



Roj: **STSJ GAL 6523/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6523**

Id Cendoj: **15030330022018100575**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **4252/2018**

Nº de Resolución: **594/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00594/2018

RECURSO DE APELACIÓN 4252/2018

EN **NO** MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. y Sras. Magistrados:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

DÑA. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 30 de noviembre de 2018

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4252 del año 2018 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por DÑA. Tarsila representada por la Procuradora Dña. Isabel Castiñeiras Fandiño, y defendida por la Letrada Dña. Ángela Rey González, contra el auto 35/2018, de 29 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vigo, en el procedimiento abreviado 103/2018, por el que se acuerda archivar el recurso contencioso-administrativo.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo dictó el auto 35/2018, de 29 de mayo de 2018 en el procedimiento abreviado 103/2018, por el que se acuerda archivar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de DÑA. Tarsila contra el Concello de Vigo.

SEGUNDO: La representación procesal de DÑA. Tarsila interpuso recurso de apelación contra dicho auto, en el que solicita que se resuelva la admisión del escrito de demanda en su día presentado en tiempo y forma procesales, por aplicación del artículo 128 de la LJCA, entre otros; teniendo, por tanto, por debidamente subsanados los requerimientos realizados a la parte demandante al inicio del procedimiento, y se retrotraigan



las actuaciones al momento procesal que resulte oportuno, admitiendo el escrito de demanda y continuando la tramitación del presente recursos por sus trámites procedentes.

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite, elevando los autos a esta Sala.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personó la parte apelante, por providencia se acordó admitir el recurso de apelación, declarando conclusas las actuaciones.

Mediante providencia ulterior se señaló para deliberación, votación y fallo el día 29 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos del auto recurrido en apelación, en todo lo que no contradigan los que se pasan a exponer.

PRIMERO: Sobre el auto de archivo y las alegaciones de la parte apelante.

El auto de archivo del recurso contencioso-administrativo, recurrido en apelación, se ampara en el requerimiento de subsanación que se efectuó en virtud del artículo 45.3 en relación con el artículo 78.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 y en el hecho de que la parte recurrente no subsanó el defecto advertido en el plazo concedido.

En concreto, consta en las actuaciones que la actora, en fecha 27 de febrero de 2018 presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, limitado a citar el acto objeto de recurso y solicitar que se tuviera por interpuesto el recurso y se le diera el debido curso procesal. En fecha 26 de abril de 2018 mediante diligencia de ordenación se acordó por el Juzgado requerir a la parte actora para que en el plazo de diez días inicie el recurso mediante demanda, conforme establece el artículo 78.2 de la LJCA 29/1998, y acreditar la representación notarialmente o apud-acta. Esta diligencia se notificó el 27 de abril de 2018.

En fecha 18 de mayo de 2018 se otorgó poder apud-acta. Y el 29 de mayo de 2018 se dictó el auto de archivo, al no haberse subsanado el defecto advertido (ausencia de presentación de demanda). El 30 de mayo de 2018 se notificó dicho auto a la actora.

En fecha 1 de junio de 2018 se presentó la demanda y mediante providencia de 5 de junio de 2018 se acordó que no ha lugar a la admisión de la demanda, dado que el auto de archivo de fecha 29 de mayo de 2018 no contempla la caducidad del artículo 128 de la LJCA. La actora recurrió en reposición esta providencia, siendo desestimado dicho recurso por el auto de 25 de junio de 2018, en el que se indica lo siguiente:

"Ha de tenerse en cuenta que la subsanación venía referida a un escrito de interposición de recurso (demanda en este caso, al ser procedimiento abreviado).

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 6 de febrero y 7 de abril de 2011, afirmando la improrrogabilidad de los plazos en los casos de interposición del recurso, porque el mandato de improrrogabilidad que establece el art. 128.1 LJCA es una exigencia de orden y de garantía del proceso, ya que éste no podrá alcanzar los fines que le son propios si los plazos se dejan al arbitrio de las partes o del tribunal, sin perjuicio de que puedan interrumpirse o suspenderse cuando la Ley así lo prevea.

La necesidad de declarar la caducidad del trámite no tiene sentido en aquellos casos en que se trata de actos constitutivos del proceso, como ocurre con el escrito de demanda en un procedimiento abreviado.

El art. 78.2 LJCA es claro: el recurso se iniciará por demanda. Si no se presenta demanda, no se ha constituido el proceso. Entra de lleno en la contra-excepción que el art. 128.1 contempla en su inciso final: se trataba de un plazo para interponer el recurso.

En los casos de rehabilitación previstos por el artículo 128 LJCA nos encontramos ante un proceso ya "iniciado", ante un proceso "abierto y en curso" que permite, aun precluido el trámite, "proseguir" dicho proceso (STS de 24-3-1997), mientras que en nuestro caso nos hallamos ante un recurso no aún no se había admitido a trámite precisamente por la concurrencia de un defecto tan esencial como lo era la ausencia de demanda.

Por lo expuesto, procede la desestimación el recurso: resultaba inviable tener por presentada una demanda, y por iniciado el procedimiento, cuando se había declarado el archivo por el transcurso del plazo otorgado para subsanación y no cabía ni declarar su caducidad ni rehabilitar dicho plazo."

La parte apelante alega que se trataba de un procedimiento en tramitación, porque tenía un número de trámite, se le notificaron requerimientos a la parte recurrente a través de la Letrada que la representa, y el 18 de mayo de 2018 se otorgó poder apud acta. No se le notificó apercibimiento de que el recurso se encuentre o no en trámite todavía, ni las graves consecuencias que se puedan irrogar al respecto.



La Letrada de la parte apelante expone que *"al notificársele la resolución aquí recurrida, esta parte entendió de aplicación, como siempre había sucedido, lo dispuesto en el artículo 128 de la LJCA, con respecto a la caducidad de los trámites procedimentales y la validez de los escritos presentados dentro del propio día de notificación -la presentación del escrito de demanda se realiza el mismo día, con escasas dos horas de diferencia, como así se puede comprobar-. Por ello, el desconcierto de esta parte no llegó hasta la notificación de la Providencia de fecha 5 de junio por la que se le inadmite dicho escrito de demanda en base a que, supuestamente, el procedimiento aún no se hallaba en tramitación; todo lo cual, aún en este momento, escapa del entendimiento de esta parte"*.

En suma, en el recurso de apelación se considera de aplicación el artículo 128 de la LJCA, y en aplicación del mismo la demanda debió ser admitida.

SEGUNDO: Sobre la aplicabilidad del artículo 128 de la LJCA 29/1998 .

El artículo 128.1 de la LJCA 29/1998 establece que los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el Secretario judicial correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 128 de la LJCA 29/1998 se admite que la parte que haya incumplido el plazo pueda presentar el escrito correspondiente el mismo día en el que se le notifique la declaración de caducidad; entendiéndose, si así se hiciera, que la presentación es tan válida como si hubiera sido presentado dentro del plazo inicial. Esta posibilidad no es aplicable, sin embargo, a todos los plazos, sino sólo a aquéllos cuya iniciación viene marcada por una resolución judicial que ofrece el trámite a la parte y le señala el plazo para realizarlo: por ejemplo, el procedimiento ordinario, la presentación del escrito de demanda o de contestación, o de cualquier alegación incidental que haya de hacerse. Los plazos correspondientes a trámites cuya realización depende de una iniciativa de la parte no tienen esta posibilidad de extensión atípica: así ocurre, por ejemplo, con la interposición del recurso contencioso-administrativo, del recurso de apelación, o con la preparación del recurso de casación, que el propio art. 128 excluye de la aplicación de esta regla. En este sentido, cabe citar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 08.06.11 (Rec. 1741/2007), y los AATS de 14.10.09 (Rec. 38/2009); de 02.06.11 (Rec. 641/2011); y de 13.12.12 (Rec. 2159/2012).

Por otra parte, la regla de rehabilitación de plazos caducados no es aplicable al trámite de subsanación de defectos formales, concedido por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes, para que la parte pueda subsanar aquellos defectos de esa índole formal de que adolezcan sus escritos: así, en los casos del art. 45.3 (interposición del recurso contencioso-administrativo). En estos casos, la jurisprudencia ha declarado que los escritos de subsanación participan de la naturaleza de los de preparación o interposición de recursos y que, por tanto, no pueden presentarse el día en que se declare su caducidad por haber transcurrido sin que la subsanación se haya producido: SSTS de 25.07.07 (Rec. 10297/2003) y de 22.06.09 (Rec. 99/2008); y ATS de 07.10.09 (Rec. 38/2009). Y ello es así porque que en estos trámites no se produce la declaración de caducidad por parte del Letrado de la Administración de Justicia.

La **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22/06/2009, recurso 99/2008, ECLI:ES:TS:2009:4093**, recuerda que *" es doctrina del Tribunal Supremo (expresada, entre otras, en sentencia de 24 de Marzo de 1997, casación nº7517/95 .y en autos de 30 de Abril de 2001, casación 5177/00 ; de 20 de Marzo de 2003. recurso de queja 308/02 ; de 19 de Febrero de 2004, recurso de queja 277/02) que la posibilidad de rehabilitación de plazos que, por excepción al principio de su improrrogabilidad establece el artículo 128.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98 , no rige, como expresamente consigna, en los plazos " para preparar o interponer recursos", y que participan en esta última naturaleza los plazos concedidos para subsanar los defectos de los escritos de interposición de los recursos, cosa que ocurre en el caso de autos, en que se dio el de 10 días a la parte recurrente para que subsanara el defecto de representación del Procurador, sin que lo hiciera en ese tiempo, por lo que la Sala obró ajustadamente a Derecho al decretar el archivo del recurso y al no tener por presentado el poder cuando lo fue al notificársele el auto de archivo, es decir, extemporáneamente."*

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso de la actora pone de manifiesto que el plazo de diez días concedido para subsanar el defecto formal apreciado en el escrito de iniciación del recurso contencioso-administrativo (al tratarse de un escrito de interposición y no de una demanda, que es el escrito iniciador del procedimiento abreviado) no estaba sujeto a la posibilidad de rehabilitación prevista en el artículo 128, por dos razones:

1ª. Lo requerido era la presentación del escrito iniciador del procedimiento abreviado, que es la demanda y no un mero escrito de interposición de recurso. En consecuencia, no se tuvieron por cumplidos los requisitos de la validez de la comparecencia, incumplidos por la naturaleza del escrito iniciador presentado -que no es el propio del procedimiento abreviado, que era el que correspondía por la cuantía litigiosa- y por la falta de aportación del



poder, y en consecuencia se efectuó el requerimiento de subsanación previsto en el artículo 45.3 de la LJCA . Hasta la presentación de la demanda, en puridad, no se puede considerar iniciado el procedimiento abreviado, y ello con independencia de que el requerimiento de subsanación se haya de efectuar en un procedimiento con un número de registro y de que se pueda considerar subsanable esa falta de presentación.

Debe recordarse que el artículo 128 no permite rehabilitar plazos que afecten a la interposición del recurso contencioso-administrativo. En consecuencia, debe concluirse que en este caso no se trataba del plazo para la cumplimentación de un trámite intraprocedimental, ofrecido como tal a la parte en el impulso del procedimiento y que la parte no hubiera utilizado, presupuesto para la aplicación del artículo 128.1 y para la declaración por la que se da por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. La presentación de la demanda en u procedimiento abreviado no es un trámite intraprocedimental, que deba ser ofrecido por el Letrado de la Administración de Justicia, y cuyo plazo sea susceptible de prolongarse hasta el momento de la notificación de la resolución que declara caducado el plazo y por perdido el trámite, sino que es precisamente el acto iniciador del procedimiento, que debe realizarse por iniciativa de la parte actora, y respecto a estos actos iniciadores, que no responden a un trámite que deba ser ofrecido por el Letrado de la Administración de Justicia, no es de aplicación el artículo 128.

2ª. El plazo de 10 días concedido era para subsanar un defecto formal que afectaba a la interposición del recurso contencioso-administrativo, por no haberse iniciado el procedimiento mediante escrito de demanda. Se trata de un plazo de subsanación, por tanto, y como ha señalado la jurisprudencia, dicho plazo participa de la naturaleza de los plazos de interposición de recurso, y como tal no está sometido a la posibilidad de presentación del escrito dentro del día en que se notifique el auto de archivo por no haberse subsanado el defecto formal. El auto apelado no declaraba caducado el plazo, ni concedía por tanto la posibilidad de admitir el escrito si se presentaba dentro del día de su notificación; y no procedía que lo hiciese, porque se limita a constatar que en el plazo concedido no se han subsanado los defectos formales del escrito iniciador del procedimiento, específicamente, por no haberse presentado la demanda; y, en consecuencia, el procedimiento no se ha llegado a iniciar válidamente, razón por la cual procede confirmar el archivo decretado, sin posibilidad de presentación ulterior de demanda el día de su notificación, por no ser aplicable el artículo 128 de la LJCA , que tiene como presupuesto la existencia de un procedimiento en trámite válidamente iniciado, lo que no ha sido el caso.

En atención a lo expuesto, el recurso de apelación debe ser desestimado, confirmando el auto apelado.

TERCERO: Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La ausencia de personación de más partes que la demandante-apelante determina la improcedencia de pronunciamiento expreso sobre las costas procesales.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DÑA. Tarsila contra el auto 35/2018, de 29 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vigo , en el procedimiento abreviado 103/2018, CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE EL AUTO RECURRIDO.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse 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, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa .

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre .

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.



Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ