



Roj: **STS 1333/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1333**

Id Cendoj: **28079130042012100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/03/2012**

Nº de Recurso: **4374/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil doce.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 4374/2010, interpuesto por la Procuradora D^a Cristina Matud Juristo, en nombre y representación del CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERIA DE ESPAÑA, contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso nº 432/2009, contra el Decreto **49/2009**, de 28 de abril, por el que se regulan los registros de **Profesionales Sanitarios** de Canarias, publicado en el BOC de 14 de mayo de 2009.

Ha sido parte recurrida la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . - En el procedimiento contencioso administrativo 432/2009, la Sala de lo Contencioso Administrativo de del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sección Primera) dictó sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, con el siguiente 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 ."

Notificada la sentencia, por la representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado por la Sala de instancia por Diligencia de Ordenación de 25 de junio de 2010, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEGUNDO .- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló, en fecha 7 de septiembre de 2010, el escrito de interposición del recurso de casación, en el que expone un único motivo de impugnación al amparo del art .88.1.d y termina solicitando que se dicte sentencia estimándolo y casando la sentencia recurrida, "declarando la admisibilidad del recurso contencioso Administrativo originario planteado por mi representada, con cuantas declaraciones sean inherentes a dicha admisibilidad".

TERCERO .- El recurso de casación fue admitido ordenándose entregar copia del escrito de formalización del recurso al Letrado de la Comunidad Autónoma, a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo por escrito de fecha 10 de febrero de 2011, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos



y solicitó que se dictara sentencia por la que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, se desestime el mismo, confirmando la sentencia recurrida.

CUARTO .- Por Diligencia de Ordenación de 23 de febrero de 2011 las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 28 de febrero de 2012.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sala de instancia inadmitió el recurso formulado contra el citado Decreto, para lo cual transcribe la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2008 y concluye afirmando:

<< 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 >>.

SEGUNDO .- Son elementos necesarios a tomar en cuenta los siguientes:

El Consejo General recurrente aportó, junto al escrito de interposición del recurso, certificación expedida por su Secretario General, acreditativa de que la Comisión Ejecutiva, en sesión celebrada el 18 de mayo de 2009, adoptó el acuerdo de ejercer las acciones legales encaminadas a la impugnación en la vía contencioso-administrativa, o en cualquier otra que resulte procedente, del Decreto **49/2009**.

En el escrito de contestación a la demanda se instó la inadmisión del recurso, al amparo del artículo 69.b) LRJCA, por falta de legitimación activa, en un doble sentido: 1) por no acreditarse interés legítimo conforme exige el artículo 19 LRJCA; y 2) por inexistencia de acuerdo singular para entablar la presente acción. Se alega, en este sentido que no se ha aportado acuerdo de la Comisión Permanente que manifieste la voluntad de la persona jurídica de litigar en este concreto proceso.

En el escrito de conclusiones, la parte recurrente se opone a la inadmisibilidad alegada de contrario, insistiendo en que se aportó en su momento acuerdo de la Comisión Ejecutiva, el cual vuelve a aportar otra vez.

En el escrito de conclusiones de la parte demandada ésta afirma que se le ha dado traslado del escrito de conclusiones de la parte actora, y no hace la más mínima mención a la inadmisibilidad alegada en la contestación a la demanda.

Sin que se haya realizado trámite procesal alguno con las partes, se dicta la sentencia objeto de este recurso de casación.

TERCERO .- A efectos de decidir el presente recurso de casación debemos remitirnos a nuestra sentencia de fecha 28 de octubre de 2011, recurso 2716/2009, en el que citando la sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2005 (RC 4755/2005), decíamos:

<< 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."

Y al igual que sucedió en el supuesto de hecho analizado en la Sentencia del Pleno, en este caso la escritura 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 asociativo competente



para ello hubiera decidido ejercitar la acción. Lo único que constata esta escritura es el otorgamiento de poder general para pleitos a Procuradores, con las facultades que le son inherentes, pero no la voluntad del poderdante o del órgano competente de interponer el recurso.

El acuerdo de la Junta gestora, aparte de la generalidad que aquí posee, no sufre tal falta, pues carece de todo respaldo acreditativo el hecho de que sea dicho órgano social el competente estatutariamente para la adopción del acuerdo de ejercitar acciones judiciales...

... Otra solución debe ofrecerse al motivo sobre la necesidad de requerimiento de subsanación.

La Asociación recurrente sostiene que la misma doctrina jurisprudencial que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo que transcribe la Sala de instancia conduce a una solución contraria a la adoptada. Aquella establece que si, alegado el defecto, la alegación fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, es exigible el requerimiento de subsanación. En este caso hubo oposición a los argumentos de la contraparte, como reconoce la misma Sentencia impugnada, pues la actora dedicó el apartado segundo del escrito de conclusiones a combatir la alegación de falta de legitimación.

La indicada recurrente concluye el motivo razonando que si la Sala estimaba que el argumento opuesto a la alegación de contrario era insuficiente, debió requerir a la demandante antes de dictar sentencia, advirtiéndole que, en caso de no subsanarlo, podía acordarse la inadmisión del recurso. La omisión del Tribunal de instancia contradice la jurisprudencia interpretativa del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción .

Pues bien, también en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de noviembre de 2005 (RC 4755/2005) examinamos las circunstancias que rodean la eventual subsanación del requisito procesal del artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción . Sobre la potestad de la Sala de instancia de apreciar el incumplimiento del requisito y declarar la inadmisibilidad del recurso sin previo requerimiento de subsanación del artículo 138, dijimos: «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 ».

Esta doctrina ha sido matizada y completada con posterioridad, entre otras por la Sentencia de 29 de enero de 2008 (RC 62/2004) que reproduce en este caso la Sala de instancia, así como por las SSTs 31 de enero de 2007 (RC 5167/2003), 6 de febrero de 2007 (RC 4283/2003) y 2 de julio de 2008 (RC 4029/2004), las cuales destacan que la falta de requerimiento de subsanación por la Sala es susceptible de provocar indefensión cuando la alegación del defecto procesal fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos por la parte recurrente.

En la misma línea, las SSTs de 20 de julio de 2010 (RC 5082/2006), 11 de marzo de 2011 (RC 1402/2007), 18 de marzo de 2011 (RC 1657/2007) y 24 de mayo de 2011 (RC 5256/2007), reproducen la puntualización contenida en la primera de ellas en este sentido: «Es cierto que en esa sentencia (la recaída en el recurso de casación 4755 de 2005) esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado que, si cualquiera de las partes hiciese patente el defecto subsanable y de tal alegación se hubiese dado traslado a quien lo debe subsanar sin que ésta lo llevase a cabo o alegase que no procede la subsanación, cabe pronunciar sentencia de inadmisión por el desinterés evidenciado con la conducta de quien ha incurrido en el aludido defecto, pero si éste reacciona y sostiene que el vicio o defecto no existe, la Sala, para poder basar su sentencia en el defecto denunciado, debe previamente requerir a la parte para que lo subsane, según establece el citado artículo 138 de la Ley Jurisdiccional ».

En el presente caso la asociación recurrente evacuó el escrito de conclusiones dedicando el segundo número de sus fundamentos jurídicos a oponerse a la causa de inadmisión alegada por los demandados. La oposición se basó en varios argumentos que no era posible suscitar el defecto procesal cuando la Sala, con anterioridad, había examinado de oficio y aceptado la validez de la comparecencia en aplicación del artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción ; en la producción de indefensión y la vulneración del principio «pro actione» de estimarse por la Sala una causa de inadmisión que, de haberse apreciado de oficio como ordena el citado precepto, hubiera permitido su subsanación; y en que la legitimación de la asociación en defensa de los intereses particulares de sus miembros resultaba de las actuaciones del expediente administrativo. En el mismo apartado se señalaba que en el caso de que la Sala considerase que faltaba algún requisito debería concederse a la recurrente el plazo de diez días para su subsanación.

A esta actitud debe añadirse el hecho, que da pie al tercer motivo de casación, del intento de aportación por la asociación de sus estatutos y su inadmisión por la Sala a causa de haber concluido el periodo de prueba. La ausencia de las normas estatutarias constituye, precisamente, uno de los defectos en que se fundamentó el pronunciamiento de inadmisión.



Con abstracción de la prosperabilidad o acierto de las alegaciones de la recurrente contra la excepción aducida por los demandados, no puede negarse que existió una oposición activa a la misma y un intento de subsanación mediante la aportación de un documento esencial que fue rechazado por la Sala. No es posible advertir en ello una actitud de negligencia o pasividad, sino la concurrencia del presupuesto necesario para que el Tribunal de primera instancia, en aplicación de la jurisprudencia que él mismo invoca y reproduce, hubiera formulado el requerimiento para suplir la ausencia de los documentos que estimaba necesarios para comprobar la existencia del acuerdo para recurrir, prevención cuya omisión es apta para causar la indefensión proscrita constitucionalmente >>.

CUARTO. - De lo dicho en la transcrita sentencia cabe extraer una consecuencia clara: a la luz de los hechos que hemos plasmado en razonamiento anterior, es evidente que la Sala de Instancia debió requerir de subsanación a la parte actora, antes de tomar la decisión que fuera procedente. Toda vez que dicho requerimiento no ha tenido lugar, procede acoger el motivo de impugnación, casando la sentencia impugnada.

Efectivamente, la parte recurrente aportó certificación del acuerdo adoptado por su comisión ejecutiva, junto al escrito de interposición y también junto al escrito de conclusiones. La parte demandada alegó la inadmisibilidad considerando que no se había aportado acuerdo de la Comisión Permanente, pero no realiza alegación alguna una vez que la actora señala que aportó acuerdo de su Comisión Ejecutiva. Siendo ello así, es claro que si la Sala de instancia consideraba que no era suficiente el acuerdo aportado debió efectuar el requerimiento previsto en el artículo 138 LRJCA pues, en los términos de la sentencia transcrita anteriormente, no puede apreciarse negligencia o pasividad en la actora, a la que se ha causado indefensión.

La anulación de la Sentencia determina, en aplicación del artículo 95.1 c) de la Ley de la Jurisdicción, la retroacción de las actuaciones para que por la Sala de instancia se requiera a la recurrente de subsanación del defecto, en función de cuyo resultado debe dictar la sentencia que proceda.

QUINTO. - En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO. - HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERIA DE ESPAÑA, contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso nº 432/2009, contra el Decreto **49/2009**, de 28 de abril, por el que se regulan los registros de **Profesionales Sanitarios** de Canarias, publicado en el BOC de 14 de mayo de 2009, sentencia que casamos y anulamos.

SEGUNDO. - Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que el Tribunal de instancia otorgue un plazo a la parte recurrente para que subsane el defecto procesal señalado en la contestación a la demanda como causa de inadmisibilidad del recurso, y se dicte luego la sentencia que proceda en función del resultado del requerimiento.

TERCERO. - No hacemos imposición de costas causadas a las partes ni en relación con las causadas en el presente recurso de casación, ni en relación con las producidas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.