



Roj: **STSJ ICAN 1790/2010 - ECLI: ES:TSJICAN:2010:1790**

Id Cendoj: **35016330012010100657**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2010**

Nº de Recurso: **432/2009**

Nº de Resolución: **263/2010**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOMEZ DE LORENZO-CACERES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1790/2010,**  
**STS 1333/2012**

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 432/2009

### **SENTENCIA nº 263/10**

Ilmos. Srs.:

Presidente:

Don Francisco José Gómez Cáceres

Magistrados:

Don Jaime Borrás Moya

Don Javier Varona Gómez Acedo

Don Alfonso Rincón González Alegre

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a siete de mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, constituida por los Magistrados Ilmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso contencioso-administrativo, que, con el número 432 de 2009, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora doña María Dolores Apolinario Hidalgo, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, bajo la dirección del Letrado don Francisco Corpas Arce.

En este recurso ha comparecido, como parte demandada, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y dirigida por la Sra. Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias.

Se considera indeterminada la cuantía del recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 3 de julio de 2009, la Procuradora D<sup>a</sup> María Dolores Apolinario, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el **Decreto** del Gobierno de Canarias nº **49/2009**, de 28 de abril, por el que se regulan los Registros de **Profesionales Sanitarios** de Canarias.

SEGUNDO.- Mediante diligencia del Sr. Secretario se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto, ordenándose requerir a la Administración demandada para que remitiese el expediente administrativo, recibido el cual se tuvo por personado a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma



de Canarias, y se ordenó hacer entrega del expediente a la representación procesal de la entidad recurrente para que, en el plazo de veinte días, presentase la correspondiente demanda, lo que efectuó con fecha 4 de diciembre de 2009, mediante escrito que, tras las alegaciones que estimó convenientes, termina con la súplica de que "se declare la nulidad del **Decreto 49/2009**, de 13 de febrero, por el que se regulan los Registros de **Profesionales Sanitarios** de Canarias, o subsidiariamente, de los artículos 1; 3.1; 7; 8; 9; 10; 12; 13; 17.1; 18.1 y 19.2 de dicha norma"; con imposición de costas a la administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, "que ha obligado a mi representado a acudir a la vía judicial en defensa de sus competencias".

TERCERO.- Mediante diligencia del Sr. Secretario, de fecha 15 de diciembre de 2009, se dio traslado de la demanda y del expediente a la Sra. Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias para que, en el plazo de veinte días, la contestase, lo que aquélla llevó a cabo oponiéndose al planteamiento de la actora, terminando con la súplica de que se inadmita el recurso o, en su defecto, se desestime y se confirme el acto recurrido, por ser ajustado a Derecho, con imposición de costas a la entidad recurrente.

CUARTO.- Por auto de fecha 12 de febrero de 2010 se dispuso no recibir el proceso a prueba y se concedió a la representación procesal de la demandante el plazo de diez días para que presentase escrito de conclusiones sucintas, lo que llevó a cabo insistiendo en los términos de la demanda.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 11 de marzo de 2010 se dio traslado del escrito de conclusiones de la actora a la Sra. Letrada de la Administración, concediéndosele igual plazo para evacuar el trámite de conclusiones sucintas, lo que efectuó reiterando el contenido del escrito de contestación a la demanda, por lo que terminó su escrito con la súplica de que se inadmita o, en su defecto, se desestime el recurso contencioso-administrativo, y se impongan las costas a la recurrente.

SEXTO.- Declarado concluso el pleito, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo, a cuyo fin se fijó el día 7 de mayo de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. don Francisco José Gómez Cáceres, Presidente de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En su escrito de contestación a la demanda, sostiene la Sra. Letrada del Gobierno de Canarias que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69 b) de la LJCA, en relación con el 45.2.d) de la misma Ley, toda vez que no consta en autos que la entidad recurrente haya acreditado que el órgano competente para ello -según sus propias normas estatutarias- haya adoptado la decisión de iniciar el presente proceso.

Tiene razón.

SEGUNDO.- La Sentencia de 5 de noviembre de 2008, del Pleno del Tribunal Supremo (casación núm. 4755/2005), al abordar la cuestión que plantea la Sra. Letrada del Gobierno de Canarias, la ha resuelto en el sentido que ésta postula.

De dicha sentencia, cuya doctrina ha sido reiterada por el propio TS en otras posteriores, deben destacarse estas declaraciones:

" (...) 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 exigen 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.

La escritura de sustitución de poder general para pleitos que se acompañó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no incorpora o inserta dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la mercantil competente para ello hubiera decidido ejercitar la acción. En ella, comparece ante el Sr. Notario quien manifiesta intervenir "en nombre y representación, como apoderado, de la sociedad". Sus facultades para el acto que otorga derivan, sin más y como allí se dice, de un poder general para pleitos conferido a su favor, que se transcribe. E interviene, tras aseverar que no le han sido limitadas en forma alguna sus facultades de representación, para sustituir ese anterior poder general para pleitos a favor del Sr. Procurador que presentó aquel escrito de interposición.

Lo que quedaba acreditado era, por tanto, que dicho Procurador podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos, a la mercantil en cuyo nombre comparecía. Pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil.

En consecuencia, debemos rechazar el conjunto de argumentos expuestos también en el primero de los motivos de casación que, con cita de diversos preceptos de la legislación notarial, defienden que aquella escritura de sustitución era bastante para tener por acreditada la decisión societaria tantas veces mencionada.

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 proscribida 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 proscrita 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".

TERCERO.- En el presente caso, aunque la actora aportó a los autos un certificado según el cual el Comité Ejecutivo del Consejo General decidió impugnar el **Decreto** recurrido, este documento es insuficiente para enervar la causa de inadmisibilidad esgrimida por la Administración, ya que, al no haberse aportado los estatutos de la entidad recurrente, no hay constancia de que el Comité Ejecutivo sea el órgano al que correspondía tomar la decisión de interponer el presente recurso contencioso-administrativo; extremo - insistimos- indispensable para tener por válidamente constituida la relación jurídico-procesal.

CUARTO.- No existen méritos para hacer imposición de las costas causadas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en la actuación de las partes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En su virtud, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLO

1º.- Declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España contra el **Decreto 49/2009**, de 28 de abril, del Gobierno de Canarias.

2º.- No imponer las costas del recurso.

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación -que deberá prepararse en este Tribunal en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación- ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco José Gómez Cáceres.- Jaime Borrás Moya.- Javier Varona Gómez Acedo. Alfonso Rincón González Alegre.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. Francisco José Gómez Cáceres, Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-



Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ