

El TSJ de Andalucía reitera que la actuación ante órganos unipersonales, la designación de letrado por el turno de oficio no excluye la exigencia de la representación mediante poder o comparecencia “apud acta”

Confirma la Sala el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que resolvió archivar las actuaciones seguidas ante el mismo por no haber subsanado el recurrente el defecto de falta de representación.

En contra de lo manifestado por la parte actora, la mera designación del turno de oficio -como es el caso- no incorpora la manifestación de voluntad de ejercer la acción, ni puede entenderse implícita en la mentada designación; manifestación de voluntad que el TC considera imprescindible. Por su parte el TS ha resuelto de manera reiterada la cuestión examinada en el sentido de que en la actuación ante órganos unipersonales la designación de letrado del turno de oficio no excluye la exigencia de otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia “apud acta”.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 1.ª

SENTENCIA 4441/2021, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2021

RECURSO Núm: 5095/2019

Ponente Excmo. Sr. JESUS RIVERA FERNANDEZ

En la ciudad de Granada, a veintidós de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el rollo de apelación número 5095/2019, dimanante del procedimiento abreviado número 841/2019, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada, de cuantía indeterminada, siendo parte apelante DON Carlos Jesús, representado por la procuradora de los tribunales D.ª María Luisa Rodríguez Noguerras, y dirigido por la letrada D.ª Ana María Román Costela.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Rivera Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó auto en fecha 18 de junio de 2019, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.- Tras ser admitido por el Juzgado, se elevaron las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon conclusas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

TERCERO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación el auto de fecha 18 de junio de 2019, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada, por el que se resolvió archivar las actuaciones seguidas en la instancia por no haber subsanado el recurrente el defecto de falta de representación

Se pretendía impugnar la Resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía, de fecha 21 de marzo de 2019, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la Comisaría de Policía de Motril (competencia delegada por la Subdelegación del Gobierno en Granada mediante Resolución de fecha 11 de diciembre de 2003), de fecha 25 de septiembre de 2018, que acordó la devolución del extranjero a su país de origen, Gineea Conakry.

SEGUNDO.- La tesis de la parte apelante se contrae a que, producida la designación de procurador o abogado del turno de oficio, hay que entender conferida al mismo la representación, siendo superflua reiterarla mediante escritura de poder notarial o comparecencia apud acta.

La Sala no comparte en absoluto la expresada tesis, pues la mera designación del turno de oficio no incorpora la manifestación de voluntad del recurrente de ejercer la acción, ni puede entenderse implícita en la mentada designación.

La Sala tiene que subrayar, en primer lugar, que la representación por procurador designado del turno de oficio no colma el requisito de postulación procesal en la primera instancia, pues, sobre no ser preceptiva la intervención de procurador ex artículo 23.1 de la Ley de nuestra Jurisdicción, el derecho que reconoce la Ley 1/996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, de acuerdo con lo establecido en su artículo 6.3, comprende, entre otras y en lo que interesa, la prestación de *"defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) su intervención sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso"*.

Debe partirse, además, de que el acto que confiere la representación es personalísimo y solo puede ser sustituido por la designación *ex lege* o por nombramiento judicial en los casos previstos en la Ley. En el caso enjuiciado, no consta el necesario acto de apoderamiento, y la designación de oficio por colegio profesional no confiere, por sí mismo, la representación del legitimado, ya sea un abogado -agible en la primera instancia ex artículo 23.1 de la Ley Jurisdiccional- ya sea un procurador.

En suma, la designación de oficio del procurador por el turno de oficio no es título suficiente para acreditar la representación procesal en tanto que no hay constancia expresa de la voluntad del demandante de ejercitar la acción judicial en el caso concreto ni la presentación de la solicitud del extranjero del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este sentido, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, dispone que *"en los procesos contencioso- administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen. A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente"*.

Sobre la necesidad de que conste la voluntad del extranjero de ejercitar la acción judicial en poder notarial o mediante apoderamiento apud acta, se ha pronunciado la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2011 (recurso de casación en interés de ley 76/2009; ponente, Excmo. Sr. Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), en cuyo fundamento jurídico quinto, entre otras cosas, dejó dicho:

"(...) Procede, asimismo, advertir que la resolución judicial recurrida no puede calificarse de gravemente dañosa para el interés general, en cuanto apreciamos que no incide lesivamente en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos ciudadanos extranjeros, afectados por una resolución de denegación de entrada en territorio español, para que no sean desprovistos de su derecho de acceder a la jurisdicción ni del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en la medida que pueda ejercer estos derechos cumplimentando el requisito de postulación, establecido en el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en los artículos 23 y 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que no podemos fijar la doctrina legal de que la designación de oficio del Abogado conlleve, en los supuestos contemplados por el Colegio de Abogados de Madrid, la representación del litigante, sin excepcionar lo dispuesto en estas disposiciones legales de carácter procesal, que vinculan a los órganos judiciales.

El extranjero, al que se le niega la entrada en territorio español por un puesto fronterizo, tiene la protección jurídica que el ordenamiento dispensa y, en concreto, según advierte el Tribunal Constitucional en la sentencia 72/2005, de 4 de abril (RA 5291/2001), a que se le notifique la resolución gubernativa y que se le informe de los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueda interponer y a la asistencia letrada, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo el interesado el que puede instar del profesional que le defienda el ejercicio de las acciones que procedan en defensa de sus derechos e intereses legítimos, conforme a lo regulado en las Leyes procesales, con la finalidad de que el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva no tenga un carácter meramente teórico o ilusorio, puesto que el objetivo que consiste en impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio español no puede realizarse sacrificando el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza (...)"

En relación con la tesis defendida por extranjeros apelantes contraída a que, producida la designación de Abogado del turno de oficio, hay que entender conferida al mismo la representación, siendo superflua reiterarla mediante escritura de poder notarial o comparecencia apud acta, hemos dicho reiteradamente (por todas, sentencia 37/2019, de 17 de enero de 2019, dictada en el recurso de apelación 719/2018) que "... la mera designación del turno de oficio no incorpora la manifestación de voluntad del recurrente de ejercer la acción, ni puede entenderse implícita en la mentada designación".

Citábamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia 685/2008, de 30 de mayo de 2008 (recurso de apelación 560/2008), que señalaba en sus fundamentos jurídicos primero y segundo lo que sigue:

""PRIMERO.- Se plantea en esta apelación el problema consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo con la única firma del Letrado que fue designado para actuar en el procedimiento administrativo previo.

Entiende el Letrado recurrente que la representación que ostenta en fase administrativa debe extenderse a la fase judicial, pues de lo contrario el derecho a asistencia letrada quedaría vacío de contenido.

El enjuiciamiento del problema planteado debe hacerse desde la perspectiva que ofrece el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 diciembre 2002, en la que se dice: "La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa exige en su art. 23 que las partes, cuando actúen ante órganos

unipersonales, sean asistidas por Abogado y que confieran su representación al mismo Abogado o a un Procurador, permitiendo a los funcionarios comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios cuando se refieran a cuestiones de personal distintas a la separación del servicio de empleados inamovibles. La acreditación del cumplimiento de este requisito de postulación ha de efectuarse al interponer el recurso, pues, a tenor del art. 45 LJCA, al escrito de interposición ha de acompañarse el documento que acredita la representación del compareciente. Ahora bien, en el propio núm. 3 del mismo artículo se prevé, no sólo que la omisión de tal acreditación es subsanable, sino que tras su apreciación es obligación del órgano judicial requerir su subsanación antes de anudar a su incumplimiento el cierre del proceso: "el Juzgado o Sala examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si con éste no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Juzgado o Sala estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, y si no lo hace, se ordenará el archivo de las actuaciones".

Tal precepto es de aplicación a los recursos que (...) se tramitan por el procedimiento abreviado, no sólo por el carácter supletorio que tienen las normas generales a tenor del art. 78.23 LJCA, sino también porque el núm. 2 de dicho artículo ordena acompañar a la demanda inicial los documentos previstos en el art. 45.2 LJCA, entre los cuales se encuentra, como ya se dijo, el que acredite la representación del compareciente, con lo que fácilmente se colige que idénticas consecuencias se seguirán de un defectuoso cumplimiento de esta carga. A tal propósito conviene advertir que no se trata de discutir si la subsanación se refiere a la acreditación del apoderamiento o a la existencia misma del apoderamiento, pues defecto subsanable es todo aquél que afecte a la validez de la comparecencia..."

Del estudio de las actuaciones se desprende que el Juzgado a quo se ha acomodado a esta doctrina en cuanto que al haber apreciado un defecto de postulación ha abierto el trámite de subsanación y, entendiendo que no ha sido subsanado el defecto referido, ha dictado la resolución de archivo que se establece en el artículo 45.3 de la Ley Jurisdiccional.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa queda, a la vista de lo expresado, reducida a precisar si el defecto de postulación que ha dado lugar al auto de archivo que se recurre en apelación existía o no existía, y si el trámite de subsanación conferido se cumplió o no. Como se expuso anteriormente, entiende el Letrado recurrente que la representación que ostenta en fase administrativa debe extenderse a la fase judicial, que el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos que se tramitan por el cauce del artículo 78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción *se extiende únicamente a la designación de Letrado, por lo que cabe la posibilidad de que el Letrado asuma la dirección técnica y la representación del interesado.*

Estos argumentos de la recurrente no se pueden compartir por el Tribunal. En efecto, una cosa es que el Letrado sea designado para la asistencia jurídica del recurrente y otra que esa designación lleve en ella la representación a que se refiere el citado artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción. *Este precepto de la Ley de la Jurisdicción regula la postulación que se exige para actuar válida y eficazmente ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para lo que obliga a que el sujeto parte en el proceso acuda representado por Abogado o por Procurador, si se trata de un órgano unipersonal, o por Procurador si se trata de un órgano colegiado. Una cosa es la asistencia letrada y otra la representación. En efecto, dispone el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que "Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o*

expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice." Se puede observar que este precepto se remite a la legislación sobre asistencia jurídica gratuita, y en la norma que la regula, la Ley 1/1996, de 10 de enero, el artículo 6 distingue claramente ambas facetas, cuando dispone que el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende, entre otras prestaciones, la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso. Distinción que se confirma en el artículo 27 de la misma Ley.

Se observa, por tanto, que el Abogado no asume por determinación de la norma la representación ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sino que para ello es necesario que se le apodere expresamente, ya sea mediante designación apud acta en el Juzgado, o ya sea mediante otorgamiento de poder de representación a su favor. Por ello, el trámite de subsanación acordado por el Juzgado era correcto y ajustado a las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional antes referida. El criterio expuesto ha sido ratificado por el Tribunal, en todas sus Secciones, por Sentencia del Pleno de aquél de 30 de abril de 2007 "" "".

Por su parte, la sentencia de la misma Sala 1519/2009, de 22 de julio de 2009 (recurso de apelación 735/2009), de igual modo señalaba en su fundamento jurídico primero cuanto se transcribe:

"" ""Conviene recordar al Letrado/a apelante que quien decide acudir a los Tribunales, instando la tutela judicial de su derecho, es el afectado por la Resolución administrativa que se impugna. Luego, para iniciar un proceso en nombre y por cuenta de otro (sea, o no, Letrado) lo primero que hay que acreditar es que se actúa por cuenta y en nombre del legitimado y ese mandato representativo (salvo que se ostente una representación legalmente conferida, circunstancia que aquí no acontece), para que tenga virtualidad procesal, ha de conferirse mediante poder otorgado ante Notario (art. 24 de la LEC, de aplicación supletoria, disposición Final Primera LJCA), y, si el mandante reside en el extranjero, en el Consulado de España del país de residencia, pues conforme al art. 5.f) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1962 (en vigor desde el 19 de marzo de 1967) en relación con el Anexo III del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento Notarial, es función consular "actuar en calidad de notario", o, bien, mediante comparecencia ante el Secretario Judicial que conozca o vaya a conocer del pleito, si esa representación en juicio se otorga a los profesionales que tienen reconocido poder de postulación, o, por último, y en razón de que en los procesos seguidos ante los órganos jurisdiccionales unipersonales no es preceptiva la representación técnica (art. 23.1 LJCA), bastará con que se firme la demanda, junto con el Letrado, por el propio afectado por la Resolución.

El Letrado/a -ya sea designado/a, o no, por el turno de oficio- no tiene otra función en el proceso que la propia de su profesión (arts. 542.1 LOPJ, 31.1 LEC y 1.1 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/01, de 22 de junio): dirección y defensa de la parte en el proceso y asesoramiento y consejo jurídico, siempre, claro está, supeditado a la voluntad y decisión del titular del derecho de acción, único que tiene la facultad de iniciar el proceso y al que defiende.

Y la falta de ese mandato representativo no puede ser suplida por la designación de un Procurador de turno de oficio, pues, aparte de que no procede tal designación al no ser preceptiva su intervención en los procesos que se desarrollan ante los Juzgados, y que la solicitud ha de realizarla el propio interesado o un tercero con mandato representativo de aquél (previa justificación, en todo caso, de la insuficiencia de medios económicos en los términos legalmente establecidos por la Ley 1/96), es que el Procurador designado por el turno de oficio no tiene otro cometido que el de integrar la incapacidad de postulación (desde la vertiente de representación procesal) de quien, siendo el titular del derecho de acción o a la tutela judicial efectiva, ha impetrado ésta en la forma y con los requisitos

legalmente exigidos por las Leyes procesales. Es el representante procesal del recurrente (una vez haya ejercido su derecho de acción) en su actuación ante los órganos jurisdiccionales, pero no ostenta mandato representativo de clase alguna del titular de la acción que le habilite para iniciar el proceso o subsanar ese defecto de representación sustantiva, salvo, claro está que aquél se lo otorgue específicamente en la forma a la que más arriba aludíamos.

En este sentido, no está de más recordar tres Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Primera) de 4, 7 y dos del 11 de julio de 2005, en los que se declara: "establecido que la legitimación para interponer el recurso contencioso- administrativo la ostenta D. Alberto, para personarse e interponer el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, aquél debe conferir su representación a un Procurador y ser asistido de Letrado -ex artículo 23.2 de la LRJCA -, *pudiendo solicitar que se le nombren de oficio en los casos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, solicitud que deberá instar el propio interesado, al ostentar plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin que puedan aceptarse las alegaciones formuladas por el Letrado que interpone el recurso de queja, en las que manifiesta que el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, y la legitimación para ejercerlo, puede arrogárselo un tercero, sea letrado o no, por cuanto claramente establece nuestra Ley Jurisdiccional en su artículo 19.1.a), tal y como ya hemos dicho, que la legitimación ante este orden jurisdiccional la ostentan las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo; sin que pueda confundirse la titularidad de dicha legitimación con la representación y defensa de las partes regulada en el artículo 23 de dicha Ley y en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, normas que tienen por objeto regular la representación y defensa de las partes, pero que en modo alguno pueden justificar el traslado de la legitimación a un tercero..... "*

Por tanto, al no haberse subsanado el esencial defecto de falta de representación y careciendo de legitimación el/la Letrado/a, es absolutamente correcta la decisión del Juzgador de Instancia, sin que padezca ningún derecho del ciudadano extranjero cuya voluntad impugnatoria no consta en ningún momento, único legitimado para iniciar el proceso, circunstancia esencial que aquí no acontece y sigue sin concurrir al interponerse el recurso de apelación, motivo por el que, a juicio de esta Sala y Sección, incurría en idéntico vicio, por lo que, en puridad, debió haber sido también inadmitido a trámite en cuanto el Letrado no estaba legitimado para interponer dicho recurso y seguía sin acreditar la representación del ciudadano extranjero en cuyo nombre decía actuar.

Al efecto, no está de más recordar los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de esta cuestión:

"No resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, como se deduce de lo dispuesto en, entre otros preceptos, los arts. 542.1 y 543.1 LOPJ y en el párrafo primero del art. 15 LAJG, así como, habida cuenta de que el demandante no posee la nacionalidad española, de lo previsto en el art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social. Hemos dicho que *"" es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3), o del poder apud acta (STC 205/2001, FJ 5). Este Tribunal,.....ha desestimado o inadmitido recursos de amparo dirigidos, con invocación del art. 24.1 CE, contra decisiones judiciales de inadmisión dictadas en el orden contencioso-administrativo por falta de representación del Abogado (SSTC 205/2001, de 15 de octubre y 152/2002, de 15 de julio), si la parte no la acreditaba, una vez requerida para ello, o si no resultaba posible ofrecer la posibilidad de subsanación (ATC 276/2001, de 29 de octubre). En el caso que suscita la demanda no se acreditó que quien había interpuesto el recurso contencioso-administrativo ostentara la representación del supuesto recurrente,*

por lo que no cabe tachar de desproporcionados la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, una vez que la parte no atendió el requerimiento para subsanar los defectos de su comparecencia que le habían sido puestos de manifiesto. Esa consecuencia deriva del apartado 3 del art. 45 LJCA, que prevé expresamente que el Tribunal ha de examinar de oficio si ha presentado el recurrente los documentos relacionados en el apartado 2 del mismo art., entre los que se cuenta "el documento que acredite la representación del compareciente"....." (Providencia de la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2006). Y en el mismo sentido, entre otras muchísimas resoluciones del expresado Tribunal cabe citar también SSTC 58/05, de 14 de marzo, FJ3; 19/03, de 30 de enero FJ2, 45/04, de 23 de marzo, FJ4; ATC 430/04, de 12 de noviembre; ATC 276/01, de 29 de octubre STC 2/05, de 17 de enero, FJ 5; ATC 180/03, de 2 de junio, FJ 3; ATC 296/06, de 6 de septiembre FJ 6; AaTC 218/02, de 30 de octubre, FJ 2 y 24/04, de 26 de enero, FJ 4..... ""

Finalmente, esta Sección resolvió en el mismo sentido en la sentencia 985/2008, de 23 de junio de 2008 (recurso de apelación 1142/2007), en cuyos fundamentos jurídicos primero a cuarto se dejó dicho:

"" PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo n1 3 de los de Granada, dictada en el marco del procedimiento abreviado n1 911/06, en el que figuró como demandante D. Anton, y como Administración recurrida la Subdelegación del Gobierno en la susodicha ciudad.

En el indicado auto se vino en declarar el archivo del recurso contencioso-administrativo formulado por la Abogada Sra. Hernández Usero contra resolución de la referida autoridad, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Comisaria de Policía de Motril, que acordó la devolución del recurrente a su país.

La razón del sentido de la resolución judicial residió en la consideración de concurrir en el caso la falta de postulación procesal del referido letrado

SEGUNDO.- La apelación se interpone por la abogada mencionada, que rechaza la conclusión de falta de representación de la sentencia de instancia, sobre la base de que A... *fué designada en turno de oficio para asistencia al detenido... lo cual comporta, y así ha de ser interpretado, la encomienda de las gestiones necesarias para el triunfo de la pretensión, que en el caso empieza por interponer recurso de alzada contra la resolución administrativa de devolución..., con facultad de interponer el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la alzada contraria a los derechos del interesado, pues...sería absurdo que el derecho de justicia gratuita sólo comportara el derecho a interponer el recurso de alzada, finalizando ahí la correspondiente actuación.*

TERCERO.- Planteada así la cuestión, es preciso hacer constar que ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha venido a advertir que el derecho de acceso al proceso no puede arbitrarse de cualquier manera, sino que ha de hacerse por las vías procedimentales legalmente establecidas, mostrándose imprescindible a tal respecto la necesidad de exteriorización de la voluntad del actor de conceder el poder de postulación al letrado de que se trate, bien a través de su designación para asumir la representación y defensa correspondiente -mediante cualquiera de los medios admisibles-, bien mediante la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar, cuando la misma proceda; no pudiendo confundirse o asimilarse esta última institución, con la designación y asistencia de oficio en relación a posibles medidas cautelares privativas de libertad a adoptar en procedimientos de expulsión, al tratarse de instituciones de diferente naturaleza, aunque ambas dirigidas a garantizar la tutela judicial como actividad prestacional.

Siendo doctrina inconcusa la de que nadie puede atribuirse la representación de otro sin que le fuere conferida voluntariamente, no siendo dable en nuestro ordenamiento el ejercicio de acciones en

nombre de otro sin contar con la voluntad del interesado; así como la de que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico español que establezca una excepción específica para los extranjeros respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita para gozar del derecho, en orden a presentación de la solicitud, sustanciación del procedimiento con las pruebas que procedan y declaración o no del respectivo derecho.

CUARTO.- Sobre la base de tal doctrina, y advirtiéndose que en el caso de autos no se ha acreditado en forma alguna la inequívoca voluntad del extranjero de que se trata, de otorgar el oportuno poder de representación -obsérvese que ya fue expulsado de España con lo cual se hace imposible toda subsanación del defecto, o la circunstancia de la presencia del extranjero en el acto del juicio y que su domicilio, puede pensarse, no consta al letrado, ni siquiera mediante la constatación de hechos concluyentes, como pudiera ser el de la presentación en el curso del proceso de documentos de la exclusiva pertenencia del mismo, en demostración de la pertinente puesta en contacto y encomienda subsiguiente, no ha de entenderse procedente sino el dictado de una sentencia desestimatoria del recurso de apelación, con confirmación de la sentencia de instancia, en cuanto determinó la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo"''''.

Este criterio ha sido ratificado por ulteriores sentencias de esta Sección. Citaremos, entre otras, la sentencia 1102/2018, de 12 de junio de 2018, dictada en el recurso de apelación 1101/2017.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1135/2020, de 30 de julio de 2020 (recurso de casación 5628/2019; ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde), ha avalado el expresado criterio. En sus fundamentos jurídicos segundo y tercero razona:

''''SEGUNDO.- Debemos, pues, proceder a contestar a la cuestión que, en el supuesto de autos, plantea el ATS de admisión del recurso, y que consiste en "determinar si a efectos de la actuación ante órganos judiciales unipersonales, la designación de letrado por el turno de oficio excluye la exigencia de otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia apud acta".

Pues bien, nuestra respuesta ha de ratificar la doctrina contenida en nuestras recientes SSTs 1009/2020, de 16 de julio (RC 2196/2019) y 1077/2020, de 22 de julio (RC 5312/2019) *que resuelve el recurso de casación formulado ---con la misma finalidad que el presente--- en una situación similar a la de autos y en relación con una sentencia también similar y procedente de la Sala de lo Contencioso administrativo de Granada:*

"La cuestión que nos plantea el auto de admisión -si en la actuación ante órganos judiciales unipersonales la designación de letrado por el turno de oficio excluye la exigencia de otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia apud acta- fue resuelta ya por nuestra sentencia de 30 de junio de 2011, *dictada en el recurso de casación en interés de ley n.º 76/2009, formulado por el Colegio de Abogados de Madrid en el que se solicitaba, precisamente, que se declarara como doctrina legal que la designación de oficio de Abogado conlleva la representación, pretensión que fue rechazada por la Sala.*

En esta sentencia, en apretada síntesis, sostuvimos:

-*"la doctrina de esta Sala, que, de forma reiterada, sostiene, con base en la interpretación de los artículos 19.1 a) y 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso."*

-*"el derecho a la tutela judicial efectiva "no tiene un alcance absoluto o ilimitado, de modo que la decisión del juzgador de exigir el cumplimiento del requisito de acreditar la postulación del compareciente en juicio, impuesto por el artículo 45.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 23 LJCA, y sancionar su incumplimiento con la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, no es lesiva de este derecho fundamental, pues no supone negar injustificadamente el derecho de acceso a la jurisdicción, ya que el principio de seguridad jurídica, en sus proyección al proceso, requiere que la parte actora, que ostenta interés legítimo para ejercer las acciones contra la actuación de la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, confiera su representación, en las formas admitidas en Derecho, a un Procurador o al Abogado para que comparezca en juicio y actúe e intervenga en su nombre, en la medida en que constituye un presupuesto de la validez del proceso."*

-*la conclusión anterior "tampoco contradice ni vulnera el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos que lo disponga la Ley, respecto de quienes acrediten la insuficiencia de recursos económicos para litigar, garantizado por el artículo 119 de la Constitución, que constituye un derecho instrumental del derecho de acceso a la jurisdicción, pues no se impide al recurrente instar el derecho del beneficio de asistencia jurídica gratuita, conforme a las formalidades exigidas en el artículo 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en relación con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Al respecto, cabe significar que la reforma del citado artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, condiciona la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer recurso contencioso-administrativo, a la concurrencia de la manifestación expresa de la voluntad del interesado, afectado por la resolución que ponga fin a la vía administrativa en materia de resoluciones gubernativas de denegación de entrada, devolución o expulsión, de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pudiendo, en el supuesto de que se hallare el extranjero fuera de España, realizar la solicitud y, en su caso, la manifestación de voluntad de recurrir ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente."*

-*"cabe sostener, no obstante, un criterio interpretativo del artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, basado en el principio pro actione, que evite un excesivo rigorismo en la aplicación del requisito de acreditar la representación, impuesto por el artículo 45 de la LJCA, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, expuesto en la sentencia 125/2010, de 29 de noviembre, que no cuestiona que el incumplimiento del requisito judicial de aportación de poder determina irremediabilmente el archivo de las actuaciones, en el sentido de que el órgano judicial, aunque no puede excepcionar el cumplimiento del presupuesto procesal referido a la postulación, sí que, atendiendo a las circunstancias concretas, derivadas de la dificultad acreditada de comunicación del Letrado designado de oficio con su representado, pueda habilitar un plazo suplementario para la subsanación de este defecto procesal y formular la petición del beneficio de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo."*

Así pues, quien ostenta el derecho de acceso a la jurisdicción, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, es el propio interesado que es el legitimado para iniciar el proceso (art. 19 LJCA). *En este caso no consta su voluntad de interponer el recurso contencioso administrativo contra la resolución que acordó la devolución a su país de origen ya que la demanda aparece firmada sólo por el letrado. En estas circunstancias era necesario que dicho letrado acreditara la representación que se arrogaba (art. 45.2.a/ LJCA) en cualquiera de las formas establecidas en las leyes procesales (art. 24 LEC) ya que "es difícilmente rebatible la tesis de que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento*

habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3) o del poder apud acta (STC 205/2001, de 15 de octubre, FJ 5)" (ATC 296/2006).

Por ello, debe rechazarse el paralelismo que intenta construir el recurrente entre la designación de oficio de procurador y de letrado. El nombramiento de procurador de oficio hace innecesario el otorgamiento de poder de representación porque su nombramiento intenta suplir la ausencia de designación de un procurador concreto, pero parte de la voluntad del litigante de valerse de dicho profesional en un concreto proceso jurisdiccional, pues ha solicitado su designación para ello, para que le represente ante los tribunales, y su función exclusiva es esa representación procesal que se impone como preceptiva a través de dicho profesional en las leyes procesales. En cambio, la designación de letrado de oficio se efectúa para que asuma la defensa, de forma que si el interesado quiere hacer uso de la facultad que le ofrece el art. 23.1 LJCA *y atribuir su representación al letrado que ha sido designado para su defensa, debe manifestarlo así y atribuirle tal representación en la forma establecida en las leyes procesales. La propia designación colegial que obra aportada a los autos refleja que tiene por objeto "la defensa", que no la representación procesal del interesado, como no puede dejar de ser.*

Así pues, no habiéndose atribuido tal representación al letrado firmante de la demanda, no consta la voluntad de interponer el recurso por parte del verdadero legitimado para su interposición. Y esta ausencia de voluntad no puede ser suplida por el Juzgado e impide, asimismo, que pueda activarse el mecanismo de designación colegial de procurador de oficio previsto en el art. 21 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, *además de no ser imprescindible la intervención de procurador ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (art. 23.1 LJCA).*

Y en fin, en este caso no se ha puesto de manifiesto por el letrado actuante ninguna circunstancia particular que hubiera debido ser valorada por el Juzgado en orden a la posibilidad de conferir un plazo suplementario para dar cumplimiento al requisito establecido en el art. 45.2.a) LJCA *ya que nada se dijo a este respecto en la demanda ni en el plazo de diez días que se le dio por el Juzgado para subsanar el defecto de representación advertido ni, en fin, en el recurso de apelación que interpuso contra la decisión de archivo del Juzgado en el que argumentó, en términos similares a los expresados en el escrito de interposición del recurso de casación, sobre la suficiencia de la designación colegial de abogado de oficio para acreditar la representación, pero no se adujo ninguna circunstancia particular del recurrente que le dificultara acreditar la representación en el plazo conferido.*

Por todo ello, la falta de acreditación por el letrado de oficio de la representación que afirmaba ostentar no puede considerarse el incumplimiento de una mera formalidad procesal, sino la ausencia de un verdadero presupuesto del proceso atinente a la postulación procesal que debe cumplirse en la forma prevista por las leyes procesales, esto es, mediante un acto de atribución expresa de la representación, bien mediante poder notarial, bien mediante comparecencia apud acta (art. 24 LEC), *requisitos estos que rigen, tanto cuando asume la representación un letrado de libre designación como cuando la asume uno designado de oficio".*

TERCERO.- Por las mismas razones, procede que ratifiquemos la doctrina establecida en la STS 1009/2020, de 16 de julio (RC 2196/2019) y, *ya ratificada, en la STS 1077/2020, de 22 de julio (RC 5312/2019):*

"Que en la actuación ante órganos judiciales unipersonales la designación de letrado por el turno de oficio no excluye la exigencia de otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia apud acta"""".

Razones, todas las cuales, culminan en la desestimación del presente recurso de apelación.

TERCERO.- Conforme al artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a efectuar pronunciamiento respecto de las costas procesales que se hubiesen causado al

apreciarse "la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición", siendo la inexistencia de un criterio plenamente uniforme en el ámbito de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por DON Carlos Jesús contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada, de fecha 18 de junio de 2019, de que más arriba se ha hecho expresión, el que confirmamos por ser ajustado a derecho, y sin hacer expresa declaración sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024509519, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15.ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5.º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia, se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.