

Roj: **STS 1717/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1717**Id Cendoj: **28079130052016100151**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **21/04/2016**Nº de Recurso: **2424/2015**

Nº de Resolución:

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

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil dieciséis.

Visto el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Jesús González Díez, en nombre y representación de la entidad CABOPINO CLUB DE GOLF, S.A., registrado bajo el número **2424/2015**, contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Málaga, en el recurso contencioso administrativo número **1111/2010**, sobre Revisión del PGOU de **Marbella**.

Se han personado como partes recurridas el **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA** representado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes y la **JUNTA DE ANDALUCÍA** representada y defendida por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía - Sede de Málaga-, se ha seguido el recurso contencioso- administrativo número 1111/2010, interpuesto por la entidad CAPOBINO CLUB GOLF representada por el Procurador Sr. Rosa Cañadas contra la CONSEJERÍA DE VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, e interviniendo en calidad de codemandado el **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA** representado por el Procurador D. Avelino Barrionuevo Gener, contra la resolución de la Dirección General de Urbanismo de 5 de marzo de 2010, por la que se aprueba definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella** y la posterior Orden de 7 de mayo de 2010, por la que se dispuso su publicación en el BOJA.

**SEGUNDO** .- En el citado recurso se dictó Sentencia con fecha 31 de enero de 2014, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<PRIMERO.- Declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo promovido por CAPOBINO CLUB DE GOLF.

SEGUNDO.- No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en el presente recurso>>.

Por el Procurador Sr. Rosa Cañadas se presentó escrito el 20 de marzo de 2014, solicitando: "... la corrección y/ o aclaración de la Sentencia dictada, en el sentido de aclarar que mi mandante si acreditó la adopción del acuerdo del Consejo de Administración de Cabopino Club de Golf, S.A., -que se acompañó como documento nº 2 del escrito de interposición- y a motivar las razones por las cuales lo entiende insuficiente".

El 20 de mayo de 2015, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

" PRIMERO.- Complementar la Sentencia dictada por esta Sala con fecha 31 de enero de 2014 en el sentido que consta en el fundamento de derecho Tercero de la presente resolución.

SEGUNDO.- Sin costas. "

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia la entidad CAPOBINO CLUB DE GOLF S.A., preparó ante la Sala de Instancia recurso de casación, que se tuvo por preparado en virtud de diligencia de ordenación de fecha 26 de junio de 2015 y, luego ante esta Sala Tercera presentó escrito de interposición, solicitando: "... *teniendo por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia de 31 de enero de 2014, notificada el 18 de marzo posterior, dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía en Málaga (complementada mediante el posterior Auto de 20 de mayo de 2015) y, previos los trámites preceptivos, dicte Sentencia por la que, estimándose los motivos del recurso de casación esgrimidos, se case y anule la Sentencia recurrida, resolviendo de conformidad con el suplico del escrito de formalización de demanda; y, subsidiariamente, ordene reponer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la presentación del escrito de contestación de la Junta de Andalucía ( art. 95.2 LJCA ), a fin de que se conceda a mi mandante el trámite de diez días previsto en el art. 138 LJCA* ".

**CUARTO.-** Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 se acordó admitir a trámite el recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta, de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas en dicha Sección, fué dictada diligencia de ordenación el 2 de diciembre de 2015, acordándose convalidar las actuaciones practicadas, al tiempo que se ordenó hacer entrega del escrito de interposición del recurso a las representaciones procesales de los recurridos, para que en el plazo de treinta días, formalizasen sus escritos de oposición, lo que efectuó el Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía el 18 de diciembre de 2015, solicitando: "... *tras los trámites procesales oportunos, acuerde la desestimación del recurso por carencia sobrevenida de lo que constituía su objeto, sin imposición de costas* ".

Mediante diligencia de ordenación de 29 de enero de 2016, se tuvo por decaído en el trámite de oposición al Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación del **Ayuntamiento de Marbella**, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha de 11 de marzo de 2016, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 13 de abril 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 2424/2015 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó en fecha 31 de enero de 2014, en el recurso nº 1111/2010, por medio de la cual se inadmitió el formulado por la entidad CABOPINO CLUB DE GOLF, S.A., contra la Orden de 25 de febrero de 2010 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 Urbana de **Marbella**.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia inadmitió el recurso contencioso-administrativo por entender que en la escritura de otorgamiento de poder para pleitos, acompañada al escrito de interposición del recurso, nada se indicaba sobre la facultad de quien intervenía en su otorgamiento en representación de la actora.

Como quiera que la entidad actora no fundamentaba el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 45.2.d) de la Ley de ésta Jurisdicción en dicha escritura de poder, sino en el acuerdo expreso de su Consejo de Administración, que la Sala de instancia no tuvo en cuenta, presentó un escrito, al amparo de los artículos 214.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interesando la corrección de un error material, en el sentido de que se eliminara la referencia, en el fundamento jurídico de la sentencia, a que "tampoco se ha justificado dicho acuerdo", puesto que el mismo si lo había aportado.

Con fecha 20 de mayo de 2015 se dictó auto por la Sala de instancia en el que, si bien reconocía que existía un error en la fundamentación de la sentencia, al haber omitido que la entidad recurrente acompañó al escrito de interposición del recurso como documento nº 2 una certificación expedida por el Secretario de su Consejo de Administración, sin embargo considera que dicho error no tiene incidencia en el contenido del pronunciamiento de inadmisibilidad "toda vez que no se aportaron los Estatutos que pudieran determinar que dicho órgano, y no la Asamblea General, en su caso, fuera el competente para adoptar dicho acuerdo" así como que "la Administración demandada en su escrito de conclusiones reitera el cuestionamiento de que se trate del órgano estatutariamente competente de la mercantil recurrente a los efectos de la interposición del recurso; y sin embargo la parte demandada [quiere decir demandante] al evacuar el escrito de dicha clase omite pronunciamiento alguno y no subsana la falta de aportación de los estatutos", por lo que la Sala acuerda

complementar la referida sentencia "en el sentido que consta en el fundamento tercero [quiere decir segundo] de la presente resolución".

**TERCERO.-** Contra la citada sentencia de 31 de enero de 2014, complementada mediante el indicado auto de 20 de mayo de 2015, interpone recurso de casación la mercantil CABOPINO CLUB DE GOLF, S.A., en el que aduce cinco motivos de casación, cuyos enunciados son los siguientes:

**PRIMER MOTIVO.-** Al amparo del art. 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia; art. 267, apartados 1 y 6 LOPJ, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta (SSTS de 14-5-2013 y 11-10-1999).

**SEGUNDO MOTIVO.-** Al amparo del art. 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia; arts. 24 CE, 218 LEC, 33.1 y 65.2 LJCA, así como de la Jurisprudencia que los interpreta (SSTS de 30-10-2014 y 15-3-2013).

**TERCER MOTIVO.-** Al amparo del art. 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 267.5 LOPJ).

**CUARTO MOTIVO.-** Al amparo del art. 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del art. 69 b) LJCA en relación con el art. 45.2 d), así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta tales preceptos (SSTS 20-12-2013, 19-12-2012 y 14-4-2011).

**QUINTO MOTIVO.-** Subsidiariamente: al amparo del art. 88.1 c) de la LJCA, por infracción del art. 138 LJCA, apartados 1, 2 y 3, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta este precepto (SSTS de 12-4-2013 y 20-12-2013).

Interesa señalar, antes de proceder al examen de los citados motivos, que la Comunidad Autónoma de la Junta de Andalucía solicita en su escrito de exposición que se declare la pérdida sobrevenida de objeto del recurso, dado que la Orden por la que se ha aprobado definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella**, objeto del recurso contencioso-administrativo, ha sido anulada por tres sentencias de ésta Sala y Sección de fecha 27 de octubre de 2015, dictadas en los recursos de casación números 313/2014 y 1346/2014.

No procede acceder a dicha petición ya que, como ha declarado ésta Sala, entre otras, en sentencia de 5 de febrero de 2016 -recurso de casación nº 224/2016, el pronunciamiento de la resolución no había sido de estimación, supuesto en el que la pérdida sobrevenida de objeto desplegaran sus efectos, sino de inadmisión.

**CUARTO.-** Si bien la mercantil recurrente aduce cinco motivos de casación, y el último de los cuales lo formula además con carácter subsidiario, procede, no obstante, examinar éste último motivo por razones procesales con carácter preferente, y ello no sólo por estar amparado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de ésta Jurisdicción, esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, determinante de indefensión, sino porque, como a continuación veremos, las Administraciones demandadas no tuvieron oportunidad de efectuar alegaciones en relación con la denuncia a que se refiere el citado motivo.

En efecto, si bien la recurrente acompañó con su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el acuerdo societario por el que se acordaba su interposición, de tal documento, sin embargo, no se dió traslado a las Administraciones demandadas, lo que se puso de manifiesto por la Junta de Andalucía en su contestación a la demanda, y por el **Ayuntamiento de Marbella** al adherirse a ella, ya que no pudieron efectuar alegación alguna en relación con la virtualidad de dicho documento.

Así las cosas, obligado resulta recordar lo señalado por ésta Sala y Sección en sentencia de 16 de julio de 2012 -recurso de casación 2043/2010- que recapitula la doctrina jurisprudencia, en lo que ahora interesa, 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 )]".

Aplicando a lo acontecido en autos -que antes hemos sintetizado- la anterior doctrina jurisprudencial, obvio es que debemos también anular la sentencia que se revisa en el presente recurso de casación, pues si la Sala de instancia entendía que el documento en cuestión adolecía de algún defecto subsanable, como así acontece, debió brindar la posibilidad a la recurrente para su subsanación de acuerdo con el criterio jurisprudencial señalado.

No se opone a lo anterior la oposición de las Administraciones demandadas en sus escritos de contestación a la demanda pues, al no haber tenido conocimiento del referido acuerdo societario, se limitaron a alegar en dichos escritos la inexistencia del documento en cuestión, no así los defectos observados en el mismo, al desconocer su existencia.

Tampoco se puede tomar en consideración la fundamentación contenida en el auto de complemento de sentencia dictado por la Sala de instancia en el sentido de que la entidad recurrente, al evacuar su escrito de conclusiones "omite pronunciamiento, alguno y no subsana la falta de aportación de los estatutos" en relación con las conclusiones efectuadas por la Junta de Andalucía, pues, prescindiendo de los anteriores consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66.2, es el demandante quien formula primero las conclusiones, por lo que difícilmente podría haber contestado a unas alegaciones formuladas con posterioridad.

La estimación del presente motivo de casación determina la innecesariedad del examen del resto.

Procede, pues, casar la sentencia de instancia y ordenar reponer las actuaciones, no al momento posterior a la presentación del escrito de contestación de la Junta de Andalucía, como interesa la recurrente, sino al momento anterior al dictado de la sentencia para que la Sala, a los efectos de satisfacer la carga procesal que impone el artículo 45.2.d) de la Ley de ésta Jurisdicción, conceda a la entidad recurrente el correspondiente trámite de subsanación para evitar que pueda generarse la situación proscrita en el artículo 24 de la Constitución, con intervención de las Administraciones demandadas, y se dicte luego la sentencia que proceda.

**QUINTO.-** Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede condenar en las costas del mismo - artículo 139.2 de la Ley de ésta Jurisdicción - sin que existan razones para una expresa imposición de las costas de instancia.

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

## FALLAMOS

1º.- Haber lugar al recurso de casación nº **2424/2015** interpuesto por la entidad CABOPINO CLUB DE GOLF, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 31 de enero de 2014, en su recurso 1111/2010 .

2º.- Revocar la mencionada sentencia de 31 de enero 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 de conformidad con los términos referidos en el fundamento cuarto de ésta resolución.

4º.- No hacer expresa declaración sobre las costas causadas en la instancia y en 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ