



Roj: **STSJ CAT 2021/2023 - ECLI:ES:TSCAT:2023:2021**

Id Cendoj: **08019330042023100098**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **10/03/2023**

Nº de Recurso: **2480/2022**

Nº de Resolución: **902/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **HUGO MANUEL ORTEGA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Cuarta).

Rollo de apelación SALA TSJ 2480/2022 - Rollo de apelación nº 522/2022

En aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a fin de adaptar el ordenamiento jurídico español al reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se hace saber a las partes que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier procedimiento, debiendo ser tratadas única y exclusivamente a los efectos propios del mismo procedimiento en que constan.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Iltrms. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey ha dictado la siguiente:

SENTENCIA nº 902/2023

PRESIDENTE: José Manuel de Soler Bigas

MAGISTRADOS: Núria Bassols Muntada

Juan Antonio Toscano Ortega

Hugo M. Ortega Martín

En Barcelona, a diez de marzo de 2023.

Vistos por esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida por los Sres. magistrados relacionados al margen, los autos de la apelación 522/2022, presentada por Aurelia contra el auto de 29 de octubre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Nº 1 de Barcelona (procedimiento de extensión de efectos 114/20-A), por el que se desestima el recurso de revisión de la recurrente, dirigido contra el decreto de la LAJ 40/21 por el que se declaraba finalizado el proceso por desistimiento.

Ha sido parte el AJUNTAMENT DE MANRESA, representado por el procurador Ángel Quemada Cuatrecasas, y defendido por la letrada Marta García Bernaus.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso de Barcelona arriba referido se dictó auto desestimatorio del recurso de revisión presentado por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la recurrente (Aurelia), mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara resolución estimatoria del recurso, en los términos que se expondrán.



TERCERO.- La parte apelada (AJUNTAMENT DE MANRESA) presentó escrito de oposición, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando, en primer lugar, se declarara la inadmisión de la apelación por no ser susceptible la resolución impugnada de dicho recurso; para el caso de la admisión, suplicó se dictara resolución desestimatoria de la apelación, confirmando el auto impugnado y los actos administrativos recurridos.

Evacuado el traslado correspondiente, la parte apelante presentó, en primer lugar, el 7 de junio de 2022, un escrito con cabecera y suplico que, respectivamente, denominaba la pretensión como de adhesión al recurso de apelación, y solicitaba se la tuviera por adherida a la apelación presentada por el demandante (la propia apelante y demandante). El escrito, en su breve cuerpo, reproducía en realidad los argumentos de fondo para la estimación de la apelación, además de añadir una mención a la admisibilidad por el artículo 81 LJCA, y solicitaba el recibimiento del pleito a prueba sobre el documento 2 de la apelación, ya presentado con la apelación originaria -de la misma parte, nótese-.

En segundo lugar, veinte días después, presentó otro escrito en el que se daba por notificada de la diligencia de ordenación de traslado sobre la causa de inadmisibilidad planteada por la parte apelada, pero volvía a realizar alegaciones sobre el fondo, si bien incluía una mínima reseña al artículo 81 de la LJCA y la admisibilidad de la apelación.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en el Tribunal y formado el rollo, mediante resolución de 4 de noviembre de 2022 se designó ponente al magistrado Hugo M. Ortega Martín; por resolución de 9 de noviembre de 2022 se declaró la admisión del recurso de apelación. El día 22 de febrero de 2023 se fijó el día 2 de marzo de 2023 para la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resolución impugnada, pretensiones y argumentos de las partes.*

I/ Es objeto del presente recurso de apelación el auto de 29 de octubre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Nº 1 de Barcelona (extensión de efectos Nº 114/20-A), por el que se desestima el recurso de revisión de la recurrente, dirigido contra el decreto de la LAJ por el que se declaraba finalizado el proceso por desistimiento.

El auto consideraba, por un lado, que el recurso de revisión era extemporáneo, al haberse presentado fuera del plazo de 5 días que señala la ley.

Por otro lado, negaba que el decreto recurrido -dictado en virtud del artículo 74 de la LJCA- adoleciera de infracción alguna, y expresaba que el recurrente podía desistir del proceso en cualquier momento, que no podía ir en contra de sus propios actos, y que el hecho de que el titular de un órgano judicial se hallara de baja médica no era motivo para desistir de la acción.

II/ Pretende la recurrente que la Sala estime el recurso de apelación, revocando el auto apelado, y estimando el recurso de revisión, se ordene la continuación del procedimiento de extensión de efectos iniciado.

La apelación sostiene que el recurso de revisión sí se presentó en el plazo legal de 5 días.

Desde el punto de vista del fondo, explica las circunstancias que le llevaron a solicitar el 29 de abril de 2021 (según la apelante) se la tuviera por desistida, y días después, el 3 de mayo, a presentar escrito retirando el desistimiento. Niega haber ido en contra de sus propios actos y alega haber actuado de buena fe. Manifiesta que la notificación del decreto de desistimiento (fechado el 27 de abril de 2021) tuvo lugar el día 10 de mayo de 2021, cuando ya había presentado el escrito retirando el desistimiento.

III/ En el escrito de oposición, el Ayuntamiento de Manresa solicitó la inadmisión de la apelación; desde el punto de vista del fondo, entendía que la apelación no podía prosperar, ya que el decreto recurrido de 27 de abril de 2021 cumplía con las previsiones del artículo 20.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Añadía que la apelante no podía ir en contra de sus propios actos, y que el hecho de que el titular del Juzgado se hallara de baja no podía alterar el juez predeterminado por la ley.

Se hace notar que esta resolución adopta la forma de sentencia (art. 85.9 LJCA) no obstante el tenor del artículo 245 de la LOPJ, siguiendo la corriente dominante en el orden contencioso (sin embargo, véase el mencionado art. 245 de la LOPJ, así como la definición de sentencia que incluye; además, resulta imposible no hacer mención del art. 206.1.3ª de la LEC y sus términos, en relación con el art. 4 de la misma Ley).

SEGUNDO.- *Regulación aplicable.*

Establece el artículo 20 de la LEC, en sus apartados 2 y 3, lo siguiente:



"2. El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía.

3. Emplazado el demandado, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de diez días.

Si el demandado prestare su conformidad al desistimiento o no se opusiere a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, por el Letrado de la Administración de Justicia se dictará decreto acordando el sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto.

Si el demandado se opusiera al desistimiento, el Juez resolverá lo que estime oportuno."

Por otro lado, de modo específico para el orden contencioso, el artículo 74 de la LEC tiene el contenido que se transcribe a continuación:

"1. El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.

2. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

3. El Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

4. En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda.

5. Si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido.

6. El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas.

7. Cuando se hubiera desistido del recurso porque la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, y después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el actor podrá pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio. Si el Juez o Tribunal lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito alegaciones complementarias sobre la revocación.

8. Desistido un recurso de apelación o de casación, el Secretario judicial sin más trámites declarará terminado el procedimiento por decreto, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas al órgano jurisdiccional de procedencia".

TERCERO.- *Precisiones fácticas y jurídicas previas. Conclusiones del examen de autos.*

I/ Antes que nada, debe precisarse que existe error en la fecha alegada por la parte apelante como día de presentación del escrito de desistimiento; del propio fundamento jurídico y los términos de su alegato ya se infiere que no es posible que el decreto de desistimiento esté fechado el 27 de abril de 2021 y que el escrito solicitando el desistimiento sea posterior, de 29 de abril de 2021.

En realidad, el escrito solicitando el desistimiento consta presentado el día 19 de marzo de 2021.

Hecha esta precisión, también resulta conveniente subrayar que no era posible, obviamente, que la apelante se adhiera a su propia apelación. Se trató de un error de la apelante que el Juzgado y el Tribunal no subsanaron, declarando la inadmisión del escrito o solicitando su aclaración o rectificación (la diligencia de ordenación de la LAJ del Juzgado, de 22 de junio de 2022, se limitó a constatar que no procedía dar traslado, sin ordenar la expulsión del escrito o su modificación).

II/ Sentado lo anterior, de los autos se concluye que la secuencia de los hechos tuvo lugar del modo relatado por la apelante, hecha salvedad del error en la fecha anteriormente apuntado. Esto es: se presentó escrito de desistimiento el 19 de marzo de 2021; se dictó decreto de desistimiento el 27 de abril de 2021, se presentó el día 3 de mayo de 2021 escrito solicitando se tuviera por no presentado el desistimiento anterior; se notificó el decreto de 27 de abril el día 10 de mayo de 2021 a la ahora apelante (consta en autos el acuse de recibo de correos dicho día), y el día 14 de mayo de 2021 se interpuso recurso de revisión.

CUARTO.- *Extemporaneidad del recurso. Notas del desistimiento. Solución del caso.*



El auto se apoya en un doble argumento: el temporal, acerca de la extemporaneidad del recurso de revisión, y el procesal, acerca de la corrección del decreto declarando el desistimiento.

I/ En cuanto al temporal, como se evidencia del anterior fundamento de derecho, debe rechazarse: el decreto fue notificado el día 10 de mayo de 2021, y el recurso de revisión fue interpuesto cuatro días después, el 14 de mayo. Así, se hallaba dentro del plazo legal de 5 días que prevé el artículo 102 bis.3 de la LJCA.

II/ En cuanto al procesal, debemos partir por recordar la naturaleza del desistimiento. Es un modo de terminación anormal del proceso (art. 19 de la LEC), caracterizado especialmente por la reversibilidad de sus efectos; si se duda de dicha reversibilidad respecto del proceso concreto en que concurre, ninguna duda cabe de la reversibilidad respecto del proceso como posibilidad o cauce abierto tras el cierre de otro anterior. A diferencia de la renuncia, que supone un abandono *de la pretensión*, y como tal es un abandono definitivo, el desistimiento supone únicamente una dejación *del ejercicio* de la acción, un abandono momentáneo, que puede convertirse en definitivo por el paso del tiempo, pero que no impide volver a interponer la demanda correspondiente si así lo desea la parte actora, en otro proceso posterior a aquél en que se produce el desistimiento (art. 20.3 de la LEC: el actor "podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto").

Además de lo anterior, la regulación de la LEC distingue entre un desistimiento unilateral (art. 20.2) y un desistimiento consentido (art. 20.3). Para el primero, únicamente se precisa de la voluntad de la actora, pero debe efectuarse antes del traslado para la contestación a la demanda. Para el segundo, debe mostrarse conforme la parte demandada, que puede tener interés en zanjar el asunto y no quedar expuesta a una reiteración de la vía judicial. La LEC es aplicable supletoriamente según su artículo 4, y en concreto para el orden contencioso según la disposición final primera de la LJCA; en este punto en concreto, sin embargo, la STS de 23 de enero de 2004 consideró la regulación de la LJCA "completa" e "incompatible con el régimen supletorio", aunque parece que debería distinguirse según la fase procesal, porque el 74.3 parte de la base de la existencia de partes personadas, lo que podría dejar aplicable el art. 20.2 de la LEC; la STS comentada, además, versaba sobre el desistimiento del 20.3, y en concreto sobre un caso de coadyuvantes o codemandados, llegando a observar, tras las expresiones transcritas y a pesar de ellas, que ninguna de las dos regulaciones exige la conformidad, sino al menos la ausencia de oposición de las partes (FJ 5º, *in fine*).

En la regulación de la LJCA (art.74), se exige en cualquier caso el traslado a la parte contraria (art. 74.3), y solamente tras ello puede dictarse la resolución de terminación del proceso, actualmente encomendada a los letrados de la Administración de Justicia. Dejando de lado la posible problemática de la valoración atribuida acerca de cuándo concurre daño para el interés público, lo relevante aquí es que en esta regulación de la LJCA ni siquiera se contempla el desistimiento unilateral. En cualquier supuesto, la resolución del LAJ implica un traslado previo a las partes, y la conformidad expresa o al menos la no oposición de las mismas.

III/ Tras las consideraciones expuestas, procede concluir, en primer lugar, que siendo el desistimiento regulado en la LJCA para su declaración por el LAJ (también, en la fase que aquí importaría, el regulado en la LEC) un desistimiento bilateral o consensuado, que requiere un concurso de voluntades, en el caso presente, de entrada, fue decretado de forma prematura y sin cumplir las prescripciones legales, que exigían el traslado a la parte contraria. No consta en autos dicho traslado imperativo.

En segundo lugar, cabría preguntarse, partiendo de dicho carácter bilateral o concordado, si es posible retirar el desistimiento anunciado antes de la manifestación de la contraparte, o en todo caso, antes de la resolución del LAJ que recoge la concurrencia de voluntades. En ese sentido, el auto entiende quebrado el principio de no ir en contra de los actos propios (*nemo contra sua facta venire potest*).

Pero repárese en lo contradictorio que resulta pretender la aplicación de dicho principio en un modo anormal de terminación del proceso cuya esencia radica precisamente en un cambio de la voluntad inicial respecto de la acción entablada. En sí, el desistimiento es, por así decirlo, una quiebra del principio de no ir contra los propios actos, permitida y regulada por el ordenamiento.

La pregunta es entonces si puede desistirse del desistimiento. Si es posible retirar la manifestación de voluntad de la dejación de la acción.

Pues bien, con independencia de disquisiciones más teóricas que aquí no resultarían de ayuda, centrando el problema en el desistimiento bilateral o consensuado, su propio carácter parece que lleva a concluir que si con anterioridad a la concurrencia de voluntades (o a la resolución que las integra), una de ellas desaparece o muta, no estaremos ya ante un supuesto de desistimiento consensuado, lo que implicará que no podrá dictarse el decreto de archivo o sobreseimiento: como mínimo, deberá dictarse resolución judicial, contrariamente a lo aquí acaecido.

Surge la pregunta entonces de cuál es el límite de los cambios de rumbo procesal que pudieran ser efectuados. Entendemos que la respuesta se conecta con el análisis del siguiente argumento del auto apelado.



Además de la quiebra de dicho principio de los actos propios, el auto apelado objeta que la baja médica del titular del Juzgado "no es motivo para desistir de las actuaciones".

Discrepamos doblemente de tal afirmación. El desistimiento es un acto procesal libérrimo. No se halla sujeto a fiscalización de motivos. No puede el órgano erigirse en filtro de la validez de las razones que llevan a un actor procesal a desistir; tampoco, correlativamente, de las razones que lleven a continuar el proceso, fuera de los casos en los que la conducta procesal arroje sospechas -o directamente posea indubitadamente los caracteres- de fraude de ley o de abuso de derecho, y todavía en ellos, se impondrá un especial examen al órgano judicial, con el esfuerzo valorativo y motivador correspondiente: el artículo 11.2 de la LOPJ establece que "los Juzgados y Tribunales rechazarán *fundadamente* las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

En el caso presente, por añadidura, los motivos presentados parecen razonables, y no han sido rechazados en cuanto a la veracidad de los hechos (sí en cuanto a su licitud o validez) por las resoluciones impugnadas: la recurrente menciona una dilación de la respuesta judicial de más de un año, que achacaba a la pandemia y que creyó ponía en peligro un plazo legal, y explica que enterada de la baja médica, al saber del nombramiento de sustituto judicial, desapareció la *ratio* de su desistimiento.

El fraude de ley y la mala fe o abuso de derecho como límites a la libertad del desistimiento -o a su retirada- entroncan con la pregunta apuntada algunos párrafos más arriba, referente al número de cambios de rumbo que pueden admitirse. Nada hay en los autos que indique la presencia de fraude de ley, abuso de derecho o mala fe, nada hay en las resoluciones combatidas, y nada tampoco en los escritos de apelación u oposición.

En estas condiciones, habiendo sido descartados todos los argumentos del auto recurrido, se concluye la procedencia de la estimación de la apelación y de la revocación del auto recurrido, que desestimaba el recurso de revisión, debiendo continuar la tramitación del proceso de extensión de efectos.

CUARTO.- Costas.

Atendido lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA no procede imponer las costas de esta segunda instancia, dada la estimación de la apelación.

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

FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por Aurelia contra el auto de 29 de octubre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Nº 1 de Barcelona (extensión de efectos 114/20-A), por el que se desestima el recurso de revisión de la recurrente, y, en consecuencia,

REVOCAMOS dicha resolución, debiéndose proceder por dicho Juzgado a la continuación del proceso de extensión de efectos, para lo que se le remitirán las actuaciones.

No procede imponer las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme, contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 de la LJCA.

El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado concertada con el BANCO SANTANDER (entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm. 0939.0000. **01. 0000 00** o bien mediante **transferencia bancaria** a la cuenta de consignaciones del BANCO DE SANTANDER en cuyo caso será en la Cuenta núm. ES5500493569920005001274, indicando en el *beneficiario* el TSJ SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Sección 4ª, NIF S-2813600J, y en el apartado de *observaciones* se indiquen los siguientes dígitos **01. 0000 00** en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo, de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Firme la presente librese certificación de la misma y remítase juntamente con el respectivo expediente administrativo al órgano demandado, quien deberá llevarla a puro y debido efecto, sirviéndose acusar el oportuno recibo.



Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 10 de marzo de 2.023, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ