

Roj: **STS 3681/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3681**Id Cendoj: **28079130052016100286**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **20/07/2016**Nº de Recurso: **3078/2015**Nº de Resolución: **1876/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 3078/2015, formulado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 ", debidamente representada por el Procurador D. Felipe Segundo de Juanas Blanco, contra la sentencia de quince de junio de dos mil quince, dictada en el recurso 826/2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sostenido contra la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda, de fecha 7 de mayo de 2010, en cuanto que acordó la publicación de la Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de 25 de febrero de 2010 que aprobó el Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella**, en lo relativo a las determinaciones adoptadas con respecto a los terrenos y edificación propiedad de la Comunidad recurrente en cuanto los califica como Ordenación de Mantenimiento SP 2, tipología edificatoria PM-3; habiendo comparecido, en calidad de partes recurridas, la Sra. Letrada de los Servicios Jurídicos de la JUNTA DE ANDALUCÍA y el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación del **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Málaga) dictó, con fecha quince de junio de dos mil quince, sentencia en el recurso 826/2010, cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 " de San Pedro de Alcántara, contra la Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de 25 de Febrero de 2010, en cuanto que aprobó el Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella**, y en concreto en lo relativo a las determinaciones adoptadas con respecto a los terrenos y edificación propiedad de la Comunidad recurrente en cuanto los califica como Ordenación de Mantenimiento SP 2, tipología edificatoria PM--3, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales. (...)"

La representación procesal de la recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando se tuviese por preparado recurso de casación contra dicha resolución, a ello se accedió por Diligencia de Ordenación de catorce de septiembre de dos mil quince, en la que se acordaba emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- Dentro del plazo al efecto concedido comparecieron los interesados señalados en el encabezamiento de la presente.

El Sr. Procurador de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de DIRECCION000, como recurrente, presentó escrito de interposición argumentando los siguientes motivos de casación: "Primero. Infracción con base en el motivo del apartado c) del art. 88.1 LJCA: Quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de

las normas reguladoras de la sentencia. Incongruencia y falta de motivación. Infracción normas que rigen las garantías procesales. Indefensión.

Segundo. Infracción, con base en el motivo del apartado d) del art. 88.1 de la LJCA, de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

1.- Infracción de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en su artículo 33 y del artículo 7 y 19.1 del TRLS 2008.

2.- Dado el carácter punitivo del proceso normalizador -que impone deberes a sujetos y no a la propiedad por situaciones de ilegalidad- existe una infracción de los principios y normas que rigen el derecho Administrativo Sancionador y del artículo 9 del TRLS 2008.

3.- Se infringe también el art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos porque la sentencia legaliza un planeamiento general en el que el carácter irregular del proceso urbanizador del que derivan imposición de cargas de normalización se asigna arbitrariamente por el planificador, existiendo suelos que, a pesar de haber suelos urbanizados y edificados ilegalmente quedan excluidas de la normalización, además, el coeficiente de "normalización" no cuenta con ninguna justificación sobre las diferentes cifras con las que aplica.

4.- Los artículos 7, 12, 14 y 16 del TRLS de 2008 y el art. 78 del TRLS de 1976 y que son infringidos por la sentencia en relación con el carácter reglado del suelo urbano consolidado, al negar la sentencia esta clasificación a suelos con estas circunstancias.

6.- Los arts. 16.2 y 29.3 del Reglamento de Planeamiento son infringidos en cuanto que el proceso de normalización supone que las dotaciones se fijan no porque sean necesarias por razones de la ordenación actual, sino por razones de la previa consideración de la ilegalidad del proceso urbanístico previo, no son dotaciones del nuevo PGOU en sentido estricto, sino penalizaciones por incumplimiento del anterior PGOU".

TERCERO .- Acordada la admisión a trámite, por resolución de esta Sala de veinticinco de febrero del año en curso, y remitidas las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado: Las recurridas formularon su oposición a lo interesado de contrario para solicitar, en definitiva, la desestimación del recurso.

CUARTO .- Tramitado el recurso, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el veinte de julio de dos mil dieciséis. En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso de casación 3078/2015 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó en fecha 15 de junio de 2015, en el recurso contencioso-administrativo nº 826/2010, por medio de la cual se inadmitió el formulado por la Comunidad de propietarios " DIRECCION000 ", contra la Orden de 25 de febrero de 2010 de la Consejería 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**.

SEGUNDO .- La Sala de instancia inadmitió el recurso contencioso-administrativo, en síntesis, porque "Entrando a conocer por razones obvias del motivo e inadmisibilidad alegada por la Junta de Andalucía que, como quedo dicho estriba en entender que el recurso debe declararse inadmisibile por no haberse aportado el acuerdo comunitario autorizando la interposición del recurso, según establece el *artículo 45-2-D de la ley 29/1998*, el mismo ha de ser acogido y ello porque constando que una vez que se interpuso el recurso, con fecha 28 de Junio de 2010 se dicto diligencia de ordenación en la que entre otros particulares se acordó requerir a la parte a fin de que subsanase los defectos observados, que no eran sino por un lado acreditar la representación del compareciente y por otro la aportación del documento acreditativo del acuerdo del órgano competente autorizando la interposición del recurso, diligencia que le fue notificada el 6 de Julio siguiente, procediéndose por la parte, con fecha 22 de Julio de 2010 a aportar el poder general para pleitos así como un certificado expedido el 20 de Julio de 2010, por D. Abelardo, como Administrador de Fincas en el que la Asamblea General celebrada el 29 de Agosto de 2009 se autorizaba al presidente y secretario administrador a proceder judicialmente "contra los propietarios deudores", es claro que no se ha subsanado el defecto padecido y para el que había sido requerido, no pudiendo aducirse en su contra el que con fecha 28 de Julio de 2010 se dictase diligencia de ordenación en la que se tenían por subsanados los defectos observados pues con independencia del desacierto de dicha diligencia, lo cierto es que la parte, en el plazo establecido, no subsano el

defecto, siendo así que el concederle nuevo plazo contravendría el principio de improrrogabilidad de los plazos procesales, por todo lo cual, y teniendo en cuenta que cuando una causa de inadmisión no fue observada en su momento, procede aplicarla como causa de desestimación, es por lo que sin entrar a conocer del fondo del recurso, se esta en el caso de desestimar el mismo".

TERCERO.- Contra esa sentencia la Comunidad de propietarios " DIRECCION000 " ha interpuesto recurso de casación en el que esgrime como motivos:

"Primero. Infracción con base en el motivo del apartado c) del art. 88.1 LJCA : Quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Incongruencia y falta de motivación. Infracción normas que rigen las garantías procesales. Indefensión.

Segundo. Infracción, con base en el motivo del apartado d) del art. 88.1 de la LJCA , de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

1.- Infracción de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en su artículo 33 y del artículo 7 y 19.1 del TRLS 2008.

2.- Dado el carácter punitivo del proceso normalizador -que impone deberes a sujetos y no a la propiedad por situaciones de ilegalidad- existe una infracción de los principios y normas que rigen el derecho Administrativo Sancionador y del artículo 9 del TRLS 2008.

3.- Se infringe también el art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos porque la sentencia legaliza un planeamiento general en el que el carácter irregular del proceso urbanizador del que derivan imposición de cargas de normalización se asigna arbitrariamente por el planificador, existiendo suelos que, a pesar de haber suelos urbanizados y edificados ilegalmente quedan excluidas de la normalización, además, el coeficiente de "normalización" no cuenta con ninguna justificación sobre las diferentes cifras con las que aplica.

4.- Los artículos 7, 12, 14 y 16 del TRLS de 2008 y el art. 78 del TRLS de 1976 y que son infringidos por la sentencia en relación con el carácter reglado del suelo urbano consolidado, al negar la sentencia esta clasificación a suelos con estas circunstancias.

6.- Los arts. 16.2 y 29.3 del Reglamento de Planeamiento son infringidos en cuanto que el proceso de normalización supone que las dotaciones se fijan no porque sean necesarias por razones de la ordenación actual, sino por razones de la previa consideración de la ilegalidad del proceso urbanístico previo, no son dotaciones del nuevo PGOU en sentido estricto, sino penalizaciones por incumplimiento del anterior PGOU."

CUARTO.- Si bien en otros motivos la parte recurrente se dedica a atacar el fondo del asunto, el primero está referido tanto a esta cuestión como a la formal relativa a la declaración de inadmisibilidad contenida en la parte dispositiva de la sentencia, única cuestión que va a ser objeto de examen.

En relación con esta última cuestión se aduce que la sentencia ha inadmitido el recurso contencioso-administrativo, pese a que, mediante diligencia de ordenación de su Secretario de fecha 28 de julio de 2010, se tuvo por subsanado el defecto observado tras la aportación del certificado del acuerdo adoptado para la interposición del recurso contencioso-administrativo, lo que el recurrente entiende que le ha causado una gravísima indefensión, citando al efecto diversas sentencias de este Tribunal Supremo.

QUINTO .- Con carácter previo al examen del motivo, y por razones de lógica procesal, debemos afirmar la corrección del cauce elegido por la recurrente para el planteamiento de dicho motivo.

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 , aquella 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 aquella, 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 la L.J)."

SEXTO.- 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 la sentencia de 16 de julio de 2012 -recurso de casación 2093/2010 - 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)].

6º) En todo caso, una vez dictada la sentencia que declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, de nada sirve que con posterioridad se pretenda aprovechar la tramitación del recurso de casación para justificar

el cumplimiento de ese requisito que no fue debidamente acreditado en la instancia pese a haber dispuesto la parte de sobradas ocasiones para ello (Sentencia citada de 24 de noviembre de 2011) ".

SÉPTIMO .- 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.

Efectivamente, la parte actora aportó a requerimiento del Secretario de la Sala de instancia una certificación relativa al acuerdo comunitario decidiendo la interposición del recurso, teniendo aquel por subsanado dicho defecto procesal mediante la correspondiente diligencia de ordenación. El Tribunal a quo considera sin embargo, a la vista de los defectos antes señalados, que dicho acuerdo no reúne los requisitos necesarios y decreta la inadmisión del recurso.

Interesa insistir en que el Secretario Judicial de la Sala de instancia había admitido el documento acompañado por la entidad recurrente tendente a acreditar la existencia del correspondiente acuerdo comunitario, 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 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 antes 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 estado personadas en las actuaciones en el momento en que se produjo por parte del Secretario Judicial el requerimiento de subsanación, aquellas se limitaron a alegar en dichos escritos la inexistencia del documento en cuestión y no los defectos observados en el mismo, al desconocer su existencia.

OCTAVO.- 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.d) de la Ley de esta Jurisdicción , concede a la entidad recurrente el trámite de subsanación correspondiente para evitar que puede generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución , y se dicte luego la sentencia que proceda.

NOVENO.- 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1º. Haber lugar al recurso de casación 3078/2015, interpuesto contra la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó en fecha 15 de junio de 2015, en el recurso contencioso-administrativo nº 826/2010 , por medio de la cual se inadmitió el formulado por la Comunidad de propietarios " DIRECCION000 ", contra la Orden de 25 de febrero de 2010 de la Consejería 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**. 2º. Revocar la mencionada sentencia de fecha 15 de junio de 2015 . 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 826/2010 en los términos referidos en el fundamento séptimo de esta resolución. 4º. No hacer expresa declaración sobre las costas causadas en la instancia y en el presente recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernandez Valverde. Jose Juan Suay Rincon, Cesar Tolosa Tribiño, Francisco Jose Navarro Sanchis, Jesus Ernesto Peces Morate, Mariano de Oro-Pulido y Lopez. **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño** , estando la Sala reunida en audiencia pública, lo que certifico.