

RECURSO CASACION núm.: 12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera  
Bajo

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Quinta**  
**Sentencia núm. 1736/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 13 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 12/2018 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Domingo Corpas en representación de [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de 11 de julio de 2016, dictada en el recurso número 1092/2011 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, sede de Málaga. Dicha sentencia estimó parcialmente el Recurso contra la Orden de 28 de julio de 2011, por la que se dispone la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, aprobada por Orden de 21 de enero de 2011. Siendo parte recurrida, [REDACTED] representada por el procurador D. José Ramón Couto Aguilar y defendida por el letrado Juan Ramón Fernández-Canivell y de Toro.

El Ayuntamiento de Málaga, personado, no ha presentado escrito de oposición al recurso, por lo que por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2019, se le tuvo por caducado el derecho y por perdido el trámite.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de 11 de julio de 2016 contiene parte dispositiva del siguiente tenor: «Estimar en parte el presente recurso y anular el apdo 2ª de la ficha del PGOU (ED-LE.3) "Objetivos y Criterios" en cuanto expresa que "El ED fijará el fondo de la edificación para poder agotar el techo edificable máximo asignado"».

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior resolución, la representación procesal de [REDACTED] y [REDACTED] presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Málaga), preparando el recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba.

**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, esta Sala emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición lo que verificó la representación procesal de [REDACTED]. El Ayuntamiento de Málaga dejó transcurrir el

plazo de oposición por lo que por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2019 se precluye el plazo de oposición.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 11 de diciembre de 2019, fecha en la que se celebró con la observancia de las formalidades legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En las actuaciones constan los siguientes extremos que procede señalar para una adecuada comprensión de la decisión que se adopta.

1.- [REDACTED] recurre en vía contencioso administrativa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Málaga), la Orden de 28 de julio de 2011, (BOJA Nº 170, de 30 de agosto), por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Málaga, en cuanto al extremo del Estudio de Detalle (ED-LE.3), como titular del inmueble de su propiedad sito en el [REDACTED] (Málaga), pues la zona edificable (huella) aparece más adelantada que en la realidad. En el Suplico interesa que se declare que «la huella de la edificación futura coincidirá con la ocupación actual de la edificación preexistente».

2.- Por diligencia de ordenación de 9 de noviembre de 2011 «se ordena a la Administración, que la resolución que dicte acordando remitir el expediente, la notifique en el plazo de cinco días a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en este recurso en el plazo de nueve días. La notificación debe practicarse con arreglo a lo dispuesto en la LPAC (art. 4.1 LJCA)».

3.- En cumplimiento de lo anterior, en el BOJA Nº 46, de 24 de enero de 2012, el Ayuntamiento de Málaga publica Resolución de 9 de enero de

2012, en la que emplaza a cuantos resulten interesados en 117 recursos contra la Orden de 21 de enero de 2011, sin ninguna precisión.

4.- En la contestación a la Demanda por el Ayuntamiento de Málaga, se expone con detalle la situación del edificio colindante con el de la recurrente [REDACTED]. En la prueba practicada, se analiza la línea de fachada preexistente del edificio colindante de la línea edificable. En conclusiones, la recurrente insiste en su pretensión y el Ayuntamiento afirma que el «adelantamiento de la línea del edificio sobre el colindante a la hora de dibujar en el plano se trataría de un simple error material».

5.- La sentencia del TSJ de Andalucía aquí impugnada dice en su FJ Segundo que según la recurrente, el PGOU de 2011 «en el inmueble colindante a su vivienda ha previsto un ámbito de estudio de detalle», y que el plano (figura 29 de la ficha), no coincide con la huella (ocupación de la edificación preexistente), que avanza dejando en una situación inaceptable a la edificación (propiedad de la [REDACTED]). Vuelve a mencionar la colindancia, (FJ Cuarto y Sexto), y concluye la sentencia anulando el párrafo segundo de «Objetivos y Criterios», que dice: «El ED fijará el fondo de la edificación para poder agotar el techo edificable máximo asignado».

6.- En fecha 27 de enero de 2017 el Ayuntamiento de Málaga notifica a la propiedad del edificio sito en [REDACTED] la sentencia dictada el 11 de julio de 2016, «habiéndose iniciado al efecto expediente de ejecución de sentencia».

Y la propiedad del edificio sito en el [REDACTED] colindante con el de la recurrente, promueve incidente de nulidad de actuaciones, pues la sentencia notificada, recaída en un proceso que tiene por objeto la ordenación de su parcela, se ha dictado sin haber sido emplazada como demandada, teniendo conocimiento el Ayuntamiento y la propia recurrente de su condición de parte interesada en dicho recurso contencioso administrativo, al ser la [REDACTED] la promotora de Estudio de Detalle (ED-LE.3), que se ve modificada por una sentencia sin haber sido oída.

Por auto de 11 de diciembre de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ resuelve: «Contra esta sentencia nº 1508/2016 dictada el 11 de julio de 2016 cabe recurso de casación y por ello no puede plantearse la nulidad conforme al art. 228.1 LJCA. Así pues lo procedente es notificar en forma la Sentencia a [REDACTED] y con ello tiene plazo abierto para plantear el recurso de casación».

Notificada la anterior sentencia, según los aquí recurrentes el 27 de diciembre de 2017, presentan escrito preparando recurso de casación por la infracción del art. 49.1 LJCA, al no haber sido emplazados.

Por auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Málaga), de 4 de abril de 2018, se admite el nuevo recurso conforme a la reforma del recurso de casación tras la LO 7/2015, de 21 de julio.

**SEGUNDO.-** Ante esta Sala Tercera, se personaron los aquí recurrentes, así como partes recurridas la representación procesal de la [REDACTED] quien se opuso a la admisión del recurso y el Ayuntamiento de Málaga.

La Sección Cuarta de esta Sala, por providencia de 9 de julio de 2018, puso de manifiesto a las partes para alegaciones las posibles causas de inadmisión siguientes: «Por ser extemporánea la interposición del recurso de casación al haber sido interpuesto cuando era firme la sentencia que se pretende recurrir, artículo 89.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, según redacción aplicable al caso, en virtud de lo previsto en la Disposición Final Décima de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Defectuosa preparación e interposición del recurso de casación, por carecer de los requisitos formales, en virtud de lo previsto en los artículos 92. 1 y 93. 2. a) y b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- Las alegadas por la parte recurrida [REDACTED] en su escrito de personación, con entrega de copia a las demás partes».

Por auto de 11 de octubre de 2018, la Sección Primera de esta Sala, expuso como razonamiento Jurídico Único: «Del extenso relato fáctico que acaba de realizarse, es claro que el auto de la Sala de Málaga ordenó la notificación de la sentencia a

efectos de abrir la vía del recurso de casación a quienes –afectados por ella-no se les dio la oportunidad de intervenir en el proceso.

Ahora bien, no consta la fecha de notificación de la sentencia (el recurrente afirma que fue el 27 de diciembre de 2017), ni la información suministrada en orden al recurso de casación que procedía, ni el plazo para su preparación. Es más, la propia Sala de Málaga dio por bueno el escrito de preparación presentado con arreglo a las prescripciones de la nueva casación (no aplicable, insistimos, dada la fecha de la sentencia) hasta el punto de dictar auto teniéndolo por preparado, con cita expresa de los preceptos que disciplinan la nueva casación.

Las irregularidades más arriba descritas no pueden arrostrar consecuencias negativas para los recurrentes, máxime cuando no consta fehacientemente la fecha y forma en la que se les notificó la sentencia, por lo que no cabe apreciar la denunciada extemporaneidad del recurso, ni las otras dos causas de inadmisión, anunciadas en la providencia del pasado 8 de julio, ambas relacionadas con el régimen de casación aplicable al presente recurso (anterior a la LO 7/2015), por lo que procede conferir traslado al recurrente para que, en el plazo de treinta días (art. 90.1, actualmente derogado), formalice escrito de interposición en los términos del antiguo recurso de casación».

Concluyendo dicho Auto: «LA SALA ACUERDA: Conferir traslado a la representación procesal de [REDACTED] para que –en el plazo de treinta días- presente escrito de interposición en los términos prevenidos en el derogado art. 90.1 LJCA».

**TERCERO.-** Los recurrentes interponen recurso de casación alegando que la sentencia anula un apartado del Estudio de Detalle promovido por los recurrentes sobre su parcela (ED-LE.3; [REDACTED]), siendo la [REDACTED] recurrente en el PO 1092/2011 que finalizó por la sentencia aquí impugnada, la propietaria [REDACTED], es decir, del edificio colindante.

El recurso invoca la violación del art. 49 LJCA y 24 CE. Y se plantea al amparo de la normativa que regula el nuevo recurso de casación, conforme al Auto antes mencionado del TSJA teniendo por preparado el recurso, y pidiendo la desestimación del recurso, al no existir motivos para la anulación del acto recurrido, y «si no se considera posible entrar en el fondo del asunto», subsidiariamente suplica «la anulación total de la sentencia recurrida, y la retroacción de las actuaciones para subsanar el defecto procesal de la falta de emplazamiento de esta parte, permitiendo su personación, la posibilidad de contestar la demanda, practicar prueba y cumplir el trámite de conclusión y para que el TSJA resuelva nuevamente sobre el fondo del asunto».

La representación procesal de la [REDACTED] se opone al recurso interesando su desestimación a no acomodarse al régimen del antiguo recurso de casación, y subsidiariamente la desestimación del recurso por no ser necesario el emplazamiento de los recurrentes en el PO 1092/2011, y no haberse producido ninguna infracción en lo resuelto por la sentencia de 11 de julio de 2016.

**CUARTO.-** Como bien expresó la Sección Primera de Admisión, en su Auto de 11 de octubre de 2018, «las irregularidades más arriba descritas, no pueden arrastrar consecuencias negativas para los recurrentes».

Es cierto que la interposición del recurso se plantea conforme al nuevo régimen del recurso de casación, en línea con el Auto del TSJA teniendo por preparado el recurso, y no con arreglo al viejo régimen de la casación, como dice la Sección de Admisión. Pero esta irregularidad, en principio nos llevaría a discutir si el recurso era extemporáneo, como se planteaba por Providencia de la Sección Cuarta sobre posibles causas de inadmisión, pero ello es un tema ya resuelto en el auto de admisión al admitir el recurso.

Y del presente recurso queda meridianamente claro que los propietarios de la parcela sita en [REDACTED] promotores del Estudio de detalle ED-LE.3, han visto modificado el mismo anulando un criterio, en un proceso en el que no fueron emplazados.

Procede, por tanto, entrar en las cuestiones planteadas en el recurso, rechazando, conforme a lo más arriba razonado, la desestimación del mismo alegada por la recurrida [REDACTED] en base al régimen legal aplicado al escrito de interposición.

**QUINTO.-** Consecuencia de lo dicho en el penúltimo párrafo del fundamento anterior, es que debemos resolver en primer lugar si la falta de emplazamiento en instancia del recurrente ha generado indefensión y por tanto lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es cierto que en ocasiones, esta Sala ha declarado que la posible indefensión puede quedar subsanada por la posibilidad de efectuar alegaciones y utilizar los medios de defensa necesarios en vía de recurso, pero no lo es menos que las limitadas posibilidades que ofrece el recurso de casación en cuanto a debatir en plenitud todas las cuestiones planteadas en la instancia, así como la imposibilidad, invocada por el recurrente, de proponer y practicar pruebas, debe llevar necesariamente a la estimación del recurso y a la devolución de actuaciones a la sala de instancia, acordando retrotraer aquellas al momento inmediatamente anterior al que debió procederse al emplazamiento del hoy recurrente.

**SEXTO.-** Lo anterior es conforme a lo establecido en la sentencia de 23 de enero de 2015, recurso nº 1950/2012, que es reiterada jurisprudencia de esta Sala, (por todas sentencia de 6 de octubre de 2014, Recurso 4818/2011, donde decimos:

«Ello no obstante, sobre la cuestión que se plantea relativa a la necesidad de emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo, es preciso recordar la doctrina general de esta Sala, tal y como la hemos resumido en sentencias, entre otras, de 28 de junio de 2011 (recurso 3239/2007) ya citada y 28 de mayo de 2012 (recurso 267/2009).

En estas y otras sentencias hemos razonado con amplitud que el emplazamiento de los interesados en un procedimiento contencioso-administrativo resulta esencial para una correcta formación de la relación jurídico-procesal. Quienes están legitimados pasivamente como parte demandada en un proceso contencioso-administrativo deben ser emplazados directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese emplazamiento personal obligado un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

Por eso, el artículo 48.1 -en relación con el 49- de la Ley Jurisdiccional 29/1998 prevé la práctica de los emplazamientos de quienes aparezcan como interesados en el proceso por la Administración que acuerda remitir el expediente al órgano jurisdiccional,



obligación que no exime al Tribunal de la obligación de velar para que se formalice adecuadamente la relación jurídico-procesal. Así, la propia Ley de la Jurisdicción exige al órgano jurisdiccional que compruebe si los emplazamientos se han practicado en debida forma y, en caso contrario, dispone que se ordene a la Administración que se practiquen los necesarios para garantizar la defensa de los interesados que sean identificables (artículos 49.3 y 52.1). Esta obligación recae sobre el Secretario Judicial desde la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, para apreciar desde esta perspectiva una lesión del derecho constitucional a una tutela judicial sin indefensión han de concurrir los tres requisitos siguientes:

- a) Que quien no ha sido emplazado sea titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión.
- b) Que sea posible identificar a ese interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.
- c) Por último, que ese interesado haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no acontece cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto o cuando no se persona en el proceso por su propia falta de diligencia. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones».

Los recurrentes aquí eran perfectamente identificables, como propietarios de la parcela colindante con la demandante en el PO 1092/2011, tanto por la propia demandante, como por el Ayuntamiento demandado.

Y desde luego, la total falta de precisión de la Resolución municipal antes mentada, refiriéndose a 117 recursos sin precisión alguna, al menos de los recurrentes, no puede presumirse que sea una notificación que haya podido producir un conocimiento extraprocesal del concreto litigio por los aquí recurrentes.

**SÉPTIMO.-** La estimación del motivo de recurso nos obliga a estar a lo dispuesto en el art. 95.2 de la Ley Jurisdiccional, y en consecuencia, procede

ordenar la reposición de las actuaciones al momento anterior a la contestación a la demanda, para que con entrega del expediente administrativo se otorgue a la parte recurrente el plazo legalmente establecido para la contestación a la demanda y verificado dicho trámite, se prosiga con posterioridad la tramitación del proceso.

**OCTAVO.-** La estimación del recurso determina en este asunto, atendidas sus circunstancias, que no proceda hacer especial pronunciamiento ni en cuanto a las costas de la instancia, ni de esta sede casacional.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**PRIMERO.-** Haber lugar al recurso de casación formulado por la representación de [REDACTED] y [REDACTED] contra la Sentencia dictada el 11 de julio de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga , que casamos y anulamos.

**SEGUNDO.-** Se ordena la reposición de las actuaciones al momento anterior al emplazamiento del hoy recurrente, para que con entrega del expediente administrativo se otorgue a la misma el plazo legalmente establecido para la contestación a la demanda, y verificado el cumplimiento de ese trámite, se prosiga la tramitación del proceso.

**TERCERO.-** Sin costas conforme al último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D<sup>a</sup> Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

