

Sentencia de la Sala tercera de 12 de julio de 2019 **(rec.4607/2018)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.064/2019

Fecha de sentencia: 12/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4607/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 4607/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1064/2019

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 12 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 4607/2018, interpuesto por la Asociación Peones Negros de Madrid , representado por el procurador de los tribunales D. Ludovico Moreno Martín, bajo la dirección letrada de D. África Carmen Moreno Martín, contra la *sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de abril de 2018* , dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 622/2016, a instancia del mismo recurrente, sobre sanción impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos; ha sido parte recurrida la Administración General del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 622/2016 seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la *Audiencia Nacional, con fecha 20 de abril de 2018, se dictó sentencia* cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Que procede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en virtud del *art. 69.c) de la Ley de la Jurisdicción* interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN PEONES NEGROS DE MADRID, contra la resolución de 8 de junio de 2016 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, recaída en el procedimiento sancionador PS/00691/2015, por la que se le impone una sanción de 100.000 euros por una infracción del *art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre* , tipificada como muy grave en el *art. 44.4.b) de dicha norma* ; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora".

SEGUNDO.- El procurador de los tribunales D. Ludovico Moreno Martín, en nombre y representación de la Asociación Peones Negros de Madrid, presentó 18 de junio de 2018 con fecha escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia *auto de fecha 21 de junio de 2018, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo* , la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 12 de julio de 2018

CUARTO.- La Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 6 de septiembre de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el *artículo 89.6 de la LJCA* .

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al *artículo 90.2 de la LJCA* acordó, por auto de fecha a 19 de noviembre de 2018:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 4607/2018 interpuesto por la representación procesal de la Asociación Peones Negros de contra la *Sentencia de 20 de abril de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional* en el procedimiento ordinario núm. 622/2016.

2.º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten, en primer lugar, en dilucidar si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo, estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el mismo de forma extemporánea; y, en segundo lugar, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este último, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento.

3.º) Las normas jurídicas que serán objeto de interpretación en sentencia son: el *artículo 69.c) LJCA* y los *artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (actuales *artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*).

4.º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección de esta Sala Tercera que corresponda con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

SEXTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 26 de noviembre de 2018 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 21 de enero de 2019 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"De conformidad con el *artículo 87 bis. 2. de la LJCA* , se interesa que se dicte *Sentencia mediante la cual se case la de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2018* ,

dictada en el seno del Recurso Contencioso Administrativo Procedimiento Ordinario 622/2016 y se revoque en su totalidad, declarando haber lugar a la admisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Peones Negros de Madrid contra la Resolución Sancionadora 273/2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos el día 8 de junio de 2016, y con devolución de los autos a la Audiencia Nacional, se le ordene que dicte Sentencia sobre las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, con imposición de las costas del presente recurso a la Agencia".

Por todo ello, solicita:

"se sirva dictar en su día Sentencia, por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, se estime plenamente este recurso en los términos interesados, ordenando devolver los Autos a la Audiencia Nacional para que dicte sentencia sobre el fondo del recurso planteado".

SÉPTIMO.- Por providencia de 22 de enero de 2019, se concedió el plazo de treinta días a la Administración General del Estado, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 7 de marzo de 2019, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

"tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito".

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para vista pública el siguiente día 4 de julio de 2019, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto litigioso, la sentencia de instancia y la cuestión que presenta interés casacional.

A) Planteamiento.

La Asociación Peones Negros de Madrid interpone el presente recurso de casación núm. 4607/2018 contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 20 de abril de 2018, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 622/2016. Allí se impugnó la resolución de la Agencia Española de Protección Datos de 8 de junio de 2016, por la que se impone a dicha Asociación una sanción de multa de 100.000 euros por una infracción del *artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*, de Protección de Datos.

La entidad reseñada fue sancionada por tratar los datos personales de afectados en el atentado acontecido en Madrid el 11 de marzo de 2004, incluidos datos personales relativos a la salud, sin contar con el consentimiento expreso e informado de aquellos.

La sentencia de la Audiencia Nacional inadmite - *artículo 69.c) LJCA* - el

recurso contencioso-administrativo.

B) Los datos.

El objeto del recurso contencioso-administrativo es la resolución de 8 de junio de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, recaída en el procedimiento sancionador PS/00691/2015, notificada ese mismo día a la parte recurrente. En el pie de recursos de la resolución de 8 de junio de 2016 constaba que, contra la misma, que ponía fin a la vía administrativa, y de conformidad con el *artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, vigente a la sazón -actualmente *artículo 123.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* -, se podía interponer, potestativamente, recurso de reposición en el plazo de un mes, o directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses.

Contra dicha resolución, se interpuso el 11 de julio de 2016 recurso de reposición por la asociación reseñada, que fue inadmitido por extemporáneo, por la Agencia mediante resolución de 8 de agosto de 2016. No obstante, el 26 de julio de 2016 la actora había presentado escrito desistiendo del recurso de reposición. En la resolución por la que se declara la inadmisión del recurso de reposición, no se acepta el citado desistimiento, en base al *apartado 3 del artículo 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, que establece: "Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento". En el mismo sentido se pronuncia el *artículo 94.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre*, tal y como reseña la sentencia recurrida.

La parte actora interpuso el recurso contencioso-administrativo el 28 de julio de 2016. Debe entenderse que el desistimiento del recurso de reposición formulado contra la resolución sancionadora no había sido aceptado por la Administración, sino al contrario, dice la Sala "*a quo*", y así se dictó por la Agencia la resolución de 8 de agosto de 2016, declarando extemporáneo el recurso. Añade que en el procedimiento había una parte interesada, como lo era la Asociación 11-M Afectados del Terrorismo, que también interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por otra resolución de la Agencia de fecha 14 de septiembre de 2016. A juicio de la misma Sala "Por tanto no es atendible que cuando se interpuso el presente recurso contencioso-administrativo, no estaba vigente el recurso de reposición que se entabló contra la resolución sancionadora".

C) Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

La sentencia funda la inadmisibilidad del recurso en el *apartado 2 del artículo 116 de la Ley 30/1992* (actual *artículo 123.2 de la Ley 39/2015*) y en la jurisprudencia de esta Sala del *Tribunal Supremo* (*sentencias de 17 de septiembre de 2013 -recurso de casación núm. 4855/2010 - y 25 de febrero de 2014 -recurso de casación núm. 2635/2011 -*), pues cuando la parte actora interpuso el recurso contencioso-administrativo no había sido aceptado por la Administración el desistimiento del recurso de reposición formulado contra la resolución sancionadora y, estando pendiente de resolver el recurso de reposición, la recurrente no podía interponer el recurso contencioso-administrativo hasta que se hubiese resuelto expresamente el indicado recurso. Y ello, razona, sin entrar a valorar si el recurso de reposición fue efectivamente extemporáneo.

D) La preparación del recurso de casación.

La Asociación Peones Negros de Madrid, ha preparado recurso de casación contra dicha sentencia e identifica como normas infringidas las siguientes: *artículo 24 CE*, al impedir la sentencia el acceso a la jurisdicción; *artículo 69.c) LJCA*, pues la resolución administrativa recurrida es un acto que puso fin a la vía administrativa conforme al *artículo 109 de la Ley 30/1992*, que causó estado el día 8 de julio de 2016, fecha en la que venció el plazo para interponer el correspondiente recurso de reposición contra la misma; *artículo 117.1 in fine de la Ley 30/1992*, por inaplicación, alegando que el recurso contencioso-administrativo se interpuso una vez transcurrido el plazo para formular recurso de reposición contra la resolución recurrida; *artículo 116.2 de la Ley 30/1992*, por aplicación incorrecta, alegando que el mismo no es aplicable cuando el recurso de reposición resulta inaplicable por haberse interpuesto fuera del plazo legal.

Alega también la infracción de la jurisprudencia. Invoca, en primer lugar, la jurisprudencia recogida en la propia sentencia recurrida, señalando que la misma no es aplicable al caso, sino únicamente es aplicable cuando el recurso de reposición se ha interpuesto dentro de plazo; en segundo lugar, invoca las *SSTS de 29 de septiembre de 2015 -recurso de casación núm. 2636/2013-*, *21 de junio de 1965* y *24 de enero de 2006 -recurso de casación núm. 3499/2003-* y *las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2015* y *de Castilla y León de 7 de noviembre de 2008*.

E) El auto de admisión y la cuestión litigiosa.

El auto de admisión recoge:

"El debate procesal suscitado, primero en la instancia y ahora en casación, gira en torno a la aplicación de los *artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (actuales *artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*).

El *artículo 116.2 Ley 30/1992* (actual *artículo 123.2 Ley 39/2015*) establece que "No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto". Por su parte, el *artículo 117.1 Ley 30/1992* establece que "El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión", y el *artículo 124.1 de la Ley 39/2015* establece que "El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión".

La controversia se centra en dilucidar, por una parte, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el mismo de forma

extemporánea; y, por otra parte, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este último, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento.

Como se ha expuesto en los Hechos de esta resolución, la sentencia considera que cuando la parte actora interpuso el recurso contencioso-administrativo no había sido aceptado por la Administración el desistimiento del recurso de reposición formulado contra la resolución sancionadora, por lo que, estando pendiente de resolver el recurso de reposición, la recurrente no podía interponer el recurso contencioso-administrativo hasta que se hubiese resuelto expresamente el recurso de reposición, y ello conforme a lo establecido por el *artículo 116.2 Ley 30/1992* (actual *artículo 123.2 Ley 39/2015*). Y ello sin entrar a valorar si el recurso de reposición fue efectivamente extemporáneo.

Frente a ello, la asociación recurrente considera que no resulta de aplicación el *artículo 116.2 de la Ley 30/1992* , pues el mismo no es aplicable cuando el recurso de reposición es extemporáneo, como lo ha sido en este caso, debiendo estarse a lo que dispone el *artículo 117.1 in fine de la Ley 30/1992* , alegando que el recurso contencioso-administrativo se interpuso cuando la resolución administrativa devino firme, al no haberse interpuesto contra ella el recurso de reposición en plazo".

Y la Sección de admisión entiende:

"Por una parte, es cierto que esta Sala ha dicho que la interposición extemporánea del recurso potestativo de reposición carece de virtualidad para interrumpir el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo -por todas, las propias *sentencias invocadas por la parte recurrente de 29 de septiembre de 2015 (casación n.º 2636/2013 - aunque por error dice 266/2013 -)* y *de 24 de enero de 2006 (casación 3499/2003)* , *doctrina que aplica la también invocada sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2015* .

También es cierto que *esta Sala ha dicho (por todas, SSTS de 25 de febrero de 2014 -recurso 2635/2011 - y 17 de septiembre de 2013 -recurso 4855/2010* , tomadas en consideración por la sentencia que aquí se pretende recurrir en casación), que "[...] el acto que se ha impugnado en reposición no es susceptible de recurso contencioso en tanto que el mismo no haya sido resuelto, expresa o tácitamente", y que "[...] si bien es cierto que el recurso de reposición tiene carácter potestativo, su interposición por alguno de los interesados determina que la vía administrativa no pueda considerarse definitivamente terminada ni quepa, por consiguiente, interponer el recurso contencioso-administrativo".

Por lo tanto, en principio podría entenderse que ya existe jurisprudencia y que resulta totalmente innecesario plantear nuevamente las cuestiones.

Ahora bien, las sentencias citadas no se refieren a supuestos en los que, estando pendiente de resolver el recurso potestativo de reposición -posteriormente declarado extemporáneo-, se ha interpuesto contra el mismo acto un recurso contencioso-administrativo; y tampoco consta que en los casos enjuiciados en las mismas se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo tras haberse desistido del recurso potestativo de reposición interpuesto, aunque la Administración no hubiera resuelto sobre dicho desistimiento cuando se interpuso el recurso

contencioso-administrativo.

En esta tesitura, la Sección de Admisión considera que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Si bien nos hallamos ante unas cuestiones que no son totalmente nuevas, como se ha explicado, se hace aconsejable un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que esclarezca las cuestiones para, en su caso, matizar, reafirmar, reforzar, completar, revisar o corregir nuestra doctrina, en relación con los supuestos en que el recurso contencioso-administrativo se interpusiera, dentro del plazo establecido por el *artículo 46 LJCA*, con anterioridad a que se resolviera el recurso potestativo de reposición interpuesto de forma extemporánea contra el mismo acto, y con los supuestos en que se ha desistido del recurso potestativo de reposición y se ha interpuesto seguidamente el recurso contencioso-administrativo, aún sin esperar a la resolución sobre el desistimiento.

Por otra parte, la asociación recurrente invoca la sentencia de 7 de noviembre de 2008, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León en el recurso n.º 206/2007. En esta sentencia se examina un supuesto en que se interpuso un recurso de reposición contra un determinado acto, desistiéndose con posterioridad del citado recurso e interponiendo recurso contencioso-administrativo antes que la Administración se pronunciara sobre el desistimiento, planteándose la Sala sentenciadora la duda de "[...] si interpuesto un recurso de reposición frente a un determinado acto administrativo puede desistirse del mismo antes de resolverse e interponerse seguidamente recurso contencioso-administrativo lógicamente si es que aún no ha transcurrido el plazo de los dos meses siguientes a la notificación del acto que se recurre jurisdiccionalmente", llegando a la conclusión que "[...] como quiera que la interposición del recurso de reposición es potestativa [...], y que tras el desistimiento verificado en autos se interpuso el recurso contencioso-administrativo todavía dentro del plazo de los dos meses iniciales legalmente previstos para recurrir, concluye la Sala que no cabe admitir la inadmisibilidad esgrimida por la parte demandada por cuanto que no es cierto que el acuerdo impugnado constituya un "acuerdo no susceptible de impugnación en vía jurisdiccional", toda vez que al desistir del recurso potestativo de reposición y optarse por la interposición del recurso jurisdiccional dentro del plazo legalmente previsto en el *art. 46.1 de la LRJCA*, referido acuerdo impugnado todavía no había devenido en un acto no susceptible de impugnación de los previstos en el *art. 69.c) en relación con el art. 28, ambos de mencionada Ley*, es decir que no había devenido en un acto consentido ni firme". Doctrina ésa que podría resultar contraria a la establecida por la sentencia recurrida en orden a justificar la presencia del interés casacional descrito en el *artículo 88.2.a) LJCA* ".

F) Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo.

Las cuestiones que revisten interés casacional objetivo consisten, por una parte, en dilucidar si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo, estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el mismo de forma extemporánea; y, en segundo lugar, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este último, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento. Y las normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación son los *artículos 69.c) LJCA* y *116 y 117 de la Ley 30/1992* (actuales *artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015*).

SEGUNDO. - El examen del recurso del casación.

1. Debemos recordar que el *artículo 116 de la Ley 30/1992* establece que "1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto". Por su parte, el artículo 117 de la misma establece que "1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión. 2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes. 3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso". En términos iguales, *artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre* .

2. La resolución de 8 de junio de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se notificó ese mismo día a la parte recurrente.

Contra dicha resolución, interpuso el 11 de julio de 2016 recurso de reposición que fue inadmitido por extemporáneo, mediante resolución de 8 de agosto de 2016.

No obstante, el 26 de julio de 2016 la actora había presentado escrito desistiendo del recurso de reposición.

La parte actora interpuso el recurso contencioso-administrativo el 28 de julio de 2016.

Por otra parte, la Agencia desestimó el 14 de septiembre de 2016 el recurso de reposición interpuesto por la Asociación 11-M Afectados del Terrorismo, también parte interesada.

3. La controversia se centra en dilucidar, por una parte, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el mismo de forma extemporánea; y, por otra parte, si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este último, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento.

4. Alega, en síntesis, la recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación que: (i) el recurso de reposición interpuesto fuera de plazo no interrumpe el plazo de dos meses previsto en el *artículo 46.1 LJCA* . No es aplicable a un recurso de reposición fuera de plazo la previsión del *artículo 116.2 de la Ley 30/1992* sino la del *artículo 117.1 in fine del mismo texto legal* ; (ii) la renuncia y desistimiento del recurso de reposición, aun en el caso de que se hubiera interpuesto en el plazo legal, despliega efectos inmediatos y reabrirla (en caso de que se hubiera cerrado por haber sido el recurso presentado en plazo) la posibilidad de acudir a la vía contenciosa, siempre, dentro del plazo de dos meses desde la notificación del acto que puso fin a la vía administrativa.

5. La asociación recurrente considera que no resulta de aplicación el *artículo 116.2 de la Ley 30/1992*, pues el mismo no es aplicable cuando el recurso de reposición es extemporáneo, como lo ha sido en este caso, debiendo estarse a lo que dispone el *artículo 117.1 in fine de la Ley 30/1992*, alegando que el recurso contencioso-administrativo se interpuso cuando la resolución administrativa devino firme, al no haberse interpuesto contra ella el recurso de reposición en plazo.

6. Las sentencias de esta Sala citadas por las partes no se refieren a supuestos en los que, estando pendiente de resolver el recurso potestativo de reposición - posteriormente declarado extemporáneo-, se ha interpuesto contra el mismo acto un recurso contencioso-administrativo; y tampoco consta que en los casos enjuiciados en las mismas se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo tras haberse desistido del recurso potestativo de reposición interpuesto, aunque la Administración no hubiera resuelto sobre dicho desistimiento cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo.

Ni tampoco se refieren a supuestos en que el recurso contencioso-administrativo se interpusiera, dentro del plazo de dos meses establecido por el *artículo 46 LJCA*, con anterioridad a que se resolviera el recurso potestativo de reposición interpuesto de forma extemporánea contra el mismo acto, y con los supuestos en que se ha desistido del recurso potestativo de reposición y se ha interpuesto seguidamente el recurso contencioso-administrativo, aún sin esperar a la resolución sobre el desistimiento.

7. El *artículo 116.1 de la Ley 30/1992* permite al administrado, reaccionar de dos maneras excluyentes: a) interponiendo un recurso potestativo de reposición o interponiendo directamente un recurso contencioso-administrativo. Si el administrado opta por interponer un recurso de reposición, es imperativo y lógico que no pueda acudir al mismo tiempo a la vía judicial, de ahí la previsión contenida en el *apartado 2 del artículo 116 de la Ley 30/1992*.

Para que el recurso de reposición interpuesto por la Asociación desplegara el efecto de suspender el plazo de recurso contencioso-administrativo, y constituir una opción alternativa y excluyente del recurso contencioso-administrativo, el recurso debía haberse interpuesto en el plazo correcto. Por este motivo debió la Audiencia haber examinado si efectivamente dicho recurso cumplía o no cumplía con este requisito y al no hacerlo, aplicó la prohibición de simultanear la vía judicial con la administrativa desembocando en la declaración de inadmisibilidad.

8. La sentencia inaplica, a juicio de la recurrente, el *artículo 117.1. in fine de la Ley 30/1992*, que regula expresamente los efectos de la no interposición del recurso de reposición dentro del plazo, señalando que cuando exista esta circunstancia, la única y exclusiva y excluyente vía de impugnación del acto administrativo es la del recurso contencioso-administrativo.

La resolución de 8 de junio de 2016, es una resolución frente a la que desde el mismo día 8 de julio de 2016, transcurrido el plazo de un mes, en aplicación del *artículo 117.1 in fine*, únicamente podía interponerse recurso contencioso-administrativo, porque había causado estado y desde ese mismo día 8 de julio de 2016, había adquirido firmeza en vía administrativa.

La razón de existir de la disposición del *artículo 116* es la de impedir que se pudieran simultanear dos vías de recurso, una administrativa y otra judicial sobre un

mismo acto administrativo.

9. La aplicación del principio *pro actione*, corolario del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el *artículo 24 de la Constitución* obliga a tener por no puesto el recurso de reposición fuera de plazo, dejando abierta la puerta del contencioso contra la resolución recurrida en reposición de forma extemporánea, sometido eso sí y sin remedio, a que se interponga dentro del plazo de los dos meses establecido en el *artículo 46 LJCA* desde la notificación del acto recurrido, sin interrupción ni suspensión a causa del recurso de reposición extemporáneo.

10. En cuanto a la segunda cuestión señalada anteriormente, esto es, la admisibilidad del recurso en virtud de la renuncia y desistimiento del recurso de reposición, aun en el caso de que se hubiera interpuesto en el plazo legal, haremos algunas consideraciones.

Transcurrido el plazo inicial de un mes del que la Administración disponía para resolver y notificar la resolución del recurso planteado, de conformidad con el *artículo 117.2 de la Ley 30/1992*, la recurrente presentó un escrito de desistimiento de dicho recurso y seguidamente, dado que estaba dentro del plazo de dos meses desde que se notificó la resolución inicial objeto del recurso de reposición, procedió a formular recurso contencioso-administrativo.

El tribunal de instancia no atribuye ningún tipo de efectos al desistimiento del mismo, por cuanto, según la sentencia, la Administración ni lo había aceptado cuando se interpuso el recurso contencioso, ni lo aceptó posteriormente cuando resolvió expresamente sobre el mismo. Lo cierto es que la resolución que inadmite por extemporáneo el recurso de reposición se limita a mencionar el *artículo 91.3 de la Ley 30/1992* "3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento" pero no dice qué cuestión, ni por qué, entraña interés general o es conveniente su esclarecimiento.

Sin embargo, el recurso de reposición del que se había desistido no estaba pendiente de resolución ni expresa ni presunta. Así, el recurso de reposición interpuesto fuera de plazo, cuando el día 28 de julio de 2016 se interpone el recurso contencioso, no está en vía de resolverse ni de ser resuelto puesto que el recurrente ha renunciado y desistido del mismo.

11. El criterio que más se ajusta al *artículo 24 de la Constitución* es tener por no puesto el recurso de reposición extemporáneo y que el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa de 8 de junio de 2016, en cuyo caso, el plazo finalizaba el 8 de septiembre de 2016 (siendo inhábil el mes de agosto).

La jurisprudencia invocada no contempla el caso de autos por cuanto que en ninguna de las sentencias se enjuicia el supuesto examinado, es decir, el caso en que antes de acudir a la vía jurisdiccional se desiste del recurso de reposición interpuesto con anterioridad, y por ello los criterios recogidos en las sentencias alegadas no son trasladables al caso de autos.

Igualmente consideramos que tampoco en el *artículo 116.2 de la Ley 30/1992* se está contemplando la situación de autos, pues dicho precepto nada dice para el caso

de que antes de resolver se decida desistir del recurso de reposición. En este caso, como quiera que la interposición del recurso de reposición es potestativa, y que en el *artículo 91 de la Ley 30/1992* se reconoce a todo interesado la posibilidad de desistir del procedimiento instado sin que ello implique renuncia a sus derechos y las acciones para hacer valer los mismos, lo cierto es que el desistimiento verificado en autos se interpuso el recurso contencioso administrativo todavía dentro del plazo de los dos meses iniciales legalmente previstos para recurrir.

12. Consideramos, en consecuencia, que no cabe admitir la inadmisibilidad esgrimida por la parte demandada, y aceptada por la Sala "*a quo*", por cuanto que no es cierto que el acuerdo impugnado constituya un "acuerdo no susceptible de impugnación en vía jurisdiccional", toda vez que al desistir del recurso potestativo de reposición y optarse por la interposición del recurso jurisdiccional dentro del plazo legalmente previsto en el *artículo 46.1 de la LJCA*, el referido acuerdo impugnado todavía no había devenido en un acto no susceptible de impugnación de los previstos en el *artículo 69.c)*, en relación con el *artículo 28*, ambos de mencionada Ley, es decir que no había devenido en un acto consentido ni firme.

Por tanto, debió rechazarse la mencionada causa de inadmisibilidad.

TERCERO.- La fijación de doctrina.

Como resulta de los razonamientos anteriores y atendida las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, debemos declarar que puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo, estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el mismo de forma extemporánea y del que el interesado había desistido previamente, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento, siempre dentro del plazo de dos meses.

Así el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución sancionadora dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos el día 8 de junio de 2016, ha sido interpuesto contra una resolución susceptible de impugnación a través del recurso contencioso administrativo, por lo que debió ser admitido por la Audiencia Nacional, entrando a resolver sobre el fondo del mismo.

En definitiva, el recurso de reposición interpuesto el día 11 de julio de 2016 contra la resolución impugnada, ha de tenerse por no puesto y no tomarse en consideración a la hora de admitir o inadmitir el recurso contencioso-administrativo, no resultando de aplicación la limitación contenida en el *artículo 116.2 de la Ley 30/1992* por cuanto un recurso de reposición extemporáneo, no suspende el plazo de interposición del recurso contencioso y no impide que se pueda acceder a la vía jurisdiccional aún cuando no hubiera sido declarada expresamente su extemporaneidad en vía administrativa.

CUARTO.- La estimación del recurso.

Conforme a los fundamentos anteriores debe estimarse el presente recurso de casación y, casando la sentencia recurrida, declarar haber lugar a la admisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Peones Negros de Madrid contra la resolución sancionadora 273/2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos el día 8 de junio de 2016 en el expediente

sancionador 691/2015, y con devolución de los autos a la Audiencia Nacional, para que dicte sentencia sobre las cuestiones de fondo planteadas en el recurso.

QUINTO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recurso de casación y la retroacción de actuaciones, y de acuerdo con los *artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción*, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento de derecho tercero:

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación núm. 4607/2018, interpuesto por la Asociación Peones Negros de Madrid, contra la *sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de abril de 2018, dictada en el recurso núm. 622/2016*, que se casa y deja sin efecto.

Segundo.- Acordamos la retroacción de actuaciones para que la Sala "*a quo*" se pronuncie de nuevo teniendo en cuenta la doctrina -que se reseña en el fundamento de derecho tercero- y que se ha rechazado la inadmisibilidad del recurso.

Tercero.- No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.