

**Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020 (rec.42/2018)**

---

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 45/2020**

Fecha de sentencia: 21/01/2020

Tipo de procedimiento: ERROR JUDICIAL

Número del procedimiento: 42/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por:

Nota:

ERROR JUDICIAL núm.: 42/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 45/2020**

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés  
D. José Antonio Montero Fernández  
D. Jesús Cudero Blas  
D. Rafael Toledano Cantero  
D. Dimitry Berberoff Ayuda  
D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 21 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto la presente demanda para la declaración de error judicial nº 42/2018, sobre expropiación forzosa, promovida por don Juan Pedro, representado por la procuradora doña Carolina Moreno Vázquez, actuando bajo la dirección letrada de don Adolfo Taboada González, contra la *sentencia nº 308/2017, de 7 de junio, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia* ("TSJG"), procedimiento ordinario nº 7280/2014 y contra la providencia de 28 de junio de 2018, que inadmitió el incidente de nulidad contra la expresada sentencia.

Han comparecido como parte recurrida (i) la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, (ii) la Xunta de Galicia, representada por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén y (iii) Unión Fenosa Distribución, S.A., representada por el procurador don José Martín Guimaraens Martínez. Ha informado el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Resoluciones a las que se imputa el error judicial.**

El presente recurso se dirige contra (i) la *sentencia 308/2017, de 7 de junio, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, procedimiento ordinario nº 7280/2014, que inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Juan Pedro (con relación a la fijación del justiprecio en una expropiación forzosa), al apreciar que la designación *apud acta* de la procuradora se había realizado fuera del plazo de los dos meses establecido para la formulación del recurso contencioso administrativo, condenando en costas al actor, hasta un máximo de 1.500€; y contra (ii) la providencia de 28 de junio de 2018, que inadmitió el incidente de nulidad contra la expresada sentencia.

La argumentación de la sentencia es la siguiente:

" SEGUNDO.- Que *esta Sala en s. num. 462/16, de 31 de mayo, PO 7019/12*, consideró en los F.D. 2º y 3º que "SEGUNDO.- Que considera la *S. num. 867/2015, de 21 de octubre, en PO num. 7880/2011, de esta Sala* en sus F.D. 2º a 4º que:

"SEGUNDO.- Que la representación otorgada al Procurador, de forma posterior

al plazo de dos meses establecido para la interposición del Recurso Contencioso, constituye un defecto de capacidad procesal insubsanable, que obliga a inadmitir dicho recurso, conforme entiende el T.S. (s.s. de 26/11/1995 y 16/11/1998), así como el *TSJ CV, Valencia, Sección 2ª, s. num. 85/2004 de 20 de enero*, el *TSJ CLM, Albacete, Sección 1ª, s. nº 146/2008 de 14 de abril*, y *TSJA, Granada, Sección 2ª, s. nº 3008/2011, de 21 de noviembre*.

TERCERO.- Que el T.C. ha venido pronunciándose sobre cuestiones que se pueden suscitar en torno a la representación procesal de los Procuradores, partiendo de que el mero defecto concurrente en el momento de interposición, no ha de suponer, sin más, la inadmisión, sino que ha de admitirse la posibilidad de subsanar el defecto, pero ello, siempre y cuando tal subsanación sea posible; y, así cuando se compruebe la ausencia del poder que debe acompañar al escrito de interposición, se requiere para que en el plazo que se concede, se acredite la representación que se dice ostentar; si bien la indefensión no se producirá cuando el propio interesado, por impericia o negligencia, no ha utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses, y cooperando con ello al menoscabo de su posición procesal, no pudiendo reconocerse lesión en quien no supo o no quiso defender sus derechos por los medios que el ordenamiento procesal le brindaba, pues sino su amparo vendría a hacer buena, en demérito de los derechos de la otra parte, la indigencia o la pasividad del no perito o negligente; reiteradamente viene declarar que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad, y siempre que tal subsanación sea posible, de modo que en tales supuestos, debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanación, antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto; pero, sin embargo, no resulta contrario a derecho la interpretación de que no es subsanable, no ya la falta de acreditación o insuficiencia de la representación procesal, sino la carencia absoluta de la misma, ante la inexistencia del apoderamiento ( *ss 205/2001 de 12 de octubre* y *2/2005 de 17 de enero* ).

CUARTO.- Que así pues, el T.C. distingue como posibles defectos relacionados con la representación del Procurador, de un lado la falta de acreditación o insuficiencia que deben ser susceptibles de subsanación; y de otro la carencia absoluta de representación por la inexistencia del poder que no permite subsanación alguna. Ejercitada la acción con el escrito de interposición del recurso contencioso, la representación debe venir otorgada con el poder o bien interesarse su otorgamiento mediante apud acta. Ciertamente que en este caso de interesarse apud acta, el apoderamiento puede ser posterior, lo que obedece a la propia posibilidad de los justiciables de interponer su recurso hasta el último día del plazo para recurrir, sin excluir su derecho a que el apoderamiento se realice por comparecencia ante el Secretario Judicial. Por el contrario, en el caso de no interesarse el otorgamiento apud acta, se parte de que ya se encuentra efectivamente constituida a relación de apoderamiento entre el profesional y el justiciable, y en caso de no aportarse, este defecto es subsanable en la medida en que se haya incurrido en un mero olvido de acompañar con el escrito de recurso el poder otorgado. En el caso de Autos, ningún apoderamiento ostentaba el procurador al tiempo de presentar el escrito de recurso. Y sólo tras el requerimiento de Secretaría se otorga el mismo de forma posterior al término del plazo para recurrir. La Sala concluye que el poder otorgado lo es de manera extemporánea. Y es que la admisión de la posibilidad de las partes de otorgar el poder incluso con posterioridad a la expiración del plazo para recurrir conduciría a la práctica de no preocuparse las partes del cumplimiento de este requisito, no molestándose en otorgarse poder alguno dentro de los plazos exigidos y si sólo cuando fueran en su caso requeridos. Disponiendo las partes de este modo de una exigencia,

la de actuar representado por profesionales del derecho que como propia de orden público, no puede quedar sujeta a la voluntad de las partes."

TERCERO.- Que, así pues, al carecer de poder el Procurador durante el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, tal defecto de capacidad procesal, no puede subsanarse extemporáneamente, y previo requerimiento de Secretaría, siendo de orden público su apreciación, que tiene la consecuencia de la inadmisibilidad, por extemporaneidad, del recurso entablado el 1-6-2012, cuando existe el necesario apoderamiento a profesional preceptivo, ya transcurrido en exceso los dos meses desde la notificación del acuerdo del XEG impugnado; y conforme al *art. 139.1 LJCA* (EDL 1998/44323), imponerle las costas procesales relativas a la Administración, hasta un máximo de 1.500 euros."

### **SEGUNDO.- Antecedentes procesales relevantes.**

1.- Los actos administrativos impugnados en la instancia, resoluciones del Xurado de Expropiación de Galicia, se notificaron el 23 de mayo de 2014.

2.- El recurso contencioso administrativo se interpuso el 23 julio 2014. En el escrito de interposición se hizo constar: "D<sup>a</sup> Begoña Millán Iribarren, Procuradora de los tribunales, en el nombre y la representación que acreditaré de D. Juan Pedro..."

3.- Mediante diligencia de ordenación de 24 de julio de 2014, la Letrada de la Administración de Justicia (LAJ) requirió al recurrente para que en el plazo de 10 días se acreditase la representación alegada, lo que efectivamente realizó en fecha 5 septiembre 2014 aportando la designación *apud acta* realizada ante el LAJ del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Verín.

4.- Por decreto de la LAJ de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG de 9 septiembre 2014 se admitió a trámite el recurso contencioso administrativo, apuntando que "se requirió a la parte recurrente para que subsanara el defecto advertido consistente en acreditar representación procesal, lo que verificó en el plazo concedido al efecto."

5.- Tras la completa tramitación del procedimiento sin que nadie advirtiera u opusiera causa alguna de inadmisibilidad, la *STSJG 308/2017, de 7 de junio* inadmitió el recurso contencioso administrativo al entender que la designación *apud acta* de la procuradora se había realizado fuera del plazo de los dos meses establecido para la formulación del recurso contencioso-administrativo, condenando en costas al actor.

6.- Contra la *sentencia 308/2017, de 7 de junio*, don Juan Pedro preparó recurso de casación, que fue inadmitido a trámite por providencia de 18 de enero de 2018 de la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por inexistencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia "al existir una constante y consolidada doctrina de la Excma. Sala Tercera, acerca de la subsanabilidad- sin sujeción a ese plazo de dos meses- de los defectos de la personación, tal y como queda reflejado, entre otras muchas, en la *Sentencia de la Sala Tercera, de 11 de febrero de 2008 (casación 1993/2004)* [...]."

7.- Notificada la anterior resolución en fecha 31 de enero de 2018 la representación legal de la parte recurrente, mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2018, formuló incidente de nulidad contra la *sentencia 308/2017, de 7 de*

junio de 2017 , que fue inadmitido por providencia de 28 de junio de 2018, con el razonamiento de que: "[...] la parte actora solicita la nulidad de la sentencia que inadmitió el recurso presentado sin Procurador, incidente que con carácter general debe ser inadmitido ( *art. 241 LOPJ* ) cuando se susciten cuestiones distintas a defectos de forma que hayan causado indefensión o incongruencia del fallo." Dicha providencia le fue notificada el 28 de junio de 2018.

### **TERCERO.- Tramitación del recurso de error judicial.**

**1.- Interposición de la demanda.** Mediante escrito de 25 de septiembre de 2018 don Juan Pedro, representado por la procuradora doña Carolina Moreno Vázquez, presentó demanda de error judicial contra la referida *sentencia del TSJG de 7 de junio de 2017* y contra la también expresada providencia de 28 de junio de 2018 (de inadmisión del incidente de nulidad contra la sentencia) alegando, en síntesis, que el Tribunal Superior de Justicia incurrió en injustificada y notoria desatención de la Ley y la jurisprudencia, tanto a la hora de decretar la inicial inadmisión del recurso contencioso como posteriormente a la hora de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la misma.

Para el actor, las actuaciones que se recriminan a la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Galicia, que a juicio de la representación del Sr. Juan Pedro pueden considerarse como constitutivas de error judicial son las siguientes:

" 1) En primer lugar, no haber procedido a inadmitir el recurso, en su caso, a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la prueba solicitada por esta parte (diferiendo el estudio de la cuestión al momento de votación y fallo del recurso) lo que cuando menos habría evitado a mi representado el abono de la pericial judicial ( como se dijo nada menos que 1.800 € ) prueba en su día expresamente admitida por la Sala.

2) En segundo lugar, haber desatendido de forma evidente, a la hora de dictar sentencia, la constante y consolidada jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en relación a la posibilidad de subsanar los defectos de representación "sin sujeción a ese plazo de dos meses", todo ello en un proceso en el que jamás se había cuestionado por ninguno de los codemandados la representación alegada por la entonces Procuradora del actor.

3) En tercer lugar, haber despachado el posterior incidente de nulidad de actuaciones presentado contra la sentencia dictada por la Sala en la forma en la que tuvo lugar, entendiendo que las cuestiones jurídicas que se le plantearon a la Sala sentenciadora en conjunción con las especiales circunstancias que concurrían en los autos hubieran exigido un estudio detenido de la cuestión, conducta que, de haber tenido lugar, tendría que haber culminado con la procedencia de declarar la nulidad de la sentencia en la que se decretó la inadmisión del recurso contencioso en cuestión.

Y al haberlo hecho así, esta parte entiende que no solo se ha roto la armonía y el orden jurídico, sino que se generado una situación que no puede calificarse sino de esperpéntica en términos jurídicos, y ello por lo siguiente:

a) En primer lugar, por cuanto no se entiende que la Sala sentenciadora hubiese procedido en su momento a pronunciarse sobre la prueba solicitada, admitiéndola, para posteriormente acordar la procedencia de inadmitir el recurso presentado con ocasión del dictado de la sentencia, dando lugar a que mi representado

tuviese que abonar 1.800 €; con ocasión de una prueba pericial que bien pudo haberse evitado (además de al abono de las costas generadas por la total tramitación del procedimiento hasta sentencia).

b) En segundo lugar, por cuanto pese a que el Tribunal Supremo ha venido a declarar la existencia de una constante y consolidada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual procedía la subsanación del defecto de representación en la forma en la que en su momento tuvo lugar (inadmitiéndose el recurso de casación presentado precisamente por no ser preciso un nuevo pronunciamiento al respecto por el Tribunal Supremo) sin embargo la Sala sentenciadora la ha ignorado por completo, y ello tanto a la hora de dictar la inicial sentencia como, y esto nos parece más grave (pues con el incidente de nulidad de actuaciones se aportó la resolución judicial aportada por el Tribunal Supremo en este caso concreto que nos ocupa, por lo que si la Sala sentenciadora no ha estimado oportuno atender los prescripciones del propio Tribunal Supremo al respecto realmente no sabemos qué instancia o Tribunal merecerá el necesario reconocimiento y respeto por parte de dicha Sala y Sección) a la hora de resolver el incidente de nulidad de actuaciones planteado por mi representado contra la sentencia en cuestión, decisión que se nos antoja un claro ejemplo de la hidalga expresión " *sostenella y no enmendalla* ", y ello pese a que, al adoptar la misma, definitivamente se cerraba la puerta a reparar el indiscutible daño causado a mi representado."

Termina suplicando "que se concluya que la Sección 3ª de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia incurrió efectivamente en injustificada y notoria desatención de la Ley y la jurisprudencia, tanto a la hora de decretar la inicial inadmisión del recurso contencioso como posteriormente a la hora de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la misma, y en su virtud, se declare que efectivamente ha tenido lugar en este supuesto el error judicial que se ha dejado denunciado, tanto a los efectos previstos en el *art. 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , como, sobre todo, por lo que atañe al irrefrenable anhelo de mi representado de que de algún modo (una vez descartado un hipotético recurso al Tribunal Constitucional, trámite al que entendemos en modo alguno debería constreñirse a mi representado) se reconozca la situación de *denegatio iustitiae* injustificadamente padecida."

**2.- Remisión de informe por el órgano judicial.** Por diligencia de ordenación de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal de fecha 22 de octubre de 2018, se tuvo por personada a la parte recurrente, acordándose librar despacho a la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Galicia, para que emplazara en forma a cuantos hubieran sido parte en el recurso y remitiera a esta Sala Tercera el correspondiente rollo así como el informe preceptivo a que se refiere el *artículo 293.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)* ).

En el informe de fecha 31 de octubre de 2018, los magistrados del órgano judicial manifiestan que "el acuerdo del Xurado de Expropiación de Galicia, se le notificó el 23.05.2014 y no fue hasta el 02.09.2014, cuando se otorgó el poder apud-acta, y el 22.07.2017, se interpuso el recurso encabezado por la Procuradora, con infracción del *art. 24.2 LEC* , que establece que 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, por lo que ningún error se ha padecido con entenderla otorgada extemporáneamente, transcurridos los 2 meses, careciendo por ello, de preceptiva Procuradora, de capacidad procesal, siendo de orden público su

apreciación, con la consecuencia de la inadmisibilidad del recurso así encabezado por la Procuradora que carecía de poder para ello, y que no llegó a ser apoderada durante el plazo de interposición del recurso, durante el que pudo subsanar tal defecto."

### **3.- Contestaciones a la demanda.**

(i) El Abogado del Estado contestó a la demanda para reconocimiento de error judicial mediante escrito de 10 de enero de 2019, solicitando se "dicte sentencia declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando la solicitud de declaración de error judicial con los demás pronunciamientos legales."

El Abogado del Estado, a la vista de la *ratio decidendi* de la sentencia y de los argumentos de la propia demanda, entiende que nos encontramos ante una materia típica del recurso de amparo al estar en juego de manera directa la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del *artículo 24 de la Constitución* . Por tanto, nunca podría decirse que la interposición de un recurso de amparo contra esa sentencia pudiera reputarse como un recurso inútil, innecesario o dilatorio por lo cual debería haberse acudido previamente al recurso de amparo y, al no haberse efectuado así, procede entender que no se han agotado los recursos previstos en el ordenamiento antes de acudir al último remedio del error judicial.

Afirma que el proceso por error judicial regulado en el *artículo 293 LOPJ* como consecuencia del mandato contenido en el *artículo 121 CE* no es una tercera instancia o casación encubierta "en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente", sino que éste sólo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incurrido en una equivocación "manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley" .

Con cita de la sentencia de 3 de octubre de 2008 (recurso nº 7/2007), considera que "...no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error "craso", "patente", "indubitado", "incontestable", "flagrante", que haya provocado "conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas"" .

Expresa que en el caso que nos ocupa, mal puede sostenerse la existencia de un error judicial de una sentencia que se limita a aplicar lo que ordena el *artículo 24 de la LEC* en sus diferentes versiones y lo que avalan, entre otras, las sentencias que en su apoyo cita la ahora recurrida. Los calificados por el recurrente como errores de la sentencia recurrida no son más que una discrepancia con la interpretación efectuada por el órgano judicial, pero en la medida en que las conclusiones alcanzadas por la Sala no pueden reputarse ilógicas, irrazonables o absurdas, sino que, por el contrario, constituyen claramente el resultado de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano y con amparo en la Ley y en la jurisprudencia, aquéllas no pueden ser revisadas en el procedimiento de revisión por error judicial, un proceso extraordinario en el que está vedado a ese Tribunal enjuiciar el acierto o desacierto del órgano jurisdiccional al dictar su resolución.

(ii) El procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la Xunta de Galicia contestó a la demanda mediante escrito de 26 de marzo de 2019, solicitando se: "dicte Sentencia por la que se desestime aquella íntegramente, con expresa imposición de costas a la adversa".

Tras apuntar que el proceso por error judicial no es una tercera instancia o casación encubierta, considera que lo único denunciando es una suerte de discrepancia entre lo resuelto por el TSJ de Galicia y la doctrina que invoca del Tribunal Supremo, pero tales eventuales discrepancias no representan los elementos propios del error judicial, ya que no pueden calificarse de irracionales, o de errores patentes, claros y groseros.

Expresa que poco importa además que la decisión de la Sala de Galicia se haya plasmado en sentencia o que no haya estimado el incidente de nulidad de actuaciones producido, pues son estas cuestiones que no afectan a la concurrencia o no de un error y que la inadmisión en fase de sentencia aparece contemplada y se acomoda, para casos de falta de representación, al *artículo 69 b) LJCA*, siendo que no se prevé tal inadmisión para casos como el presente en el trámite inicial contemplado en el *artículo 51.1 LJCA*.

(iii) Por diligencia de ordenación de fecha 19 de marzo de 2019, transcurrido el plazo concedido al procurador don José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de Unión Fenosa Distribución, S.A., para presentar el escrito de contestación a la demanda, se le tuvo por decaído en su derecho.

**4.- Remisión de informe por el Ministerio Fiscal.** Por diligencia de ordenación de fecha 27 de marzo de 2019, se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que fue emitido mediante escrito de fecha 10 de abril de 2019.

Para el fiscal no cabe apreciar error judicial en la *sentencia 308/2017, de 7 de junio de 2017* ni en la providencia de 28 de junio de 2018, por la que se inadmitió el recurso de nulidad contra la referida sentencia.

No obstante, a continuación se refiere a la previsión del *artículo 138.2 LJCA*, pues mediante diligencia de ordenación de 24 de julio de 2014, se requirió a la parte recurrente para que en plazo de 10 días aportara el poder y que en fecha 5 de septiembre de 2014, subsanó el defecto aportando testimonio del apoderamiento "apud acta", lo que determinó que se admitiera el recurso y que se sustanciara en todas sus fases practicándose prueba testifical y pericial.

Por tanto -sigue expresando el informe del fiscal- es evidente que se subsanó el defecto procesal y, si así no se hubiera hecho, al amparo de lo previsto en el *número 3º del repetido artículo 138 de la LJCA*, solo en ese supuesto podría haber sido decidido el recurso con fundamento en el defecto no subsanado.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Ministerio Fiscal considera que, "no existiendo infracción del *artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al existir una constante y consolidada doctrina de la Excm. Sala Tercera, acerca de la subsanabilidad de los defectos de personación, tal y como queda reflejado en el recurso de casación núm 4724/2017, que cita por todas la *Sentencia de la Sala Tercera, de 11 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 1993/2004)*, interesa: La ESTIMACIÓN de la demanda por error judicial interpuesta por la representación legal de D. Juan Pedro, contra la *Sentencia núm. 308/2017, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de junio de 2017* y su Providencia de 28 de junio de 2018, con devolución del depósito constituido."

**5.- Votación, fallo y deliberación del recurso.** Por providencia de 24 de mayo de 2019 se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 1 de octubre de 2019. Por providencia de fecha 25 de septiembre de 2019 se dejó sin efecto el señalamiento de este recurso que venía acordado para el día 1 de octubre y se trasladó el mismo al día 8 de octubre de 2019, fecha en que comenzó su deliberación, que se ha extendido durante sucesivos días, lo que ha determinado el dictado de esta sentencia más allá del plazo al que se refiere el *artículo 67.1 LJCA* .

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- La demanda de error judicial resulta admisible.**

1.- Apunta el Abogado del Estado su contestación que "nos encontramos ante una materia típica del recurso de amparo al estar en juego de manera directa la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del *artículo 24 de la Constitución* ." Dicha afirmación la realiza el representante de la Administración a los efectos de fundamentar la inadmisión del error judicial por falta del previo agotamiento "de los recursos previstos en el ordenamiento." ( *art 293.1.f LOPJ* ).

No podemos compartir dicha alegación de inadmisión.

Como sugiere la parte aquí recurrente no se puede obligar a quien pretende ejercer una demanda de error judicial a acudir previamente al Tribunal Constitucional, puesto que el recurso de amparo no se ubica entre los remedios procesales previstos en el ordenamiento para combatir en el seno de la jurisdicción ordinaria la resolución a la que se imputa el error .

Además, es doctrina reiterada de *esta Sala -por todas, nuestra sentencia 1629/2019, de 25 noviembre, rec. 3/2019* - que la exigencia procesal de agotar los recursos pertinentes contra la sentencia supuestamente errónea alcanza sólo a aquellos que resulten procedentes, y, muy especialmente, cuando a la resolución judicial se le imputa un error que puede comportar la vulneración de un derecho fundamental, el requisito de agotar previamente los recursos incluye, también, el incidente de nulidad de actuaciones, que ha de reputarse "remedio procesal idóneo para obtener la reparación de la conculcación de derechos fundamentales" y, por tanto, una "exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial".

En consecuencia, concebido así el incidente de nulidad de actuaciones -como recurso inexcusable, previo a la interposición de una demanda de error judicial-, su finalidad reside en salvaguardar los derechos fundamentales dentro de la jurisdicción ordinaria, precisamente, para evitar acudir al Tribunal Constitucional. Admitir la tesis del Abogado del Estado -que postula lo contrario-, supondría desnaturalizar la finalidad del expediente de error judicial sin perjuicio, además, de la dificultad que entrañaría determinar su objeto tras un pronunciamiento de inadmisión o desestimatorio del Tribunal Constitucional.

Cumple recordar, además, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que no es necesaria la interposición previa del recurso de amparo para acudir al procedimiento de error judicial (entre otras, *SSTS de 2 de julio de 1999, rec. 417/1997* y *de 4 septiembre 2001, rec. 354/2000* ).

2.- A la vista del escrito del Ministerio fiscal, procede analizar si se han colmado todos los requisitos procedimentales exigidos a los efectos de la admisión de la demanda de error judicial.

A estos efectos, se constata que la parte recurrente siguió una secuencia correcta hasta interponer la demanda de error judicial. En efecto, (i) en primer término, interpuso un recurso de casación contra la *STJG n° 308/2017, de 7 de junio*, recurso de casación que fue inadmitido por providencia de 18 de enero de 2018 de la Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, siéndole notificada dicha providencia en fecha 31 de enero de 2018; (ii) con posterioridad, presentó el 19 de febrero de 2018 incidente de nulidad de actuaciones contra la *STJG n° 308/2017*, incidente de nulidad que resultó inadmitido por providencia del *TSJG de 28 de junio de 2018*, que le fue notificada el 28 de junio de 2018; (iii) finalmente, mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 2018, el recurrente interpuso demanda de error judicial.

Resulta correcto el orden en el que se utilizaron los referidos mecanismos procesales pues, por un lado, el recurso de casación debe interponerse antes del incidente de nulidad de actuaciones (por todos, *ATC 68/2018, de 18 junio*) y, por otro lado, conforme a lo expresado con anterioridad, resulta inexcusable plantear dicho incidente de nulidad de actuaciones antes de la demanda de error judicial.

Se han observado, asimismo, los plazos exigidos por el ordenamiento jurídico pues, por un lado, el incidente de nulidad de actuaciones se presentó dentro del plazo de los 20 días -desde la notificación de la inadmisión del recurso de casación- a los que se refiere el segundo párrafo del *apartado primero del art. 241 LOPJ* y, por otro lado, la demanda de error judicial se presentó conforme al artículo 293.1a) esto es, dentro del plazo de tres meses, a partir del día en que pudo ejercitarse, momento que debe concretarse en la notificación de la providencia por la cual la Sala de Galicia inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones.

### **SEGUNDO.-La delimitación de la controversia jurídica.**

La finalidad del proceso de error judicial es constatar si las resoluciones que constituyen su objeto cumplen con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, puede ser reconducible a alguno de los que tiene reconocidos el ordenamiento jurídico (*STS 284/2019, de 5 marzo, rec. 39/2016*).

En este caso, la controversia jurídica consiste en determinar si las decisiones del TSJG (la sentencia y la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones) incurrían en error judicial, por inadmitir el recurso contencioso-administrativo ante la circunstancia de que la acreditación de la representación por la parte actora se produjo con posterioridad al plazo de los dos meses para su interposición y por acordar la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la sentencia.

En definitiva, la tesis mantenida por la sentencia de instancia llevaría a considerar que, notificadas las resoluciones administrativas el 23 de mayo de 2014, la acreditación de la representación procesal del recurrente debería haberse producido, en todo caso, hasta el 23 julio 2014 (día final del plazo de interposición de 2 meses

que el *artículo 46 LJCA* contempla para la interposición del recurso).

Ahora bien, lo anterior constituye la argumentación en la que se apoya el TSJG al decretar la inadmisión -por extemporáneo- del recurso contencioso administrativo. No obstante, como se infiere con claridad de los alegatos de la parte recurrente, literalmente transcritos en el apartado de antecedentes de hecho de esta sentencia, el actor reprocha al tribunal de instancia no sólo su decisión de inadmisión sino, sobre todo, las circunstancias en las que dicha inadmisión fue decretada y que, en su opinión, han dado lugar a una *denegatio iustitiae* injustificadamente padecida.

En efecto, el desarrollo del proceso de instancia muestra una serie de irregularidades que, como hemos expuesto, llevan, incluso, al Abogado del Estado a afirmar que "nos encontramos ante una materia típica del recurso de amparo al estar en juego de manera directa la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del *artículo 24 de la Constitución* ."

Con independencia de que hayamos rechazado la inadmisibilidad sugerida por el Abogado del Estado, lo cierto es que dicho alegato es lo suficientemente ilustrativo para considerar que el verdadero objeto del presente recurso no es otro que determinar si el error judicial que imputa el recurrente a la Sala de instancia ha comportado la vulneración de derechos fundamentales, como consecuencia de ciertas irregularidades que, a partir de la lectura de la demanda de error judicial, se evidencian en el proceso de instancia, entre otras, haber procedido a la inadmisión del recurso en sentencia pese a que previamente el LAJ había dado ya por subsanado el defecto de representación, inadmisión decretada, además, sin haber escuchado a las partes al no haberse opuesto dicha inadmisión por ninguna de ellas, por haber continuado el procedimiento -incluso, con admisión de prueba- sin advertir con anterioridad dicha causa, así como por haber despachado el posterior incidente de nulidad de actuaciones presentado "en la forma en la que tuvo lugar", pese a que las especiales circunstancias que concurrían en los autos "hubieran exigido un estudio detenido de la cuestión", según apunta la propia recurrente.

### **TERCERO.- El criterio por el que el tribunal de instancia fundamenta la inadmisión del recurso.**

En síntesis, la sentencia niega la posibilidad de subsanar los defectos de representación, transcurrido el plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso. Este es el criterio que recoge la sentencia para fundamentar la inadmisión.

Pese a que llama la atención, de entrada, que la Sala de instancia decrete la inadmisión sobre la base del *art. 69.1 e) LJCA* -extemporaneidad del recurso- cuando, en realidad, está apreciando una falta de representación, que debería haber dado lugar a la inadmisión del recurso conforme al *artículo 69.1 b) LJCA* , al interponerse por persona no debidamente representada, entendemos, no obstante, que el criterio en sí mismo considerado en el que el tribunal de instancia fundamenta dicha inadmisión, no permite acoger el error judicial.

Expondremos a continuación las razones.

Ante todo, no se trata de determinar si es necesario o no un requerimiento de

subsanción -que, en el presente caso fue practicado por la LAJ-, aspecto éste que ya se planteó en la *STS de 11 febrero 2008 rec. 1993/2004* y que, en efecto, concluyó en la necesidad de verificar dichos requerimientos de subsanción, si bien respecto al acuerdo que para litigar las personas jurídicas exige el *artículo 45.2d) LJCA* .

Por otro lado, es pacífico que el Tribunal Constitucional también ha declarado reiteradamente que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad, y siempre que tal subsanción sea posible, de modo que, en tales supuestos debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanción antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (entre otras, *SSTC 123/1983, de 16 de diciembre ; 163/1985, de 2 de diciembre ; 132/1987, de 21 de julio ; 213/1990, de 20 de diciembre ; 104/1997, de 2 de junio , 2/2005, de 17 de enero y 217/2005, de 12 de septiembre* ).

Pero ha de insistirse en que, en este caso, la problemática suscitada por la sentencia de Galicia exhibe unos matices propios, pues consiste en determinar si cabe dar por subsanada la acreditación del *apud acta* cuando se atendió el requerimiento de subsanción dentro del plazo que el propio órgano judicial otorgó a la parte, si bien una vez transcurrido el plazo de los dos meses que el *artículo 46 LJCA* establece para la interposición del recurso jurisdiccional.

Aunque el análisis de esta cuestión pueda encauzarse a través de la senda jurisprudencial relativa a la subsanción de los defectos procesales -entre otras, la citada *sentencia de 11 febrero 2008, rec. 1993/2004* o la sintetizada doctrina del Tribunal Constitucional-, no puede pasarse por alto que la problemática consistente en determinar si es posible acreditar a través del "apud acta" la representación del procurador una vez transcurrido el plazo de interposición del recurso, no ha sido abordada de forma unánime y con claridad hasta el momento.

De hecho, hay pronunciamientos que avalan, precisamente, la tesis de la sentencia de instancia. Basta recordar, por ejemplo, que la *STS de 28 de noviembre de 1995 (rec. 708/1993)* señala que "los argumentos del Abogado del Estado han de ser aceptados por la Sala. En efecto, en cuanto al poder con que actúa el Procurador recurrente, éste no acompañó las correspondientes escrituras de apoderamiento junto al escrito de interposición y, aprovechando el trámite de subsanción abierto en virtud de lo dispuesto en el *art. 72,1 LJCA* , acompañó sendas escrituras públicas, otorgadas por los "Ayuntamientos de V. y L'Hospitalet de L'I. y A.", de las cuales la correspondiente al primero de ellos es de 17 septiembre 1993 no sólo posterior al 14 septiembre 1993 día en que se interpuso el presente recurso, sino posterior a la fecha en que expiraba el plazo para su interposición, que era ese mismo día 14 puesto que el RD impugnado se publicó el 14 julio de ese mismo año. Así pues la subsanción el 17 septiembre 1993 era ya imposible puesto que en esa fecha había caducado la acción para impugnar la citada Disposición, por lo que el recurso interpuesto por el "Ayuntamiento de V. y L'Hospitalet de L'I." ha de declararse inadmisibles por tal motivo."

Esa sentencia, ciertamente aislada y lejana en el tiempo, determinaría ya la imposibilidad de apreciar un error "craso", "patente" o "indubitado", al existir pronunciamientos de este Tribunal Supremo y de salas de algunos TSJ (recogidos en la propia sentencia contra la que se dirige el procedimiento de error judicial), que mantienen el criterio expuesto por la Sala de Galicia.

Pero es que, incluso, cabe traer a colación que la *Sección de Admisión de esta Sala Tercera en autos de 26 septiembre 2019 , rec. 3927/2019, de 18 de marzo de 2019 rec. 687/19 y de 18 de julio de 2018 rec. 4715/17, ha admitido recursos de casación contra resoluciones* del TSJ de Galicia sobre la misma temática que la que planteada a través de este recurso de error judicial.

En efecto, en estos recursos de casación que fueron admitidos, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en "determinar si la nueva redacción del *art. 24 LEC* en relación con el *art. 23 LJCA* permite subsanar la falta de poder del procurador con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y transcurrido el plazo de interposición, cuando su otorgamiento se efectúa "apud acta" y, a tal efecto, es requerido por el Letrado de la Administración de Justicia."

Pese a que no corresponde ahora indagar las diferencias entre estos recursos de casación admitidos y el que preparó el recurrente -que fue inadmitido-, cabe significar que, frente a lo que aquí acontece, en aquellos tres recursos, los hechos que determinaron la resolución del tribunal de instancia se produjeron con posterioridad a la nueva redacción del *art. 24 LEC, que tuvo lugar en el año 2015, primero por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, segundo, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que la Sección de admisión destacó específicamente (en los referidos autos de admisión), al expresar que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia versaba sobre la nueva redacción del *art. 24 LEC* .*

Pues bien, con independencia de las eventuales diferencias entre el planteamiento del recurrente en este error judicial y los recursos de casación que fueron admitidos, lo cierto es que no resulta posible apreciar el error judicial -insistimos, sobre la exclusiva base del criterio en que la Sala de Galicia fundamenta la inadmisión- cuando la propia Sección de Admisión reconoce a través de la admisión a trámite de varios recursos de casación que nos encontramos ante una situación que merece ser clarificada, identificando a estos efectos como cuestión de interés casacional, precisamente, la misma cuestión que subyace al presente recurso de error judicial.

Calificar como "error judicial" el criterio de la imposibilidad de subsanar la representación más allá del plazo de los dos meses que rige como plazo de interposición del recurso, supondría pronunciarnos directamente sobre el fondo de la cuestión admitida por la Sección de admisión, lo que deberá resolver la Sección de enjuiciamiento correspondiente.

Tampoco cabe advertir una suerte de prejudicialidad que, eventualmente, hiciese necesario esperar la resolución de estos recursos por la Sección de enjuiciamiento correspondiente, pues ello supondría una aclaración *a posteriori* que, ciertamente, determinaría el acierto o desacierto de la decisión judicial; sin embargo, la propia circunstancia de resultar necesaria dicha aclaración comportaría la imposibilidad de apreciar -tanto ahora como después de la resolución de esos recursos admitidos- un error craso, evidente e injustificado a los efectos de una declaración de error judicial.

**CUARTO.- El devenir procesal que culmina en la inadmisión del recurso por extemporáneo en la *STJG 308/2017, de 7 de junio* .**

La circunstancia de que el criterio de inadmisión del recurso no constituya, conforme a lo expresado en el Fundamento de Derecho anterior, un "error judicial", no obsta a que determinados aspectos de la irregular tramitación procesal determinen el acogimiento con éxito de este proceso.

Se queja la parte recurrente de que la tramitación del recurso hasta sentencia le ha supuesto un desembolso económico (por la prueba pericial y por las costas impuestas), al "no haber procedido a inadmitir el recurso, en su caso, a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la prueba solicitada por esta parte (diferiendo el estudio de la cuestión al momento de votación y fallo del recurso) lo que cuando menos habría evitado a mi representado el abono de la pericial judicial."

En efecto, algunas de las circunstancias concomitantes a lo largo de la tramitación del proceso de instancia ponen de manifiesto la inequívoca omisión de determinadas garantías exigidas por la normativa procesal, cuyo colofón viene representado por la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones a través de una resolución erróneamente inmotivada, entre otras razones, por fundamentarse en una versión del *artículo 241 LOPJ* que ya se encontraba derogada tanto en el momento de dictarse la sentencia como en el de inadmitir el incidente de nulidad.

La deficiente aplicación e interpretación de las normas procesales ha comportado, asimismo y de acuerdo con la propia doctrina del Tribunal Constitucional, una infracción manifiesta de derechos fundamentales que, a juicio de esta Sala, procede reparar a través de la declaración del error judicial.

Antes de entrar a analizar estos aspectos conviene, ante todo, precisar dos cuestiones que entrañan importancia a los efectos que nos ocupa:

La primera, que un instituto procesal tan excepcional como el error judicial no puede convertirse en un mecanismo de revisión o de fiscalización general de todo lo actuado ante la jurisdicción de instancia.

Por esa razón, la parte recurrente debe delimitar, identificar y, en definitiva, argumentar cuál o cuáles han sido las decisiones o aspectos relevantes del procedimiento de instancia que constituyen el sustrato del error judicial que se denuncia.

Pues bien, en el presente asunto, la censura de la decisión de inadmisión por la sentencia, se ilustra sobre los siguientes elementos incontrovertidos: que el recurrente fue requerido de subsanación; que, efectivamente, subsanó el defecto de representación dentro del plazo otorgado por la LAJ, al reconocerlo así el decreto del LAJ; que, pese a que nadie opusiera causa alguna de inadmisibilidad, y tras la tramitación de todo el proceso contencioso administrativo -en el que se llegó, incluso, a admitir la prueba-, se decretó la inadmisión del recurso en sentencia de forma inopinada para el recurrente (pues no se le ofreció audiencia); finalmente, que la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones se motivó de forma manifiestamente errónea.

La segunda, que el proceso de error judicial es un remedio adecuado para la constatación y depuración de eventuales infracciones de los derechos fundamentales. El comentario viene a propósito del alegato del Abogado del Estado por el que fundamentó la pretendida inadmisión de la demanda de error, inadmisión que hemos

rechazado en el Fundamento del Derecho Primero de la presente sentencia.

El ordenamiento jurídico confiere a los justiciables el recurso de amparo y el propio incidente de nulidad de actuaciones, instituciones que, pese a su distinta finalidad, permiten la reafirmación del correspondiente derecho vulnerado. Ciertamente, el objeto del error judicial consiste en declarar si una determinada interpretación judicial ha de considerarse como manifiestamente errónea, cuya apreciación producirá como efecto la posibilidad de obtener la correspondiente indemnización. Ahora bien, para llegar a dicha conclusión, puede y debe indagarse la violación de los derechos fundamentales sin que resulte posible mantener una especie de dicotomía o de compartimentos estancos entre "recurso de amparo" y "error judicial" de modo que la apreciación de la infracción de un derecho fundamental debiera verificarse a través del recurso de amparo.

Como decimos, no cabe mantener dicha postura toda vez que, conforme ya hemos explicado, si el incidente de nulidad de actuaciones -que se erige en requisito procesal previo del error judicial- persigue reparar el derecho fundamental ante y por la propia jurisdicción ordinaria (intentando evitar que, de este modo, un asunto llegue al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo) resulta evidente que el proceso de error judicial refleja también, desde una perspectiva funcional, una vertiente garantista de los derechos fundamentales.

Precisamente por no resultar obligado acudir al Tribunal Constitucional como etapa previa del error judicial -al no constituir un recurso que deba agotarse a los efectos del *art. 293 LOPJ* - quien considere que se ha producido una infracción de sus derechos fundamentales tendrá que optar -o simultanear, cuando ello resulte procedente- entre una u otra vía. En este caso, la recurrente acude al error judicial en unas circunstancias que, como ilustrativamente enuncia el Abogado del Estado, son "materia típica del recurso de amparo", sin que ello, obviamente, pueda perjudicar su derecho a que se declare el error judicial cualquiera que sea la causa que lo fundamente, incluida la manifiesta inobservancia de los derechos fundamentales.

Realizadas ya estas dos precisiones, procede entrar a analizar las circunstancias en las que recayeron las resoluciones judiciales a las que la parte recurrente imputa el error.

Como ya se ha expresado, la censura de la decisión de inadmisión por la sentencia, se ilustra sobre la circunstancia de que el recurrente fue requerido de subsanación; que, efectivamente, subsanó el defecto de representación dentro del plazo otorgado por la LAJ, al reconocerlo así el decreto del LAJ; que, pese a que nadie opusiera causa alguna de inadmisibilidad, tras la tramitación de todo el proceso contencioso administrativo -en el que se llegó, incluso, a admitir la prueba-, de forma inopinada para el recurrente (pues no se le ofreció audiencia) se decretó la inadmisión del recurso en sentencia.

Por lo que se refiere a la inadmisión del recurso en sentencia, pese a que el decreto del LAJ tuvo por subsanada la representación, puede entenderse que cuando el LAJ advierte defectos -en este caso, de representación-, el control se proyecta a verificar que al escrito de interposición se acompañen los documentos del *artículo 45 LJCA* -según se infiere del apartado 3 de dicho precepto-, mientras que, posteriormente, habrán de extraerse todas las consecuencias jurídicas que, en clave de inadmisión, reclamen los *artículos 51 LJCA (apreciación de oficio)*, *59 LJCA (apreciación de las alegaciones previas)* o *69 LJCA (apreciación en sentencia)*.

En definitiva, que una cosa es el control que corresponde al LAJ sobre la "validez de la comparecencia" ( *artículo 45.3 LJCA* ) y otra distinta el control que se ejerce sobre la admisión del recurso que, cabe recordar, la *LJCA* permite apreciar la extemporaneidad en la misma sentencia (*art. 69*), al igual, ciertamente, que en la fase de control de oficio ( *art. 51.1.d* ) o tras las alegaciones previas ( *arts. 58 y 59* ).

Ahora bien, esta interpretación no puede justificar la indefensión producida a la parte recurrente desde el momento que (i) la sentencia vino a expresar lo contrario a lo apuntado por la LAJ en su decreto de 9 septiembre 2014 (ii) sin que parte alguna cuestionase el defecto de representación (iii) sin que la Sala de Galicia plantease "tesis" de conformidad con el *artículo 33 LJCA* (iv) pese a mantenerse vigente el pronunciamiento de tener por subsanado el defecto de representación que, obviamente, vinculaba al órgano jurisdiccional frente a las partes litigantes.

Evidentemente, los motivos de inadmisibilidad del recurso tienen carácter de orden público. Ahora bien, por mucho que así sea, resulta improcedente y constituye una manifiesta infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la Sala de instancia sin otorgar trámite de audiencia y sin que nadie cuestionara el defecto de representación -que, además, la LAJ, había dado ya por subsanado-, inadmitiera el recurso sobre la base, precisamente, de no haber acreditado la representación en el plazo de interposición del recurso.

Al fin y al cabo, ese trámite de alegaciones al que se refieren los *artículos 33 LJCA* y *65 LJCA* constituye un elemento esencial de garantía para las partes que, de otro modo, se verían privadas de participar y de expresar su opinión sobre otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición ( *art 33 LJCA* ) o sobre motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados ( *artículo 65 LJCA* ).

En este sentido, la *STS de 7 de julio de 2009, rec. 4423/2007* recuerda que la congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, considerando que se alteran de modo decisivo los términos del debate cuando se aprecia una causa de inadmisibilidad no alegada por la parte demandada, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio, produciéndose un pronunciamiento o fallo no adecuado o no ajustado a las recíprocas pretensiones de las partes.

Desde la perspectiva constitucional, la *STC 278/2006, de 25 de septiembre (rec. 7222/2004)* considera que la alteración del debate procesal producida sin otorgar previamente a las partes la oportunidad de efectuar las alegaciones que estimaran convenientes, tal y como preceptivamente exige el *art. 33.2 LJCA* , ha de considerarse contraria al principio de contradicción y en consecuencia lesiva del derecho de defensa de la recurrente.

En el mismo sentido la *STC 40/2006 de 13 de febrero (rec. 4854/2003)* aprecia también lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial resuelve la cuestión suscitada tomando en consideración, y con carácter decisivo, elementos no controvertidos en el proceso sin que, existiendo cauce procesal adecuado para ello ( *art. 33.2 LJCA* ), los hubiere sometido a la consideración de las partes generando, de esta forma, una situación de indefensión.

Finalmente, la decisión del tribunal de instancia resulta contradictoria en sus propios términos toda vez que cuando la LAJ requiere de subsanación a la parte recurrente (24 julio 2014) ya había transcurrido el plazo de interposición de los dos meses haciendo imposible, en consecuencia, dicha subsanación en el contexto de la propia tesis mantenida con posterioridad por el tribunal en sentencia. En definitiva, la garantía de la subsanación carecería de sentido, deviniendo ineficaz, si en el momento de practicarse el requerimiento el defecto resultaba ya insubsanable.

**QUINTO.- La inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, decretada por providencia del *TSJG de 28 de junio de 2018* .**

Como ha quedado expresado, el objeto de este procedimiento de error judicial viene constituido tanto por la *STJG 308/2017, de 7 de junio* como por la providencia de 28 de junio de 2018, que inadmitió el incidente de nulidad contra la expresada sentencia.

En efecto, la demanda critica al tribunal de instancia, asimismo, "por haber despachado el posterior incidente de nulidad de actuaciones presentado contra la sentencia dictada por la Sala en la forma en la que tuvo lugar", decisión que, "se nos antoja un claro ejemplo de la hidalga expresión "sostenella y no enmendalla". Afirma también que las especiales circunstancias que concurrían en los autos "hubieran exigido un estudio detenido de la cuestión".

La providencia del *TSJG de 28 junio 2018* *inadmite el incidente de nulidad de actuaciones expresando que: "[...] la parte actora solicita la nulidad de la sentencia que inadmitió el recurso presentado sin Procurador, incidente que con carácter general debe ser inadmitido ( art. 241 LOPJ ) cuando se susciten cuestiones distintas a defectos de forma que hayan causado indefensión o incongruencia del fallo."*

El razonamiento, además de lacónico, es erróneo, pues fundamenta la inadmisión en la versión del *artículo 241 LOPJ* introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pese a que dicha versión ya no estaba vigente en el momento de dictarse la providencia (como tampoco lo estaba al dictarse la sentencia):

"Artículo 241.

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente

motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno."

Sin embargo, la Sala de instancia no tuvo en cuenta la redacción del precepto, dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en cuya virtud:

"Artículo 241.

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el *artículo 53.2 de la Constitución*, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno."

Se constata la evolución del precepto pues, mientras que en la redacción de 2003 la nulidad de actuaciones podía fundarse "en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo", la versión introducida en 2007 justifica la nulidad "en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el *artículo 53.2 de la Constitución*" obviando la Sala de Galicia esta nueva redacción, al limitarse a rechazar la admisión del incidente de nulidad al entender que se funda "en cuestiones distintas a defectos de forma que hayan causado indefensión o incongruencia del fallo."

En definitiva, se obvia que la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, persigue -en palabras de su Exposición de Motivos- otorgar a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales con la finalidad de lograr que su tutela y defensa por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Y, precisamente, con la intención -sigue declarando la apuntada Exposición de Motivos- de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del *artículo 241.1 LOPJ*, introduciendo una configuración mucho más amplia, "porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el *artículo 53.2 de la Constitución* en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico."

En consecuencia, frente a lo decidido en la instancia, resultaba procedente, cuanto menos, la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones toda vez que (i) se había producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, (ii) resultaba evidente que la parte no pudo denunciar dicha infracción antes de recaer resolución que ponga fin al proceso esto es, antes de la sentencia, toda vez, que la Sala de instancia no ofreció trámite de alegaciones a través del planteamiento de la denominada tesis del *artículo 33 LJCA* (ii) y, por último, el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia había sido inadmitido mediante la providencia de 18 enero 2018 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, colmándose así el último de los requisitos del *artículo 241.1 LOPJ*, es decir, "que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario."

Se constata, en consecuencia, que la reforma y la nueva finalidad que incorpora al incidente de nulidad han sido preteridas por la Sala de instancia, a través de un razonamiento que escapa a los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables a toda decisión judicial, lo que se erige en criterio de estimación de la demanda de error judicial ( *STS de 5 de marzo de 2019, rec. 28/2016* ), de 2 de abril de 2018 (error judicial 12/2017) y de 22 de marzo de 2018 (error judicial 63/2016).

#### **SEXTO.- La funcionalidad del proceso de error judicial.**

Por las razones expuestas se estima la pretensión de declaración de error judicial, bien que limitada a su función de requisito previo a la eventual pretensión de responsabilidad patrimonial a ejercitar, en su caso, contra el Estado. Efectivamente, la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable de una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial del Estado, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error se vea alterada o modificada por una declaración de existencia en la misma de error judicial.

#### **SEPTIMO.- Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en las *letras c ) y e) del artículo 293.1 LOPJ* -con relación a los *artículos 139 LJCA* y *516.2 LEC* -, no procede la imposición de costas, acordándose la devolución del depósito constituido.

### **FALLO**

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

1º. Estimar la demanda de error judicial número 42/2018 promovida por don Juan Pedro, contra la *sentencia nº 308/2017, de 7 de junio, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, procedimiento ordinario nº 7280/2014 y contra la providencia de 28 de junio de 2018, que inadmitió el incidente de nulidad contra la expresada sentencia.

2º. No procede la imposición de costas, con devolución del depósito constituido.

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

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda D. Isaac Merino Jara

**PUBLICACIÓN** . Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.