



Roj: **STSJ MU 222/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:222**

Id Cendoj: **30030330022015100080**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **06/02/2015**

Nº de Recurso: **257/2014**

Nº de Resolución: **93/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LEONOR ALONSO DIAZ-MARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00093/2015

ROLLO DE APELACIÓN núm. 257/2014

SENTENCIA núm. 93/2015

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech Presidente

D^a. Leonor Alonso Díaz Marta

D^a. Ascensión Martín Sánchez

Magistradas

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A n° 93/15

En Murcia, a seis de febrero de dos mil quince.

En el rollo de apelación nº 257/14 seguido por interposición de recurso de apelación contra el Auto de archivo de 25 de junio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia, recaído en el Procedimiento Abreviado nº 109/14, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante el Procurador Sr. Sevilla Navarro y la Letrada Sra. D^a. Salvadora Díaz Méndez, quienes dicen actuar en representación y como defensa de Juan Carlos, siendo también parte la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, sobre archivo de las actuaciones por no haber subsanado el extranjero la falta de ratificación expresa de su voluntad de recurrir.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. Leonor Alonso Díaz Marta, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia lo admitió a trámite y remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, que designó Magistrada Ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 30 de enero de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto apelado inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto y decreta el archivo de las actuaciones seguidas en el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Delegación del Gobierno de 14 de marzo de 2014, recaída en el expediente NUM000 , al no subsanar el defecto apreciado en el escrito de interposición referido a la falta de ratificación expresa de la voluntad de recurrir del extranjero.

Señala el auto apelado que el extranjero debió haber comparecido personalmente en la Secretaría del Juzgado para ratificar la demanda presentada; lo que se le advirtió por Diligencia de 28 de abril de 2014 debidamente notificada, en la que se requería al Letrado instante para que en el plazo de diez días el extranjero ratificara expresamente la voluntad de interponer el recurso, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en otro caso. Al no hacerlo, de acuerdo con el art. 45.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , y el art. 22.3 de la L.O. 28/2009 , decretó el archivo de las actuaciones, siendo este auto de inadmisión y archivo el objeto de impugnación de este recurso de apelación.

La parte apelante, tras citar diversa doctrina y jurisprudencia sobre la asistencia jurídica gratuita y el apoderamiento, entiende que la voluntad de recurrir quedó puesta de manifiesto con la solicitud de asistencia jurídica gratuita, y considera que procede revocar el auto recurrido toda vez que:

- 1.- Juan Carlos se encuentra debidamente representado en el proceso por la Letrada, que ha sido designada como consecuencia del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita.
- 2.- Que manifestó inequívocamente su voluntad de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la eventual orden de expulsión que pudiera derivarse del procedimiento administrativo.
- 3.- Carece de sentido exigir que sea precisamente el asistido quien dé instrucciones concretas al letrado, olvidando que el derecho de asistencia jurídica tiene como cometido fundamental la presencia de un técnico que adopte las decisiones más convenientes para el justiciable.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho del auto apelado.

Como reiteradamente ha venido señalando esta Sala, el tema de la representación y defensa de los extranjeros en los recursos que interponen contra las resoluciones dictadas en los expedientes de expulsión era una cuestión discutida y de interpretación divergente entre Juzgados y Tribunales; habiendo llegado a afirmar el Tribunal Constitucional, entre otras en sentencias de 6-9-2006 , 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), o del poder apud acta (STC 202/2001, de 15 de octubre). En definitiva, la demandante no ha observado la diligencia exigible a quien quiere promover un proceso, y, según hemos dicho en casos semejantes, no puede aducir indefensión material alguna quien "no ha observado la debida diligencia en la defensa de sus derechos porque el apartamiento del proceso al que se anuda dicha indefensión sea la consecuencia de la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte" (STC 228/2005, de 12 de septiembre)* . También el Tribunal Supremo Sala Tercera en sentencia de 11-3-2008 , en relación con un supuesto en el que se había acordado el archivo por no cumplimentar el requerimiento realizado al Procurador para que manifestase en el término de diez días si continuaba con la representación del recurrente, y que en tal caso debería acreditarlo mediante representación apud acta o poder bastante debidamente otorgado, señalaba en el Fundamento de Derecho Quinto: *Lo que no puede pretenderse es que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado (el Sr. Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (...) carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta" . Y sigue diciendo la sentencia del TS que estos requisitos de forma no se cumplen con la mera presentación ante la Sala de un escrito firmado por la Sra. Procuradora y por el Sr. Letrado, en el que aquella dice que se le tenga "por designada para la representación del recurrente", ya que un tal escrito ni puede decirse que sea un apoderamiento notarial ni tampoco un apoderamiento apud acta, el cual exige una comparecencia ante el Sr. Secretario.*

La Ley de Extranjería 4/2000, modificada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, en su art. 22 establece textualmente:

1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.
2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y



en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

3. 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.

El Preámbulo de la Ley 2/2009, establece en el apartado VII en relación a las modificaciones introducidas en el Título I:

Destaca en este Título la nueva regulación de los derechos de reunión... así como el de asistencia jurídica gratuita, en cuya regulación se ha tenido en cuenta, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las recomendaciones del Defensor del Pueblo. No obstante, debe señalarse igualmente que, según la propia interpretación del Tribunal Constitucional, ningún derecho es absoluto, lo que significa que el Estado mantiene toda la capacidad para imponer límites a la permanencia de los extranjeros cuando ésta no se sustenta en una residencia legal.

Pues bien, si comparamos este artículo 22 de la Ley O. 4/2000 en su redacción tras la reforma de 2009, con la redacción que tenía el citado artículo antes de la misma, debemos llegar a la conclusión, como lo ha hecho el Juzgado, de que para poder interponer recurso contencioso-administrativo es necesario que conste expresamente la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, bien designado Procurador al que se otorgue la representación, y Letrado en el que se confíe la defensa, o bien Letrado al que se conceda la representación y defensa como prevén los arts. 33 de las Ley de Enjuiciamiento Civil y 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción. No es suficiente la designación del Letrado de Oficio, ni que el mismo haya sido designado previamente para asistir al extranjero en el procedimiento administrativo, pues el citado artículo reformado distingue en los números 2 y 3 entre la asistencia letrada en los procedimientos administrativos de denegación de entrada, devolución o expulsión, y el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en los supuestos a que nos hemos referido. En este segundo caso, el que recoge el número 3, se requiere, además de la oportuna solicitud realizada en la forma que establece la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y el R. D. 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, que el recurrente comparezca cuanto menos asistido por Letrado de su elección o de oficio, y exteriorizar el propósito de recurrir, concediendo al Letrado su representación o bien a un Procurador, y será así como dejará constancia de la voluntad de recurrir conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil; y en el caso de que se encontrara en el extranjero, la solicitud de asistencia jurídica gratuita y la voluntad de recurrir podrá realizarla ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente. Con el último párrafo del nº 3 del citado art. 22, ninguna duda cabe de que la asistencia letrada en el procedimiento administrativo no es suficiente para poder interponer el Letrado el recurso contencioso-administrativo. Si fuera cierto lo que manifiesta la Letrada apelante de que es suficiente la solicitud que efectuó para litigar primero ante la vía administrativa y después ante el Juzgado, no tendría ningún sentido que el extranjero que se encuentre fuera de España necesitara comparecer ante *la misión diplomático u oficina consular correspondiente* para solicitar la asistencia jurídica gratuita, y manifestar la voluntad de recurrir. Es más, ya hemos dicho al comienzo del fundamento que incluso antes de esta reforma el Tribunal Supremo (S 11-3-2008) ya había manifestado que el apoderamiento realizado en vía administrativa no atribuye sin más al Letrado la facultad de intervenir en el proceso.

Así, pues, la Letrada que asistió al extranjero en la Comisaría no tiene facultades para impugnar en la vía judicial el acto, ni para solicitar su asistencia jurídica gratuita, pues no es el afectado por la Resolución y carece de apoderamiento del interesado, quien tiene la posibilidad de articular tal petición e instar la tutela jurisdiccional de sus derechos a través de las formas previstas en la LEC o "ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente" si se encuentra fuera de España, es el extranjero, no siendo suficiente la solicitud de asistencia jurídica gratuita que se presentó en el Colegio de Abogados el 29 de enero de 2014 (aunque firmada por el interesado el 23 de diciembre de 2013), cuando no se había dictado aún la resolución por la



Delegación del Gobierno, por lo que difícilmente puede interpretarse como voluntad de recurrir una resolución que todavía no se ha dictado.

TERCERO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, por ser el auto impugnado conforme a derecho, sin que ante las razones anteriormente mencionadas, de ausencia de voluntad del extranjero de recurrir, proceda efectuar expresa imposición de las costas de esta instancia, de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE **NO** S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación nº 257/14, interpuesto contra el auto de archivo de 25 de junio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia , recaído en el Procedimiento Abreviado nº 109/14, que decide el archivo del recurso al no subsanar el interesado en el plazo concedido el defecto apreciado en el escrito de interposición referido a la falta de ratificación expresa de la voluntad de recurrir del extranjero, sin que haya lugar a expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.