

Sra. Feli Pons Fullana
Recibido Lexnet 21/10/2016
Notificado 24/10/2016

FINE PLAZO 9/12/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Recurso nº 250/2013

SENTENCIA Nº 675/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la ciudad de Barcelona, a 27 de septiembre de 2016.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Recurso ordinario nº 250/2013, interpuesto por la ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DEL LLEURE, L'EDUCACIÓ I LA CULTURA, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Baidés Sallent y defendida por Letrada, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada y defendida por la Abogada de la Generalitat.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación procesal de la Asociación actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo en fecha 4 de septiembre de 2013, contra la Resolució ENS/1435/2013, de 18 de junio, publicada en el DOGC de 4 de julio de 2013.

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 la resolución objeto de recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO - Acordada la apertura de un período de prueba mediante Auto de 22 de septiembre de 2014, continuó subsiguientemente el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que evacuaron las partes, señalándose finalmente para deliberación, votación y fallo, el 14 de junio de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - 1) Constituye el objeto del proceso, la impugnación por la Asociación actora de la Resolució ENS/1435/2013, de 18 de junio, publicada en el DOGC de 4 de julio de 2013, por la que la Conselleria d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya decidió, en lo que aquí interesa:

“-1 Fixar el preu màxim de la prestació del servei escolar de menjador dels centres educatius de titularitat del Departament d'Ensenyament per al curs escolar 2013-2014 en la quantitat de 6,20 euros/alumne/dia, IVA inclòs.

El preu màxim de la prestació del servei escolar de menjador comprèn, a més de l'àpat, l'atenció directa a l'alumnat durant el temps de prestació del servei de menjador i els períodes de temps anteriors i posteriors...amb una durada màxima de dues hores i mitja en total...

Per als comensals esporàdics no beneficiaris de beca de menjador, el preu pot ser de fins a un màxim de 6,80 euros/alumne/dia, IVA inclòs...

-2 Fixar en la quantitat de 6,20 euros/alumne/dia, per al curs escolar 2013-2014, l'import de l'ajut individual de menjador escolar per a l'alumnat que per manca d'oferta educativa d'ensenyaments obligatoris, s'escolaritza fora del seu municipi de residència en centres educatius concertats...”

2) Solicita la parte actora, en el suplico del escrito de demanda, que el Tribunal “anul·li l'ordre impugnada al ser inviable econòmicament la prestació del servei pel preu màxim taxat, i declari la nul·litat de ple dret de l'ordre impugnada al tractar-se d'un acte arbitrari per no disposar de l'informe memòria econòmica que avaluï el preu màxim taxat”.

Por la representación procesal de la Administración demandada, en el escrito de contestación a la demanda, además de oponerse a la demanda en cuanto al fondo

del asunto, se han alegado, como cuestiones previas que procederá examinar ante todo, la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la Asociación actora, y también, por falta de cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para entablar recursos.

SEGUNDO - 1) Los dos óbices de admisibilidad del recurso contencioso, formulados por la parte demandada, pueden ser examinados conjuntamente, a la vista del contenido de los estatutos de la Asociación actora, aportados a los autos.

Con arreglo al art. 1º de aquéllos, la Asociación se constituye "A l'empara de la Llei 19/77 d'1 d'abril d'associació sindical".

(Debe recordarse que conforme al art. 1.1 de dicha Ley 19/77, "Los trabajadores y **los empresarios** podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes **para la defensa de sus intereses respectivos**").

Subsiguientemente, tienen aquí relevancia las siguientes previsiones estatutarias.

Art. 5: "Les finalitats de l'Associació són: A) La representació i defensa dels interessos professionals dels seus associats davant l'Administració, institucions, tribunals, entitats i particulars, i quedarà legitimada per ser part en els litigis que afectin aquells interessos professionals dels seus associats..."

Art. 23: "La Junta Directiva gaudirà de les següents facultats :...3. Adoptar els acords necessaris en relació amb la compareixença davant d'organismes públics i exercir tota classe d'accions legals i interposar, també, qualsevol mena de recursos".

2) En lo que se refiere a la legitimación activa de la Asociación actora, consta en autos que fue una de las tres organizaciones empresariales que suscribió, como tal, el Convenio colectivo de trabajo "per al sector del lleure educatiu i sociocultural de Catalunya per als anys 2008-2010" (DOGC de 21 de febrero de 2009).

Y se reconoce en el escrito de contestación a la demanda (fol. 12), que diversas empresas que forman parte de la Asociación actora, prestan el servicio de comedor en los centros escolares que allí se relacionan.

Por tanto, dichas empresas, integradas junto con otras en la Asociación actora, pueden ejercer colectivamente, con arreglo al art. 19. 1 b) - en relación con el apdo. a) - de la LJCA, la defensa de sus derechos e intereses que consideren legítimos, según lo previsto en el transcrito art. 5 A) de los estatutos asociativos.

Procede pues desestimar el alegato de falta de legitimación activa de la parte actora.

Pero ello con una salvedad, a saber, que dicha legitimación no alcanza al segundo apartado de la parte dispositiva de la resolución recurrida ("2 Fixar en la quantitat de 6,20 euros/alumne/dia...l'import de l'ajut individual de menjador escolar per a l'alumnat que per manca d'oferta educativa...").

En efecto, no consta que dichas ayudas individuales afecten a las empresas prestadoras del servicio, de manera que esa previsión debe entenderse fuera del ámbito del interés legítimo de la parte actora.

2) En lo que se refiere al cumplimiento por esta última del requisito del art. 45.2 d) LJCA, el acuerdo asociativo para recurrir, aportó la parte actora, interpuesto el recurso contencioso el 4 de septiembre de 2013, certificación de fecha 19 de septiembre de 2103 suscrita por el Secretario de la Junta Directiva y el Presidente de la Asociación, a cuyo tenor, dicha Junta Directiva adoptó en sesión de fecha 3 de julio de 2013 la decisión de recurrir la resolución aquí impugnada (sobre la que habían formulado alegaciones el 25 de junio de 2013, según se verá).

A la vista de dicho acuerdo, puesto en relación con el transcrito art. 23.3 de los estatutos asociativos, y art. 14, 16 y 20 de los mismos, se colige que la parte actora ha cumplimentado con suficiencia las previsiones del art. 45.2 d) LJCA y de la jurisprudencia interpretativa del precepto (STS, Sala 3ª, de 16 de julio de 2012, rec. 2043/2010, FJ 9º, y las que cita).

TERCERO - 1) Procediendo pues entrar en el fondo del asunto, se contiene en el escrito de demanda un único motivo de impugnación de la resolución recurrida, a saber: Nulidad de la misma, con invocación del art. 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, *“al tractar-se d'una resolució contrària a la Llei i a la Constitució, al ser clarament arbitrària”*.

2) Contra lo que se entiende en la demanda, la resolución impugnada no constituye una disposición general de naturaleza reglamentaria.

Con arreglo al art. 14.1 del Decret 160/1996, de 14 de mayo, por el que se regula el servicio escolar de comedor en los centros docentes públicos de titularidad del Departament d'Ensenyament, este último *“determinará, con antelación suficiente al inicio de curso, el precio máximo de la prestación del servicio escolar de comedor”*.

Se trata por tanto de cuantificar por la Administración demandada, con periodicidad anual, un precio máximo en ejecución de una previsión reglamentaria, como acto plúrimo, con pluralidad determinada de destinatarios, que sin embargo, con el limitado contenido y vigencia reseñados, no cabe considerar que contenga normas que innoven el ordenamiento jurídico, en el sentido contemplado en el art. 60 de la Llei del Parlament 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, que define el concepto de disposición general.

Así las cosas, no era exigible para la aprobación de la resolución impugnada el procedimiento previsto en la LP 26/2010, de 3 de agosto, arts. 61 a 70, para las disposiciones generales, incluido el informe preceptivo de la Comissió Jurídica Assessora.

CUARTO - 1) Sin embargo, el acto plúrimo cuya legalidad se revisa en este proceso, decide sobre una cuestión de índole técnico-económica, de complejidad no

desdeñable, como pone de manifiesto el informe pericial sobre el que habrá que volver.

Al respecto, obra en el complemento de expediente administrativo un escrito, dirigido en fecha 25 de junio de 2013 (entre la fecha de la resolución y la de su publicación) por la Asociación actora a la Administración demandada, en la que ponía de manifiesto:

a) Que habiendo permanecido invariable el precio máximo de referencia, *“des del curs escolar 2007-2008”, “les entitats que es dediquen a prestar el servei de menjador escolar s’han trobat en l’obligació, en primer lloc, d’afrontar el increment de l’IVA”,* a partir de las fechas y en los porcentajes y respecto de los costes y servicios que se especificaban.

b) Que igualmente las empresas asociadas *“malgrat l’actual context de crisi econòmica...s’han vist obligades a afrontar l’increment del cost de la matèria primera, l’increment del cost salarial que ha suposat l’increment dels convenis col·lectius referits tant als cuiners com als monitoris”,* y *“en totes les partides necessàries per la prestació del servei”.*

Seguían al escrito como anexos, unos cuadros de precios por anualidades, desde 2007-2008 a 2012-2013, relativos a *“comparativa 50 alumnes”, “100 alumnes”* y *“300 alumnes”.*

2) El expediente administrativo no contiene lo que cabalmente debería constituir el fundamento de la resolución impugnada, esto es, una memoria económica explicativa (S. del TSJ de Galicia de 27 de mayo de 2015, rec. 262/2013, FJ 5º).

(También, S. del mismo TSJ de Galicia, de 25 de junio de 2014, rec. 260/2013, FJ 6º : *“...la presunción de acierto inherente a los numerosos informes obrantes en el expediente, unido al informe complementario adjuntado por la Xunta a su contestación y en el que expone de forma amplia los criterios y razones para los precios fijados (estructura de costes, número de usuarios, días de funcionamiento, costes de energía, personal, niveles de renta familiar, etc)”.*

Al respecto, el único informe previo a la fijación del precio máximo aquí acordado (doc. 2 del expediente), refiere tan sólo que *“s’informa favorablement que, ateses les disponibilitats pressupostàries, el preu màxim del servei escolar de menjador escolar es mantingui en 6,20 euros/alumne/dia...”.*

Falta de este modo en la resolución impugnada, en su texto o por remisión a informes previos - siquiera los que pudieron fundar el mismo precio máximo en cursos anteriores -, toda justificación técnica del precio máximo adoptado.

Tampoco se han aportado tales informes a los autos, en vista de los alegatos de la parte actora, anticipados en su reseñado escrito de fecha 25 de junio de 2013.

3) Bajo las anteriores premisas, se ha practicado en el proceso, a instancias de la parte actora, una prueba pericial por Economista designado judicialmente con arreglo al art. 341.1 LEC.

El Sr. perito actuante, tras una prolija exposición de la metodología seguida, estudio de la “*composició alimentària del menú i valoració*”, “*estris menjador*”, “*estris de cuina*”, “*necessitats de personal directe*”, y “*estructura necessària per realitzar l'activitat*”, concluye que:

*“justificant pas a pas cada una de les estructures de costos que afectarien al cost final del servei i acceptant les limitacions pròpies de qualsevol Dictamen, en la meua opinió, en termes generals, la activitat de prestació del servei de menjador en el preu taxat de 5,64 euros per menú (sense IVA), en els centres educatius de titularitat del Departament d'Ensenyament, es econòmicament **INVIABLE**, doncs no cobreix els costos necessaris esperats per donar el servei i/o no produeix uns rendiments que puguin ser considerats com a suficients per la realització d'una activitat econòmica de tipus lucratiu”.*

QUINTO - 1) Pone de manifiesto esta Sala y Sección, entre otras, en su Sentencia de 3 de noviembre de 2015, rec. 375/2012, FJ 2º, que:

*“Ciertamente, **la discrecionalidad técnica... puede ser objeto de control jurisdiccional, mediante** la valoración de los hechos determinantes...y ...también a través de otras técnicas, límites o mecanismos de control de los actos discrecionales en general, como son, los aspectos formales del acto, los elementos reglados, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder o **la proscripción de la arbitrariedad.**”*

(Por todas y entre las más recientes, STS, Sala 3ª, 24 de junio de 2015, rec. 3784/2013, FJ 11º; 29 de junio de 2015, rec. 738/2011, FJ 5º; 3 de julio de 2015, rec. 2941/2013, FJ 7º; y 17 de septiembre de 2015, rec. 3997/2013, FJ 4º)”.

2) En el presente supuesto, la resolución impugnada, habida cuenta la índole técnico-económica de su objeto, comportaba el ejercicio por parte de la Administración demandada de un grado de discrecionalidad técnica, tributario de la necesaria motivación con arreglo al art. 54.1 f) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Conforme a cuanto se ha puesto de manifiesto, dicha motivación no concurre en la resolución impugnada.

No basta al respecto con remitirse al “*ranking*” autonómico de precios máximos de los menús escolares para el curso 2013-2014, en el que Cataluña sería la tercera (6,20 euros), por detrás de Aragón (6,81 euros) y de Navarra (6,50 euros).

Resultaba necesario, cabe reiterarlo, un estudio o memoria económica explicativa de la decisión adoptada, en relación con las particulares circunstancias del ámbito territorial concernido, tanto más a la vista de los alegatos adelantados por la Asociación actora con su reseñado escrito de fecha 25 de junio de 2013.

Dicho estudio sí lo ha realizado el Sr. perito designado judicialmente, debiendo estarse a la objetividad y fiabilidad predicables a priori de su dictamen (por todas las STS, Sala 3ª, de 15 de febrero de 2012, rec. 1419/2009, FJ 4º; y de 21 de marzo de 2012, rec. 1419/2009, FJ 4º).

de 2012, rec. 642/2009, FJ 6º), no contradicho por ningún otro aportado por la Administración demandada.

Procede pues, con arreglo al art. 63.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, la anulación parcial de la resolución recurrida, en los términos que se dirán (declaración, de nulidad o anulabilidad, que es la única pretensión que se formula en el suplico de la demanda).

SEXTO - Siendo parcial la estimación del presente recurso contencioso, no procede la condena en costas de ninguna de las partes, con arreglo al art. 139.1 LJCA.

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

FALLAMOS

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

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el presente recurso contencioso, interpuesto por la parte actora contra la Resolució ENS/1435/2013, de 18 de junio, publicada en el DOGC de 4 de julio de 2013, cuyos pronunciamientos SE ANULAN, por no estimarse conformes a derecho, salvo el señalado como num. 2 (*“Fixar en la quantitat de 6,20 euros/alumne/dia...l'import de l'ajut individual de menjador escolar per a l'alumnat que per manca d'oferta educativa...”*), para cuya impugnación no se reconoce a la parte actora legitimación activa.

2º.- NO HACER imposición a ninguna de las partes, del pago de las costas devengadas en el proceso.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.