Enseñanza) para el equipamiento de centros educativos dependientes de dicho Departamento .

A la convocatoria de adjudicación de dicho contrato, mediante procedimiento abierto y en trámite de urgencia, concurrió en su día la empresa demandante.

La inadmisibilidad del meritado recurso especial se produjo por no haberse presentado en plazo en el registro administrativo legalmente previsto.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la actora formula la pretensión de que "se declare no ser conforme a Derecho la resolución administrativa objeto de recurso. Además, y al no ser posible proceder a la modificación de la situación impugnada al haberse continuado con el procedimiento de adjudicación y encontrarse el contrato objeto de concurso ya en ejecución por parte del adjudicatario del mismo, se solicita el otorgamiento de la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el apartado d) del artículo 71" de la Ley Jurisdiccional . Subsidiariamente, se solicita de la Sala que establezca las bases para el cálculo del importe a indemnizar, dejando la concreta determinación del mismo para la fase de ejecución de sentencia.

TERCERO.- Atendiendo a elementales razones de sistemática, debe examinarse en primer lugar si concurre la causa de inadmisibilidad del recurso que opone la Administración demandada, que se refiere a la falta de acreditación por parte de la sociedad anónima recurrente de que el correspondiente órgano societario competente para ello ha adoptado el acuerdo de interponer este recurso, en los términos previstos en el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional .

Importa significar que según el tenor literal del art. 45.2.d), con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará:

"d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado."

También debe significarse que la escritura de poder aportada por la actora con su escrito de interposición no contiene la salvedad a que se refiere *in fine* el precepto que se acaba de transcribir.

Es oportuno citar lo que se decía en la sentencia de esta Sala y Sección de 22 de abril de 2009 , reiterada en otras posteriores:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se desprende de las sentencias de 25 de septiembre de 2003 , 21 de febrero de 2005 , 30 de enero , 6 y 27 de junio de 2006 , ha precisado que, cuando se trata del ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo, ya sea de naturaleza pública o privada, es preciso acreditar que se ha adoptado el oportuno acuerdo por parte del órgano que tenga atribuida dicha competencia. Sólo se exceptiona, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 45.2.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , el supuesto en que dicho acuerdo ya se hubiera incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento acreditativo de la representación del compareciente, es decir, en la oportuna escritura de poder.

"La misma jurisprudencia ha precisado que cabe distinguir entre dos formas de apreciación de los defectos de índole procesal y de su posible subsanación. Por una parte, la que realiza de oficio el órgano

judicial, supuesto en el que ha de otorgarse un plazo de diez días para subsanar el defecto, conforme a lo dispuesto en los artículos 45.3 y 138.2 de la Ley Jurisdiccional, y en segundo lugar la que se denuncia por la parte contraria, en cuyo caso ha de subsanarse el vicio procesal dentro de los diez días siguientes a la notificación del escrito que contenga la alegación, en los términos previstos en el artículo 138.1. En este último supuesto, no es necesario que el Tribunal requiera al interesado para que proceda a la subsanación del defecto, puesto que aquél conocía la excepción de inadmisibilidad y, por su propia actitud pasiva, no ha hecho uso de los trámites procesales que le permitían dicha subsanación, o bien formular alegaciones al respecto. Ello no supone vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, tal derecho garantiza la obtención de una respuesta motivada y fundada en Derecho, la cual se da tanto si se resuelve sobre el fondo de la pretensión de las partes como si se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada."

"(...) La anterior doctrina jurisprudencial ha venido a ser confirmada por la reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2008, la cual establece que "a diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refería sólo a las "Corporaciones o Instituciones" cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañara "el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas"; hoy el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, de modo más amplio, más extenso, se refiere a las "personas jurídicas", sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.

"Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

"Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

"El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

"Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

"La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

"Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV.

"Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribe toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

"Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

"Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

"Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

"Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión prosrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

"En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión."

CUARTO.- En el caso de autos, la parte actora nada ha alegado sobre la causa de inadmisibilidad del recurso invocada en ningún momento del proceso, por lo que procede declarar dicha inadmisibilidad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 45.2.d) y 69.b) de la Ley Jurisdiccional.

No obstante, y para mayor satisfacción en justicia, se analiza *"infra"* someramente la corrección o no a Derecho de la resolución impugnada, que se limita a inadmitir el recurso especial interpuesto contra la adjudicación provisional de un contrato de servicio.

QUINTO.- Son datos no cuestionados que la adjudicación provisional del contrato a otra licitadora se notificó en forma a la recurrente el 29 de enero de 2010, así como que el plazo para interponer el recurso especial contra aquélla era de siete días hábiles, por tratarse de procedimiento de adjudicación por trámite de urgencia. No obstante, en la notificación se concedía por error un plazo de diez días hábiles.

En fecha 5 de febrero de 2010 presentó la actora su recurso en una oficina de Correos de Getafe, y es registrado en el Departamento de Educación (ahora, de Enseñanza) el 12 de febrero de 2010, cuando ya habían transcurrido 12 días hábiles desde la notificación.

Precisamente, el 9 de febrero, al octavo día hábil desde la notificación de la adjudicación provisional, el Conseller efectuó la adjudicación definitiva.

El apartado 6 del art. 37 de la Ley de contratos del sector público establece:

"El plazo para interponer el **recurso especial en materia de contratación** será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles, y el de subsanación, de dos días hábiles."

Sentado lo anterior, qué duda cabe de que la actora incurrió en clara extemporaneidad. No puede ampararse en el régimen general del art. 38.4.c) de la Ley 30/1992, que permite presentar las solicitudes (recurso, en el caso) que se dirijan a los órganos de las Administraciones públicas en las oficinas de correo, y ello porque el citado art. 37.6 de la Ley de contratos (norma de igual rango y posterior) excepciona de ese régimen común al exigir que el recurso se presente específicamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso (en el caso, el Departamento de Educación), exigencia que tiene su razón de ser, entre otras, en el hecho de que la interposición del recurso especial determina que quede en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato (apartado 8 del art. 37 de la Ley de contratos).

SEXTO.- No se aprecian méritos especiales para hacer una delcaración sobre las costas, de acuerdo con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Cataluña**, Sección Quinta, ha decidido:

1º.- Declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo.

2º.- No hacer declaración sobre las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta sentencia, de la que unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.