|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 10/2010 |
| Fecha | de 25 de enero de 2010 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas. |
| Núm. de registro | 5841-2009 |
| Asunto | Recurso de amparo 5841-2009 |
| Fallo | Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmar en su integridad la providencia de 19 de octubre de 2009, mediante la que esta misma Sección acordó no admitir el recurso de amparo núm. 5841-2009. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 22 de junio de 2009 el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández- San Juan interpuso recurso de amparo en nombre de don Jaime Codina Vila, doña María Ángeles Codina Álvarez, doña Adelaida Vila Riba, doña Montserrat Vila Riba y don Medir Jané Vila contra el Auto de 26 de marzo de 2009 por el que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación promovido por los demandantes de amparo contra la Sentencia de la Sala de ese mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2008, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 104-2004, interpuesto por los demandantes de amparo, y estimatoria de los recursos interpuestos por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) contra una resolución del Jurado provincial de expropiación forzosa de Barcelona. En la demanda de amparo se exponía que, tras oír a los demandantes acerca de la posible inadmisibilidad del recurso de casación por no exceder la cuantía del asunto de la establecida en el art. 86.2 b) LJCA, que exceptúa de la posibilidad de ser recurridas en casación a las Sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos cuya cuantía no exceda de veinticinco millones de pesetas, el Tribunal Supremo había acordado en el Auto antes citado inadmitir el recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Tras justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, se denunciaba en la demanda que el Auto de inadmisión impugnado suponía la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los demandantes, en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, toda vez que la interpretación que efectuaba dicha resolución del art. 41.2 LJCA en relación con el art. 86.2 b) del mismo cuerpo legal era irracional y arbitraria. La demanda terminaba pidiendo que se otorgara el amparo mediante la anulación del Auto impugnado y que se ordenara la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el mismo a fin de por el Tribunal Supremo se procediera a admitir a trámite el recurso de casación.

2. Esta Sección, mediante providencia de 19 de octubre de 2009, acordó, de conformidad con el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a), ambos LOTC, no admitir el recurso de amparo, al considerar que los recurrentes no habían agotado todos los recursos en la vía judicial, pues no constaba que hubieran planteado el incidente de nulidad de actuaciones a que se refiere el art. 241.1 LOPJ.

3. Contra la citada providencia interpuso recurso de súplica el Ministerio Fiscal, interesando que se dejara sin efecto, y alegando que, aun cuando es indudable la necesidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo mediante el empleo de todos los recursos e instrumentos procesales útiles frente a las decisiones judiciales a las que se tildan de vulneradoras de derechos fundamentales, lo es también que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la exigencia de agotar la vía judicial no obliga a utilizar todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo los que claramente se manifiesten como ejercitables. En el presente caso los demandantes denunciaron la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el trámite de admisión de su recurso de casación y sus alegaciones fueron examinadas y rechazadas por el Tribunal Supremo. Según el Fiscal, la denuncia se efectuó antes de recaer la resolución final, de modo que la necesidad de promover ulteriormente el incidente de nulidad de actuaciones no aparece de forma nítida y, por ello, no le era exigible a la parte, que, de haberlo promovido, se arriesgaba a que su posterior recurso de amparo fuese considerado extemporáneo.

4. Por providencia de 18 de noviembre de 2009 se acordó dar traslado del recurso de súplica a la representación procesal de los demandantes de amparo para que alegara en el plazo de tres días lo que a su derecho conviniera. En escrito presentado el 2 de diciembre de 2009 el Procurador Sr. Morales Hernández-San Juan, en nombre de los demandantes interesó que se estimara el recurso de súplica del Ministerio Fiscal y que se admitiera a trámite la demanda de amparo. Razonó que del tenor del art. 241.1 LOPJ se desprende que el incidente de nulidad de actuaciones se configura como un remedio de uso excepcional, condicionado a que la vulneración del derecho fundamental no haya podido ser alegada en el curso del proceso; en el caso planteado los demandantes tuvieron oportunidad de denunciar la vulneración del derecho fundamental antes de que recayera el Auto impugnado, oportunidad que ejercitaron, por lo que no cabía promover el incidente de nulidad de actuaciones, de manera que cuando se interpuso el recurso de amparo constitucional se habían agotado todos los medios de impugnación propios de la vía judicial ordinaria, de conformidad con el art. 44.1 LOTC.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. Alega el Fiscal en su recurso de súplica contra la providencia por la que se acordó no admitir el recurso de amparo a que se ha hecho referencia en los antecedentes que los demandantes denunciaron la vulneración del derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva ante el Tribunal Supremo, al formular las alegaciones que presentaron con ocasión del trámite a que se refiere el art. 93.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Como dicha denuncia se produjo antes

de que se dictara el Auto impugnado, era improcedente la promoción del incidente de nulidad de actuaciones a que se refiere el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La representación de los demandantes se adhiere a tal planteamiento,

subrayando el carácter excepcional del incidente de nulidad de actuaciones, que no sería exigible en este caso para entender agotados todos los medios de impugnación establecidos en la vía judicial, agotamiento que exige el art. 44.1 a) LOTC.

Con arreglo al citado art. 44.1 a) LOTC las violaciones de derechos fundamentales por actos u omisiones de órganos judiciales podrán dar lugar al recurso de amparo constitucional si, entre otros requisitos, se cumple el de haber agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales. Tal exigencia responde, como viene poniendo de relieve este Tribunal desde sus primeras resoluciones, al carácter subsidiario con el que está configurado aquel recurso en la Constitución, como vía especial y extraordinaria, posterior a la defensa de los derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 CE encomienda su tutela general (STC 185/1990, de 15 de noviembre, entre otras). Es constante la doctrina que incluye entre los remedios procesales que los demandantes de amparo han de intentar el incidente de nulidad de actuaciones regulado hoy en el art. 241.1 LOPJ, cuando, naturalmente, resulta adecuado para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado (STC 105/2001, de 23 de abril, FJ 3, entre otras). Es claro que en el presente supuesto se daban las condiciones establecidas en el art. 241.1 LOPJ para, desde el presupuesto de que parten los demandantes (que alegan que la inadmisión de su recurso de casación determinó la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva), promover el incidente de nulidad de actuaciones. En efecto, fue el Auto de inadmisión la resolución causante de la vulneración que se denuncia, o, en términos del art. 44.1 LOTC, la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva tendría su origen inmediato y directo en dicho Auto, y no en otra resolución anterior. Los propios demandantes asumen este planteamiento cuando la única resolución que impugnan en esta sede es ese Auto. Dado que la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes se materializó con la inadmisión de la casación acordada en dicho Auto, es patente que no pudo ser denunciada antes de su notificación. El Auto, en fin, no era susceptible de recurso alguno, en virtud del art. 93.6 LJCA. El incidente de nulidad de actuaciones era, pues, un remedio procesal —excepcional, sin duda, pero también es extraordinario, además de subsidiario el recurso de amparo (ATC 72/2003, de 27 de febrero, FJ 1)— que habría permitido al Tribunal Supremo reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se ha denunciado ante nosotros. El hecho de que, planteada de oficio por el Tribunal Supremo la posible inadmisibilidad del recurso de casación y, como prevé el art. 93.3 LJCA, puesta de manifiesto “antes de resolver” la existencia de una “posible” causa de inadmisión, los demandantes alegaran en contra de su concurrencia en términos constitucionales no significa que, con ello, impugnaran una decisión judicial de inadmisión que, obviamente, no se había adoptado. En el trámite del art. 93.3 LJCA la parte recurrente en casación debe tratar de llevar al Tribunal a la convicción de que su recurso es admisible y poner diligentemente en evidencia los errores que eventualmente aprecie en el planteamiento del órgano judicial (de lo contrario, la pasividad de la parte privaría de relevancia constitucional a tales errores, como aconteció en el caso resuelto en la STC 287/2006, de 9 de octubre). Pero la formulación de tales alegaciones no supone la denuncia de una vulneración de un derecho fundamental todavía no materializada, ni excusa de agotar todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales frente a la resolución que supuestamente la origina, entre los cuales se encuentra el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ, establecido como instrumento ciertamente excepcional para que los Tribunales desempeñen con plenitud su función ordinaria de primeros garantes de los derechos fundamentales, según recuerda el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmar en su integridad la providencia de 19 de octubre de 2009, mediante la que esta misma Sección acordó no admitir el recurso de amparo núm. 5841-2009.

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil diez.