

16013 Sala Segunda. Sentencia 118/1997, de 23 de junio de 1997. Recurso de amparo 2.282/1994. Contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Carballiño (Orense) por la que se declaró el divorcio del recurrente en amparo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: indefensión causada por resolución judicial dictada inaudita parte. Voto particular.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver i Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.282/94, interpuesto por don Carmelo Olmos Gómez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Carlos Losa Menéndez, asistido del Letrado don José Francisco de Castro González, contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Carballiño (Orense), de 7 de abril de 1984, por la que se declaró su divorcio. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente don José Gabaldón López, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 28 de junio de 1994, don Carmelo Olmos Gómez, Procurador de los Tribunales y de don Carlos Losa Menéndez, interpone recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Carballiño (Orense), de 7 de abril de 1984, que declaró su divorcio.

2. Los hechos que fundan la pretensión de amparo son, brevemente expuestos, los siguientes:

a) El recurrente es español, domiciliado en Nuremberg desde 1970. Vino a España de vacaciones, en junio de 1994, con intención de disfrutarlas en un piso que suponía de su propiedad, situado en San Juan de Alicante, sin que pudiera acceder al mismo por estar cambiada la cerradura.

b) Tras las oportunas averiguaciones, supo que su esposa, doña Margarita Corral Pérez, también española y domiciliada en Nuremberg, había formulado el 7 de julio de 1983 demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia de Carballiño (Orense), registrada en dicho Juzgado con el núm. 77/83. En la demanda se señalaba al hoy recurrente como «ausente en ignorado paradero», con último domicilio conocido en España en Cobas. Habiendo sido emplazado por edicto insertado en el «Boletín Oficial de la Provincia de Orense» de 31 de enero de 1984, fue declarado en rebeldía por providencia de 23 de febrero de 1984, continuándose las actuaciones hasta concluir por Sentencia del Juzgado, no ulteriormente recurrida, de fecha 7 de abril de 1984, publicada mediante edicto insertado en el «Boletín Oficial de la Provincia de Orense» de 13 de julio de 1984 y anotada en el Registro Civil Central, por la que se declaró el divorcio.

c) En fase de ejecución de dicha Sentencia, se intentó citar al recurrente a través del Juzgado de San Juan de Alicante, mediante exhorto de 9 de mayo de 1986, sin que pudiera llevarse a efecto la notificación por mani-

festar la inquilina de la vivienda en que se intentó que el recurrente residía en Alemania.

d) Liquidada la sociedad de gananciales por efecto de la Sentencia de divorcio, la vivienda de San Juan fue objeto de subasta el 24 de febrero de 1993 y adjudicada a la divorciada por Auto de 26 de febrero de 1993.

Por providencia de 10 de enero de 1994, se acordó que, habiéndose notificado al demandado en ignorado paradero señor Losa, por medio de edictos publicados en el «Boletín Oficial de la Provincia de Orense» el Auto de adjudicación de 26 de febrero de 1993, procedía dar cumplimiento a la resolución de 10 de marzo de 1993 (en la que se decidió otorgar la escritura pública de venta de oficio), y tal como se establece en el art. 1.514 de la L.E.C., expedir testimonio del Auto de adjudicación del bien inmueble subastado haciendo expresión de haberse consignado el precio de remate, así como que dicho Auto fue notificado a las partes y adquirió el carácter de firme.

3. Entiende la parte recurrente, con cita de numerosa jurisprudencia de este Tribunal, que el emplazamiento edictal fue realizado sin que previamente se intentara ningún otro medio de notificación personal y sin que se ponderara razonablemente, con la debida colaboración de las partes, la posibilidad de aplicar otro medio de comunicación que asegurara el conocimiento real y efectivo por el entonces demandado de la existencia del procedimiento. Al no haberlo hecho así entiende que se le causó indefensión, vedada por el art. 24.1 C.E.

Fundamenta también su pretensión en la inexistencia de vía judicial por la que hacer efectiva la nulidad de las actuaciones seguidas, tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, por tratarse de Sentencia firme e incluso ya ejecutada, sobre la que no cabrían más recursos que los de audiencia al rebelde (art. 777 L.E.C.) y el extraordinario de revisión (art. 1.796 L.E.C.), y considera que no se dan las circunstancias que posibilitan tales instancias.

Por todo ello solicita la nulidad de lo actuado en el juicio de divorcio, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al emplazamiento del demandado.

4. Por providencia de 14 de julio de 1994, notificado el siguiente 1 de agosto, la Sección Cuarta otorgó al recurrente plazo de diez días para que compareciera por medio de Procurador de Madrid, con poder al efecto. Con fecha 8 de septiembre, tiene entrada en este Tribunal escrito del Procurador de Madrid don Carmelo Olmos Gómez, personándose en el presente proceso en representación del recurrente y acompañando poder judicial al efecto, del que queda copia adverada por el Secretario de Justicia en las actuaciones.

5. Por providencia de 14 de noviembre de 1994 la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo y dirigir comunicación al Juzgado de Primera Instancia de Carballiño a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos núm. 77/83, sobre divorcio en los que recayó Sentencia el 7 de abril de 1984; así como emplazar previamente, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseaban, en el recurso de amparo y defender sus derechos a quienes hubieran sido parte en el procedimiento excepto el recurrente en amparo.

6. La Sección, por providencia 9 de febrero de 1995, acordó requerir a doña Margarita Corral Pérez, a fin de que, en el plazo de diez días, facilitara un domi-

cilio en esta capital para oír notificaciones, conforme determina el art. 4. último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al objeto de poder ser emplazada en este procedimiento.

7. Por providencia de 6 de abril de 1995, la Sección acordó, dado que doña Margarita Corral Pérez no había atendido al requerimiento efectuado por providencia de 9 de febrero pasado, dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 4 de mayo de 1995, la parte recurrente en amparo se ratifica íntegramente en su demanda.

9. El Ministerio Fiscal por escrito registrado en este Tribunal el 11 de mayo de 1995 interesa se estime el amparo.

No obstante, plantea sus dudas acerca de si, teniendo en cuenta el art. 1.798 de la L.E.C., debería operar el plazo de los tres meses previstos desde el descubrimiento del fraude para interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

Manifiesta que hay que tener en cuenta la constante jurisprudencia de este Tribunal sobre los actos de comunicación y en particular sobre la citación por edictos, por lo que recoge el fundamento jurídico tercero de la STC 242/1991, donde se pone el acento en que siempre que sea posible debe procurarse el emplazamiento personal. Asimismo, señala la doctrina de este Tribunal sobre la citación edictal que requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial considerando que la parte se halla en ignorado paradero, se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación (SSTC 157/1987, 234/1988 y 16/1989).

Alega que con fundamento en las palabras del propio T.C. la parte conocida e identificable en las actuaciones judiciales debe ser objeto de un tratamiento especial. Debe, pues, el Juez, continúa el Fiscal, con fundamento en la tutela judicial y en la proscripción de la indefensión, superar los límites impuestos por los preceptos de la L.E.C. y los principios que informan el proceso civil, amparar a aquellas personas que puedan verse afectadas por sus decisiones de fondo, dándoles oportunidad de ser oídas.

Entiende que tales ideas son de aplicación al caso en tanto en cuanto el principio de actuación de oficio imponía al Juez, con base al art. 24.1 de la C.E., investigar en torno al domicilio o paradero del demandado para lo que contaba con indudables medios a su disposición.

De la lectura de las actuaciones infiere el Ministerio Fiscal:

a) Que el domicilio del recurrente en amparo constaba en la documentación presentada con la demanda. Así, en la certificación de bautismo del hijo, en la de nacimiento y en la carta entre Abogados traducida del alemán, consta como domicilio el del núm. 11 de la Enderleinstrasse de Nuremberg.

b) Que existiendo un menor hijo del matrimonio, que estaba bajo la custodia de la actora, podía el Juez haberle recibido declaración interrogándole sobre el paradero de su padre. La misma pregunta podría haber

sido hecha a los testigos en uso de las facultades que ostenta el Juez.

c) Que, en fin, era posible una información de la Policía Judicial sobre tan trascendente cuestión.

La decisión de confiar íntegramente en la manifestación de la actora, lógicamente interesada en que no hubiera oposición a su demanda, para desembocar directamente en la citación edictal que no garantiza en absoluto el conocimiento del proceso y zanjar de esta forma, *inaudita parte*, un pleito en el que se ventilan cuestiones tan trascendentes como la disolución del matrimonio, custodia del hijo y el contenido económico de aquél no parece lo más conforme con el deber de prestación que sirve de contenido a la tutela judicial.

La postura opuesta cual es la de confiar íntegramente en la manifestación de la actora, lógicamente interesada en que no hubiera oposición a su demanda, para desembocar directamente en la citación edictal que no garantiza en absoluto el conocimiento del proceso y zanjar de esta forma, *inaudita parte*, pleito en el que se ventilan cuestiones tan trascendentes como la disolución de un matrimonio, custodia de un hijo y todas las materias anejas de contenido económico, no parece lo más conforme con el deber de prestación que sirve de contenido a la tutela judicial.

Debió, pues, el juzgador, concluye el Fiscal, agotar todos los medios a su alcance para conocer el domicilio del demandado, y sólo después de cerciorarse que era imposible emplazarle en forma personal, proceder a la citación por edictos.

10. La Sección Tercera, por providencia de 16 de diciembre de 1996, acordó, en vista de que el emplazamiento y posterior requerimiento de doña Margarita Corral Pérez para señalar domicilio en esta capital no fue efectuado en la forma prevista por el art. 261 párrafo cuarto de la L.E.C., librar comunicación al Juzgado de Primera Instancia de Carballiño para que, a la mayor brevedad posible, procediese a su emplazamiento en el domicilio indicado por ese Juzgado, en Alemania, librando al efecto la correspondiente comisión rogatoria.

11. Por diligencia de 19 de mayo de 1997, el Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal hizo constar que doña Margarita Corral había sido emplazada para comparecer en el plazo de diez días en el presente recurso de amparo, en fecha 15 de abril de 1997, por medio de comisión rogatoria librada a Alemania, y que había transcurrido el plazo concedido en dicho emplazamiento.

12. Por providencia de fecha 20 de junio de 1997, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 23 del mismo mes.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en este recurso la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Carballiño que declaró el divorcio del recurrente y su esposa, con las consecuencias derivadas. Hemos de atender en primer término a las dudas suscitadas por el Ministerio Fiscal acerca del agotamiento de todos los recursos utilizables, respecto de lo cual no cabe duda de que habían transcurrido con notorio exceso los plazos para solicitar la audiencia al rebelde (art. 777 L.E.C.) y en cuanto al recurso de revisión, operaría el plazo del art. 1.800 L.E.C., ampliamente superado en cuanto la publicación de la Sentencia tuvo lugar el 13 de julio de 1984 y el recurrente presentó la demanda de amparo el 28 de junio de 1994. Si, por otra parte, no hay constancia de la fecha en que tuvo conocimiento suficiente de la Sentencia que impugna,

debemos entenderla presentada dentro del plazo para la interposición del recurso de amparo (art. 44.2 LOTC), porque el *dies a quo*, debe referirse a la fecha en que vino a conocer procesal o extraprocesalmente —como parece ser el caso—, la existencia del procedimiento a que se refiere el amparo (entre otras, SSTC 45/1985, 56/1985, 110/1987 y 183/1987), y éste se produjo según lo que aquél alega a partir de su venida a España para pasar sus vacaciones en el mes de junio de 1994, compareciendo ante este Tribunal por escrito registrado el día 28 de ese mismo mes.

2. La pretensión del recurrente se funda en la vulneración del derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 C.E.) como consecuencia del emplazamiento edictal llevado a cabo en un proceso que ha desembocado en una Sentencia dictada *inaudita parte*.

Este Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones la importancia de la efectividad de los actos de comunicación procesal, y, en particular, de aquél a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento del demandado la propia existencia del proceso, por la trascendencia que estos actos tienen para garantizar el principio de contradicción o audiencia bilateral de las partes, comprendido en el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de dichos actos para asegurar en la medida de lo posible su recepción por los destinatarios, dándoles así la ocasión de defenderse lo cual convierte lógicamente el emplazamiento, citación o notificación personal en el medio normal de comunicación (SSTC 242/1991, 275/1993, 108/1995, 148/1995 y 126/1996, entre otras).

En este mismo sentido, nuestra doctrina ha sido particularmente estricta con la forma de emplazamiento edictal, dado el evidente riesgo de ineficacia causante de indefensión, sin que, no obstante, hayamos llegado por ello a negar validez constitucional en todo caso a esta forma de emplazamiento, aunque sometiéndola a una serie de condiciones rigurosas. Y en el orden procesal civil, hemos subrayado el carácter estrictamente subsidiario que debe asumir el emplazamiento por edictos previsto en el art. 269 L.E.C. al que sólo cabe acudir en los supuestos que expresamente contempla el citado precepto, esto es, «cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada o por haber mudado de habitación se ignore su paradero», haciéndose constar así por diligencia. Y requiere, además, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación así como la constancia formal de haberse intentado su práctica, sino también que el acuerdo o resolución judicial de considerar que la parte se halla en paradero ignorado se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de emplazamiento (SSTC 233/1988, 174/1990, 242/1991, 324/1994 y 126/1996, entre otras).

Por otra parte, la indefensión ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (SSTC 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/1995, entre otras) y, además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado. Para juzgar este último extremo, hemos declarado también con reiteración que es necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y, en particular, a la diligencia que

el emplazado edictalmente haya observado a fin de comparecer en el proceso y al conocimiento extraprocesal que haya podido tener de su existencia, pues no es permisible que mantenga una denuncia constitucional de indefensión quien, por su actitud pasiva y negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer en el proceso, estando a tiempo de hacerlo, pese a tener conocimiento de su existencia por cauces distintos a su emplazamiento personal o haberlo podido tener si hubiera empleado una mínima diligencia (SSTC 87/1988, 72/1990, 174/1990, 275/1993, 105/1995 y 126/1996, entre otras).

3. Procede, pues, en el caso determinar si se produjo real indefensión. Hay que afirmar ante todo que su carácter material y no meramente formal es indudable para el recurrente de amparo dada su incomparecencia al juicio del que trae causa este recurso, el cual concluyó con una Sentencia de divorcio contraria a sus intereses.

En cuanto a la regularidad de su emplazamiento edictal, es un hecho cierto que el Juzgado intentó primero, con resultado negativo, el emplazamiento personal, pero también lo es que no lo hizo en el domicilio que constaba como residencia del matrimonio en varios de los documentos que acompañaban a la demanda de divorcio, (núm. 11 de la Enderleinstrasse de la ciudad de Nuremberg). Puede afirmarse que el Juzgado no cumplió con las exigencias antes citadas para la utilización del emplazamiento edictal, pues omitiendo aquellas cautelas previas y aun cuando tenía los datos necesarios, no intentó el emplazamiento en la ciudad alemana a la que se hacía referencia en los documentos citados. Es pues evidente la infracción de las normas procesales que rigen el emplazamiento edictal en los procesos civiles, interpretadas de acuerdo con la doctrina de este Tribunal.

4. No puede por el contrario afirmarse que el recurrente coadyuvase con su conducta a la producción del efecto de incomparecencia citado. Según la aludida doctrina de este Tribunal al respecto, el juicio de imputabilidad al recurrente de la propia indefensión sufrida ha de hacerse con observancia de las circunstancias concurrentes y, dentro de ellas, si tuvo, o pudo haber tenido, empleando un mínimo de diligencia, un conocimiento extraprocesal de la pendencia del pleito en un momento procesal todavía oportuno para personarse y actuar en él en defensa de sus intereses (SSTC 181/1985, 24/1986, 87/1988, 101/1990, 129/1991, 227/1994, 105/1995 y 126/1996 entre otras). Ello exigiría la prueba de que dichas circunstancias concurren si se desprendiese del examen de las actuaciones de manera suficiente y razonable (SSTC 87/1988, 151/1988, 163/1988, 57/1991 y 334/1993, entre otras), o sea, en el caso si la vida del recurrente alejada de su mujer e hijo y los contactos que por teléfono o carta mantuviera con ellos debieran haberle prevenido de la posibilidad del pleito, lo cual le hubiera obligado a no desinteresarse de la cuestión (STC 72/1990). Sin embargo, de las actuaciones no se deducen razones concluyentes para suponer tal conocimiento.

En consecuencia, el ahora recurrente, privado de su posibilidad de comparecer, quedó indefenso en el juicio de divorcio seguido por su esposa, lesionando el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Debe, pues, declararse la nulidad de la Sentencia impugnada y todas las actuaciones del proceso que concluyó con la misma, a partir del momento del emplazamiento.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión del recurrente.

2.º Restablecer en la integridad de su derecho y en consecuencia, anular la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Carballiño (Orense), de 7 de abril de 1984, y reponer las actuaciones al momento en que debió verificarse el emplazamiento.

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

Dada en Madrid, a veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2.282/94

1.º Mi discrepancia con la fundamentación y el fallo de la Sentencia aprobada por la mayoría de la Sala, resulta de relacionar, en primer lugar, lo manifestado por el recurrente en su demanda de amparo sobre los recursos judiciales, con lo apuntado, en segundo término, por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones sobre la posibilidad que pudo tener el recurrente para resolver el problema suscitado, de acudir al recurso extraordinario de revisión aunque ello supondría —dice el Ministerio Fiscal— «no tener en cuenta el art. 1.800 de la L.E.C. toda vez que la publicación de la Sentencia (la impugnada en el recurso de amparo) adolecería de los mismos defectos que el resto de las notificaciones hechas a la demandada, por lo que tal acto con plasmación únicamente en el «Boletín Oficial» de la provincia no debía operar a efectos de cómputo de plazo».

En el hecho tercero de la demanda de amparo expone el recurrente, que «el juicio de divorcio se ha tramitado a instancia de la esposa con maliciosa ocultación del domicilio del demandado, puesto que lo conocía perfectamente (al ser el conyugal) y pudo haber pedido su emplazamiento personal, dándole la oportunidad de personarse y defenderse...». Y en el fundamento de Derecho III admite expresamente, como no podía ser menos, «que las Leyes procesales permiten al demandado rebelde en un procedimiento civil, como es el juicio de divorcio, únicamente dos recursos (recurso de audiencia al rebelde de los arts. 777 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y recurso extraordinario de revisión de los arts. 1.796 y siguientes de la propia Ley procesal ritual) y que no se dan las circunstancias para ejercitar ninguno de ellos...».

Reconoce así el recurrente que utiliza el amparo constitucional, no con el carácter subsidiario con el que está configurado en la Constitución en virtud de lo dispuesto en los arts. 53.2 y 161.1.b) C.E. y en el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica y que exige, precisamente para preservar su naturaleza subsidiaria, «que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial» [art. 44.1.a)], sino que utiliza el recurso de amparo para suplir o sustituir los recursos judiciales al no darse

las circunstancias para ejercitar éstos. En mi criterio, esta transformación del amparo constitucional de subsidiario en supletorio de los recursos judiciales, es de tal entidad que, por sí sola, ha debido conducir a la desestimación del recurso por la causa de inadmisión prevista en el art. 44.1.a) LOTC.

Los recursos previstos por las Leyes procesales a los que se refiere dicho precepto y que han de ser agotados para dar paso al recurso de amparo, están sometidos a una serie de presupuestos y requisitos procesales que ha establecido el legislador en garantía de las partes litigantes —de todas las partes— para alcanzar a través de ellos la finalidad que cumplen en el proceso. Así ocurre con los recursos de audiencia al rebelde y extraordinario de revisión a los que alude la demanda de amparo, y si, por las circunstancias que sean, no concurrían en este caso los requisitos para su ejercicio, la conclusión no podía ser otra que su desestimación. Y si ésta resultaba evidente, el recurrente no podía eludir las consecuencias desestimatorias que, por razones procesales, habían de tener los recursos judiciales formalmente procedentes, sustituyendo su interposición destinada al fracaso, por la interposición del amparo constitucional. Agotar la vía judicial no admite excepciones y suplirla —como se ha hecho en este caso— por el amparo constitucional directo es, en mi criterio, con los debidos respetos para la opinión contraria, inadmisibles por no preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo.

2.º Es explicable, dados los rígidos términos en los que está redactado el art. 1.800 de la L.E.C. —el recurso de revisión se rechazará de plano pasados los cinco años desde la fecha de publicación de la Sentencia que hubiere podido motivarlo—, que el recurrente en amparo eludiera la interposición de aquel recurso que, por la conducta maliciosa que atribuye a su esposa, habría sido el recurso procedente con arreglo al art. 1.796.4 L.E.C.; pero si, como apunta el Ministerio Fiscal, la publicación de la Sentencia en el «Boletín Oficial» de la provincia adolecía «de los mismos defectos que el resto de las notificaciones hechas a la demandada», esa publicación, por las mismas razones, «no debía operar a efectos de cómputo de plazo».

Con ello parece considerar el Fiscal que el recurrente, por las mismas razones que ha sostenido la nulidad de todos los actos de comunicación llevados a cabo en el proceso de divorcio, pudo entender lo mismo respecto de la publicación de la Sentencia dictada en dicho proceso, interponiendo el recurso de revisión para que, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 44.1.a) de nuestra Ley Orgánica, los órganos judiciales lo resolvieran en la forma que estimaran procedente. Alega por ello el Ministerio Fiscal que este Tribunal podría tener por incumplido dicho precepto y que «ello bastaría para la desestimación del amparo».

Lo así argumentado no carece de lógica y en cierta medida, aunque desde una perspectiva distinta, coincide con lo razonado en el apartado primero de este escrito: la demanda de amparo no respeta la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y no cumple la exigencia del art. 44.1.a) de la LOTC. Por estas razones, en mi opinión, ha debido desestimarse el presente recurso de amparo.

Madrid, veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Firmado y rubricado.

16014 Sala Segunda. Sentencia 119/1997, de 30 de junio de 1997. Recurso de amparo 723/1995. Contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión de recurso impeditiva del acceso a la justicia (control judicial de la actividad de la Administración).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver i Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 723/95, interpuesto por don Luis Pidal Allendesalazar, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don José García Cano, y posteriormente de sus herederos y doña Honorina Cano Oliva, don Guillermo, don Victorino y doña Laura García Cano, frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de enero anterior. Han intervenido, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en defensa de la Administración demandada, siendo Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala:

I. Antecedentes

1. Don Luis Pidal Allendesalazar, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don José García Cano, y posteriormente de sus herederos doña Honorina Cano Oliva, don Guillermo, don Victorino y doña Laura García Cano, interpuso demanda de amparo ante este Tribunal el 2 de marzo de 1995, frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de enero anterior.

2. Los hechos en los que se basa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don José García Cano, como consecuencia de las heridas sufridas durante la pasada guerra civil, fue declarado Caballero Mutilado Permanente en acto de servicio, en virtud de Orden Circular, de 20 de mayo de 1977, de acuerdo con la Ley 5/1976, de 11 de marzo.

b) Con fecha 23 de septiembre de 1991 solicitó del Ministerio de Defensa que se le abonaran las diferencias existentes entre los haberes que percibe el solicitante y la pensión establecida al personal acogido a la Ley 35/1980 (disposición adicional cuarta), desde el mes que empezaron a producirse hasta el mes en que quede igualada esta diferencia, derecho que le fue reconocido por la Dirección General de Personal del referido Ministerio por Orden de 10 de diciembre de 1991.

c) Contra la anterior resolución interpuso recurso de reposición el 29 de mayo de 1992, insistiendo en que se le abonaran las diferencias reclamadas y los intereses de demora.

Al no obtener respuesta a esta petición, formuló recurso contencioso-administrativo, que desembocó en la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de enero de 1995.

d) La Sentencia citada, a pesar del allanamiento del Abogado del Estado, desestimó el recurso por falta de legitimación del actor para recurrir, ya que el acto impugnado no afectaba negativamente a su esfera jurídica, pues reconocía el derecho del recurrente al percibo de la diferencia de haberes lo que conlleva el compromiso de satisfacerlos.

Además de subrayar de forma incidental el carácter extemporáneo del recurso previo de reposición, establecía como *ratio decidendi* de la desestimación que «la demora en la satisfacción de un derecho reconocido no puede remediarse recurriendo la resolución que lo reconoce, sino instando de la Administración su efectividad —pero no atacando aquella, sino haciéndola valer— y, si no obtiene satisfacción, una vez agotada la vía administrativa, será cuando pueda acudir a esta jurisdiccional».

3. En la demanda de amparo se solicita la nulidad de la Sentencia impugnada en atención a las siguientes alegaciones:

En primer lugar se invoca la violación del art. 14 C.E. que se habría infringido al desconocer la Sentencia recurrida que la misma Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 15 de julio de 1994, había resuelto una cuestión idéntica a la planteada en sentido favorable a las pretensiones del recurrente. Estima el recurrente que el desigual trato dispensado está desprovisto de justificación, sin que exista una proporción razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Por otra parte, también invoca la violación del art. 24.1 C.E., en su manifestación de denegación indebida de acceso a la jurisdicción. El recurrente pone de relieve que en ningún momento solicitó la anulación del acto por el que se le reconocía el derecho al percibo de las diferencias reclamadas, sino al contrario, el objeto de su petición fue la ejecución del mismo, para lo que estimaba necesario que el derecho fuera reconocido en Sentencia, único título con el que podía obligar a la Administración, por medio de la autoridad judicial, a ejecutar lo acordado, acudiendo, si fuera preciso, a la protección que para estos casos dispensa el Código Penal.

Termina citando la STC 294/1994 que resuelve un supuesto que guarda gran similitud con el presente.

4. Mediante providencia de fecha 12 de junio de 1995, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en virtud de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir el envío de las actuaciones correspondientes al pleito antecedente, y solicitar el emplazamiento de los que fueron parte en el mismo.

5. El Procurador don Luis Pidal Allendesalazar, en nombre de los herederos de don José García Cano, mediante escrito presentado ante este Tribunal el 28 de junio de 1995, comunicó el fallecimiento del mismo, y que sus herederos continuaban el procedimiento.

Recibidas las actuaciones judiciales y acreditada la fehaciencia de los extremos a que se refiere el punto anterior, mediante providencia de 16 de noviembre de 1995, se acusó recibo de aquéllas, se tuvo por parte y personado en el procedimiento al procurador don Luis Pidal Allendesalazar en nombre de los herederos de don José García Cano, y de conformidad con lo preceptuado en el art. 52.1 de la LOTC, se otorgó un plazo común de veinte días al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal para que presentaran las oportunas alegaciones.