|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 124/2010 |
| Fecha | de 4 de octubre de 2010 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 1880-2007 |
| Asunto | Recurso de amparo 1880-2007 |
| Fallo | Inadmitir el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 1 de marzo de 2007 el Procurador de los Tribunales don Felipe Juanas Blanco, en nombre de don Manuel y doña Rosario del Castillo y del Castillo y bajo la dirección del Letrado don Santiago Araña Galván, formuló demanda de amparo contra el Auto del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2007, dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal, por medio del cual se inadmitió el incidente de nulidad interpuesto contra la Sentencia dictada por la misma Sección el 8 de junio de 2004, recaída en el recurso de casación núm. 253-2002. Aun cuando en el encabezamiento de la demanda se dirige el recurso frente al Auto indicado, en el suplico de la misma se interesa la anulación de los indicados Auto y Sentencia, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) de 29 de junio de 2002 (recurso núm. 415-1997), impugnada en casación.

2. Los hechos relevantes para la resolución del presente recurso son, en lo que ahora interesa, los siguientes:

a) En el recurso contencioso-administrativo núm. 415-1997 se impugnaron los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de 25 de octubre de 1996 en que se aprobaron definitivamente los estatutos y las bases de actuación de la Junta de compensación de la unidad de ejecución núm. 1 del plan parcial Lomo de Maspalomas, correspondiente a dicho Municipio. En el mismo proceso se impugnaron también los acuerdos de delimitación de las unidades de ejecución y el de aprobación del estudio de detalle de ciertas parcelas de la urbanización “Lomo de Maspalomas”.

En el indicado recuso se controvertía, entre otras cuestiones, si la incorporación de la finca registral 4.077 “Maspalomas de Arriba” (inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandantes de amparo y dos de sus hermanos) al proyecto de reparcelación debía hacerse con el carácter de litigiosa, con la consecuencia de que, por aplicación del art. 103.4 del Reglamento de gestión urbanística, los intereses y derechos correspondientes a la titularidad en litigio serían representados por la Administración actuante. La condición de litigiosa de la indicada finca la sostenían los allí recurrentes, Sres. del Castillo y Bravo de Laguna, como consecuencia del juicio ordinario de mayor cuantía que con el núm. 1-1997 se tramitaba a su instancia en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Bartolomé de Tirajana sobre restitución de bienes inmuebles a efectos de sustitución fideicomisaria, proceso en el cual habían obtenido la anotación preventiva de la demanda al amparo del art. 42 de la Ley hipotecaria (LH). El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso, al considerar que la presunción establecida en el art. 38 de la Ley hipotecaria desplegaba sus efectos y que, consecuentemente, la titularidad no era litigiosa mientras el asiento no fuera cancelado.

De los antecedentes disponibles al tiempo de dictarse este Auto no consta que los demandantes de amparo fuesen emplazados en tal recurso.

b) Los Srs. del Castillo y Bravo de Laguna dedujeron recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso fue estimado mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 253-2002), el cual, entrando a conocer del recurso contencioso-administrativo en los términos en los que había quedado planteado en la instancia, declaró el carácter litigioso de la finca en cuestión con fundamento en que la presunción establecida en el art. 38 LH no enerva el carácter litigioso de una finca si sobre ella existe proceso judicial pendiente.

Importa señalar que el Tribunal Supremo se remite a una Sentencia anterior del propio Tribunal Supremo, en la cual resolvió una cuestión idéntica sobre la misma finca en relación con otra unidad de ejecución declarándose que la misma finca núm. 4.077 tenía la condición de litigiosa.

Tampoco consta que los demandantes de amparo intervinieran o fuesen llamados a intervenir en la fase de casación del recurso contencioso-administrativo.

c) Como consecuencia de que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana dictó ciertos acuerdos para ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo, los demandantes de amparo, aduciendo que hasta entonces no habían tenido conocimiento de la tramitación del proceso contencioso-administrativo, dedujeron incidente de nulidad de actuaciones, alegando que se les había causado indefensión al no haber sido emplazados en el proceso pese a tener la condición de interesados en el mismo como promotores del expediente de reparcelación y titulares registrales de la finca calificada como litigiosa, sin que les fuera exigible “una explicación de la indefensión material que han sufrido distinta a la pura ausencia forzada del proceso contencioso-administrativo”. En apoyo de esto último citaban la STS de 22 de julio de 2005.

El Tribunal Supremo, en el Auto ahora impugnado en amparo, inadmitió el incidente con un doble argumento. De una parte, advirtiendo que la indefensión tutelada ha de ser material, lo cual exige justificar que el defecto de emplazamiento ha impedido a los solicitantes de la nulidad demostrar que la finca no debía haberse calificado de litigiosa, lo que, por lo demás, ya se había declarado en una Sentencia anterior de la propia Sala, de 24 de marzo de 2004 (recurso de casación núm. 5186-2001), por las mismas razones. De otro lado, afirmando que en la Sentencia cuya anulación se solicitaba se declaraba que la finca había sido aportada al expediente de reparcelación por la entidad urbanizadora en virtud de los convenios celebrados con los ahora demandantes de amparo, de manera que, tal como se había declarado en el ATS de 31 de mayo de 2005, al no justificarse la indefensión material que pretendidamente se les había causado por el defecto de emplazamiento, procedía la inadmisión a trámite del incidente de nulidad instado.

3. Los demandantes de amparo aducen vulneración del derecho a la igualdad en aplicación de la ley, garantizado por el art. 14 CE, porque el Tribunal Supremo se separa de su doctrina anterior, de la que es exponente la STS de 22 de julio de 2005, según la cual, cuando quien se queja de su falta de emplazamiento al proceso no es mero interesado no personado en el expediente administrativo, sino titular de un derecho que estuvo además personado en el expediente administrativo, “no se le puede exigir una explicación de la indefensión material que ha sufrido distinta a la pura ausencia forzada del proceso contencioso-administrativo”. Tal argumentación se contiene en la STS de 22 de julio de 2005, citada en el escrito de promoción de incidente de nulidad, precisamente para afirmar que no existe contradicción con lo afirmado en el ATC de 31 de mayo de 2005, luego incorporado a la argumentación del Tribunal Supremo en el Auto frente al que se demanda amparo. Ahora bien, los demandantes de amparo precisan que no solicitan la anulación del Auto de Tribunal Supremo para que éste resuelva nuevamente de modo ajustado al principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues ello retrasaría más la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causada por la falta de emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo que han padecido.

En segundo término los demandantes aducen que, al no haber sido emplazados en el proceso contencioso-administrativo, se les ha causado indefensión material, porque:

a) No pudieron aducir que el juicio de menor cuantía 1-1997 no podía afectar a una resolución administrativa como la recurrida porque ésta fue adoptada un año antes, concretamente el 25 de octubre de 1996. Tampoco pudieron esgrimir que la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2002 (recurso de casación núm. 5186-2001) no podía aplicarse al presente caso como hace el Tribunal Supremo, pues se refería al acuerdo de aprobación de los estatutos y bases de actuación de la unidad de ejecución núm. 47 (ampliación de Bellavista), que es de fecha posterior a la iniciación del menor cuantía núm. 1-1997.

b) Si se les hubiera emplazado hubieran podido contradecir la afirmación del Tribunal Supremo según la cual la finca 4.077 había sido aportada por la empresa urbanizadora mediante la aportación de la escritura de constitución de la Junta de compensación (que aportan con la demanda de amparo), en la que queda claro que la finca fue aportada por los demandantes de amparo.

Finalmente insisten en que en el recurso contencioso-administrativo precedente, resuelto por STS de 24 de mayo de 2002, tampoco fueron parte, y además dicho recurso tuvo por objeto un acto distinto, razón por la cual la indefensión que denuncian no se vería enervada por la declaración de la finca como litigiosa en la indicada Sentencia precedente.

4. Mediante providencia de 28 de noviembre de 2008 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y en la disposición transitoria tercera de la indicada Ley, conceder a la parte demandante y al Ministerio público plazo común de diez días a fin de que, con las aportaciones documentales que procedieran, formulasen las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. La representación procesal de los demandantes de amparo formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 2 de enero de 2009, en las cuales insistió en la argumentación vertida en el escrito de demanda.

6. El Fiscal, mediante escrito presentado el 28 de enero de 2009, sostiene que no procede la admisión a trámite de la demanda de amparo. A tal efecto razona que las circunstancias concurrentes en el proceso a quo y en el resuelto en la Sentencia de contraste, citada por el demandante en apoyo de la existencia de lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, no permiten efectuar un juicio de comparación adecuado en términos constitucionales, pues, mientras en la resolución de contraste al recurrente se le considera titular de un derecho, en la que es objeto de impugnación a lo sumo se le considera portador de un interés, si bien dicho interés aparece condicionado por la anterior declaración de la finca como litigiosa en un proceso en el que fue parte la mercantil que aportó la finca al proyecto de reparcelación en el expediente administrativo del que trae causa este proceso de amparo. La disimilitud de supuestos no permite un juicio de igualdad en términos constitucionalmente admisibles, y por lo demás tal disimilitud es la que justificó reflexivamente la decisión del Tribunal Supremo en el Auto impugnado.

Por lo que se refiere a la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), considera el Fiscal que no se acredita la indefensión material que viene exigiendo este Tribunal para considerar existente la vulneración aducida. En primer lugar porque cabe dudar que los demandantes tuvieran legitimación para intervenir en el proceso contencioso-administrativo a quo, pues las fincas fueron aportadas por la empresa urbanizadora como consecuencia de los pactos existentes entre ellos. En segundo término porque, dando por supuesta la existencia de un interés legítimo en los demandantes de amparo, lo cierto es que la finca adquirió la condición de litigiosa como consecuencia del pronunciamiento de una Sentencia anterior del propio Tribunal Supremo en el marco de la impugnación del mismo proyecto de reparcelación, proceso en el cual intervino la empresa que aportó la finca en cuestión y que debía afectar a la totalidad de los acuerdos municipales que se refiriesen a la indicada finca. Consecuentemente el órgano judicial no hizo sino mantener la decisión adoptada con anterioridad sobre la misma finca, sin que exista por tanto indefensión material alguna.

Finalmente, la misma empresa urbanizadora intervino en el proceso judicial previo sobre declaración de la finca como litigiosa y, dados los acuerdos existentes entre ésta y los demandantes de amparo para la aportación de la finca al proyecto de reparcelación, ello conllevaría un posible conocimiento extraprocesal que eliminaría de raíz la existencia de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión suscitada en el presente recurso de amparo es la de si se vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes por no ser emplazados en el recurso contencioso- administrativo en el que se impugnaba, entre otros acuerdos, el adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, el 25 de octubre de 1996, sobre aprobación definitiva de los estatutos y las bases de actuación de la Junta de compensación de la unidad de ejecución núm. 1 del plan parcial Lomo de Maspalomas, correspondiente a dicho Municipio. Y ello porque en la Sentencia del Tribunal Supremo que puso fin al recurso contencioso-administrativo se estimó la pretensión de declarar el carácter litigioso de una finca inscrita a nombre de los demandantes de amparo en el Registro de la Propiedad e incorporada al proyecto de compensación iniciado a solicitud de los propios demandantes y de una empresa urbanizadora, pese a lo cual los demandantes no tuvieron ocasión de intervenir en el proceso al no haber sido emplazados para ello.

Junto al anterior reproche los demandantes de amparo consideran que el Auto del Tribunal Supremo vulneró también su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), al inadmitir el incidente de nulidad por ellos iniciado con el fundamento de que no bastaba constatar la marginación procesal de los demandantes, sino que éstos tenían que concretar la indefensión material que habían padecido en el caso concreto, separándose ello de la doctrina de la propia Sección de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según la cual, cuando quien aduce la indefensión es titular de un derecho (y no sólo de un interés legítimo) y además se encuentra personado en el expediente administrativo, resulta suficiente no haber sido emplazado al proceso para considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Conviene comenzar precisando que los demandantes de amparo, pese a aducir que el Auto del Tribunal Supremo que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones vulneró su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) al separarse de precedentes resoluciones dictadas en casos que los demandantes consideran iguales, rechazan expresamente la anulación del indicado Auto con retroacción de actuaciones para que el Tribunal Supremo dicte un nuevo Auto respetuoso con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que pretendidamente se les habría vulnerado, pues consideran que tal solución retrasaría aún más la reparación de la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de emplazamiento al proceso, lesión que es la que justifica y motiva el presente recurso de amparo.

Dicha consideración es coherente con la naturaleza reparadora (art. 41.3 LOTC) y subsidiaria del recurso de amparo, así como con la funcionalidad del incidente de nulidad de actuaciones. Lo decisivo es si en el proceso a quo se vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva por la omisión de todo emplazamiento a los demandantes, y al reconocimiento y reparación de tal supuesta vulneración sirve el recurso de amparo. El incidente de nulidad que para agotar la vía judicial previa era preciso interponer con carácter preceptivo tan sólo tiene el sentido de dar ocasión a los órganos de la jurisdicción ordinaria para reparar la vulneración que pretendidamente se causó a los demandantes. De ahí que los reproches que los demandantes dirigen frente al Auto del Tribunal Supremo por el que se inadmite el incidente de nulidad, más que integrar lesiones autónomas de derechos fundamentales, pondrían en evidencia que tal incidente no surtió el efecto que está llamado a producir, esto es, reparar la lesión pretendidamente ocasionada en el proceso a quo.

Si a lo anterior añadimos el hecho de que los demandantes de amparo rechazan expresamente que la queja que deducen en relación con el indicado Auto conduzca a una reparación autónoma mediante la anulación del Auto al margen de lo que se resuelva respecto a la denunciada falta de emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo, lo procedente es abordar directamente la queja nuclear de la demanda, esto es, si se vulneró o no el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva, queja que subsume la dirigida frente al Auto del Tribunal Supremo por el que se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones.

3. Abordando ya la queja central de los demandantes de amparo así delimitada, lo primero que hemos de analizar es si se cumplen los presupuestos procesales de admisibilidad en relación con tal queja. Y a tal efecto es pertinente advertir que, de acuerdo con el ya anticipado carácter subsidiario del recurso de amparo, constituye un requisito ineludible que quien ante nosotros demanda la protección de sus derechos fundamentales haya agotado correctamente la vía judicial previa mediante la invocación del derecho fundamental que considere vulnerado, de modo tal que haya dado ocasión a los órganos de la jurisdicción ordinaria para su reparación. Al efecto este Tribunal ha declarado con reiteración (por todas STC 130/2006, de 24 de abril) que el requisito de la previa invocación sólo se cumple “si esta invocación se hace efectivamente en el curso del proceso y si el derecho que se dice vulnerado es el mismo que aquí se pretende hacer valer ante nosotros y la vulneración se argumenta también por las mismas razones, pues, de no ser así, la pretensión deducida en amparo tendría un contenido distinto a la que se hizo valer ante los órganos del Poder Judicial y el recurso de amparo perdería el carácter de subsidiariedad que la Constitución y la LOTC le atribuyen, convirtiéndolo en un remedio alternativo e independiente, mediante el que los ciudadanos podrían traer ante nosotros directamente sus agravios, sustrayéndolos al conocimiento de los órganos del Poder Judicial que es quien en primer término ha de remediarlos (ATC 646/1984, de 7 de noviembre). Lo que impide que puedan traerse ante este Tribunal Constitucional cuestiones que hayan de considerarse como nuevas, en el sentido de que no hayan sido objeto de previo debate y discusión, o que se puedan plantear ante él cuestiones que habiendo podido suscitarse ante la jurisdicción ordinaria se hubieran sustraído al pronunciamiento de ésta (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 1; 195/1989, de 27 de noviembre, FJ 2; AATC 459/1986, de 28 de mayo; 894/1986, de 5 de noviembre)”.

Se trata, en definitiva, a fin de entender cumplido el mencionado requisito procesal, de dar oportunidad a los órganos judiciales para que puedan argumentar dialécticamente y pronunciarse sobre la cuestión o el tema que posteriormente puede ser tratado como causa y fundamento del recurso último y subsidiario de amparo, de modo que, siempre que ello sea posible, no se planteen por vez primera o per saltum ante el Tribunal Constitucional. Ello lleva consigo que haya de atenderse a las circunstancias concretas del caso analizado para valorar si se efectuó o no correctamente la previa invocación del derecho fundamental pretendidamente vulnerado.

4. En el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo frente a la que se demanda amparo se estimó la pretensión actora y se declaró que la finca en cuestión, inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los ahora demandantes de amparo, tenía carácter litigioso a los efectos del expediente de reparcelación. Ahora bien, importa señalar que tal declaración no constituye una auténtica novedad, sino que el Tribunal Supremo razona que la misma cuestión fue abordada en una Sentencia anterior, trayendo a colación lo entonces resuelto respecto de la misma finca pero en relación con su inclusión en la reparcelación de otra unidad de ejecución distinta a la contemplada en el proceso a quo. Es también importante señalar que en la Sentencia se afirma expresamente que la finca sobre cuyo carácter litigioso se discutía en el proceso había sido aportada por una empresa en virtud de los convenios existentes entre los demandantes.

Pues bien, los demandantes de amparo cifran la indefensión que materialmente han supuestamente sufrido en que su preterición en el proceso les impidió alegar que la Sentencia del Tribunal Supremo dictada con anterioridad no era aplicable mecánicamente en el proceso resuelto en la Sentencia frente a la que se demanda amparo (por razón del tiempo en el que se aprobaron los distintos actos administrativos impugnados en relación con la iniciación del proceso civil sobre la titularidad de la finca controvertida) y que, contrariamente a lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Supremo, fueron ellos y no la empresa urbanizadora quienes aportaron la finca al proyecto de compensación, argumentos ambos que contradecían esencialmente la Sentencia impugnada. Sin embargo, pese a ello, tal y como reconocen en la demanda y revela la lectura de Auto de 25 de enero de 2007, no concretaron en el escrito por el que promovieron el incidente de nulidad de actuaciones, a diferencia de lo que ahora hacen, las razones de la supuesta indefensión material padecida, sino que se limitaron a esgrimir la indefensión que formalmente se les había causado. En suma, mientras que ante este Tribunal los demandantes precisan en qué consistió la indefensión material que afirman haber padecido, omitieron toda consideración al respecto en el incidente de nulidad tramitado como vía judicial previa ante la jurisdicción ordinaria, impidiendo así que lo que ahora consideran fundamento de su indefensión fuera valorado como tal por el órgano judicial.

Conocido es que “la indefensión causada por la falta de emplazamiento personal ha de ser no solo formal sino también material, para alcanzar relevancia desde la perspectiva, que aquí se predica, del art. 24.1” (por todas STC 78/2008, de 7 de julio), y que, consecuentemente, el requisito de la previa invocación exigido por el art. 44.1 c) LOTC no puede entenderse satisfecho si el carácter material de la indefensión que se dice padecer no se aduce previamente ante la jurisdicción ordinaria si, tal como sucedió en el presente caso, hubo ocasión para ello, razón por la cual el recurso de amparo resulta inadmisible por falta de invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental pretendidamente vulnerado.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Madrid, a cuatro de octubre de dos mil diez.