

Roj: **STS 804/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:804**Id Cendoj: **28079130032015100064**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **06/03/2015**Nº de Recurso: **3127/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 13999/2012,**  
**STS 804/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil quince.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 3127/2012, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Gloria Rincón Mayoral en representación de la entidad PUERTO JOSÉ BANÚS SA, contra la Sentencia de fecha 20 de febrero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en el recurso número 1372/2006 . Han sido parte recurrida la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada por el Letrado de la Junta, y la EMPRESA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Paz Santamaría Zapata.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006, se acuerda entre otros la revisión del canon de la concesión administrativa de construcción y explotación del Puerto José Banús ocupando la parte de la zona marítimo terrestre comprendida entre el Río Verde y 400 metros al oeste del Espigón de Poniente Proyectado.

**SEGUNDO.-** Planteado recurso contencioso-administrativo, se siguió con el número 1372/06, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, que dictó Sentencia el 20 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva dice textualmente:

*<< FALLAMOS.- Declarar inadmisibile el presente Recurso interpuesto por Puerto José Banús SA contra la Resolución de 14 de junio de 2006 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, por el que se acuerda entre otros la revisión del canon de la Concesión Administrativa de Conservación y Explotación del "Puerto José Banús". Lo anterior sin efectuar una especial imposición de las costas procesales.>>*

Contra la referida Sentencia, la representación procesal de la entidad "Puerto José Banús SA", preparo recurso de casación que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, tuvo por preparado al tiempo que, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, compareció en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo la parte recurrente, que mediante escrito de interposición del recurso de casación de 24 de septiembre de 2012, expuso los siguientes dos motivos de casación:

Primero: Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y garantías procesales, produciendo indefensión.



Por infracción de los artículos 45.2.d), 45.3, 69.b) apartados 1 y 3 y 138 LJCA, 218 y 231 LEC, 11.3 LOPJ, en conexión con el Art. 24 CE. Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sala Tercera recaída en supuestos análogos: STS de 31 y 28 de mayo -RC 2895/2011 Y 3875/2010-, de 20 de enero de 2012 - RC 6878/2009 -; de 24 de mayo y 11 y 18 de marzo de 2011- RC 5256/2007, 1402/2007 y 1675/2007; de 20 de julio de 2010 -RC 5082/2006 -. Y la jurisprudencia relativa a la exigibilidad a las entidades mercantiles solo de los requisitos de los apartados a) y c) del art. 45.2 LRJCA, STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de diciembre de 2009 -R 73/2009 -, de 5 y 14 de mayo del mismo año -R.3307 y 3311/2008-, de 17 de junio de 2009 - R 3123/2008 - entre otras.

Segundo: Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, habiendo resultado infringidos los arts. 24 CE, 45.2.d), 138 LRJCA, 218 y 231 LEC, 11.3 LOPJ, puesto todo ello en conexión con el art. 24 CE e igualmente la Jurisprudencia aplicable e igualmente la Jurisprudencia aplicable del Tribunal Supremo en su Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo recaída en supuestos análogos. Se citan como infringidas entre otras las STS de 8 de junio de 2012 -R 3811/2011 -, 31 y 28 de mayo -RC 2895/2011 Y 3875/2010-, de 20 de enero de 2012 - RC 6878/2009 -; de 24 de mayo y 11 y 18 de marzo de 2011- RC 5256/2007, 1402/2007 y 1675/2007; de 20 de julio de 2010 -RC 5082/2006 -. Y la infracción del art. 231 LEC y lo establecido en el art. 128.1 LRJCA, en relación con la STC 220/2001, de 31 de octubre.

Terminando por suplicar dicte Sentencia que casando la recurrida, caso de que se estimara el motivo articulado bajo el art. 88.1.c) LJCA, o subsidiariamente resolviendo lo correspondiente respecto al formo del asunto, dictando Sentencia conforme a lo suplicado en la instancia, con imposición de costas de contrario y todo ello con cuantos demás pronunciamientos correspondan en Ley.

**CUARTO.-** Admitido el recurso de casación, la representación procesal de la recurrida Agencia Pública de Puertos de Andalucía, presentó escrito de oposición al recurso en fecha 14 de enero de 2013, en el que suplica dicte Sentencia desestimatoria, declarando no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la recurrente, o subsidiariamente resuelva sobre las pretensiones planteadas en la instancia por la recurrente en sentido desestimatorio, asimismo con imposición de costas a ella.

La recurrida Junta de Andalucía, en su escrito de oposición de 16 de enero de 2013, suplico a la Sala dicte sentencia por la que declare inadmisibile el recurso de casación y en su defecto, lo desestime, confirmando la sentencia impugnada.

**QUINTO.-** Estando señalado para votación y fallo el día 3 de marzo de 2015, la representación de la entidad recurrente presentó escrito de 15 de enero de 2015, en el que aporta testimonio de la Sentencia del Tribunal Supremo (Secc.2ª) de 3 de julio de 2014, en el Recurso de Casación nº 2977/2011, por la que se anula el Decreto 371/2004 de 1 de Junio de la Junta de Andalucía, por su especial incidencia en el presente procedimiento.

Por Providencia de fecha 2 de febrero de 2015 se acordó requerir a la entidad recurrente a fin de que manifieste la incidencia de dicha Sentencia pueda tener en el mantenimiento de su acción en el presente procedimiento.

**SEXTO .-** Mediante escrito de 11 de febrero de 2015 la representación procesal de la entidad Puerto José Banús SA, manifiesta que continúe el procedimiento y se dicte Sentencia conforme a lo suplicado.

**SÉPTIMO .-** Se ha deliberado el presente procedimiento el día 3 de marzo de 2015, en que estaba señalado para votación y fallo, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sociedad mercantil "Puerto José Banús S.A" interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Málaga de 20 de febrero de 2012, dictada en el recurso número 1372/2006, que declaro inadmisibile el recurso contenciosos deducido contra la resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006. Esta última resolución acuerda la revisión del canon de la concesión administrativa de construcción y explotación del Puerto José Banús ocupando la parte de la zona marítimo terrestre comprendida entre el río Verde y 400 metros al oeste del Espigón de Poniente Proyectoado.

La Sala de instancia acogió la excepción procesal opuesta por las partes demandadas, la Junta de Andalucía y la Empresa Publica de Puertos de Andalucía e inadmitió el recurso contencioso administrativo deducido contra la reseñada resolución de la de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006.



La declaración de inadmisibilidad del recurso se funda en la concurrencia de la causa contemplada en el apartado b) del artículo 69 de la Ley Jurisdiccional , por falta del acuerdo corporativo para recurrir exigido por el artículo 45.2 d), y el incumplimiento del deber de subsanación del artículo 138, ambos del mismo texto legal .

Las consideraciones jurídicas que la Sala expone en la Sentencia impugnada, tras transcribir las alegaciones de las partes demandadas son las siguientes:

<< [...] A la vista de lo actuado y de las alegaciones de las partes de la Sala debe decidir ahora lo que corresponda que no es sino dar la razón a las Administraciones actuantes puesto que una vez denunciada la causa de inadmisibilidad y comunicada al recurrente este no subsanó en debida forma pues únicamente presentó una certificación de la Secretaria del Consejo de Administración sin el Visto Bueno del Presidente del mismo y sin hacer constar ni acreditar que dicho órgano societario es quien tenía la facultad de decidir acerca de la interposición de los recursos no aportando para ello los Estatutos de la Sociedad. Sí los aportó después, cuando la codemandada volvió a denunciar la falta procesal y su incompleta subsanación. Y lo hizo además extemporáneamente, pasados los diez días a que hace referencia el art. 138.1 de la Ley Jurisdiccional para dicha subsanación que en este caso, además, ya ni siquiera era admisible al haberse dejado de aportar, en su momento, los estatutos societarios. >>

A continuación, la Sala se limita a reproducir Sentencia de esta Sala Tercera de 14 de julio de 2011 , tras la cual, y sin ningún otro razonamiento adicional, declara la inadmisión del recurso contencioso deducido por la sociedad "Puerto José Banús"

**SEGUNDO.-** La sociedad mercantil "Puerto José Banús" articula su recurso de casación mediante dos motivos, el primero acogido al cauce del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y el siguiente , formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la citada ley de la Jurisdicción . En ambos se denuncia que la interpretación hecha por la Sala del requisito procesal contemplado en el artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción errónea y que resulta excesivamente rigorista y desproporcionada, pues, se afirma, cierra la vía al proceso sin haber valorado adecuadamente la documental aportada y sin haber abierto anteriormente un trámite de subsanación como exige el artículo 138, apartados 1 y 2 de la Ley Jurisdiccional en supuestos como el que nos ocupa, interpretación que conculca el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 CE .

En el escrito de interposición se indica de forma expresa que el recurso de casación motivo se acoge al cauce de los apartados c ) y d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , tanto por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de los actos y garantías procesales produciendo indefensión, como por infracción de las normas del ordenamiento jurídico de carácter estatal y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Pues bien, la decisión de este recurso de casación ha de partir necesariamente del reproche a su defectuosa formulación, pues se articulan en dos diferentes motivos casacionales lo que en realidad constituye uno solo, vulnerando así la doctrina de esta Sala contraria a la invocación conjunta del mismo motivo en diferentes apartados del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

De los dos motivos de casación, el encauzamiento del primero en el apartado c) es claramente improcedente.

En Sentencia de 4 de mayo de 2004 (RC 2700/2001 ) , con criterio reiterado en las más recientes de 13 de noviembre de 2009 (RC 4761/2005 ) y 8 de junio de 2012 (RC 3811/2011 ) y 13 de noviembre de 2012, RC 6055/2010 ) ya dijimos que «cuando la sentencia declara la inadmisibilidad del recurso fundándose en el incumplimiento o la falta de presupuestos o requisitos procesales -como ocurre en el caso ahora enjuiciado-, el cauce adecuado para plantear la infracción es el artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998 aplicable a este recurso de casación por razones temporales». Por ello: «No puede canalizarse este supuesto mediante el motivo que ampara el quebrantamiento de las formas procesales (artículo 88.1 c)), pues éste se refiere a los vicios *in procedendo* [en el procedimiento] en que pueda incurrirse por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales durante la tramitación del proceso o por infracción de las normas reguladoras de la sentencia al dictar ésta, pero no a la aplicación de las normas procesales efectuada en la sentencia para apreciar la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para interponer el recurso contencioso-administrativo. La posible infracción de las normas del ordenamiento jurídico infringidas al resolver la cuestión planteada acerca de la posible inadmisibilidad del recurso constituye en este supuesto un vicio *in iudicando* [en el enjuiciamiento], como son los que se cometen al enjuiciar el *thema decidendi* [cuestión que debe resolverse]».

**TERCERO.-** El motivo segundo formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , se refiere al cumplimiento del requisito del acuerdo corporativo para recurrir conforme a la jurisprudencia mantenida por esta Sala a partir de la Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008 (RC 4755/2005 ),



interpretativa del artículo 45.2.d) LJCA y de las consecuencias en orden a la subsanación que derivan del artículo 138. Por tanto, ambos motivos deben examinarse conjuntamente y, por las razones que exponemos, merecen ser acogidos.

En la Sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de noviembre de 2005 (RC 4755/2005 ) examinamos las circunstancias que rodean la eventual subsanación del requisito procesal del artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción . Sobre la potestad de la Sala de instancia de apreciar el incumplimiento del requisito y declarar la inadmisibilidad del recurso sin previo requerimiento de subsanación del artículo 138, dijimos: «Una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar Sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución ».

Esta doctrina ha sido matizada y completada con posterioridad, entre otras por la Sentencia de 29 de enero de 2008 (RC 62/2004 ) que reproduce en este caso la Sala de instancia, así como por las SSTs 31 de enero de 2007 (RC 5167/2003 ), 6 de febrero de 2007 (RC 4283/2003 ) y 2 de julio de 2008 (RC 4029/2004 ), las cuales destacan que la falta de requerimiento de subsanación por la Sala es susceptible de provocar indefensión cuando la alegación del defecto procesal fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos por la parte recurrente.

En la misma línea, las SSTs de 20 de julio de 2010 (RC 5082/2006 ), 11 de marzo de 2011 (RC 1402/2007 ), 18 de marzo de 2011 (RC 1657/2007 ) y 24 de mayo de 2011 (RC 5256/2007 ), reproducen la puntualización contenida en la primera de ellas en este sentido: «Es cierto que en esa sentencia (la recaída en el recurso de casación 4755 de 2005) esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado que, si cualquiera de las partes hiciese patente el defecto subsanable y de tal alegación se hubiese dado traslado a quien lo debe subsanar sin que ésta lo llevase a cabo o alegase que no procede la subsanación, cabe pronunciar sentencia de inadmisión por el desinterés evidenciado con la conducta de quien ha incurrido en el aludido defecto, pero si éste reacciona y sostiene que el vicio o defecto no existe, la Sala, para poder basar su sentencia en el defecto denunciado, debe previamente requerir a la parte para que lo subsane, según establece el citado artículo 138 de la Ley Jurisdiccional ».

La Sentencia en la que se apoya la Sala de instancia para resolver la causa de inadmisibilidad es la de esta Sala Tercera 14 de julio de 2011, (RC 4692/2011 ) en la que se interpreta -en atención a las singulares circunstancias concurrentes- el alcance del requisito procesal del artículo 45.2.d) y la posibilidad de su subsanación. En ella se analizaba un supuesto en el que, alegada la objeción de inadmisibilidad ex artículo 45.2 d) LJCA , la parte demandante no procedió a discutir o a intentar rebatir tal alegación. Así se razona en la sentencia: << *La Administración ahora recurrente en su escrito de contestación a la demanda, alegó la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo al amparo del artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional , haciendo referencia a que si bien la Federación recurrente en instancia había aportado el documento acreditativo del acuerdo adoptado para entablar acciones, no quedaba acreditado que en virtud de sus propias normas o estatutos la decisión adoptada correspondía al órgano que efectivamente lo hizo, sin que frente a tal alegación la representación procesal de la parte ahora recurrida procediera a subsanar esa falta de justificación que de contrario le fue opuesta*>>. Y a esta Sentencia han seguido otras, que examinan la posibilidad de susbsanación en supuestos de inobservancia de este presupuesto procesal en atención a las peculiares circunstancias procesales, así cabe mencionar las Sentencias de 13 de noviembre de 2012 (RC 6055/2010 ) 12 de septiembre de 2013 (RC 31/2010 ) 31 de mayo de 2013 (RC 1669/2010 ) 27 de noviembre de 2014 (RC 4276/2011 ) 9 de febrero de 2015 (RC 1394/2013 ) y 19 de febrero de 2015 (RC 4696/2011 ).

Finalmente, por regla general, el desconocimiento de las disposiciones estatutarias relativas al ejercicio de acciones judiciales impide apreciar si el acuerdo para recurrir fue tomado por el órgano competente, pero tal omisión puede ser suplida mediante la inserción en el acta notarial de apoderamiento de las estipulaciones de los estatutos que atribuyen esta facultad al poderdante. Ahora bien, la mera manifestación del Notario de que los administradores sociales ostentan capacidad para otorgar el apoderamiento no subsana tal ausencia ( Sentencias de 8 de septiembre de 2011, RC 2318/2008 , y 2 de febrero de 2012, RC 2411/2009 , 13 de Noviembre de 2012 R.C 6055/2010 ).

**CUARTO.-** En lo que aquí respecta, conviene reseñar las singulares vicisitudes procesales que han afectado al cumplimiento de este requisito procesal por parte de la recurrente "Puerto José Banús SA".

Así, con el escrito de interposición del recurso se adjuntó el poder para pleitos otorgado por el Consejero Delegado de la sociedad mercantil entonces demandante y ahora recurrente en casación, "Puerto José Banús SA".



Formalizada demanda y dado traslado de la misma a las partes demandadas, la Junta de Andalucía adujo en su escrito de contestación a la demanda que presentó el día 16 de julio de 2010 que el recurso contencioso administrativo era inadmisibile por no haber cumplido la sociedad recurrente lo dispuesto en el artículo 45.2 d) de la ley de la Jurisdicción .

Por diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2010 se tuvo por contestada la demanda por la Junta de Andalucía y se acordó dar traslado a la parte codemandada, la Agencia Pública de Puertos de Andalucía. Se notificó tal diligencia a la representación de la sociedad recurrente el 9 de septiembre siguiente.

El día 16 de septiembre siguiente, la representación de la sociedad "Puerto José Banús" presentó un escrito acompañando el acuerdo de interposición del recurso contencioso administrativo "adoptado por órgano facultado para ello conforme a su régimen". Este consistía en un certificado expedido el 11 de septiembre de 2006, por la Secretaria del Consejo de Administración de la sociedad indicada, en el que se decía que en la sesión celebrada el mismo día, se adoptó por unanimidad de todos los miembros interponer el recurso contenciosos que nos ocupa, contra la revisión del canon de la concesión administrativa del <<Puerto José Banús>>.

El día 11 de octubre de 2010 se presenta el escrito de contestación de la codemandada, la Agencia Pública de Puertos de Andalucía. En su primera alegación se mantenía la inadmisibilidat del recurso ex artículo 69 b) de la Ley Jurisdiccional , por considerar que el acuerdo societario aportado el 11 de septiembre de 2006 por la entonces actora no era suficiente para entender acreditado el requisito, dado que no constan los Estatutos de la sociedad y <<se desconocen las facultades de este órgano de administración>>. No figura en autos la fecha en que se dió traslado de la contestación de la codemandada a la representación de <<Puerto José Banús>>

Recibido el pleito a prueba por Auto de 13 de octubre de 2010, notificado el 18 siguiente, se concedió un plazo de 15 días a las partes personadas.

Por la representación de <<Puerto José Banús S.A>> se presentó un escrito el 5 de noviembre de 2010 en el que se afirmaba la suficiencia de la certificación aportada para la observancia del artículo 45.2 d) LJCA . No obstante, se decía en el apartado tercero de dicho escrito, al objeto de evitar la dilación del procedimiento se acompañaron tres documentos, consistentes en Copia de Escritura Notarial de adaptación de estatutos a la Ley de sociedades, con renuncia y nombramiento de Consejeros (Documento número 1) Copia de Escritura Notarial de cambio de denominación (Documento número 2) y Certificado societario emitido por el Secretario y con el Visto Bueno del Presidente (Documento número 3). Finalmente, para el caso de no ser suficiente la documentación para acreditar la voluntad de recurrir, se interesaba la concesión de un trámite de subsanación.

Esto es, una vez tomada conocimiento de la causa de inadmisibilidat opuesta por la Junta de Andalucía, se aportó de forma diligente por <<Puerto José Banús>>, un certificado del acuerdo societario para recurrir, y denunciada nuevamente por la Agencia Pública de Puertos codemandada la insuficiencia de dichos documentos para acreditar el acuerdo para recurrir, en el trámite procesal siguiente, y con finalidad subsanatoria, dicha sociedad actora presentó un escrito al que se acompañaba nueva documentación, entre la que se encontraba los Estatutos de la sociedad y el certificado expedido el 11 de septiembre de 2006 por la Secretaria del Consejo de Administración de Puerto José Banús, en el que figuraba el Visto Bueno del Presidente y en el que se hacía constar que se acordó por unanimidad de todos sus miembros la interposición del recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Consejera de Obras Publicas y Transporte de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006.

Iniciado el trámite de conclusiones, la Junta de Andalucía presenta su escrito insistiendo en la inobservancia del requisito procesal mencionado <<por no haber sido debidamente subsanado en el plazo de diez días siguientes al de la notificación de la contestación de la demanda formulando tal alegación>>.

La Agencia Pública de Puertos de Andalucía presentó su escrito de conclusiones el 30 de marzo de 2011. En él reitero su alegación de inadmisibilidat del recurso de casación al haberse incumplido por Puerto José Banús SA lo dispuesto en el artículo 45.2 d) LJCA . Insistió dicha representación en que el certificado aportado en el período probatorio era insuficiente para acreditar tal requisito formal, pues no se adjuntó con el mismo copia de los Estatutos de dicha mercantil de los que resultara que quien adoptó la decisión para recurrir tenía facultades y estaba habilitado para ello.

Finalmente, la Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga dictó Sentencia el 20 de febrero de 2012, en el recurso número 1372/2006 , y declaró inadmisibile el recurso contencioso deducido por <<Puerto José Banús>> contra la resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006, pues, en síntesis, aún cuando se aportó el certificado del acuerdo y los Estatutos de la sociedad, dicha aportación era extemporánea al haber transcurrido el plazo de diez días del artículo 138 LJCA y al no haberse adjuntado, en momento oportuno, los Estatutos societarios.



Pues bien, la aportación documental por la parte recurrente ha de considerarse suficiente para acreditar el cumplimiento de este presupuesto procesal. Se acompañó en el trámite procesal hábil una certificación expedida el 11 de septiembre de 2006 por la Señora Secretaria del Consejo de Administración de Puerto José Banús SA en la que figuraba el Visto Bueno del Presidente en la que se hacía constar que se acordó por unanimidad de todos los miembros del Consejo de Administración la interposición del recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Consejera de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía de 14 de junio de 2006. Y respecto a sí este órgano tenía capacidad para decidir el ejercicio de la concreta acción judicial de que se trata, figuraba entre los documentos incorporados en el segundo de los escritos de la sociedad recurrente copia de las disposiciones estatutarias que permitían conocer cual era el órgano competente para decidir la interposición de la acción deducida en el pleito. Y particularmente, el artículo 14 de dichos Estatutos autorizaba al Consejo de Administración -en términos generales- a actuar en ese sentido.

**QUINTO** .- Así pues, cabe concluir que la parte recurrente actuó de forma diligente, pues una vez tuvo conocimiento de la alegación de la Junta de Andalucía adjuntó un certificado del acuerdo para recurrir adoptado por el Consejo de Administración de Puerto Banús SA y después, cuando la Agencia Pública codemandada reiteró su objeción procesal, adjuntó el certificado de la Señora Secretaria del Consejo de Administración autorizando la decisión de interponer el recurso contencioso administrativo con el Visto Bueno del Presidente, acompañando entre otros, los Estatutos de la sociedad que permitían comprobar qué órgano era el competente para decidir la interposición de la acción.

La parte recurrente mantuvo, pues, una conducta procesal activa y diligente y procedió a subsanar el defecto advertido acompañando los documentos que, en efecto, acreditaban el presupuesto del artículo 45.2 d) LJCA . La actuación de la parte recurrente se realizó en tiempo hábil, y no cabe compartir la afirmación de la Sala de Málaga, que, pese a observar el carácter completo de la documental declara, no obstante, su extemporaneidad al considerar que ya no cabía suplir la ausencia de los Estatutos. Esta interpretación no se corresponde con los datos del proceso, pues no consta ni figura el momento exacto en el que se dió traslado a la sociedad <<Puerto José Banús>> del escrito de la codemandada en el que se denunciaba el *deficit* de la documentación incorporada y, por tanto, la falta de determinación de esa fecha, no permite sustentar válidamente la declaración de extemporaneidad.

Y es claro que la Sala no sólo aplicó indebidamente un plazo procesal, sino que, además, no tomó en consideración la actitud diligente y activa de la recurrente, que combatió la alegación de inadmisibilidad desde el primer momento y acompañó toda la documentación, incluidos los Estatutos societarios, que justificaban la adopción del acuerdo para recurrir por el órgano competente, cumpliéndose en ese momento los requisitos procesales que determinaban la viabilidad de la acción. Y, en fin, si la Sala de instancia hubiera albergado alguna duda, con arreglo a nuestra jurisprudencia, debió requerir a la sociedad entonces actora y darle la oportunidad de subsanar dicho requisito, evitando así la grave consecuencia de no resolver sobre el fondo. En consecuencia, es preciso casar la Sentencia.

**SEXTO**.- Establecido así que la Sentencia recurrida debe ser casada, por acogimiento del motivo de casación segundo, procede entrar a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate ex artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción .

Iniciando ya el examen de la controversia de fondo, se desprende del escrito de interposición y del suplico de la demanda que el objeto del recurso contencioso administrativo era la resolución de 14 de junio de 2006 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía que acuerda la revisión del canon de concesión administrativa de Construcción y Explotación de el "Puerto José Banús". Dicha resolución se dicta de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 371/2004, de 1 de junio de la Junta de Andalucía, por el que se regulan los cánones de las concesiones de los Puertos e Instalaciones Portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la demanda formulada por la sociedad "Puerto José Banús" se adujo en primer término la nulidad del mencionado Decreto de la Junta de Andalucía 371/2004, que amparaba el acto impugnado y <<la transmisibilidad al acto recurrido de la invalidez de la disposición general de sustento>>. Se argumentaba al respecto, la infracción del principio de reserva de Ley, de legalidad y de jerarquía normativa, su aplicación con carácter retroactivo y la infracción de la normativa estatal básica de contratación pública y el contrato concesional y en el suplico de la demanda se solicitaba, por lo que ahora interesa, que se dicte Sentencia por la que se declare nulo, dejándolo sin efecto, el acto impugnado, declarando conforme al siguiente tenor :

*<<A) Que por los motivos expuestos, resulta íntegramente nulo el Decreto 371/2004 y específicamente se insta la nulidad de los arts. 1 , 2 , 3 , 4 , 8 , 9 , 11 , 12 , 14 y DT Única y en consecuencia, es nula la Resolución de 14 de junio de 2006 de la Excm. Sra. Consejera de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, por el que se acuerda el establecimiento del nuevo canon a la actora y mi representada y las determinaciones que a ella se anudan así como los posteriores actos de concreción y aplicación>>. Siendo las demás peticiones subsidiarias respecto a la anterior principal.*



La controversia jurídica sobre la validez del Decreto 371/2004, de 1 de junio, de la Junta de Andalucía se ha resuelto en la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo de fecha de 3 de julio de 2014 (RC 2977/2011), aportada a autos por la parte recurrente de la que se dio traslado a las partes procesales de este recurso. En esta Sentencia se estima el recurso deducido por la entidad <<Puerto Sotogrande>> y se anula el Decreto 371/2004, de 1 de junio, de la Junta de Andalucía al que hemos hecho mención. En esta Sentencia de 3 de julio de 2014 se expresan las siguientes consideraciones jurídicas:

*<< A la vista de los términos del Decreto 371/2004, no puede más que concluirse que no estamos ante una simple modificación o puesta al día de la cuantificación de la tasa de escaso alcance, sino de su implantación completa y acabada, en la que se establecen y concretan criterios, reglas, parámetros y categorías esenciales para su cuantificación, al punto que desciende a determinar el valor de mercado en los casos previstos legalmente, y todo ello sin ofrecer la más mínima explicación o justificación del resultado obtenido y plasmado en el Decreto, en tanto que como se dejó dicho se prescinde absolutamente de la memoria económico-financiera, y esta omisión en atención al caso concreto vicia de nulidad el propio Decreto. Estimado este motivo casacional que conlleva la declaración de nulidad del Decreto ..>>*

Pues bien, dado que lo que se impugnó en el recurso deducido en la instancia era la resolución de 14 de junio de 2006 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía que acuerda la revisión del canon de concesión administrativa de Construcción y Explotación, resolución que se dicta al amparo del Decreto 371/2004, de 1 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha sido anulado por la reseñada Sentencia de este Tribunal Supremo por las razones expuestas, procede, en consecuencia, estimar el recurso contencioso deducido por la sociedad <<Puerto José Banús SA>>, declarar nulo el Decreto 371/2004 de 1 de junio y, en la medida que dicho Decreto daba cobertura jurídica a la resolución directamente combatida, declaramos la nulidad de la Resolución de 14 de junio de 2006 de la Sra. Consejera de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda el establecimiento del nuevo canon a <<Puerto José Banús>>, así como las determinaciones que a ella se anudan, y los posteriores actos de concreción y aplicación.

**SÉPTIMO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer a ninguna de las partes las costas procesales de la primera instancia ni del presente recurso de casación.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## FALLAMOS

**PRIMERO**.- HA LUGAR al recurso de casación número 3127/2012, interpuesto por la sociedad "PUERTO JOSE BANÚS SA", contra la Sentencia de 20 de febrero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, en el recurso contencioso-administrativo núm 1372/06, que casamos.

**SEGUNDO**.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo 1372/06, formulado por la sociedad mercantil <<Puerto José Banús >> y reiterando la declaración de nulidad del Decreto 371/2004, de 1 de junio de la Junta de Andalucía, en consecuencia, anulamos la Resolución de 14 de junio de 2006 de la Sra. Consejera de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda el establecimiento del nuevo canon a <<Puerto José Banús>> y las determinaciones que a ella se anudan, así como los posteriores actos de concreción y aplicación.

**TERCERO**.- No hacemos imposición de las costas causadas ni en el presente recurso de casación, ni las producidas en la instancia.

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 .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.