

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N° 626/07**

**DE Apelación Ley 98**

**SENTENCIA NUMERO 807/09**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE: D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES  
MAGISTRADOS: D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA  
D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL  
D. ANGEL RUIZ RUIZ  
D. ANTONIO GUERRA GIMENO  
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA  
D. JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA  
D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ  
D<sup>a</sup>. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO  
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 311/06.

Son parte:

- **APELANTE:** ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado y dirigido por EL ABOGADO DEL ESTADO.

-**APELADO:** D. SASIDHARAN KOCHUKUNYA

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de SAN SEBASTIAN se dictó el 16 de febrero de dos mil siete sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo número 311/06 promovido por D. \*\*\*\*\* contra RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA QUE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL DEL DEMANDANTE, NACIONAL DE INDIA (EXPT. 06/2361), siendo parte demandada LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por LA ADMINISTRACION DEL ESTADO recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

**TERCERO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

**CUARTO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18.11.09, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente. Se convocó a todos los Magistrados que componen la Sala en ejercicio de la competencia conferida por el art. 197 de la LOPJ en razón de que los motivos de apelación objeto de enjuiciamiento guardan similitud con los suscitados en otros procesos atribuidos al conocimiento de las tres Secciones del Tribunal y se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO, en aplicación de las normas de reparto.

Por providencia de 26 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el art. 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se encomendó la redacción de la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

**QUINTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## **I. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- A) Objeto del recurso de apelación.**

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado, se impugna la sentencia dictada con fecha de 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de San Sebastián recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006.

La resolución judicial apelada estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. \*\*\*\*\* contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de 2 de Mayo de 2006 por la que se acuerda la sanción del expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un periodo de tres años, que anula por ser contraria al ordenamiento jurídico, imponiendo la sanción de multa en su grado mínimo y sin imposición de las costas procesales.

**B) Razón de decidir de la sentencia apelada.**

En lo que interesa al presente recurso la sentencia apelada aborda en primer lugar la cuestión relativa a la excepción procesal de falta de legitimación planteada por el Abogado del Estado, por carecer la Letrada recurrente de poder de representación del demandante.

Excepción que la sentencia desestima tras una extensa fundamentación jurídica en la que concluye la validez de la representación de la Letrada en base a los argumentos que transcribimos a continuación:

*<<...será preciso analizar si en materia de extranjería por sus específicas características, donde el interesado en el procedimiento administrativo, a diferencia del resto de las actuaciones en materia sancionadora de la Administración, está detenido y por tanto privado de libertad, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido a los extranjeros exige un trato diferente, para con ello evitar que un requisito procesal sea de tal índole que imposibilite la revisión jurisdiccional por los tribunales de justicia de determinados actos administrativos.*

*La tutela judicial efectiva y el derecho que asiste a quienes están protegidos por ella al acceso a la jurisdicción no es un derecho prestacional, como pudiera serlo el derecho a la asistencia jurídica gratuita y que precisa de una regulación legal, sino que como derecho fundamental es reconocido por la propia Constitución con efecto directo, lo que obliga que todas las normas jurídicas se interpreten de la manera más conforme a su protección, evitando situaciones que supongan obstáculos infranqueables.*

*En los procedimientos sancionadores en materia de extranjería y más concretamente en los supuestos de personas indocumentadas o que no gozan del visado correspondiente para encontrarse en el Espacio Schengen, el procedimiento se inicia con una detención, que como toda privación de libertad, comporta una serie de derechos del detenido entre ellos la asistencia por Letrado del turno de oficio. Cual sea el alcance de esta asistencia se convierte en una cuestión fundamental para garantizar efectivamente el derecho y si ello comporta o no el acceso de la jurisdicción competente, la jurisdicción contenciosa-administrativa por tratarse de una sanción administrativa dictada por la Administración. Asimismo a los efectos de garantizar que la asistencia jurídica alcanza hasta el procedimiento administrativo, en aras a la eficacia jurídica de las resoluciones, el mismo*

*día de la detención el interesado y su Letrado firman un acto de comparecencia, a modo de poder apud acta ante autoridad desconocida que no se refleja en el documento y ello autoriza al letrado a presentar alegaciones y recibir las notificaciones. Sin embargo no consta que durante la detención se le informe que tras el procedimiento administrativo sancionador ( y que salvo la resolución por causas que no constan se tramita en apenas 5 días ) puede acceder a la jurisdicción contenciosa-administrativa y cuales son los requisitos para ello. Concluyendo la información que recibe el detenido no es completa y difícilmente podrá ejercer sus derechos de defensa si no se arbitran mecanismos que hagan posible el acceso a la justicia, máxime cuando el extranjero es una persona carente de medios económicos y en situación total de marginación social, que ha sido expulsado a su país de origen de donde huyó en busca de mejores horizontes.*

*Atendiendo a lo anteriormente manifestado y en la búsqueda de una interpretación que respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, y a falta de una regulación legal más explícita, se deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones.*

*La Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en su redacción dada por la 16/2005, de 18 de julio, en su artículo 2.e) referido a su ámbito personal de aplicación, dice : " En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo." Asimismo el artículo 27 sobre efectos del reconocimiento del derecho establece que "El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio..*

*Que asimismo el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a decir "Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio. "*

*El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2003 vino a decir que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del principio pro actione, principio que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales e impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. En consonancia con lo anterior, como se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002, de 25 de febrero "los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos*

*procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (artículos 11.3, 240.2, 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ...)".*

*En esta línea la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2a, de 12-7-2005, siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2003 de 20 de octubre dice que : "el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el artículo 24.1 de la Constitución, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso" y sigue: "ahora bien, el poder notarial y la designación mediante comparecencia ante el Secretario Judicial no son los únicos medios que habilitan la válida postulación del representante procesal (Procurador, o excepcionalmente como permite la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Letrado en ejercicio), pues el propio artículo 33 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala que fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio. De dicho precepto, así como de lo prevenido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se desprende que el Procurador puede personarse en Juicio sin necesidad de poder notarial ni comparecencia apud acta, cuando el mismo es designado de oficio. La razón de dicha distinción no es otra que la que se deriva de la imposibilidad de selección de profesional cuando se es beneficiario del derecho de Justicia Gratuita por lo que en ningún caso puede acudirse ante el Notario o el Secretario Judicial para manifestar que otorga su representación ante un determinado profesional, pues en lo supuestos del beneficio de Justicia Gratuita, el profesional no es elegido sino designado por el Colegio de Procuradores, y esa designación sirve ante el Juzgado para demostrar quien es el profesional que va a representar a la parte beneficiaria de tal derecho".>>*

Cita a continuación diversas sentencias de los TSJ de Madrid y Barcelona en el sentido indicado así como las de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10-5-2005 y 26 de enero de 2005 que aluden a la STC 99/1985, de 30 de septiembre que expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano", y que "corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos", conclusión a la que llega invocando el art. 10.2 de la Constitución, en relación con los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966"

Y concluye:

*<<En el caso de autos se admitió a trámite el recurso, se tramitó el procedimiento e inclusive se celebró la vista oral, sin que ninguna de las partes alegara la causa de inadmisibilidad, se aportó nombramiento llevado a cabo por el Colegio de Abogados y esta Juzgadora en aplicación de la doctrina mantenida por las resoluciones judiciales y constitucionales citadas y lo previsto en los procedimientos penales citados, no entendió necesario la representación por medio de Procurador, considerando que otra interpretación produciría como resultado una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva, sin que de ningún modo pueda considerarse que las pretensiones que se mantienen en el recurso y sus consecuencias sean virtuales, sino con efecto directo sobre las personas afectadas.>>*

### **C) Posición de la parte apelante.**

En el escrito de formalización del recurso de apelación se deducen los motivos impugnatorios de los que también, en lo que interesa al presente recurso, recogemos el relativo a la desestimación de la excepción desestimada por la sentencia y transcrita en el apartado anterior; alega el Abogado del Estado que:

*<<...La sentencia impugnada desestima la excepción de falta de legitimación que fue formulada por el Abogado del Estado en la vista oral. Se basa para ello en una interpretación "pro actione" de los requisitos procesales.*

*Sin embargo, si bien es cierto, que la tutela judicial efectiva no sólo permite sino que exige una interpretación de esta naturaleza, no puede ser hasta tal punto laxa que desnaturalice las exigencias procesales hasta el punto que cree excepciones donde la ley no las establece.*

*Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que las normas que regulan la representación procesal, son normas de orden público cuya observancia es esencial para la adecuada configuración de la relación jurídico procesal.*

*Y es que, de entenderse como suficientemente acreditada la representación con el nombramiento del Colegio de Abogados, además de infringirse abiertamente la institución de la representación procesal, se pueden estar vulnerando las voluntades de los propios recurrentes que, al no estar debidamente representados en el proceso, no podemos conocer si efectivamente mantienen su voluntad de permanecer en el mismo...>>*

Cita la sentencia n° 711/06, de cuatro de diciembre (número de recurso de apelación 583/05) de esta Sala y alega que no pueden en absoluto compartirse las afirmaciones de la sentencia de instancia que insinúan que en este tipo de casos no es posible el cumplimiento de los requisitos de representación. Nada impide que el extranjero recurrente esté presente

en el acto de la vista en aquellos casos en los que la eficacia del acto administrativo que sanciona o implica de alguna manera la expulsión se halle suspendida por virtud de una medida cautelar adoptada. En segundo lugar, en aquellos casos que no sea así, no es en modo alguno imposible, como pretende hacer ver la sentencia recurrida, que el recurrente acuda con su Abogado al Juzgado dentro del plazo que se le otorga para abandonar el Espacio Schengen, y otorgar un poder "*apud acta*" ante el Secretario Judicial. Salvo los casos de huida inmediata del territorio nacional del extranjero sancionado para eludir la orden de expulsión dictada en el marco del "*ius puniendi*" del Estado, en los demás supuestos está garantizada la posibilidad de establecer adecuadamente la representación procesal. Y es evidente que la actitud de aquellos extranjeros que huyen en la forma descrita no es merecedora de cobertura desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Añade que en el acto de la vista la Abogacía del Estado formuló esta excepción procesal, tal y como se pone de manifiesto en el fundamento de derecho segundo de la sentencia (lo cual significa que la afirmación de la sentencia en cuanto a que ninguna parte formuló causa de inadmisibilidad, se trata de un puro error material del juzgador).

Y concluye que debe declararse la inadmisibilidad del recurso por aplicación del art. 69 b) de la Ley 29/98.

#### **D) Posición de la parte apelada.**

La defensa de \*\*\*\*\*D. no ha formulado oposición al recurso de apelación.

#### **SEGUNDO.- Antecedentes relativos a la tramitación del proceso en la instancia.**

Resultan relevantes para el enjuiciamiento los siguientes:

1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, registrado el 11 de julio de 2006, aparece exclusivamente suscrito por la Letrada D<sup>a</sup>. Itziar Uzkudun Lanz, quien afirma actuar en nombre y representación de D. \*\*\*\*\*; siendo a este último, nacional de India, a quien la resolución administrativa que se sujeta a control jurisdiccional le impone la sanción de expulsión del territorio español, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de tres años.

Y acompaña copia de la resolución administrativa dictada con fecha de 2 de mayo de 2006;

Asimismo acompaña copia del certificado del Secretario General Técnico del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa de fecha 30 de junio de 2006, en el que se recoge que dicha Letrada asistió el 14 de Marzo de 2006 al recurrente, fecha en la que se encontraba de guardia en el turno de Asistencia Letrada al Detenido en materia de extranjería y en el que se hace constar que el art. 3º del Anexo a la normativa del Turno de Oficio del Colegio

de Abogados de Guipúzcoa establece que: "el Letrado a quien corresponda el servicio, se encargará de asistir, en dependencias policiales y judiciales, a la persona sujeta a las Leyes enumeradas (se refiere en general a la materia de Extranjería), en los trámites relativos a las notificaciones de las Resoluciones administrativas, escritos de alegaciones y en los Recursos que procedieran contra las mismas, e incluso Contencioso-Administrativos. En los trámites de internamiento, la competencia se extenderá a los trámites judiciales."

Acompaña finalmente comunicación que dirige a la referida Letrada la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Guipúzcoa de fecha 15 de Junio de 2006 en la que le comunica el derecho a la asistencia jurídica gratuita del recurrente.

2. Por providencia dictada con fecha de 11 de Julio de 2006 se tiene por parte al recurrente y por providencia de 4 de Enero de 2007 se convoca a las partes a la vista oral el 6 de Febrero siguiente.

3. Consta en el acta de la vista que el Abogado del Estado plantea como primera cuestión la excepción de falta de representación a la que se opone la Letrada Sra. Uzkudun, continuando la vista sin que se adopte resolución alguna en cuanto a la cuestión planteada, hasta la desestimación de la misma en la sentencia, tal como se ha recogido en el primer fundamento jurídico de esta resolución.

### **TERCERO.- Estimación del recurso de apelación.**

1. A la vista del anterior relato podría entenderse que la actuación judicial en la instancia, en la celebración de la vista, suponía implícitamente la desestimación de la excepción planteada. Que luego acuerda la Juez expresamente en la sentencia, como se ha constatado.

En cualquier caso entiende la Sala que concurren en lo relativo al procedimiento tramitado en la instancia dos infracciones:

a) De la norma procesal dispuesta en el artículo 45.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJ), cuya debida atención hubiera permitido la subsanación de los defectos en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de la comparecencia; y

b) De la norma procesal dispuesta en el artículo 78.8 de la propia Ley que obligaba a la Magistrado-Juez a resolver en el acto de la vista, y no en sentencia, lo que procedía a fin de subsanar, con anterioridad al dictado de sentencia sobre el fondo, la falta de acreditación de la representación en juicio de la parte recurrente que obstaba a la válida prosecución y término del proceso.

Y ello porque, a criterio de la Sala, el órgano judicial de instancia aprecia erróneamente que la designación en el turno de Asistencia Letrada al Detenido en materia



de Extranjería junto con la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita, conlleva la representación del demandante.

Pues lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto a la designación de oficio de Abogado y Procurador en los casos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no afecta al deber procesal de aportación al proceso del documento que acredite la representación del recurrente conferida a favor del Letrado que comparece en su nombre para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Debe señalarse a este efecto, como ya se hizo en la sentencia 711/2006, de 4 de diciembre, dictada por esta misma Sala en el recurso de apelación nº 583/2005, que, salvo en el supuesto excepcional de la comparecencia por sí mismos de los funcionarios, la comparecencia de las partes ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa, por prescripción del artículo 23.1 de la LJ, debe llevarse a cabo mediante representación procesal.

Y tampoco puede ofrecer duda, a la vista de lo consignado en el acta de la vista del procedimiento abreviado, que la representación procesal de la Administración del Estado, haciendo uso de la facultad conferida a la parte demandada por el artículo 78.7 de la LJ, suscitó la cuestión de la concurrencia de una circunstancia que impedía la válida prosecución y término del proceso, consistente en la falta de representación procesal conferida por el recurrente.

Pues la misma no podía verse suplida por el nombramiento efectuado por el Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa a favor de la Letrada Sra. Uzkudun. Ni siquiera aunque a este nombramiento se añadiera la comunicación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Guipúzcoa de la concesión de dicho derecho.

Ya que en ninguno de estos documentos acompañados al escrito de interposición del recurso se confiere la representación exigida legalmente.

**2.** Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo son competentes para el conocimiento de los asuntos en materia de extranjería (art.8-3 LJ), debiendo ser canalizados éstos por los trámites el procedimiento abreviado (art. 78-1 LJ), que se inicia por demanda, a la que, entre otros, habrá de acompañarse el documento que acredite la representación del compareciente (arts. 78.2 en relación con el 52.2.a) LJ).

De conformidad con lo previsto por el art. 23-1 LJ "en sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones." Lo que significa que no es preceptiva la representación por Procurador, resultando posible comparecer otorgando la representación al propio Abogado que dirige la defensa, excluyéndose en todo caso la representación por sí mismos de los litigantes, que sólo admite el núm.3 de dicho precepto

en relación con los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios en ciertos casos.

Interpuesta la demanda el Juez examinará de oficio la validez de la comparecencia, debiendo requerir la subsanación del defecto consistente en la falta de acreditación de la representación del compareciente en el plazo de diez días con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso de no hacerlo (arts.78.23 en relación con el art.45.3 LJ).

Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios de Abogado y Procurador que les hayan de representar y defender en juicio (art.33 LEC). No obstante el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá pedir que se le designe Abogado y/o Procurador de oficio cuando su intervención sea preceptiva, petición que se tramitará conforme a lo dispuesto por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita sin necesidad de acreditar la insuficiencia de medios, siempre que el solicitante se comprometa a abonar los honorarios y derechos de los profesionales que se designen.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 24 LEC, aplicable en el orden contencioso-administrativo, dada la supletoriedad que a dicha Ley atribuye la disposición final primera LJ, el Poder en el que la parte otorgue su representación al Procurador, habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto (núm.1) y la escritura del poder se acompañará al primer escrito que el Procurador presente o al realizar la primera actuación, y el otorgamiento *apud acta* deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación (núm.2).

Aun cuando dicho precepto se refiere exclusivamente al apoderamiento del Procurador, resulta igualmente aplicable al Letrado, cuando, como singularmente ocurre en el orden contencioso-administrativo, resulta admisible que ostente la representación de las partes, dada la identidad de razón concurrente.

El sistema de justicia gratuita contemplado por el art. 119 CE, desarrollado por la Ley 1/96, de 16 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), se extiende a los extranjeros que se encuentren legal o ilegalmente en España (art.2-a), que carezcan de recursos económicos (art.3-1), y comprende la prestación por el Estado de 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" (art.6-3).

La solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá hacerse por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal

que deba conocer del asunto o ante el Juzgado de su domicilio, el cual dará traslado de la solicitud al Colegio de Abogados territorialmente competente (art.12 LAJG).

De conformidad con lo dispuesto por el art.33.2 LEC, la solicitud de designación de oficio de Abogado y/o Procurador por el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita habrá de hacerse de igual forma, puesto que ha de hacerse conforme a lo dispuesto por la LAJG.

Tales solicitudes, tanto en el caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita como en el de mera designación de oficio de quien tiene recursos, darán lugar a la designación provisional de Abogado por el Colegio en el plazo de quince días, y a la comunicación al Colegio de Procuradores a fin de que caso de ser preceptivo, nombre un Procurador en el plazo máximo de tres días (Art.15 LAJG). Del expediente se dará traslado por el Colegio de Abogados a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que dicte la resolución que proceda, hemos de entender que únicamente en los supuestos de asistencia jurídica gratuita, no en los de mera designación de oficio (arts. 15 y 17 LAJG).

Puesto que la asistencia jurídica gratuita es una prestación estatal, que se sustenta legalmente en los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, y puesto que en los asuntos ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo no es preceptiva la asistencia de Procurador pudiendo ostentar la representación el Letrado, hemos de entender que la decisión de designar Abogado y Procurador, o sólo Abogado que asuma además la representación corresponde al Colegio de Abogados de conformidad con el párrafo primero del art.15 LAJG.

Otra cosa ocurrirá en los supuestos de solicitud de designación de oficio por quien tiene recursos, ya que corresponderá al solicitante que va a pagar los servicios decidir si quiere ser representado por el Abogado, o por Procurador.

En dicho marco normativo se suscita la cuestión de si la designación de oficio efectuada por el Colegio de Abogados y, en su caso, por el Colegio de Procuradores, ya sea en el procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art.15 LAJG), o en el mero procedimiento de designación de oficio a quien tiene recursos para litigar, entraña de suyo la representación sin necesidad de cumplimentar la forma exigida por el art. 24 LEC.

Para resolver dicha cuestión es necesario distinguir la designación de Abogado y Procurador regulada por el art. 33 LEC, del apoderamiento del Procurador regulado por el art.24 LEC.

Como ha quedado expuesto, la designación ha de hacerla el litigante, salvo los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art.33.1

LEC) y salvo los casos de designación de oficio de quien tenga recursos para litigar (art.33.2 LEC).

El otorgamiento de la representación lo regula el art. 24 LEC exigiendo poder notarial o *apud acta*, y lo hace sin distinciones, sin hacer la salvedad de los supuestos de designación de oficio, sean o no de asistencia jurídica gratuita.

Siendo ello así, a juicio de la Sala es obligado concluir que el apoderamiento de quien ostente la representación ha de hacerse en la forma prescrita por el art.24 LEC. La Ley de Enjuiciamiento Civil exige la comparecencia personal ante un fedatario público y la expresa manifestación de voluntad de interponer el recurso, exigencia a la que en modo alguno cabe equiparar la comparecencia personal del litigante ante el Colegio de Abogados prevista por el art. 12 LAJG.

Que ello es así lo corrobora el hecho de que el art. 130 del Reglamento Notarial contemple un turno de oficio de carácter gratuito para el otorgamiento de poderes para pleitos de quienes han obtenido el beneficio de justifica gratuita.

Dicha interpretación no obstaculiza el acceso a la jurisdicción, en la medida en que el requisito exigido es de fácil cumplimiento y asequible para todos, españoles y extranjeros.

Los extranjeros a quienes se les impone la sanción de expulsión en un procedimiento ordinario, no se ven impedidos de otorgar el apoderamiento en la forma establecida por el art. 24 LEC, toda vez que el régimen de ejecución de la resolución (art.22, 64.1 LODYLE y 141 Reglamento LODYLE) supone que el abandono del territorio nacional debe hacerse voluntariamente en el plazo que se fije, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En los supuestos de tramitación del procedimiento preferente del art. 63 LODYLE, la ejecución es inmediata (nº4), lo que puede dificultar el otorgamiento de poder *apud acta*, pero no impedir que durante la tramitación se otorgue poder notarial, salvo los supuestos de internamiento, y en cualquier caso no impide que desde su país, a través de las representaciones diplomáticas o consulares otorgue los poderes necesarios tal y como establece el art. 65.2 LODYLE.

Puesto que está en juego el acceso a la jurisdicción, el requerimiento de subsanación previsto por el art. 45.3 LJ, habrá de ser flexible, atendiendo a la situación de cada supuesto, pero lo que en modo alguno cabe aceptar es la prosecución de un recurso interpuesto por un Abogado que no se halla apoderado para hacerlo y carece de cualquier relación con el interesado hasta el punto de no poder siquiera recabar el apoderamiento necesario.

**3.** La cuestión en definitiva es que si tras la solicitud y/o concesión del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por parte del extranjero

(art.12 LAJG ), la designación provisional (art.15 LAJG ) o definitiva (art.17 LAJG ) al efecto de abogado para la defensa y representación, comporta de suyo y sin necesidad de poder notarial o apoderamiento apud acta la representación del extranjero por el abogado de oficio.

Es esta una cuestión a la que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los distintos Tribunales Superiores de Justicia han dado respuestas contradictorias, así, y sin ánimo de exhaustividad, responden negativamente el de Madrid, tras la sentencia 3/2007 de 18 de mayo del Pleno de la Sala, y también lo hace el de Andalucía con sede en Sevilla, entre otras, en sentencia de 23 de noviembre de 2007 (recurso de apelación 193/2007), tras la sentencia del Pleno de 5 de octubre de 2007 rectificando el criterio positivo previamente seguido a partir de la sentencia del Pleno de 19 de septiembre de 2004. Responde positivamente el TSJ de Murcia en sentencia de 29 de diciembre de 2006 (Rec. 477/2005).

Debemos indicar que la misma posición se sigue, entre otras, en STSJ Madrid 5.2.09 (re. 1413/2008), STSJ Andalucía (Sev) de 2.5.08 (rec. 197/2008). En la mencionada STSJ Madrid 5.2.09 se transcribe providencia del TC 16.1.06: "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).

Por lo expuesto en los párrafos anteriores la Sala entiende que la designación de Letrado no es más que una de las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin que ningún precepto legal atribuya la representación procesal por el hecho de haber sido designado para llevar a cabo una asistencia jurídica.

El artículo 131,2 del vigente Reglamento de extranjería (RD 2393/04), al regular el procedimiento administrativo preferente de expulsión, en similar redacción que el anterior artículo 110 del RD 864/01, prevé que el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos. Pero no puede extenderse dicha previsión de asistencia letrada en un procedimiento administrativo a un otorgamiento de representación procesal para litigar en vía contenciosa contra actos que ni siquiera han sido dictados en el momento de la asistencia letrada.

Como resulta de lo expuesto, la posición de la Sala es entender que debe conferirse la representación al Letrado, bien mediante comparecencia apud acta, bien mediante poder notarial otorgado al efecto, o bien conferir la representación al Procurador del mismo modo.

Debe subrayarse que la protección jurisdiccional del derecho de acceso al proceso y de defensa en el mismo de los derechos e intereses legítimos responde a una configuración legal que la autoridad judicial no puede remover mediante la particularizada aplicación de una suerte de reserva de dispensación en cuanto al cumplimiento de las normas legales procesales cuando éstas no resultan desproporcionadas.

Siendo así que, en el caso de autos, no se ha puesto de manifiesto una situación de inexorable afección a la garantía del derecho de acceso al proceso y de adecuada defensa.

Procede, por ello, acoger el recurso de apelación al incurrir la sentencia apelada no sólo en las infracciones señaladas de los arts. 45 y 78 de la LJ sino también en la aplicación de los arts. 24 y 33 de la LEC en relación con los arts. 23.1 de la LJ y 6 de la LAJG. Pero sin la consecuencia de la inadmisibilidad del recurso planteada por el Abogado del Estado.

Pues lo que corresponde es la revocación de la sentencia apelada y la subsiguiente reposición de las actuaciones procesales al estado que hubieran debido tener al momento de la vista del procedimiento abreviado, en el que por el Magistrado-Juez se hubiera debido apreciar la circunstancia de defecto en la acreditación de la representación procesal de la parte recurrente alegada por la representación procesal de la Administración del Estado. Y

efectúe requerimiento de subsanación en la persona del Letrado compareciente, para la acreditación de que por el recurrente se haya conferido la representación procesal a favor de Letrado o, en su caso, a favor de Procurador, en alguna de las formas previstas por el art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y una vez sustanciado el incidente, resuelva el órgano judicial lo que proceda sobre la tramitación del proceso.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

### **III. F A L L O**

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 626 DE 2007, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA DE 16 DE FEBRERO DE 2007 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 1 DE SAN SEBASTIÁN RECAÍDA EN LOS AUTOS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 311/2006, **DEBEMOS:**

**PRIMERO:** REVOCAR COMO REVOCAMOS LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL APELADA.

**SEGUNDO:** DISPONEMOS LA REPOSICIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES AL ESTADO QUE HUBIERAN DEBIDO TENER AL MOMENTO DE LA VISTA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y SE EFECTÚE REQUERIMIENTO DE SUBSANACIÓN EN LA PERSONA DE LA LETRADA COMPARECIENTE PARA LA ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL A FAVOR DE LETRADO O, EN SU CASO, A FAVOR DE PROCURADOR, EN ALGUNA DE LAS FORMAS PREVISTAS POR EL ART. 24 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Y UNA VEZ SUSTANCIADO EL INCIDENTE, RESUELVA EL ÓRGANO JUDICIAL LO QUE PROCEDA SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO.

**TERCERO:** NO PROCEDE EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leida y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.



**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL ILMO. SR.  
MAGISTRADO D. RAFAEL VILLAFÁNEZ GALLEGO EN RELACIÓN CON LA  
SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL ROLLO DE APELACIÓN N° 626  
DE 2007**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Se aceptan los de la Sentencia.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, si bien únicamente en el contexto interpretativo a que se refiere el Fundamento de Derecho Segundo del presente Voto particular.

**SEGUNDO.-** Mi discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala no descansa en ninguna de las concretas razones de interpretación legal que, estimando no acreditada suficientemente la representación procesal invocada por el Letrado del recurrente, conducen a la revocación de la sentencia de instancia.

De igual modo, tampoco abordaré aquí el examen de las consideraciones hermenéuticas, respecto de las cuales he de manifestar ya que tampoco disiento, que sustentan la confirmación del fallo impugnado en apelación sobre la base de la postura interpretativa alternativa a la mayoritaria, que se refleja en los Votos particulares formulados por los Magistrados D. Juan Luís Ibarra Robles y D. Luís Javier Murgoitio Estefanía.

Es precisamente en esa igual razonabilidad de las posturas interpretativas enfrentadas y en las, a mi juicio, naturales consecuencias de la ponderación anterior en sede de apelación, donde radica mi objeción a la postura mayoritaria.

En mi opinión, del estudio y análisis de las opciones interpretativas concernidas, no puede extraerse la conclusión de la disconformidad a Derecho de ninguna de ellas, en el estado actual de la legislación y en ausencia, bien de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo, bien de una sentencia del Tribunal Constitucional que, en uno y otro caso, aborden directamente la cuestión jurídica controvertida.

En la confrontación entre ambas tesis, no he descubierto ningún elemento hermenéutico que atribuya primacía a alguna de ellas dado que, además, las dos posiciones son respetuosas, desde mi punto de vista, con el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a la jurisdicción.

Por tanto, de lo anterior únicamente puedo colegir que la elección entre ambas interpretaciones razonables de la norma (concepto éste último a que aludo en sentido genérico, por referencia global a la interpretación sistemática desarrollada tanto en la Sentencia como en los Votos particulares anteriormente citados) es legítima cualquiera que sea su resultado y que, por ende, al haber desestimado la sentencia apelada la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, el fallo debería ser objeto de confirmación.

Del mismo modo, en mi opinión, si la resolución combatida en apelación hubiera sido el resultado de la tesis interpretativa que mayoritariamente expresa el sentir de la Sala, la confirmación de lo decidido en la instancia hubiera sido igualmente debida.

En realidad, nada nuevo bajo el sol. En otros ámbitos, en estos supuestos prácticos de colisión entre distintas interpretaciones razonables de la norma, como sucede en la coincidencia de interpretaciones constitucionales e inconstitucionales de la Ley cuestionada ante la jurisdicción constitucional o en la revisión judicial (judicial review) de las decisiones emanadas de la Administración, se ha alcanzado finalmente una solución consagrando reglas conclusivas de autorrestricción, contención o prudencia ("*in dubio pro legislatore*" ínsito al principio de presunción de constitucionalidad o la doctrina de la "deferencia" de los Tribunales hacia el Ejecutivo) que, al igual que sucede en la posición que aquí se mantiene, confirman la validez de la Ley, acto o reglamentación cuestionados, respectivamente, si en ellos subyace una exégesis plausible de la norma de contraste.

No obstante, no soy ajeno a las críticas que la opinión expuesta puede merecer, pero entiendo que las objeciones pueden ser contraargumentadas con razones sólidas y atendibles en todos los casos.

Así, a mi juicio, los principales motivos de oposición que la posición aquí manifestada puede encontrar son los tres siguientes: al admitir la validez de las dos interpretaciones de la norma, (a) deja imprejuizada la cuestión interpretativa a decidir y no modifica el statu quo previo a la decisión del presente asunto; (b) no aporta claridad, ni certeza, ni cumple la función unificadora perseguida por la decisión del presente recurso; y (c) infringe el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 C.E.).

(a) En relación con la primera objeción, a mi entender no se infringe la prohibición de non liquet contenida en el art. 1.7 del Código Civil y art. 448 del Código Penal, por cuanto abstenerse de resolver so pretexto de oscuridad insuficiencia o silencio de la Ley no puede asimilarse a lo que aquí se defiende, es decir, admitir dos interpretaciones adecuadas a Derecho de la norma. Ello significa, por tanto, decidir siempre, aunque ello signifique convalidar en cada caso la opción por la que, ante esa disyuntiva, se haya decantado razonable y razonadamente el Juzgador de Instancia.

En cuanto a que la tesis presente no es dirimente, que deja intacta la situación actual y no aporta ninguna novedad, mi discrepancia en este punto radica en la siguiente consideración: admitir la legitimidad interpretativa de las dos posiciones enfrentadas y confirmar lo decidido al respecto en la instancia, obligaría necesariamente a una corrección por parte de las Secciones que, hasta ahora, han mantenido una sola de las dos posturas como la jurídicamente plausible, pues la posición hermenéutica así compartida implicaría confirmar en el futuro pronunciamientos judiciales que, en otro caso, habrían sido revocados.

(b) En lo que concierne a la crítica referente a la falta de claridad y certeza de la postura interpretativa que defiende, no comparto que la tesis aquí sostenida como criterio de decisión (al admitir en sede de apelación la opción del Juez de instancia entre dos interpretaciones razonables de la norma en lugar de acoger solamente una como adecuada a Derecho) sea oscura o genere incertidumbre, dificultando en ambos casos la función de juzgar. Por el contrario, creo que admitir, en el presente caso y en las condiciones examinadas, un margen de apreciación hermenéutica razonable supone proporcionar una solución concreta, delimitada y definida en toda su extensión, al menos en los mismos términos que se ofrecen por la posición mayoritaria.

A propósito de la objeción atinente a que la postura defendida en este Voto particular no contribuye a la unificación de criterios, entiendo que la misma puede ser rebatida desde una dimensión estrictamente lingüística: no sustento la validez de diversos criterios, sino de uno solo, que puede resumirse en el hecho de admitir como convalidable en sede de apelación la elección que el Juez de instancia haya efectuado entre las dos interpretaciones razonables de la norma que se vienen sosteniendo por las diferentes Secciones de este mismo Tribunal.

(c) Por último, en relación a la crítica relativa a la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a mi juicio tal objeción encuentra dos contraargumentos pertinentes.

En primer lugar, la tesis que aquí se defiende tiene, naturalmente, vocación de generalidad, para todos los casos que en el futuro se pudieran presentar a este Tribunal, por lo que, en consecuencia, la solución confirmatoria sería idéntica siempre que el Juzgador de instancia hubiera acogido fundadamente una de las dos posiciones interpretativas consideradas.

En segundo lugar, el propio Tribunal Constitucional admitió en la Sentencia n.º 42/1993, de 8 de febrero de 1993, que eran respetuosas con el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley las vacilaciones de un mismo Tribunal que, en diferentes resoluciones, oscilaba entre dos interpretaciones distintas de la misma norma.

En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional afirmó:

*"QUINTO.- Lo expuesto, aunque en apariencia pudiera revelar una desigual aplicación de la Ley, exige sin embargo el contraste con otros hechos externos a las propias resoluciones, señalados por la Empresa demandada; así la existencia de dos sentencias, dictadas por el mismo órgano judicial -Sala de lo Social del TSJ Madrid-, también en fechas anteriores a la ahora impugnada -30 enero y 13 febrero 1990- las cuales, resolviendo supuestos asimismo sustancialmente idénticos al ahora examinado, efectúan pronunciamientos en el mismo sentido que la resolución judicial objeto de este recurso, es decir, declaran también la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento del asunto.*

*Estas revelan que la impugnada no significó por sí sola un cambio abrupto, inesperado e inmotivado en el criterio del Tribunal sino que, según ya dijimos en las SSTC 201/1991, 202/1991 -y por remisión en las 221/1991 y 112/1992- dicha sentencia no aparece como una resolución aislada que irreflexiva o arbitrariamente cambie de modo ocasional e inesperado una línea mantenida sin contradicción relevante, sino que, muy al contrario, reproduce el criterio ya formulado en otras anteriores.*

*De lo cual se desprende la existencia de dos criterios distintos que alternan y representan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas y fundadas: la que conceptúa como laboral la relación entre la Empresa y los llamados "depositarios" y la que considera que, para serlo, no reúne los elementos del art. 1.1 ET, lo cual determina la declaración de incompetencia de la jurisdicción laboral.*

*Aquel criterio funda las SS 30 octubre 1989 y 30 enero 1990 del Tribunal Superior de Justicia, y el segundo, las de 30 enero 1990, 13 febrero 1990 y 3 abril 1990 (que es la aquí impugnada).*

*SEXTO.- La sentencia que se impugna, en sí misma fundada como antes decimos, no aparece aislada sino en la misma línea de otras que mantenían igual criterio. Teniendo, pues, en cuenta la citada doctrina de este Tribunal, ha de concluirse que no ha habido en el caso un apartamiento infundado por un órgano judicial que rompa arbitrariamente la doctrina anterior aplicada a un supuesto idéntico, y en consecuencia no cabe reputar que la misma haya vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la Ley que es el sometido a la decisión de este Tribunal, el cual, evidentemente, no es un órgano cuyo cometido consista en la unificación de doctrina. Procede, por tanto, la desestimación del recurso."*

En consecuencia, en mi opinión, al trasladar al presente caso lo razonado por el Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, se neutralizan las objeciones apuntadas desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley.

Por todo lo expuesto, a mi juicio el fallo debiera haber sido confirmatorio del pronunciamiento de instancia en cuanto al rechazo de la causa de inadmisibilidad.

**TERCERO.-** Abordando el fondo del asunto, una vez superado el obstáculo formulado respecto de la admisibilidad, creo que el segundo también debiera ser objeto de rechazo por esta Sala.

En síntesis, la sentencia de instancia aprecia como probados unos hechos (extranjero documentado y con un mínimo arraigo) que, en lugar de ser combatidos en el recurso de apelación, son soslayados por la Abogacía del Estado. Así, el recurso de apelación, en relación a este segundo motivo, se ocupa exclusivamente de trasladar sesgadamente a los hechos declarados probados en la resolución administrativa lo razonado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de cuestionar la degradación de la sanción administrativa operada en la instancia.

En definitiva, la ratio decidendi del pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la legalidad del acto impugnado debería, a mi juicio, ser confirmada en sede de apelación, al considerar correctamente aplicada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el principio de proporcionalidad en relación con la sanción de expulsión.

**CUARTO.-** Por lo razonado, en mi opinión procedería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, efectuar preceptiva imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

En consecuencia, entiendo que el Tribunal debería haber dictado el siguiente

## **FALLO**

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, REGISTRADO CON EL NÚMERO 626 DE 2007, INTERPUESTO POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA DE 16 DE FEBRERO DE 2007 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 1 DE LOS DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO DE PROCEDIMIENTO 311 DE 2006, DEBEMOS:

**PRIMERO:** CONFIRMAR, COMO CONFIRMAMOS, LA SENTENCIA APELADA.

**SEGUNDO:** EFECTUAMOS IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL ILMO. SR.  
MAGISTRADO D. JUAN-LUIS IBARRA ROBLES EN RELACIÓN CON LA  
SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL ROLLO DE APELACIÓN N° 626  
DE 2007**

1. Con el sincero respeto a la sentencia adoptada por el voto de la mayoría de los miembros del Pleno de la Sala, expreso mi discrepancia respecto del pronunciamiento del fallo por el que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Donostia-San Sebastián, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006.

Al entender que el recurso de apelación debió ser desestimado, he de mostrar, necesariamente, discrepancia respecto de los pronunciamientos segundo y tercero del fallo.

Mi disconformidad no alcanza a los Antecedentes de hecho, ni a los Fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia recaída en los autos.

2. Los referidos pasajes de la sentencia ahora objetada ponen de manifiesto los siguientes antecedentes que juzgo relevantes para el enjuiciamiento:

a) El recurrente, D. \*\*\*\*, solicitó y obtuvo de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, en virtud de acuerdo adoptado con fecha de 15 de junio de 2006, el reconocimiento del derecho a que se le facilitaran la totalidad de las prestaciones conferidas por el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Y, en concreto, en los términos dispuestos por dicho precepto legal, le confirió el derecho a las prestaciones de defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el proceso seguido en la primera instancia. Proceso cuyo objeto se ceñía al enjuiciamiento de las pretensiones ejercitadas en relación con la resolución dictada con fecha de 2 de mayo de 2006 por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, que impuso a la persona extranjera recurrente la sanción del expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en el Espacio Schengen por un periodo de tres años.

b) La Letrada D<sup>a</sup>. Itziar Uzkudun Lanz acompañó al escrito de interposición del recurso jurisdiccional, exclusivamente suscrito por la misma, el traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que le habilitaba para la actuación profesional. En dicho escrito, la Letrada así designada manifestó que actuaba en nombre y representación de D. \*\*\*\*\*.

c) En el trámite de incoación del proceso, mediante Providencia dictada con fecha de 11 de julio de 2006, el Juzgado declaró la validez de la comparecencia teniendo a D.

\*\*\*\*\* por comparecido y parte, debidamente representado por la Letrada D<sup>a</sup>. Itziar Uzkudun Lanz. Dispuso, también, la sustanciación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado regulado por el artículo 78 de la Ley Jurisdiccional 29/1998; y notificó a dicha Letrada la totalidad de las actuaciones procesales, incluida la sentencia dictada en la instancia.

d) El Abogado del Estado, en el acto de la vista, alegó como óbice procesal para la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo la concurrencia de la causa de inadmisibilidad tipificada en el artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Y ello, por entender que la documentación aportada junto con el escrito de interposición del recurso jurisdiccional no acredita que la Letrada actuante tuviera debidamente conferida la representación procesal del recurrente. Oída la parte demandante, la Juez mandó proseguir el juicio y dictó la sentencia sobre el fondo que es objeto del recurso de apelación.

e) En el recurso de apelación, el Abogado del Estado impugna el pronunciamiento estimatorio de las pretensiones ejercitadas en la instancia e interesa una sentencia revocatoria por la que se declare la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional por concurrencia de la causa tipificada en el artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

3. La pretensión de que se declare la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional interpuesto en nombre y representación de D. \*\*\*\*\* por la Letrada D<sup>a</sup>. Itziar Uzkudun Lanz, designada profesionalmente por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, que se ejercita en la instancia y en el recurso de apelación se funda, exclusivamente, en que el recurso jurisdiccional se interpuso por persona no debidamente representada.

El fundamento de la pretensión alude, por tanto, a un defecto procesal de carácter subsanable, atinente al deber del recurrente (que no se encuentre legalmente habilitado para comparecer por sí mismo) de actuar ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de representante procesal (Procurador o Abogado) a quien habrá de conferir su representación a fin de que sea a este representante "*a quien se notifiquen las actuaciones*", según la dicción empleada por el artículo 23.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

Como ya se ha constatado, la Letrada D<sup>a</sup>. Itziar Uzkudun Lanz desempeñó, de hecho, las funciones de representante procesal de D. \*\*\*\*\* al amparo de la designación efectuada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para hacer efectivo el derecho a las prestaciones previstas por el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero; y mantuvo este desempeño hasta la conclusión del proceso, incluida la notificación de la sentencia, en virtud de los efectos jurídicos desplegados por la decisión judicial que declaró válida la comparecencia en el proceso del recurrente representado por dicha Letrada.

4. Pues bien, la sentencia adoptada por la mayoría de los miembros de esta Sala es conteste con quien suscribe este voto particular en punto a que, por tratarse de una alegación fundada en la concurrencia de un vicio procesal subsanable, la pretensión de declaración de inadmisibilidad en los términos en los que se ejercitó por el Abogado del Estado no podía ser estimada en derecho por la sentencia dictada en la instancia.

Toda vez que una eventual declaración judicial de inadmisibilidad del recurso hubiera contravenido frontalmente la norma procesal dispuesta por el artículo 138.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 ("*3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.*"). Siendo así que, incontrovertidamente, la designación efectuada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita impedía la aplicación de la categoría del defecto procesal insubsanable; y, de forma igualmente palmaria, no se había conferido plazo al recurrente para la eventual subsanación de ningún defecto que afectara a la validez de la comparecencia en el proceso por medio de representante.

5. A partir de este punto, mi discrepancia se centra en el pronunciamiento estimatorio del recurso de apelación aún cuando el mismo se sustenta sobre una razón de decidir que excluye la infracción del artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 por el fallo de la sentencia apelada.

Sin embargo, la referida razón de decidir sitúa la declaración de invalidez de la sentencia en la infracción del artículo 78, en relación con el artículo 45.3, ambos de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Y ello, por entender que la sentencia se dicta sin procederse a la subsanación del defecto procesal denunciado por el Abogado del Estado en el acto de la vista; consistente en que la parte compareció y actuó en el proceso por medio de la Letrada designada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita sin que se haya acreditado que el recurrente, beneficiario de la prestación, le hubiera conferido la representación procesal en alguna de las formas previstas en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque se aceptara a efectos argumentativos la posición interpretativa que entiende exigible que se acompañe al escrito de interposición del recurso jurisdiccional la acreditación, por un medio distinto a la aportación del traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, de que la Letrada actuante tenía conferida la representación procesal del recurrente.

Sin embargo, desde la anterior premisa, y atendiendo a las alegaciones que fundan el motivo impugnatorio en el recurso de apelación, el suscribiente no llega a la conclusión procesal de que el concreto defecto apreciado en la acreditación de la representación del recurrente deba subsumirse en la categoría de los óbices procesales que, por disposición del artículo 78.7 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, despliegan el efecto jurídico de impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo; determinando, con ello, la declaración de invalidez de la sentencia dictada en la instancia.



6. En el recurso de apelación, el Abogado del Estado, muestra su plena conformidad con una interpretación "pro actione" en el cumplimiento de los requisitos procesales que facilite la efectividad del derecho del recurrente a la garantía constitucional (artículo 24.1 CE) de una tutela judicial efectiva.

No obstante lo cual, aprecia que en el presente caso concurre un defecto en la acreditación de la representación que la Letrada afirma conferida a su favor que determina su incursión en la categoría de los óbices que impiden, de forma esencial, la configuración de la relación jurídico-procesal. Toda vez que, a juicio de la parte apelante, la carencia denunciada, impide presuponer que el acceso al proceso y el mantenimiento en el mismo respondan a la efectiva voluntad de D. \*\*\*\*\*. Y, en defecto de esta voluntad impugnatoria, la relación jurídico-procesal no parecería constituida por la persona extranjera interesada en la revocación de la resolución administrativa sancionadora sino por la propia Letrada compareciente quien, al actuar por sí misma y no en representación del interesado, carecería de legitimación activa para deducir pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con la resolución administrativa sancionadora que se sujeta a control jurisdiccional.

Debe compartirse con la parte apelante que la existencia de la parte recurrente y, por tanto, la válida constitución de la relación jurídico-procesal presupone la voluntad en el ejercicio del derecho de acceso al proceso por parte de la persona que ostenta un derecho o un interés legítimo en relación con la actuación administrativa objeto de impugnación.

Pero, en el caso de autos, este presupuesto debe tenerse como cumplido mediante el traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que se acompañó al escrito de interposición del recurso.

Debe repararse en que la argumentación de la parte apelante se sostiene sobre la formulación de una duda no debidamente despejada sobre la actuación procesal de la Letrada; actuación que, a su juicio, se podría haber producido sin contar con la voluntad impugnatoria de la persona extranjera interesada; en cuyo caso la Letrada vendría actuando en su propio nombre, sin contar con legitimación procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Esta conjetura y, por tanto, la argumentación que sobre ella se desarrolla quiebra mediante la acreditación del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por el que se designa a la Letrada para la defensa del recurrente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y en el concreto proceso en el que se impugna la resolución administrativa sancionadora que le fue impuesta al recurrente.

De forma que el acuerdo de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita pone fin a un procedimiento administrativo incoado a instancia de la persona extranjera en virtud de

la manifestación de la voluntad de ejercer el derecho de acceso al proceso, expresada en la solicitud de concesión de las prestaciones propias del beneficio de justicia gratuita que se resuelve mediante la decisión administrativa de declararle beneficiario de las prestaciones de defensa y representación gratuitas; y la que determina la materialización de estas prestaciones mediante la designación de la Letrada actuante por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

7. En consecuencia, no habiéndose cuestionado en el proceso resuelto mediante la sentencia apelada la presunción legal de validez jurídica predicable del acuerdo administrativo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, las prestaciones conferidas a D. \*\*\*\*\* debían incluir, en su contenido material, el alcance preciso para hacer efectivo el contenido de la tutela judicial reclamada mediante la solicitud del beneficio de justicia gratuita. Alcance que, por prescripción constitucional (artículo 24.1 CE) integra el derecho de acceso a la jurisdicción y que se concreta, en los términos, por todas, de la STC 115/1984, de 3 de diciembre, en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional y a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, que puede ser de inadmisión si así procede.

Pero, en lo que ahora interesa, el principio de interpretación conforme a la referida garantía constitucional habilita una aplicación de las normas procesales en la que no toda irregularidad formal se ofrezca como un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determina así de forma taxativa (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, 102/1984, de 12 de noviembre, y 69/1987, de 22 de mayo).

Por los anteriores fundamentos, en el concreto caso de autos, la aportación del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita abona una interpretación del artículo 78.7, en relación con el artículo 23.1 y 45.3, de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de la que concluye el suscribiente que la irregularidad formal detectada no responde a la naturaleza procesal de los óbices impositivos de la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Y, en consecuencia, dicha irregularidad formal no obstaba a la válida prosecución y término del proceso mediante el dictado de sentencia sobre el fondo.

8. Por lo que, a mi juicio, debió fallarse el recurso de apelación con desestimación del mismo. Con el consecuente pronunciamiento declarativo de la confirmación del fallo de la sentencia dictada en la primera instancia. Y con el preceptivo pronunciamiento de imposición a la parte apelante de las costas devengadas en la segunda instancia.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. LUIS-JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL ROLLO DE APELACIÓN N° 626 DE 2007**

La emisión de este voto presupone la previa adhesión a lo fundamental de cuanto se razona en el que le precede, formulado por el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. Don Juan Luis Ibarra, y se plantea con separación al fin exclusivo de ahondar en concretos aspectos de legalidad ordinaria que entiendo mal abordados y decididos en la sentencia mayoritaria, dada mi total discrepancia con el criterio favorable a las tesis de la Administración del Estado que dicha sentencia acoge.

La conclusión que se alcanza en la parte esencial de la sentencia, -Fundamento Jurídico Tercero-, se basa, más que en una verdadera interpretación, en sublimar y dar valor absoluto a una regla que ni siquiera es aplicable a la asistencia jurídica gratuita, como es el artículo 24.1 LEC.

De este modo, partiendo de la premisa de que las partes han de actuar representadas por un técnico en derecho colegiado en el proceso contencioso-administrativo, -artículo 23.1 LJCA-, se acude al artículo 24 LEC, para concluir que la representación técnica mediante Letrado o Procurador se deberá acreditar indefectiblemente mediante poder notarial o comparecencia *apud acta* ante el Secretario Judicial.

Sin embargo, no repara la mayoría de la Sala en que el artículo 24.1 LEC no sanciona lo que se pretende, pues no dice que *toda* parte procesal deba de presentar un poder de esas características como requisito de comparecencia, sino que se limita a regular en la forma, "*el poder en que la parte otorgue su representación*". Es decir, que, al consagrar simplemente una prueba privilegiada y excluyente de esa representación, el precepto presupone que la parte ha tenido que otorgarla de manera voluntaria y contractual. -art. 33.1 LEC-.

Sistemáticamente, todo el Capítulo V está referido exclusivamente a ese modelo de actuación procesal general propio de los litigantes privados, y como luego veremos, la tentativa forzada de extensión a la representación que deriva de la Ley 1/1.996, de Asistencia Jurídica Gratuita, quiebra su sistema, pues no en vano los artículos 34 y 35, dentro del mismo capítulo, versan sobre los Derechos de Procurador y los Honorarios de Abogados. ¿También serán dichos preceptos ineludiblemente aplicables a toda representación técnica en el proceso?

Quedarán por tanto fuera del ámbito probatorio del art. 24 LEC cuantos otros tipos de representación pública o institucional de los litigantes no sean voluntarios, o no se

caractericen por la libre elección del profesional colegiado y la aceptación de éste, propia del mandato representativo.

Por señalar solo un ejemplo, el vigente artículo 551.3 de la LOPJ contempla la postulación de las CC.AA y de los Entes Locales, atribuyendo, como regla general, la representación y defensa de aquellos a los letrados que sirvan en sus respectivos servicios jurídicos. En la lógica de la mayoría de la Sala que la sentencia expresa, tal precepto habría de tenerse por ineficaz o insuficiente ante el repetido artículo 24.1 LEC, y también las Administraciones litigantes habrían de otorgar necesariamente un poder notarial o *apud acta* en favor de sus referidos letrados, sin que sea bastante con la designación oficial de tales letrados que en tales casos se acredita en las actuaciones.

Más a nadie se le ocurrirá afirmar que de esa omisión de documento de apoderamiento deriva una práctica forense relajada, y en el fondo ilegal y, en cambio, constituye la más palpable demostración de cuanto se viene argumentando en este voto discrepante, pues precisamente la representación procesal oficial del litigante que el profesional colegiado viene obligado a asumir en base a la Ley 1/1.996, ofrece rasgos muy similares a la del artículo 551 citado, en tanto no es voluntaria, ni permite el juego de la libre proposición contractual y la necesaria aceptación de la misma.

Sin embargo, para dejar de lado esa objeción, la mayoría del Tribunal termina por asimilar ambas figuras, sosteniendo que lo que el sistema de dicha ley 1/1.996 comporta es una simple exención de pago de derechos y honorarios garantizando la gratuidad para ciertos litigantes, pero sin eximirles de cumplir exigencias procesales representativas que serían absolutamente generales e ineludibles, como la de otorgar un poder para pleitos. Lo que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita conllevaría es la mera *designación* del Procurador, conforme al citado artículo 33.1, pero una cosa es *designar*, que es lo que hacen las Corporaciones públicas, y otra será *apoderar*, que es lo que siempre la parte litigante deberá hacer por sí misma.

Nada más lejos de la verdad procesal e institucional, como viene argumentándose. Sostengo en este voto discrepante que tal posición es antijurídica y contradictoria, y equivaldría, -en términos de representación legal extrajudicial-, a proclamar que, por ejemplo, el tutor, además del nombramiento judicial para ejercer el cargo, necesita de un apoderamiento voluntario del propio incapaz para acreditar la representación de éste ante terceros.

La designación de representante técnico procesal que se produce en base a la Ley 1/1.996, constituye el establecimiento casuístico de un mecanismo de postulación procesal pública mediante un nombramiento oficial que, en base a los arts. 15, 17, 27, y 31, entre otros, conlleva que la representación sea respectivamente conferida y asumida *ex lege* por la Administración y el profesional colegiado designado, sin elección ni posible rechazo, con lo que la necesidad de acreditar tal representación mediante un apoderamiento notarial o judicial del interesado, es decir, mediante un documento público expresivo del

conferimiento de tal representación, no es solo que resulte sobreabundante e innecesaria, sino que entra en abierto conflicto con la naturaleza de ese otorgamiento público. Sostengo incluso, yendo un paso más allá, que el otorgamiento de un apoderamiento voluntario por parte del litigante, equivaldría a la renuncia implícita a las prestaciones públicas consagradas por dicha ley, como expresión de un libre encargo al colegiado, sujeto a la aceptación de éste.

En consecuencia, me parece plenamente infundada la suposición de la mayoría de la Sala de que la secular inexigencia de poder notarial o *apud acta* en los supuestos de asistencia jurídica gratuita solo responda a una práctica forense más o menos *contra legem*, y que la aplicación estricta de la ley, obligue a atenerse al artículo 24.1 LEC. Antes bien, si solo esporádicamente ha surgido la cuestión y la jurisprudencia y la práctica la han resuelto desde antiguo en el sentido de que la designación oficial se equipara a un poder general para pleitos, es por haber hecho una idónea y completa apreciación de la institución desde todos sus vértices, sin convertir en un algo abstracto el documento acreditativo de la representación voluntaria como si de un requisito formal de procedibilidad se tratase.

2º).- Otra de las bases de los planteamientos que en el recurso hizo la Abogacía del Estado, es que el apoderamiento del artículo 24 LEC es el instrumento procesal que sirve para dejar constancia de que se está ante un proceso cuya interposición ha sido debidamente decidida por el mismo litigante.

Sin embargo, ni la acreditación de la representación procesal voluntaria tiene esa finalidad, ni se está tampoco ante un requisito que las leyes impongan a las personas físicas litigantes.

En efecto, fuera del supuesto de las personas jurídicas, que deben específicamente acreditar documentalmente el acuerdo de interposición del proceso, -artículo. 45.2.d) LJCA-, los litigantes individuales comparecen en él con solo satisfacer las formas y condiciones de postulación que en cada caso sean atinentes. Un litigante ordinario será tenido por parte recurrente mediante la formulación a su nombre de un escrito en que la representación del Procurador interviniente se haya otorgado, acaso, hace veinte o más años, y ningún deber procesal de ratificación pesa sobre dicha parte en relación con los actos procesales que se efectúen a su nombre. Se trata de una declaración de voluntad externa al proceso, que no forma parte de él, y que no es fiscalizable por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

Carece, por ello de todo fundamento. al menos de *lege data*, que los litigantes extranjeros, amparados como están por el artículo 22.1 de la LOREX 4/2.000, -aunque no sean residentes, conforme a la STC 236/2.007-, deban acreditar formalmente su voluntad litigiosa en el proceso, mediante una comparecencia ante Notario público o ante el Secretario del órgano jurisdiccional, en lo que constituiría en principio una exigencia claramente discriminatoria. -Art. 23 L.O.-

3°).- Por último, la respuesta jurisdiccional que considero conforme a derecho para el supuesto de la presente Apelación nº 685/2.007, es la plenamente desestimatoria,

Entiendo que la fundamentación de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, -que se transcribe en el F.J. Primero, Letra B) de la nuestra-, satisface plenamente el ordenamiento jurídico tanto desde el prisma de la interpretación conforme a la Constitución de los requisitos de acceso al proceso, como desde la óptica de la legalidad ordinaria, y que debería ser plenamente confirmada en ese punto.

Si, como parece, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita competente, designó, en principio, exclusivamente Letrado, -y no Procurador-, para emprender el proceso de instancia, podrá discutirse si tal proceder viene o no amparado por el artículo 6 de la LAJG 1/1.996, en un tipo de proceso en que el Abogado puede ejercer simultáneamente la representación y defensa del litigante, -art. 23.1 LJCA-, y si el sistema de la asistencia jurídica gratuita permite englobar y subsumir esa opción legal, eludiendo inicialmente la designación de Procurador, (facultativa pero no estrictamente preceptiva), y reservando expresamente la designación de éste último para el caso de comparecer en segunda instancia ante Tribunal Colegiado, -Art. 23.2 LJ-. Lo que no comparto es que, por razón de entender el órgano judicial -por si o a solicitud de la parte contraria-, que la representación no viene conferida al Letrado, se obvие que la prestación pública reconocida al litigante extranjero abarca a ambas figuras de la postulación técnica, y que se le imponga, con tal pretexto, la representación procesal voluntaria a acreditar mediante poder notarial o comparecencia *apud acta*.

De otra parte, tengo por plenamente infundada la pretensión de la Abogacía del Estado de que el órgano jurisdiccional carece de facultades para requerir ese complemento de representatividad procesal, si así lo juzga imprescindible o más acorde a derecho. Esa facultad coincidirá o no exactamente en su formulación y ejercicio con lo que disponen los artículos 6.3 y 21 de la Ley 1/1.996, pero tiene todo su respaldo en lo que establece el artículo 45.3 LJCA, en tanto que le atribuye al Juez o Tribunal el poder de determinar en cada caso la suficiencia de los requisitos de comparecencia y de imponer la subsanación de los mismos por el cauce que legalmente corresponda.

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA ILMA.  
SRA. MAGISTRADA Dña. MARIA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO EN  
RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL ROLLO  
DE APELACIÓN N° 626 DE 2007**

Con el debido respeto al parecer de la mayoría, debo matizar los fundamentos que llevan a estimar la apelación.

Los razonamientos que considera adecuados al caso son los siguientes:

La cuestión en la que sin llegar a discrepar, sí me gustaría matizar, es la que se recoge en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. En concreto, si el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente y/o la designación de oficio, comporta, como dice la sentencia " de suyo y sin necesidad de poder notarial o apoderamiento apud acta, la representación del extranjero" en la forma exigida en el artículo 24 de la LECV.

La sentencia concluye " el otorgamiento de la representación lo regula el artículo 24 de la LEC exigiendo poder notarial o apud acta, y lo hace sin distinciones, sin hacer la salvedad de los supuestos de designación de oficio, sean o no de asistencia jurídica gratuita. Siendo ello así, a juicio de la Sala es obligado concluir que el apoderamiento de quien ostente la representación ha de hacerse en la forma prescrita por el artículo 24 de la LEC. La LEC exige la comparecencia personal ante un fedatario público y la expresa manifestación de voluntad de interponer el recurso, exigencia a la que en modo alguno, cabe equiparar la comparecencia personal del litigante ante el Colegio de Abogados prevista por el artículo 12 LAJG".

Antes de expresar mi parecer, estimo pertinente realizar algunas consideraciones previas, que resultan necesarias a la hora de exponer mi opinión.

El poder que ha de otorgarse al Procurador, para actuar procesalmente constituye un mandato representativo típico. El mandato se otorga notarialmente, de suerte que, en virtud de las exigencias del Reglamento Notarial, el documento resultante "Poder", suele acreditar no sólo el mandato representativo conferido, sino otras circunstancias del otorgante que hacen referencia a su capacidad de obrar, a su condición de representante ( si como tal otorga el poder). Sin embargo, la representación puede conferirse, asimismo, mediante comparecencia ante el Secretario del Tribunal, que haya de conocer del asunto ( apoderamiento "apud acta", arts. 24.1 LEC y 281.3 LOPJ). Este otorgamiento de poder ante el Secretario se habrá de deducir " al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación.

La parte puede conferir su representación técnica al Procurador que libremente escoja, en las dos formas antes mencionadas, pero si la parte lo solicita o si se niega a nombrarlo, se le nombrará de oficio, siempre que sea preceptiva su intervención.

A los medios de adquisición de la representación a que alude el artículo 24.1 LEC debe añadirse, y es aquí dónde introduzco el matiz a la sentencia, el acto también formal y de naturaleza administrativa de nombramiento de representante procesal por el Colegio de Procuradores en los supuestos que prevé la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tanto con carácter provisional como definitivo (arts. 6.3, 15, 21). Obviamente, no es equiparable este nombramiento de representante procesal, a la representación en los términos antes expuestos ( artículo 24 de la LEC), pues la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita es un órgano administrativa no un fedatario público. La Ley de Justicia Gratuita y el Reglamento son anteriores a la nueva LEC y ésta no introdujo modificación alguna en los preceptos de la misma relativos a la designación de profesionales y los efectos que lleva consigo dicha designación. La ley de asistencia jurídica gratuita define el contenido de la obtención del beneficio, circunscrito a la representación real y efectiva del beneficiario ( artículo 6.3) hasta la terminación del proceso, artículo 31 , definiendo el artículo 7 la extensión temporal de dicho derecho.

No obstante, las consideraciones que se recogen en la sentencia, son aceptables, en cuanto son abundantes, los supuestos en que el actor ha sido objeto de devolución del territorio español o se ha decretado su expulsión, es decir, casos en que hay fundadas sospechas o la certeza de que el extranjero no está presente y de que no ha impartido la orden expresa de interponer el recurso contencioso administrativo, y lo plantea el Letrado o Letrada como corolario de su actuación profesional de defensa en el previo procedimiento administrativo. Pues bien, en este sentido, no considero que la interpretación que del artículo 24 de la LEC hace la sentencia, sea antijurídica, considerando que es conforme con la naturaleza del mandato representativo. Así mismo y coincidiendo con la sentencia, tampoco la exigencia de representación conforme a las normas procesales generales constituya ningún obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción, cuando la Ley de Extranjería , en su art. 65.2, prevé expresamente la facultad del extranjero que se encuentra fuera de España de cursar los recursos contencioso-administrativos a través de la oficina consular correspondiente.

En la Villa de Bilbao (Bizkaia), a nueve de diciembre de dos mil nueve.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia y los votos cuatro votos particulares por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, éstos últimos en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.