



**SENTENCIA Nº 2516/2018**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**R. APELACIÓN Nº 1008/2017**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de Málaga, a 15 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1008/2017, interpuesto por la Procuradora Sra. González Castillo, en nombre de don ██████████ ██████████ ██████████ defendido por el Letrado Sr. Bueno Fernández, contra el Auto nº 95/2017, de 17 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de MELILLA, en pieza separada de medidas cautelares al PA 21/17.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de Melilla dictó auto en el encabezamiento reseñada acuerda el archivo del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Contra la mencionada resolución judicial, es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito del 5/06/2017, con base a los motivos expone pidiendo, resolución se anule el auto de archivo del presente proceso, admitiéndose a trámite la demanda formulada y el procedimiento por sus trámites.

**TERCERO.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día siete.



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 1/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de MELILLA dictó el Auto nº 95/2017, de 17 de mayo, en el PA 21/17, que ante recurso interpuesto frente a resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla del 29/03/16 por la que se acordaba su devolución del recurrente, y que fue confirmada en alzada a 12/09/16, acuerda:

*“ARCHIVAR sin más trámites, el recurso contencioso- administrativo interpuesto por **MAMADOU CHERIF DIALLO** contra resolución del Ministerio del Interior de fecha 12/09/16 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Orden de devolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de fecha 29/03/16 sobre EXTRANJERIA. 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.”*

**SEGUNDO.-**Frente a dicha auto la parte apelante alega, en síntesis:

- El fundamento del auto recurrido se basa en la falta de acreditación del procurador en su representación al no realizar el recurrente apoderamiento apud acta o poder de representación notarial

Así la Diligencia de Ordenación de veintitrés de febrero de 2017 indica:

*Presentado escrito por la Procuradora Da. GEMA GONZALEZ CASTILLO representando por turno de oficio al Sr. **MAMADOU CHERIF DIALLO** así como designación de Procurador del turno de oficio por el Colegio de Procuradores de Melilla y observado que en el mismo no concurre los requisitos del art. 45.3 de la LJCA., acuerdo:*

*- Requerir a la parte recurrente para que en el plazo de DIEZ DÍAS: - Acredite la Procuradora Sra. Gonzalez Castillo la representación del recurrente aportando original de la escritura de poder para pleitos o apoderamiento "apud acta" ante la Letrada de la Admón. de Justicia. APERCIBIMIENTO: si no lo subsana en el plazo indicado, el Juzgado o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.*

- Se debe considerar en primer lugar la diferencia entre lo dispuesto en el artículo 22.3 de la LO 4/2000 respecto a la expresa voluntad de interponer recurso contencioso donde se remite al

*“En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.*

La disyunción que la norma recoge hace que sean dos las posibilidades que ésta establece para que el extranjero deje “constancia expresa de su voluntad de recurrir.



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 2/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



Dicha alternativa de manifestar su voluntad de recurrir se desarrolla reglamentariamente por el artículo 223 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril que desarrolla la mencionada Ley Orgánica y establece:

*“A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4 / 2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1 / 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil . En el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso - administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente”*

Dicha voluntad expresa no ha sido discutida por el tribunal pues consta en el expediente administrativo recogida “ACTA DE MANIFESTACIÓN” que indica “...Expresa su deseo de interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución de expulsión que pudiera adoptarse por la Delegaciones del Gobierno de Melilla”.

Por lo que con ello se cumple el requisito legal del artículo 22.3 que recoge la Ley Orgánica 4/2000 con la modificación del artículo único de la Ley Orgánica número 2/2009 de 11 de diciembre.

Dicha manifestación es reiterada ante el Ilustre Colegio de Abogados al solicitar que le fuera concedido el beneficio de justicia gratuita expresamente para la interposición de recurso contencioso administrativo el 6 de abril de dos mil dieciséis. Beneficio que le fue concedido el 27 de abril de 2016.

El artículo 23 como se indicó entra dentro del Capítulo III de Garantías Jurídicas, que comienza por el artículo 20 del Derecho a la tutela judicial efectiva.

– El auto de 4 de abril de 2017 que resuelve el recurso de revisión contra la Diligencia de Ordenación de 23 de febrero de 2017 en la que se requiere a la procuradora designada por el turno de oficio para acreditar su representación bien mediante escritura de poder bien mediante el otorgamiento apud acta indica en su fundamento jurídico quinto lo siguiente:

*“Otra consideración distinta es la representación que dice ostentar la Procuradora de los Tribunales, pues aunque cabe señalar que la representación de un Procurador de oficio como consecuencia de que el recurrente le haya sido reconocido el derecho de justicia gratuita, su designación ha de hacerse por el procedimiento previsto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJ) que contempla como vía para el nombramiento de Procurador bien en el momento de la solicitud inicial del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita (art. 12 LAJ) siempre que se den los motivos establecidos legalmente, o bien por una decisión del Juzgado o Tribunal mediante Auto motivado (art. 6.3 LAJ). Motivación que ha de tener en cuenta que para intervenir ante un órgano jurisdiccional unipersonal de la jurisdicción contencioso administrativa no es necesario asistir representado de Procurador.*

*Ciertamente el nombramiento de Procurador de oficio conllevaría la representación procesal del recurrente sin necesidad de poder notarial, consular o apud acta, pero el mismo debe realizarse en el momento inicial y por solicitud del propio recurrente, pero*



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 3/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



no como ocurre en este caso en el que se presenta el nombramiento de Procurador cuando el recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por quien no disponía de la representación procesal.

La Procuradora no ha acreditado que el nombramiento de la misma ha sido por el procedimiento establecido en la LAJ y en su reglamento ejecutivo aprobado por el R. Decreto 996/2003, de 25 de julio, que en su artículo 1 establece su aplicación a todo tipo de procesos. Pues bien en dicho reglamento se contempla la designación de Procurador en justicia gratuita de dos formas: por decisión motivada y en Auto del Juzgado para lo cual el recurrente debe dirigirse al propio Juzgado (art. 13); o bien en el momento inicial en el que el propio Colegio de Abogados se dirija al de Procuradores pidiendo su nombramiento (art. 11) realizando en ese momento un nombramiento provisional que debe ser revocado o confirmado por la Comisión de Justicia Gratuita (art. 7), que quien tiene la competencia para su nombramiento. Al hacerlo por una vía distinta si la Procuradora quiere actuar en representación del recurrente debe acreditarlo de la manera ordinaria, esto es mediante poder o apud acta. De manera que al no hacerlo de esta manera no puede aceptarse la aducida representación”.

En el presente caso se solicitó por el recurrente a través del proceso establecido en el artículo 9, a través del Servicio de Orientación Jurídica del ICA Melilla, la designación recogida en el artículo 6.3 de la Ley 1/1996 defensa y representación gratuitas de abogado y procurador.

Al no designarse provisionalmente y a requerimiento del juzgado de la necesidad de acreditación de la representación del letrado, éste se dirigió al ICA Melilla, tras tener reconocido el derecho a que se subsanara el defecto de tramitación y se librara oficio al Colegio de Procuradores para que designando procurador se subsanara la falta de designación inicial.

Designación que se realizó no de forma provisional sino definitiva al tener otorgado el recurrente el beneficio de justicia gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita conforme se recoge en el documento que se adjunta a la demanda.

No puede tener otra consideración de designación colegial que la de representación del recurrente, por solicitud del mismo en el momento de instar el beneficio de justicia gratuita como indica el artículo 9 y siguientes del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, si bien realizado el trámite previsto en el artículo 11 del mismo de forma tardía.

– Por lo anteriormente indicado no compartimos que el otorgamiento de justicia gratuita y la representación no vengán anudadas una con otra.

La regla que establece el artículo 24.1 de la LEC no es aplicable cuando de justicia gratuita se trata. La parte efectivamente deben actuar representadas por técnicos en derecho, abogado y procurador colegiados según establece el artículo 23 de la LJCA.

Pero 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



Código Seguro de verificación:N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 4/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



propio de los litigantes privados.

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.

Así, 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.

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.

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.

El artículo 23 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, indica 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 Abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

De dicho precepto de la LEC, 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. Siendo la razón de dicha distinción 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 acudir ante el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia para manifestar que otorga su representación ante un determinado profesional, pues en los supuestos del beneficio de Justicia Gratuita, el profesional no es elegido sin designado por el Colegio al que pertenece, y esa designación sirve ante el Juzgado para demostrar quién es el profesional que va a representar a la parte beneficiaria del tal derecho.

– Por su parte, el artículo 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, 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. Por otro lado, el artículo 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, prescribe que los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios territoriales regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas garantizando, en todo caso, su prestación



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 5/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, sin necesidad de tener que procederse por el beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita a formalizar el apoderamiento mediante poder notarial o comparecencia "apud acta"

En definitiva, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales, pero todos ellos son, en cuanto su contenido, derechos de configuración legal (SSTC 107/84, 99/85 y 115/87), por lo que en cuanto a la representación procesal en el orden jurisdiccional contencioso- administrativo hay que estar al binomio art. 24 CE-art. 23 LJCA.

Por todo lo cual, cabe concluir que la representación se puede otorgar mediante poder notarial o comparecencia "apud acta", en el caso de designación por particular como regla general, pero en el caso de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita no es necesario el apoderamiento para el Letrado del turno de oficio, pues el interesado no lo elige, sino que su designación opera por Ministerio de la Ley, "ope legis" o "ex lege", tratándose por tanto de una auténtica y genuina "designación legal", que ha de ser conjugada con los principios antiformalista y "pro actione" para que no se produzca vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso a los Tribunales (art. 24 .1 CE), lo que se aplica pacíficamente en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social.

**TERCERO.-** El auto impugnado, en sus antecedentes dice:

*"PRIMERO.- Por **D. MAMADOU CHERIF DIALLO** se ha presentado escrito formulando recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ministerio del Interior de fecha 12/09/16 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Orden de devolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de fecha 29/03/16 sobre EXTRANJERIA.*

*SEGUNDO.- En fecha 7/03/17 se presentó recurso de reposición contra la Diligencia de Ordenación de fecha 23/02/17; y contra la resolución de dicho recurso en fecha 21/03/17 se interpuso recurso de revisión, resolviendo dicho recurso por Auto del Magistrado Juez en fecha 4/04/17 desestimando dicho recurso de revisión.*

*TERCERO.- Ha transcurrido el plazo concedido en resolución de fecha 4/04/17, sin que la parte recurrente haya subsanado los defectos advertidos en su escrito".*

En su fundamentación jurídica dice:

*"PRIMERO.- PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el art 45.3 en relación con el art 78.3 de la LJCA, si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Secretario Judicial estime que no concurren los requisitos exigidos por esta ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hiciere, el Juez o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.*

*En el presente caso, procede el archivo de las presentes actuaciones, al no haber subsanado la parte recurrente, en el plazo concedido, el defecto advertido en su escrito de fecha 23/01/17.*



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 6/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



*En este sentido, establece el artículo 128.1 que los plazos son improrrogables y que se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiera 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.”*

**CUARTO.-** La artículo 22.3 de la LO 4/2000, tras ser reformado en 2009 dice:

“En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.

Por su parte el art. 223 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril que desarrolla la mencionada Ley Orgánica y establece:

“A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4 / 2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1 / 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil . En el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso - administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente”

En auto consta que el interesado, estando privado de libertad por estar inmerso en procedimiento de devolución realizó ante autoridad administrativa “ACTA DE MANIFESTACIÓN”, a cuyo tenor: “...Expresa su deseo de interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución de expulsión que pudiera adoptarse por la Delegaciones del Gobierno de Melilla”.

Esa normativa específica, puesta en relación con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, pone de manifiesto que, en estos supuestos, el/la Procurador/a 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, así como la privación de libertad al estar sometido a procedimiento de devolución, por lo que en ningún caso puede acudir ante el Notario o el Secretario Judicial para manifestar que otorga su representación ante un determinado profesional, pues en los 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



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 7/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



profesional que va a representar a la parte beneficiaria de tal derecho, sin que existan razones para seguir otro criterio cuando es el Abogado designado de oficio el que asume la representación cuando actúa ante órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa unipersonales.

El interesado es presuntamente titular del beneficio de Justicia Gratuita, y por lo tanto la representación debe acreditarse mediante la designación emitida por el Colegio Profesional correspondiente, pues la parte, dada su situación económica, no puede seleccionar libremente un representante procesal. Por ello ni siquiera puede otorgar poder o representación apud acta en favor del Letrado designado por turno, pues el interesado no le selecciona, sino que es la Ley la que establece el mecanismo de designación atribuyendo la competencia para cada caso al colegio respectivo.

El Abogado o el Procurador del turno de oficio no actúa en virtud del contrato mandato a que se refiere el artículo 27 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable) o de un contrato de arrendamiento de servicios, pues falta la voluntad, el consentimiento que conforman dichos contratos, la fuente de la obligación en estos casos no es la autonomía de la voluntad, el negocio jurídico, sino la Ley. Por otro lado esta tesis es la más acorde con el art. 119 CE interpretado de acuerdo con el principio pro actione.

El interesado demostró que quería ejercitar acciones, estando privado de libertad, en la referida acta de manifestación, y desde el mismo momento en que solicitó la designación de por turno de oficio y consecuentemente también el beneficio de justicia gratuita. La inicial solicitud de designación de letrado del turno de oficio comporta, la encomienda en el mismo de las gestiones necesarias para el triunfo de la pretensión y entre y entre ellas, es obvio, la el ejercicio de acciones ante los Tribunales, que es la función fundamental de los Letrados.

Respecto de los Procuradores, el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dice que el poder en 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; añadiendo que la escritura de poder se acompañará al primer escrito que el Procurador presente o, en su caso, 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.

Sin embargo, el poder notarial y la designación de causídico 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 23 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



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 8/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==





necesidad de poder notarial ni comparecencia apud acta, cuando el mismo es designado de oficio . La razón de dicha distinción no es otra, reiteramos, que la que se deriva de la imposibilidad de selección de profesional cuando se es beneficiario del derecho de Justicia Gratuita , y, además está privado de libertad, por lo que en ningún caso puede acudir 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.

**QUINTO.-** No procede la imposición de costas al no haber parte apelada.

### FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

**PRIMERO.-** Estimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de don **MAMADOU CHERIF DIALLO** contra el Auto nº 95/2017, de 17 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de MELILLA, en pieza separada de medidas cautelares al PA 21/17, que revocamos, acordando en su lugar que procede admitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su nombre.

**SEGUNDO.-** Sin imponer el pago de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio designados.



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |      |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |      |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |      |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |      |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |      |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 9/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



Código Seguro de verificación: N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

|             |                                                 |                          |            |       |
|-------------|-------------------------------------------------|--------------------------|------------|-------|
| FIRMADO POR | SANTIAGO MACHO MACHO 26/11/2018 13:13:31        | FECHA                    | 30/11/2018 |       |
|             | MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 29/11/2018 09:27:31 |                          |            |       |
|             | FERNANDO DE LA TORRE DEZA 30/11/2018 12:14:17   |                          |            |       |
|             | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/11/2018 13:41:02    |                          |            |       |
| ID. FIRMA   | ws051.juntadeandalucia.es                       | N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q== | PÁGINA     | 10/10 |



N/cN3HnpT+1A9YaLVUq12Q==