**STC 130/1990, de 16 de julio de 1990**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 788/88, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Corujo Pita, en nombre y representación de dona María Dolores Zaragoza Barber, contra la providencia de 29 de febrero de 1988 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona, en procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria núm. 516/1982-B, que no admitió el recurso de reposición. Ha sido parte el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. El 30 de abril de 1988, el Procurador de los Tribunales don Ignacio Corujo Pita, actuando en nombre y representación de doña María Dolores Zaragoza Barber, interpuso recurso de amparo constitucional contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona de 29 de febrero de 1988, que acordó no haber lugar a tramitar recurso de reposición interpuesto contra resolución anterior por estar presentado fuera del plazo legal, y ello por posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E.

2. Los antecedentes de hecho relevantes para el caso son los siguientes:

a) El 13 de enero de 1988, la recurrente en amparo solicitó la nulidad de actuaciones en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por defecto en la notificación personal a la misma de la subasta de una finca de su propiedad.

El Juzgado, por Auto de 12 de febrero de 1988, declaró no haber lugar a la nulidad de actuaciones interesadas, por entender que la naturaleza del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria hace imposible decretar la nulidad de actuaciones, una vez conclusa íntegramente la ejecución, aparte de por entender que la notificación se realizó correctamente, como consta en autos, sin producir indefensión.

b) Contra el Auto anterior, la solicitante de amparo interpuso el día 16 de febrero de 1988 recurso de apelación, solicitando el emplazamiento de las partes «ante la superioridad». Por providencia de 19 de febrero se acuerda no haber lugar a tramitar el recurso interpuesto por no ser procedente conforme a Derecho.

c) El 24 de febrero siguiente, la solicitante de amparo presenta recurso de reposición preparatorio del de queja contra la providencia de 19 anterior «de conformidad con lo que establece el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En dicho recurso se argumenta que, de acuerdo al art. 382 L.E.C., son recurribles en apelación los Autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes, entre las que se integrarían las acciones de nulidad, por lo que no seria aplicable al caso lo dispuesto en el art. 380 L.E.C., alegándose indefensión en el Auto que deniega la nulidad de actuaciones. Se solicita se dicte nueva resolución por la que se dé lugar a admitir a trámite el anunciado recurso de apelación y, subsidiariamente, se libre testimonio de la resolución recurrida y de la que se dicte desestimando el recurso para la presentación del correspondiente recurso de queja.

d) Por providencia de 29 de febrero de 1988, el Magistrado-Juez acuerda que «no ha lugar a tramitar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que se invoca de 12 de los corrientes, por estar presentado fuera de plazo legal».

e) El 4 de marzo de 1988, la solicitante de amparo presenta recurso de reposición contra la providencia de 29 de febrero, al amparo de lo dispuesto en el art. 376 y ss. L.E.C. En este recurso se afirma que el recurso de reposición anterior se había presentado conforme a lo dispuesto en el art. 398 L.E.C. y por ello dentro del quinto día, como vía previa al recurso de queja, solicitando se admita a trámite el recurso contra la providencia de 19 de febrero.

f) Por providencia de 10 de marzo de 1988 se declara no haber lugar a tramitar este nuevo recurso de reposición por ser irrecurrible la resolución de 29 de febrero de 1988, en virtud del último párrafo del art. 377 L.E.C.

g) El 15 de marzo de 1988, la solicitante de amparo presenta nuevo recurso de reposición al amparo de lo dispuesto en el art. 376 y ss. L.E.C., en el que se sostiene que la providencia de 29 de febrero anterior es perfectamente recurrible, entendiendo que tanto la providencia de 19 como la de 29 de febrero estaban recurridas dentro de los plazos legalmente establecidos, siendo contrario a Derecho no admitir los recursos a trámite alegando una inexistente presentación fuera de plazo. Se solicita se dicte nueva resolución admitiendo el recurso de reposición interpuesto contra la providencia, no dando lugar a la admisión del recurso de apelación contra el Auto denegatorio de la nulidad de actuaciones.

h) Por providencia de 7 de abril de 1988 se acuerda no haber lugar a tramitar el recurso de reposición interpuesto por ser irrecurrible la resolución recurrida, pues, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 377 L.E.C., «si no se llenaran estos dos requisitos, el Juez declarará de plano y sin ulterior recurso no haber lugar a proveer»

3. Se afirma en la demanda que el derecho fundamental a la tutela judicial implica el de exigir del órgano jurisdiccional una decisión fundada en Derecho y no es fundada en Derecho una resolución dictada contraviniendo los preceptos del art. 398 L.E.C., que permite recurrir en queja, dentro del plazo del quinto día, contra los Autos o providencias de los Jueces de Primera Instancia denegando la admisión de apelación. El Juzgado ha aplicado erróneamente una normativa ajena al supuesto contemplado, negando así la tutela judicial efectiva de un derecho.

Se solicita la declaración de nulidad de la providencia de 29 de febrero de 1988, que no admite el recurso de reposición previo al de queja, y se devuelvan las actuaciones al Juzgado para que admita el recurso de reposición para poder plantear el recurso de queja del art. 399 L.E.C.

4. Tras la apertura del trámite de admisión, por providencia de 7 de noviembre de 1988, la Sección acordó admitir a trámite la demanda y solicitar del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona el envió de las actuaciones, así como la citación de quienes hubieran sido parte en el procedimiento.

5. Por providencia de 19 de diciembre de 1988, la Sección acordó acusar recibo de las actuaciones y conceder un plazo común de veinte días a la solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal para la formulación de alegaciones.

6. La solicitante de amparo presenta escrito en que solicita se tengan por reproducidas las contenidas en la demanda.

7. El Ministerio Fiscal afirma que el rechazo del recurso de reposición previo al de queja por presentado fuera de plazo tendría base legal si el plazo a tener en cuenta fuera el de tres días, pero no el de cinco días, como sostiene el recurrente. El plazo común para el recurso de reposición es el de tres días (art. 376 L.E.C.), pero existe un régimen especial en los casos de denegación del recurso de apelación, en cuyo caso el plazo para la interposición es de cinco días. Ello significa que en el presente caso la inadmisión del recurso de apelación y el subsidiario de queja se ha producido por indebida aplicación de la norma procesal, ya que el escrito de interposición del recurso se presentó dentro del plazo de cinco días. Sin embargo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sólo se habría producido si la providencia de 19 de febrero de 1988, por la que el Juez decretó no haber lugar al recurso de apelación por no ser procedente en Derecho, hubiera infringido el derecho a recurrir en apelación, pero no si tal recurso de apelación era improcedente. El Auto de 12 de febrero, que decretó no haber lugar a la nulidad de actuaciones interesadas, no está comprendido entre los que admiten recurso de apelación, y sí, en cambio, de acuerdo al art. 380 L.E.C., seria impugnable mediante recurso de reposición, pues no puede considerarse tal Auto como resolutorio de recurso de reposición o de excepciones dilatorias o incidentales, y el párrafo segundo del art. 742 L.E.C. declara inadmisible el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, sin perjuicio de ejercitar los recursos correspondientes contra los vicios en que puedan incurrir las resoluciones judiciales. También del art. 743 L.E.C. se deriva que el recurso adecuado contra el Auto hubiera sido el de reposición.

Por ello, el Acuerdo del Juez de no admitir el recurso de apelación, por improcedente en Derecho, no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque después, al resolver sobre el recurso de reposición previo al de queja, no tuviera en cuenta el plazo de cinco días establecido en el art. 398 L.E.C., que sólo habría tenido trascendencia si la resolución recurrida hubiera admitido recurso de apelación. Interesa la denegación del amparo impetrado.

8. Por providencia de 18 de junio de 1990 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 16 de julio siguiente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo impugna la providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona de 29 de febrero de 1988, que había declarado no haber lugar a tramitar, «por estar presentado fuera del plazo legal», el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 19 de febrero anterior, la cual había acordado la inadmisión, «por no ser procedente conforme a Derecho», del recurso de apelación formulado por la parte contra el Auto del Juzgado de 12 de febrero de 1988. Dicho Auto había denegado la nulidad de actuaciones interesadas por la recurrente, por entender que la naturaleza del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria hace imposible decretar la nulidad de actuaciones una vez conclusa íntegramente la ejecución, aparte de por entender que la notificación se realizó correctamente, como consta en autos, sin producir indefensión. La providencia de 29 de febrero fue objeto de un nuevo recurso de reposición, que fue inadmitido a trámite por providencia de 10 de marzo de 1988, objeto, a su vez, de un posterior recurso de reposición, inadmitido también por providencia de 7 de abril siguiente.

En el presente caso existen, pues, una serie de recursos de reposición sucesivos tendentes a conseguir la admisión a trámite de un recurso de apelación contra el Auto que denegó la nulidad de actuaciones solicitada por la recurrente. Según el Ministerio Fiscal, no sería procedente ese recurso de apelación por no ser dicho Auto resolutorio de recurso de reposición ni estar comprendido en el art. 382 L.E.C., sino sólo el de reposición, dentro del plazo de tres días (art. 380 L.E.C.), y por ello estima que carecería de contenido material la presente demanda al no ser viable el recurso de queja, del que, en su caso, le habría privado la exigencia por el Juez del plazo de tres días, en vez del de cinco previsto en el art. 398 L.E.C.

De aceptarse este planteamiento, tendría que ser este Tribunal el que, entrando en el fondo de la cuestión de la admisibilidad a trámite del recurso de apelación, resolviera sobre el particular, sustituyendo así al órgano judicial competente para resolver el recurso de queja. Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad del acceso al recurso de apelación no se ha planteado en la demanda ni ha sido objeto de la misma la resolución judicial que deniega ese acceso. La parte para nada ha tratado de sostener que la violación del derecho a la tutela judicial efectiva contra la que dirige la demanda haya consistido en la negativa a admitir a trámite el recurso de apelación ni tampoco en la virtual indefensión que rechazó se hubiera producido el Auto del Juzgado que denegó la nulidad de actuaciones.

La demanda está centrada en exclusiva en la eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que había producido la providencia de 29 de febrero de 1988, por haber exigido el plazo común de tres días para la reposición y no el plazo especial de cinco días previsto en el art. 398 L.E.C. para impugnar las providencias denegatorias de admisión de apelación.

2. Concretado así el objeto de la demanda, y antes de entrar en el análisis de fondo de la misma, el examen de las actuaciones judiciales permite comprobar que existen causas de inadmisión de la demanda en este momento de desestimación por falta de cumplimiento por la misma de requisitos que el art. 44 LOTC exige que se cumplan para poder tener acceso al presente recurso, cuya existencia se convierte en obstáculo para realizar ese análisis de fondo.

En el recurso de reposición formulado por la parte el día 4 de marzo contra la providencia de 29 de febrero anterior se citan como disposiciones infringidas, exclusivamente, los arts. 398 y 399 L.E.C., sin que en dicho escrito se hiciese invocación de derecho constitucional alguno, siendo así que ése era el momento adecuado para, una vez conocida la violación del derecho constitucional vulnerado, invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional, lo que tampoco se hizo en el posterior recurso de reposición. El incumplimiento del requisito que establece el art. 44.1 c) LOTC hace que la demanda incurra en el motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 a) LOTC, que en ese momento se convierte en causa de desestimación sin necesidad de pronunciarse sobre el fondo.

3. A mayor abundamiento, la demanda de amparo se ha presentado en este Tribunal el día 30 de abril de 1988, siendo así que, en el mejor de los casos, la providencia de 10 de marzo de 1988, que ya declaró irrecurrible la resolución de 29 de febrero, le fue notificada a la parte el día 11 de marzo, fecha que ha de ser tenida en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de veinte días que establece el art. 44.2 LOTC. Este Tribunal ha reiterado en numerosas resoluciones que dicho plazo es perentorio y de caducidad del derecho a recurrir, improrrogable y de imposible suspensión, sin poder alargarse artificialmente y dejarlo al arbitrio de las partes, a través del ejercicio abusivo o injustificado de los recursos utilizables en la vía judicial previa (ATC 317/1985). El plazo señalado en el art. 44.2 se inicia a partir del momento que se recibe notificación en forma del acto contra el que se quiere recurrir y de ningún modo puede considerarse que se reabre cada vez que los órganos del Poder Judicial dicten una decisión por la que se cierra el paso a recursos inexistentes (ATC 206/1985). De este modo, la presentación de recursos manifiestamente improcedentes por disposición expresa e inequívoca de la Ley. como ha ocurrido en el presente caso, «supone objetivamente una ampliación indebida del plazo legal para interponer el recurso de amparo» (STC 67/1988, fundamento jurídico 1.º), que hace incurrir a la presente demanda en el defecto insubsanable de extemporaneidad.

4. Por último, si la demandante de amparo estimaba que el Juzgado de Primera Instancia, al considerar extemporáneo el recurso de reposición, le había denegado al mismo tiempo el derecho a recurrir en queja, antes de acudir a la vía extraordinaria del recurso de amparo, debería haber intentado directamente ese recurso de queja ante la Audiencia correspondiente, agotando así, como exige el art. 44.1 a) LOTC, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, exponiendo ante la Audiencia la imposibilidad de presentar el testimonio que exige el art. 399 de la L.E.C. Al no haberlo hecho así, la parte ha desconocido también el carácter subsidiario del presente recurso de amparo y no ha intentado en la vía judicial ordinaria la satisfacción de su pretensión constitucional.

En conclusión, establecido que la demanda no cumple los requisitos establecidos en el art. 44 LOTC, al no haberse invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello [art. 44.1 c) LOTC], ni haberse interpuesto la demanda dentro del plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución impugnada (art. 44.2 LOTC), ni haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], por no haber intentado formular el recurso de queja, procede la desestimación del presente recurso de amparo, sin entrar en el análisis de fondo del mismo.

### F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de mil novecientos noventa.