

Roj: **STS 46/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:46**Id Cendoj: **28079130052016100009**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **19/01/2016**Nº de Recurso: **2716/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el **Recurso de Casación 2716/2014** interpuesto por la entidad mercantil **NACDA S.L.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes Marín Iribarren y asistida de Letrado, promovido contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 10 de marzo de 2014, en el Recurso Contencioso-administrativo **648/2010** sobre aprobación definitiva revisión Plan General de **Marbella**.

Han sido partes recurridas la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos y el **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**, representado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes y asistido de Letrado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 648/2010 y el acumulado 1174/2010, promovido por la Entidad Mercantil **NACDA, S.L.**, en el que ha sido parte demandada la **JUNTA DE ANDALUCÍA** y codemandada el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**, contra la Orden de 25 de febrero de 2010 del Sr. Consejero de Urbanismo de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, en cuanto afecta a los terrenos propiedad de la entidad recurrente.

**SEGUNDO.** - Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 2014, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"PRIMERO.- Declarar la inadmisión del presente recurso contencioso-administrativo.*

*SEGUNDO.- No hacer condena en costas".*

**TERCERO.** - Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la Entidad Mercantil **NACDA, S.L.**, presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante Diligencia de Ordenación de 23 de mayo de 2013, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**CUARTO.** - Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil **NACDA, S.L.**, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 22 de septiembre de 2014 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte Sentencia por la que casando y anulando la que es objeto del presente recurso, la deje sin efecto, y ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por lo Sala de instancia sea conferido trámite de subsanación del óbice procesal determinante de la resolución de inadmisión recurrida o, subsidiariamente, declare la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Aprobación Definitiva de la Revisión del Plan

General de Ordenación Urbanística de **Marbella** adoptada por Orden dictada por el Sr. Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de fecha 25 de febrero de 2010.

**QUINTO.-** Por Providencia de la Sala de fecha 13 de noviembre de 2014, se acordó la admisión a trámite del recurso de casación, ordenándose también por Diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2014 entregar copia del escrito de interposición del recurso a las partes comparecidas como recurridas a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que llevaron a cabo la representación del **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA** y la Letrada de los Servicios Jurídicos de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, mediante escritos presentados en fecha 27 de febrero de 2015 y 4 de marzo de 2015 respectivamente.

**SEXTO.-** Por Providencia de 15 de diciembre de 2015 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 12 de enero de 2016, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se impugna en el presente Recurso de Casación 2716/2014 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó en fecha de 10 de marzo de 2014, en su recurso contencioso-administrativo 648/2010 y acumulado 1174/2010, por medio de la cual se inadmitió el formulado por la entidad mercantil **NACDA, S.L.**, contra la Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación Urbana del Territorio de la JUNTA DE ANDALUCÍA por la que se aprueba definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella** y contra la Orden de 7 de mayo de 2010 por la que se dispone la publicación de la Normativa Urbanística del referido Plan General.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia inadmitió el recurso contencioso administrativo, en síntesis, porque " *La recurrente no ha aportado documento alguno que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones a las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación. Y si bien es cierto que este defecto es inicialmente considerado como subsanables el mismo se consiente en obstáculo procesal determinante de la inadmisibilidad del recurso interpuesto si el recurrente no ha procedido a su subsanación. [...] por lo que, al no haberse aportado los Estatutos de la recurrente y al no aparecer transcritos los Estatutos, en el particular requerido, en la escritura de poder para pleitos que se aportó en autos, no resultan acreditados tales extremos, faltando también referencia o acuerdo alguno* ".

**TERCERO.-** Contra esa sentencia la entidad NACDA, S.L., ha interpuesto corriente recurso de casación en el que esgrime dos motivos; el primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, así como de las que rigen los actos y garantías procesales, y el segundo, al amparo del apartado d) del mismo artículo, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

No obstante procede con carácter previo al examen de dichos motivos examinar la pretensión de inadmisión alegada por la Letrada de la Junta de Andalucía, ya que "un mismo vicio se articula como supuesto vicio *in procedendo* así como vicio *in iudicando* , lo cual da lugar, conforme a constante doctrina de esta Sala, a la inadmisión de ambos motivos".

No es posible apreciar la concurrencia de la causa de inadmisibilidad denunciada toda vez que, como recuerda nuestra sentencia de 18 de febrero de 2014 (Recurso de Casación 965/2011 ) "Según doctrina jurisprudencial consolidada, cuando lo que se denuncia en un recurso de casación es la indebida aplicación de la causa de inadmisión del recurso de contencioso- administrativo derivada del artículo 45.2.d) en relación con el artículo 69.b), ambos de la Ley 29/1998 , y lo que está en discusión es la determinación del alcance y contenido de la carga legal de la aportación de la llamada "autorización para recurrir", esa es una cuestión *in iudicando* que debe plantearse al amparo del artículo 88.1.d) de dicha Ley . Por tanto, si lo que se suscita en el recurso de casación es si la parte actora tenía que dar cumplimiento a esa carga o no, o si los documentos aportados eran por sí mismos, dado su contenido, suficientes o no para tener por cumplida dicha carga, esa es cuestión de fondo que ha de ser invocada en casación por el cauce del precitado artículo 88.1.d). Diferentemente, si lo que la parte recurrente plantea es que la Sala dictó sentencia de inadmisión sin haber ofrecido previamente el trámite de subsanación adecuado para superar la falta de cumplimiento de aquella carga, con invocación del artículo 138 de la Ley Jurisdiccional , lo que se suscita es una cuestión *in procedendo* del artículo 88.1.c), pues en tal supuesto no se debate sobre la necesidad de cumplir esa carga procesal o sobre si se ha cumplido o no en el caso concernido, sino sobre el incumplimiento del deber del Tribunal de ofrecer la posibilidad de subsanar el defecto ( sentencias de 19 de abril y 13 de julio de 2012 y 21 de noviembre de 2013 , RRC 6412/2009 , 3789/2009 y 5600/2001, entre

otras con similar fundamentación y autos de la Sección 1ª de 27 de septiembre y 25 de octubre de 2012 y 14 de noviembre de 2013 ( RRC 5169/2011 , 1613/2012 y 1267/2013 ).

La citada jurisprudencia, actualmente consolidada, deriva, prescindiendo de antecedentes más antiguos, de la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 5 de noviembre de 2008 (RC 4755/2005 ) convocado, según se hace constar en el antecedente de hecho cuarto, a la vista de "los pronunciamientos contradictorios de diferentes secciones". Pues bien, dicha sentencia, en su fundamento jurídico tercero, precisa:

*"No constituye una interpretación incorrecta del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , aquélla que defienda que al amparo de la letra d) de ese número 1 de ese artículo 88 pueden formularse motivos de casación que denuncien la infracción de la norma que regula el requisito procesal supuestamente omitido por la parte. Una cosa es este requisito procesal; y otra distinta el modo, forma, trámite o procedimiento que haya de seguir el órgano jurisdiccional para poder apreciar su omisión y decidir el litigio con fundamento en ella. Es esto último, la denuncia de infracción de las normas procesales reguladoras del modo, forma, trámite o procedimiento que haya de ser seguido, la que sí ha de formularse al amparo del artículo 88.1.c) de aquella Ley.*

En el caso de autos, una cosa es la norma reguladora del requisito procesal supuestamente omitido, contenida en el artículo 45.2.d) de la repetida Ley; y otra la que regula qué trámites han de ser observados antes de decidir el litigio con fundamento en la infracción de aquélla, contenida en el artículo 138 de dicha Ley , puesto en relación con el 45.3 de la misma.

La anterior doctrina, por otra parte, viene impuesta por las distintas consecuencias procesales derivadas de la estimación de uno u otro motivo de casación. Así, mientras la del apartado d) obliga a la Sala a resolver el recurso "dentro de los términos en que aparece planteado el debate", la apreciación de la existencia de infracciones procesales, salvo las reguladoras de la sentencia, a que se refiere el apartado c), es la que comporta además, claro está, de la anulación de la sentencia, la reposición de las actuaciones "al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta", con el fin precisamente de subsanar el defecto causante de indefensión ( art. 95.2.c ) y d) de de la L.J )."

Procede, pues, rechazar la causa de inadmisibilidad alegada.

**CUARTO.-** En relación con el primer motivo de casación se alega que el artículo 45.3 de la Ley de ésta 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 del recurso 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 cabo.

En este sentido señala que la razón de ser del presupuesto 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, de suerte que una vez que se emite diligencia por la que se dan por subsanados, quede abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar.

Pues bien, en el presente caso, una vez aportado, por la entidad recurrente tanto el poder para pleitos, debidamente otorgado ante Notario como el Acuerdo de la misma para la interposición del presente recurso, se dictó por la Sala la correspondiente diligencia de ordenación teniendo por subsanada la inicial ausencia de los mismos, por lo que alega la recurrente que si la Sala estimaba, como así consideró, que los mismos adolecían de algún defecto debió requerirla para su subsanación. No habiéndolo hecho así, entiende que se ha infringido el artículo 138 de la Ley reguladora de ésta Jurisdicción .

**QUINTO.-** En relación con la subsanabilidad del acuerdo societario para entablar acciones por parte de las personas jurídicas conviene recordar la doctrina de esta Sala que recoge, en lo que ahora interesa, las sentencias de 16 de julio de 2012 -recurso de casación 2093/2010 - y 23 de diciembre de 2015 -recurso de casación 1207/2014 - en los siguientes términos:

*"4º) Por lo que respecta a la subsanabilidad de la falta de aportación inicial de la documentación exigida por el artículo 45.2.d) de la LRJCA el artículo 138 LRJCA 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, el Secretario judicial ha de dictar diligencia de ordenación 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, 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. Así pues, 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 la conclusión de que en el supuesto contemplado en el número 1 precitado, no resulta obligado que el órgano judicial haga un previo requerimiento de subsanación. Consiguientemente, el Tribunal habrá de requerir expresa y necesariamente de subsanación cuando sea el propio Tribunal el que de oficio aprecie esta circunstancia (sentencia del Pleno de la Sala de 5 de noviembre de 2008, ya citada).

5º) Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha puntualizado que el requerimiento de subsanación del Tribunal resultará también necesario cuando sin él pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución; lo que ocurriría si la alegación de la contraparte no fue clara, o si fue combatida, bien dentro del plazo de aquellos diez días, bien en cualquier otro momento posterior; pues si fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, surge una situación en la que, como una derivación más del contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa [ Sentencia de 20 de enero de 2012, (Casación 6878/2009 )].

**SEXTO.-** La proyección al caso de la anterior doctrina jurisprudencial determina que el primer motivo de casación debe prosperar porque, ciertamente, la Sala de instancia debió haber abierto un trámite de subsanación antes de declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

En efecto, la parte actora aportó a requerimiento del Secretario de la Sala de instancia una certificación literal del acuerdo societario decidiendo la interposición del recurso, teniendo aquel por subsanado en dos ocasiones, ya que se trata de dos procedimientos acumulados, dicho defecto procesal mediante las correspondientes diligencias de ordenación. El Tribunal a quo considera sin embargo, a la vista de los defectos antes señalados -" no haberse aportado los Estatutos de la recurrente, en el particular requerido, en la escritura de poder para pleitos que se aportó en autos, no resultan acreditados tales extremos, faltando también referencia a acuerdo alguno" - que proceda declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto.

Interesa insistir en que el Secretario Judicial de la Sala de instancia había admitido, en los dos procedimientos acumulados, el documento acompañado por la entidad recurrente tendente a acreditar la existencia del correspondiente acuerdo societario, y en esa confianza se mantuvo aquella ante la ausencia de objeciones durante el resto del proceso, por lo que si la Sala de instancia entendía que el documento aportado no iba acompañado de los Estatutos sociales tendentes a acreditar que el procedimiento estaba autorizado para entablar acciones, como así acontece, debió brindar la posibilidad a la recurrente para su subsanación, de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes señalado.

No se opone a lo anterior la oposición del **Ayuntamiento** demandado en su escrito de contestación a la demanda, al limitarse a aducir con carácter general que no le constaba " haberse aportado al proceso el acuerdo adoptado por el Órgano societario competente ", lo que, como hemos visto no se corresponde con la realidad ya que dicho documento, si fué incorporado en dos ocasiones a las actuaciones de instancia.

**SÉPTIMO.-** Procede, pues casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que a los efectos de satisfacer la carga procesal que impone el artículo 45. 2. c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, conceda a la entidad recurrente el trámite de subsanación correspondiente para evitar que pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución, y se dicte luego la sentencia que proceda. Este pronunciamiento hace innecesario que nos pronunciemos sobre la petición de pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso de casación como consecuencia de las sentencias de este Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2015 (2) dictadas en los recursos de casación nº 313/2014, 1346/2014 y 28 de octubre de 2015 en el recurso 2150/2014 que declararon la nulidad de las Ordenes recurridas en el presente proceso, ya que, como hemos dicho, el mismo fué declarado inadmisibile por la sentencia ahora recurrida en casación.

**OCTAVO.-** Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede condenar en las costas del mismo - artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 de 13 de julio - sin que existan razones para una expresa imposición de las costas en la instancia.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

1º.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al **Recurso de Casación 2716/2014** interpuesto por la entidad **NACDA S.L.**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal



Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, en fecha de 10 de marzo de 2014, en el **Recurso Contencioso-administrativo 648/2010 y el acumulado 1174/2010** .

2º.- Revocar la mencionada sentencia de 10 de marzo de 2014 .

3º.- Remitir las actuaciones a la Sala de lo **Contencioso-Administrativo del citado Tribunal al objeto de que proceda a la resolución del recurso contencioso-administrativo 648/2010 y el acumulado acumulado 1174/2010** , en los términos referidos en el fundamento sexto y séptimo de esta resolución.

4º. No hacer expresa declaración sobre las costas causadas en la instancia y en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.