

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

RECURSO DE APELACIÓN Nº 601/2021

SENTENCIA nº 2186/22

ILMOS. SRES.

Presidenta :

María Fernanda Navarro de Zuloaga

Magistrados :

Francisco José Sospedra Navas

Eduardo Paricio Rallo

Manuel Santos Morales (ponente)

En Barcelona, 7 de junio de 2022

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2021 en el Procedimiento Ordinario 178/2019 dictada por el Juzgado número 3 de Gerona.

Son parte:

- **APELANTE:** , representada por Merce Canal Piferrer.

- **APELADO:** Ayuntamiento de Girona representada por Vicenç Estanyol Bardera.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Santos Morales

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Contra la sentencia estimatoria de la pretensiones de la parte recurrente identificada en el encabezamiento, se interpuso por su representación, en tiempo y forma, recurso de apelación interesando que se dictase sentencia estimatoria de su pretensión revocando la resolución de instancia y declarando ser contraria a Derecho por incongruencia extrapetita.

SEGUNDO. - El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la parte contraria para que en el plazo común de quince días manifestara oposición o adhesión a dicho recurso manifestando su oposición al recurso.

TERCERO. - Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 17 de mayo de 2022, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO. - Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 15 de marzo de 2019 se incoó procedimiento de resolución del contrato de obras para la contratación conjunto del proyecto ejecutivo, incluida la adecuación del proyecto básico y otros documentos técnicos, correspondientes a la legalización de las instalaciones eléctricas, de pararrayos y proyectos de actividades para la obtención de licencia ambiental de ejecución de las obras de la primera fase del pabellón deportivo PAV-2 en la escuela "Cassà Costa" de Gerona, contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Gerona y la mercantil

Como quiera que en el acuerdo de incoación se ordenó la conservación de actos y trámites de otro anterior procedimiento de resolución ya caducado este nuevo se resolvió sin recabar el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña al incorporarse el dictamen recabado en el anterior procedimiento ya caducado.

Sin embargo, la Sentencia de instancia señala que el dictamen de la Comisión Jurídica, obtenido con ocasión de la tramitación del anterior procedimiento, es un acto que se solicitó y emitió ad hoc en el seno de otro expediente caducado y ya archivado que debía surtir efectos en el procedimiento en que se obtuvo por lo que no cabe indicar que es un acto independiente del expediente caducado en cuanto no surgió dentro de él.

Como dimana de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001), en el nuevo expediente se pueden incorporar actos independientes de otro anterior caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Por el contrario, no cabe que en el nuevo procedimiento surtan efectos las actuaciones propias del primero, esto es las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la extensión y alcance de las responsabilidades, la persona o persona responsables de ello y el cargo o cargos imputables puesto que se incumpliría el mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

Continúa, la Sentencia impugnada que siendo la Comisión Jurídica Asesora un órgano consultivo de la CCAA, no inserto en la estructura municipal, el Ayuntamiento no podía presuponer que el dictamen que la Comisión tenía que emitir fuera idéntico que el anterior puesto que el contenido del acto vendrá determinado por lo que la Comisión señale. Finalmente, afirma, que la empresa licitadora realizó nuevas alegaciones en el procedimiento incoado nuevamente por lo que debía atenderse a los nuevos extremos existentes en el procedimiento en el dictamen de la Comisión.

La Sentencia de instancia acuerda finalmente anular la resolución recurrida, al haberse omitido un trámite esencial del procedimiento, entendiéndose que procede la estimación del recurso de la parte demandante en base al artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015.

SEGUNDO.- La parte apelante se alza frente a la Sentencia de instancia alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

- a) Infracción del artículo 33.1 LJCA por incongruencia extra petitum. Ni en la demanda formulada ni en la contestación se interesó la retroacción de actuaciones que sin embargo acuerda la Sentencia de instancia.
- b) La retroacción de actuaciones acordada limita el derecho de defensa del recurrente porque ello comporta el mantenimiento de actos y trámites del procedimiento anteriores al momento en que procedía recabar el dictamen. Así, la obra objeto del contrato ha sido ejecutada en virtud de una nueva licitación y por un precio muy superior al de la adjudicación del contrato a la recurrente. Es esencial, el planteamiento de nuevas alegaciones y nuevas pruebas obtenidas ante los nuevos acontecimientos que no se podrán valorar si se acuerda la retroacción de actuaciones.
- c) La retroacción acordada no subsana la infracción declarada. Se han producido nuevas alegaciones y nuevas pruebas distintas de las recogidas en el procedimiento primigenio que caducó por lo que ello alteraría el contenido de los actos que se pretende conservar.

Por la parte apelada se solicitó el dictado de una Sentencia desestimatoria de la apelación por ser conforme a Derecho la Sentencia dictada en la instancia.

TERCERO.- El requisito de la congruencia no se refiere exclusivamente, en el proceso contencioso, a la correlación que debe darse entre las pretensiones expuestas en el suplico de la escritos de parte y las admitidas o rechazadas en el fallo de la Sentencia; antes bien, se extiende también a la fundamentación jurídica. La cuestión fundamental, en este sentido, radica en determinar a qué contenidos de los escritos de las partes debe referirse la Sentencia. Existe una consolidada jurisprudencia en este sentido que distingue los conceptos de pretensiones, cuestiones y argumentos limitando el alcance del deber de congruencia de la sentencia a los dos primeros. Centrándonos en el ámbito de las pretensiones, la STS 24 de enero de 2012, Recurso 1052/2009, indica que las pretensiones

admisibles que se pueden ejercitar en el proceso contencioso son cinco: anulación, reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada, reposición al recurrente en estado anterior; condena de hacer; o ceso o modificación de la actuación impugnada.

En el presente procedimiento administrativo se ha declarado la nulidad del acuerdo de la resolución tal y como se había interesado en la instancia; pero ello no es óbice para determinar la retroacción de las actuaciones al momento en que se señala en la Sentencia puesto que ello redundaría en el mantenimiento del resto de actuaciones no afectadas por la nulidad declarada en el presente procedimiento, esto es la relativa a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Ello no afecta a la pretensión ejercitada que ha de entenderse satisfecha, mediante la sentencia estimatoria de la instancia que acuerda la nulidad del acto de resolución. Ha de tenerse en cuenta que lo que pretende la parte recurrente es alegar nuevos hechos y aportar nuevas pruebas sobrevenidas con posterioridad a la iniciación del procedimiento y para ello, el cauce natural, es el propio procedimiento administrativo; y, cuando no fuese posible, la vía de los recursos administrativos y jurisdiccional. No puede pretenderse que se está limitando el derecho de defensa cuando no sólo se ha acogido la pretensión sino que se le da la opción de actuar nuevamente en el procedimiento administrativo a la parte recurrente.

Por otro lado, el artículo 47.1 e) de la ley 39/2015, cuando recoge como causa de nulidad la omisión del procedimiento legalmente establecido, no hace referencia a todos aquellos actos que sean practicados con un vicio procedimental -actos que por regla general serán simplemente anulables- sino solamente a aquellos cuya omisión haya tenido lugar con olvido total del procedimiento legalmente establecido.

Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo no obstante con ausencia de todo procedimiento. Siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rudimentario que sea en el actuar de los órganos administrativos. La expresión legal hay que referirla pues a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, sin los cuales ese procedimiento es inidentificable.

Así será el propio ordenamiento jurídico el que marque la pauta. El artículo 211.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público impone como trámite que resulta esencial y obligado, existiendo oposición del contratista en la interpretación, nulidad y resolución, que se recabe informe del Consejo de Estado o del órgano equivalente de la Comunidad autónoma.

La jurisprudencia de la Sala tercera ha sido especialmente restrictiva en cuanto al tratamiento de este motivo de nulidad, declarando que *"los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. Teniendo en cuenta, además, que se trata de trámites legalmente establecidos y lo cierto es que la parte recurrente ni siquiera cita la regulación contenida en la Ley de Puertos de 1928- sobre la exigencia de publicación de la orden aprobatoria del deslinde. Debiendo valorarse singularmente "las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada,*

la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido.' (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000)".

Por otro lado la STS de 22 de julio de 2021 (recurso núm. 499/2020) señala *"Pues bien, cuando se trata de ejecutar resoluciones judiciales estimatorias la normativa aplicable se contiene en la Ley de la jurisdicción, Ley 29/1998; ciertamente en esta no se distingue entre vicios materiales y vicios formales, ni establece diferenciación alguna entre reiteración de actos y retroacción de actuaciones, ni recoge la normativa que disciplina la ejecución de las resoluciones estimatorias recaídas en sede administrativa o económico administrativa (...). Dicho lo anterior, la ejecución de sentencia se regula conforme a la normativa prevista ex profeso en la LJCA, arts. 103 y ss. dedicado a la «ejecución de sentencia»; valga al respecto lo dicho en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015, rec. cas., y reiterada en otros pronunciamientos, en el sentido de que:»(...) la retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar «marcha atrás».*

Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas achacables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación en derecho de su decisión.

De estas dos ideas surge una conclusión: la Administración puede aprobar una nueva liquidación en sustitución de la anulada, pero no le cabe retrotraer actuaciones salvo en los casos expresados, por lo que, cuando la anulación se debe a razones de fondo, únicamente le resulta posible dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad esté viva."

De todo lo anterior se colige que en el presente caso no puede prosperar el recurso interpuesto: si lo que se ha producido es una omisión de un trámite esencial (defecto formal) resulta procedente iniciar el procedimiento a partir del momento en que se prescindió de dicho trámite para recabarlo. No tendría sentido declarar la nulidad de todo el procedimiento administrativo anterior a dicha omisión en aquellos casos en que estos actos fueran válidos y produjeran efectos. Por otro lado, pretende la parte que se le causa indefensión por haber acontecido nuevos hechos y poder aportar nuevas pruebas que no existían o no podía aportar en el procedimiento de instancia pero ello resulta poco plausible existiendo como se ha dicho el procedimiento administrativo y la vía de recursos para ejercer cuantas actuaciones le correspondan en defensa de su derecho.

CUARTO.- Costas.

Se imponen las costas procesales a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, si bien con el límite de la cantidad de

