



Roj: **ATS 2771/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2771A**

Id Cendoj: **28079130012017200573**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **266/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 30 de marzo de 2017

HECHOS

PRIMERO.- Esta Sala y Sección dictó providencia con fecha 8 de febrero de 2017 por la que se inadmite a trámite el recurso de casación número **266/2016** contra la sentencia de la Sala de lo **Contencioso-Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Primera, de 31 de octubre de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo número 72/2016 .

La inadmisión a trámite del recurso de casación se acuerda en la providencia <<...por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la LJCA impone para el escrito de preparación, en particular las establecidas en los apartados d) y f) del citado artículo 89.2, no habiendo justificado la parte recurrente la concurrencia del presupuesto para que opere la presunción establecida en el artículo 88.3.a) LJCA>>.

SEGUNDO.- Por D. Manuel Francisco Ortiz de Apodaca García, procurador de los tribunales y de la Diputación Foral de Bizkaia, se formuló incidente de nulidad contra la citada providencia alegando, en primer lugar, que el "auto de admisión" (sic) de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó que concurrían todos los requisitos y, en particular, que era apreciable el interés casacional objetivo a que se refiere el artículo 89.2.f) de la LJCA, por concurrencia de las circunstancias descritas en los artículos 88.2.a) y 88.3.a). En segundo lugar aduce que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), en su vertiente de accesos a los recursos y en relación con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), toda vez que la inadmisión se ha acordado en una providencia y no en un auto, vulnerando a su juicio lo establecido en el artículo 90.3.b) LJCA. Alega, en fin, que la motivación del auto del tribunal de instancia constituye un informe a los efectos del artículo 89.5 en relación con el artículo 90.3.a) LJCA, lo que determinaría también que la inadmisión adoptase la forma de auto.

TERCERO.- Dado traslado del anterior escrito a la representación de Inversiones Andalucía 2014 S.L., parte recurrida, ésta centra su argumentación en el carácter no motivado e irrecurrible de las providencias y concluye manifestando que "(...) en definitiva, lo que pretende la recurrente es sustituir el criterio interpretativo sobre la inadmisión del recurso de casación por el suyo propio, algo totalmente vedado, por las Ley Procesal, sin olvidar, que no cumple el mencionado incidente la correlación e indicación manifiesta y clara del precepto constitucional infringido por la mencionada Providencia de inadmisión, elemento necesario para acceder al incidente de nulidad del artículo 241 de la LOPJ".

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La solicitud de que se declare la nulidad de actuaciones debe ser desestimada pues no es cierto que la providencia dictada por esta Sala haya incurrido en los defectos que se le reprochan ni, desde luego,



que la citada resolución haya determinado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución.

La argumentación de la recurrente parte de la consideración de que la inadmisión del recurso fue acordada por providencia cuando debería haber adoptado la forma de auto motivado. Pues bien, ya este planteamiento de principio debe ser objetado pues de ninguna manera cabe aceptar que la utilización de la forma de providencia sea en sí misma anómala y generadora de indefensión. Muy al contrario, la regla general es que la inadmisión del recurso de casación ha de adoptar la forma de providencia - artículo 90.3.a) LJCA- siendo exigible la forma de auto únicamente en los supuestos específicos a los que se refieren el propio artículo 90.3.a) *in fine* [cuando el tribunal de instancia hubiese emitido la "opinión" a que se refiere el artículo 89.5 en su último inciso] y el artículo 90.3.b) de la misma Ley [esto es, en los supuestos del artículo 88.3 LJCA en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo]. Fuera de estos casos la forma legalmente prevista para acordar la inadmisión es la providencia. Y no es ésta una resolución carente de motivación, pues el artículo 90.4 LJCA señala las indicaciones que ha de contener la providencia para explicar las razones de la inadmisión, si bien la propia norma determina que la motivación sea sucinta ("*Las providencias de inadmisión únicamente indicarán...*").

Afirmado así que la decisión de inadmitir el recurso mediante providencia no puede ser tachada de anómala, ni de generadora de indefensión, pasamos ahora a ver si concurre en este caso alguno de los supuestos específicos para los que la regulación legal exige que la inadmisión se acuerde mediante auto motivado. Veamos.

SEGUNDO.- Por lo pronto, no puede ser acogida la alegación de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90.3.b) LJCA, la decisión de inadmitir el recurso debió adoptar la forma de auto por haber aducido el recurrente el supuesto de presunción de interés casacional previsto en el artículo 88.3.a) LJCA, ("*cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia*").

Nuestro auto de 9 de febrero de 2017 (recurso de casación 131/2016, FºJº Quinto), referido a un caso en el que también se invocaba en el escrito de preparación del recurso la presunción de interés casacional prevista en el citado artículo 88.3.a) LJCA, señala lo siguiente: << (...) *Pues bien, la mera invocación del precepto no resulta suficiente para integrar su contenido y dar así acceso al recurso de casación contencioso-administrativo ante esta Sala, requiriéndose una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto. El hecho de que en el presente caso se haya optado por esta forma jurídica no contradice lo anteriormente expuesto, pues estas primeras resoluciones del nuevo modelo de casación tratan de establecer criterios de interpretación. El recurrente no aclara en qué particular dicha jurisprudencia es inexistente, sin que pueda pretenderse en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme que en este supuesto quepa incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo (...)>>*

En términos parecidos se expresa el auto de 25 de enero de 2017 (recurso de casación 15/2016, Fundamento Jurídico Tercero), que, en lo que ahora interesa, declara: << *De nuevo aquí cabe subrayar que la mera invocación del precepto no resulta suficiente para integrar su contenido y dar así acceso al recurso de casación contencioso-administrativo ante esta Sala. Ello se extiende también a los supuestos previstos en el art. 88.3 LJCA que gozan de la singular presunción favorable al interés casacional objetivo y que requieren asimismo una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto. El hecho de que en el presente caso se haya optado por esta forma jurídica no contradice lo anteriormente expuesto, pues estas primeras resoluciones del nuevo modelo de casación tratan de establecer criterios de interpretación>>.*

En fin, consideraciones similares pueden verse en resoluciones de esta Sala y Sección Primera referidas a casos en los que se invocaban supuestos de presunción del interés casacional contemplados en otros apartados del artículo 88.3 LJCA. Así, en relación a un escrito de preparación en el que se invocaba el supuesto de presunción previsto en el artículo 88.3.b) LJCA -cuando la sentencia recurrida "...se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea"- nuestro auto de 8 de marzo de 2017 (recurso de casación 40/2017, FºJº Tercero.5), señala: << (...) 5. *Un planteamiento como el que se hace en el escrito de preparación del presente recurso de casación podría incluso ser rechazado mediante providencia, con arreglo al artículo 90.4.b) LJCA, por incumplir una de las exigencias que el artículo 89.2 LJCA impone a dicho escrito: fundamentar con singular referencia al caso que concurre el invocado supuesto de interés casacional objetivo. Resulta así porque la recurrente no acredita que se da el presupuesto al que el legislador vincula la presunción legal que el artículo 88.3 LJCA incorpora, presunción que es la que determina la obligación de este Tribunal de rechazar a limine el recurso mediante auto>>.*



Recapitulando; la forma de auto ordenada en el artículo 90.3.b) LJCA no resulta exigible cuando se constata que no concurre el presupuesto para que opere la presunción legal que se invoca.

Y esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa, pues, pese a que el órgano jurisdiccional de instancia tuvo por preparado el recurso, lo cierto es que el escrito de preparación la recurrente se limita a afirmar que "en relación con el apartado 3.a) del art. 88, no nos consta que exista jurisprudencia sobre esta cuestión en concreto"; sin que de los párrafos anteriores del escrito de preparación se infiera de una manera clara cuál es esa "cuestión en concreto" sobre la que "no le consta" que exista jurisprudencia.

En definitiva, el escrito de preparación del recurso no ofrece fundamentación suficiente que integre con un mínimo de solidez el presupuesto para desencadenar la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA. Y, no concurriendo el presupuesto para que opere la presunción legal, no resulta exigible la forma de auto prevista en el artículo 90.3.b) de la misma Ley.

TERCERO.- Carece de toda consistencia el alegato de que la motivación del auto de la Sala de instancia constituye una "opinión" favorable a la apreciación de interés casacional objetivo, a los efectos del artículo 89.5 en relación con el artículo 90.3.a) LJCA, lo que determinaría, según la parte recurrente, que también por esta razón la inadmisión del recurso de casación debería haber adoptado la forma de auto.

Partiendo de que la resolución dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no acuerda -ni podía acordar- la admisión del recurso de casación, pues lo que se decidió allí es, únicamente, tenerlo por preparado, esta Sala y Sección viene señalando que en ese trámite de preparación al órgano jurisdiccional de instancia le incumbe, desde una perspectiva formal, el análisis de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, así como la constatación de que en el escrito de preparación se ha justificado la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo; y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo, sin que corresponda al tribunal de instancia pronunciarse sobre la concurrencia de las infracciones denunciadas ni sobre la efectiva existencia del interés casacional que se alega. Pueden verse este sentido los autos de esta Sala y Sección Primera de 2 de febrero de 2017 (recurso de queja 110/2016) y 28 de febrero de 2017 (recurso de queja 40/2017).

Por tanto, que la Sala de instancia haya tenido por preparado el recurso de casación en modo alguno significa que haya apreciado y afirmado la existencia de interés casacional objetivo, pues su examen debe limitarse a constatar que el escrito de preparación contiene una argumentación específica encaminada a justificar, con singular referencia al caso, la concurrencia de alguno de los supuestos de interés casacional. Por lo demás, aunque la Sala de instancia haya tenido por preparado el recurso, es competencia de esta Sala del Tribunal Supremo verificar si ciertamente concurren o no los requisitos legales para admitir el recurso de casación.

En fin, no cabe confundir la necesaria motivación del auto que tiene por preparado el recurso con la previsión del artículo 89.5 LJCA, en cuya virtud el tribunal de instancia puede emitir opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, opinión ésta que, caso de emitirse, *unirá al oficio de remisión*. Y no constando que en este caso el tribunal de instancia haya hecho uso de esa posibilidad que contempla el artículo 89.5 LJCA, decae el argumento de la parte recurrente de que la inadmisión debería haber adoptado la forma de auto motivado.

CUARTO.- Teniendo en cuenta lo que antecede, y no concurriendo ningún motivo que permita apreciar vulneración de un derecho fundamental y, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución, procede desestimar el incidente de nulidad contra la providencia de esta Sala y Sección de 8 de febrero de 2017.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, apartado 2 de la Ley 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, procede imponer las costas causadas en este incidente a la parte que lo promueve. Ahora bien, haciendo uso esta Sala de la facultad que concede el artículo 139.3 LJCA, dada la índole de la cuestión suscitada y la actividad desplegada por la parte recurrida al oponerse, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de dos mil euros (2.000 ?) por todos los conceptos.

En su virtud,

La Sección de Admisión acuerda:

desestimar el incidente de nulidad contra la providencia de esta Sala y Sección de 8 de febrero de 2017 (recurso número **266/2016**), con imposición de costas en los términos expresados en el fundamento jurídico quinto.



Así lo acuerdan y firman. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Blas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ