Precisiones sobre el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se examina el requisito del agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo en un caso en el que la vía judicial que se había de agotar era diferente de aquella en que se dictó la resolución recurrida en amparo.

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC), del Pleno, 133/2020, de 23 de septiembre, resuelve de nuevo un supuesto en el que la parte recurrente había denunciado que las resoluciones impugnadas habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías al haberse efectuado su emplazamiento como ejecutado en un procedimiento hipotecario por medio de un correo electrónico remitido por un servicio de notificaciones electrónicas, y no mediante entrega de la documentación correspondiente en papel en la sede de su domicilio social al tratarse de su primer emplazamiento judicial en la causa. Y lo hace aplicando la doctrina, consolidada ya en numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 6/2019, 47/2019, 40/2020, 43/2020, 50/2020 a 61/2020, 69/2020, 70/202, 73/2020 y 75/2020 a 77/2020) —a la que ya he hecho referencia en una nota anterior—, conforme a la cual, en los procesos regidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —directa o supletoriamente—, el emplazamiento personal del demandado o ejecutado como primera comunicación con el órgano judicial competente no puede ser sustituido por una comunicación electrónica, como puede ser la efectuada a través de la dirección electrónica habilitada (que fue la realizada en el caso).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Pero no es ésta la cuestión relevante que plantea la sentencia. Su interés radica, sobre todo, en el análisis que lleva a cabo del requisito de agotamiento de la vía judicial previa del artículo 44.1a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), cuyo cumplimiento en el caso, ciertamente peculiar, es dudoso y dio lugar al voto particular de dos magistrados. El pronunciamiento de la sentencia es favorable a su cumplimiento, pero los fundamentos del voto particular son sólidos y justifican este breve comentario.

2. Veamos el supuesto de hecho: se había promovido un proceso de ejecución hipotecaria —frente al deudor hipotecante y frente al titular de un derecho de uso y disfrute sobre el bien hipotecado inscrito con posterioridad a la hipoteca— en el que se dictaron dos autos en la misma fecha. En el primero, se inadmitía por extemporánea la oposición a la ejecución formulada por el titular registral del derecho de uso; en el segundo, dictado el mismo día, pero firmado con anterioridad, se considera también extemporánea la oposición a la ejecución del deudor hipotecante, pero, no obstante, se examinan las causas de oposición a la ejecución aducidas por los dos ejecutados y se desestiman. La situación, ciertamente, es peculiar porque, como se dice en el voto particular, si no fuera por el hecho de que la segunda resolución fue firmada con anterioridad, «su mayor amplitud, al abordar las dos oposiciones a la ejecución formuladas por las únicas dos entidades contra las que se dirigía el procedimiento y al examinar el fondo de las causas de oposición, podría inducir a pensar que tal resolución dejó sin efecto el otro auto, contra el que se dirige este recurso de amparo y que bien pudo obedecer a un mero error en el trámite».

Ambos autos siguieron un camino diferente: el titular registral del derecho de uso recurrió en reposición el primero de ellos y, una vez desestimado, interpuso recurso de amparo (resuelto por la sentencia analizada) y, simultáneamente, recurso de revisión en vía judicial ordinaria; el deudor ejecutado, por su parte, interpuso recurso de revisión y posterior de apelación contra el segundo auto, hallándose en tramitación este último en el momento en que se presentó el recurso de amparo en el primero.

En esta situación, la sentencia del Tribunal Constitucional analizada examina si se ha cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1a LOTC) por parte del titular registral del derecho de uso recurrente en amparo. Las cuestiones que se plantean en este análisis en su mayor parte ya estaban resueltas por la jurisprudencia constitucional; sólo una de ellas —si era exigible al recurrente haber esperado a la resolución del recurso de apelación interpuesto frente al segundo auto por el deudor hipotecante, y en el que no fue parte— puede calificarse de novedosa. A continuación me refiero a todas ellas, centrándome especialmente en la última.

3. En primer lugar se plantea si, puesto que las resoluciones recurridas eran interlocutorias, debió el recurrente en amparo esperar a la finalización del proceso de ejecución. El interrogante es uno de los que ya habían sido despejados por la jurisprudencia constitucional, que es asumida por la sentencia ahora analizada. A este tema ya me referí en una nota anterior en la que

decía que, conforme a esta jurisprudencia, consecuencia necesaria de la inadmisión del incidente de oposición a la ejecución es «la irrelevancia ex artículo 44.1a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de lo que pueda suceder en fases posteriores del mismo procedimiento de ejecución, dado que en ellas ya no cabe discutir de nuevo sobre dicha inadmisión, sino, en todo caso, sobre otras cuestiones de distinto objeto y efectos». Dado que el proceso de ejecución no puede tenerse por finalizado hasta la completa satisfacción del ejecutante (véase art. 570 LEC), «condicionar la interposición de la demanda de amparo a este hecho, genera una dilación injustificada que se traduciría en un gravamen adicional o en la intensificación de la lesión constitucional que denuncia». Estamos, pues, ante una de las excepciones a la inadmisibilidad del recurso de amparo frente a resoluciones interlocutorias que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde antiguo, había elaborado con referencia, sobre todo, a resoluciones dictadas en el proceso penal (véase, por ejemplo, la STC 27/1997, de 11 de febrero).

4. Se plantea, en segundo lugar, si era necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones contra el auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución que había inadmitido por extemporánea la oposición a la ejecución. También esta cuestión estaba resuelta por la jurisprudencia constitucional recogida en la sentencia analizada y a ella, igualmente, dediqué una nota anterior. La no exigencia de interponer el incidente de nulidad se fundamenta en que «en estos casos la lesión denunciada en la demanda de amparo se ha producido con el dictado del primer auto, el que acuerda inadmitir el incidente de oposición a la ejecución, limitándose el auto que desestima el posterior recurso de reposición a no reparar dicha lesión, pero no causa ninguna *ex novo*, lo que descarta tener que promover un incidente de nulidad de actuaciones». Si bien se observa, eso mismo viene a decir la ley cuando dispone que la nulidad se hará valer «por medio de los recursos legalmente establecidos» (art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]), quedando reservado el incidente de nulidad para los casos en que la denuncia del derecho fundamental en que debe fundarse «no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ); y en el caso pudo denunciarse por medio del recurso de reposición.
5. Por último, se plantea si el titular registral del derecho de uso inscrito, recurrente en amparo, debió esperar a la finalización del recurso de apelación interpuesto por el deudor hipotecante ejecutado frente al segundo auto (desestimatorio de la oposición a la ejecución y no recurrido en amparo). Ésta es, como decía, la cuestión que presenta un mayor interés en la sentencia y la única con la que muestra su discrepancia el voto particular:
 - a) Para la sentencia (de la mayoría), puesto que el titular registral recurrente en amparo no interpuso ni fue parte en el referido recurso de apelación, no tenía la carga de esperar a su resolución por la audiencia provincial. Entiende que no concurre en el caso ninguno de los tres requisitos requeridos por la jurisprudencia constitucional para considerar incumplida la exigencia de agotar la vía judicial previa, a saber: que se haya materializado la interposición del recurso o medio de impugnación, no simplemente que aquél

podiera haberse interpuesto; que la persona que promueve ambos cauces sea la misma parte y que el recurso o medio de impugnación abierto en la vía judicial a la fecha de interponerse la demanda de amparo se refiera a la misma resolución judicial recurrida en amparo, no a otra distinta, aunque emane del mismo órgano judicial.

En consecuencia —concluye la sentencia— «[n]o puede reprocharse a la recurrente [en amparo] el no haber interpuesto un recurso de apelación contra el auto desestimatorio de la oposición a la ejecución». Ciertamente pudo hacerlo, pero «en el bien entendido de que apelar contra el desestimatorio de la oposición, incluso de haber prosperado tal recurso, no hubiera deparado la nulidad del auto de inadmisión del incidente [de oposición a la ejecución por extemporáneo declarada por el primero]. Sólo existía una posibilidad de lograr esto último y era recurriéndolo, cosa que efectivamente hizo la aquí demandante de amparo, tras serle notificado por Lexnet a su representante procesal». Y no es obstáculo para ello que el segundo auto (desestimatorio de la oposición) fuera notificado al titular registral del derecho de uso, como también la diligencia de ordenación del juzgado *a quo* que admitió a trámite el recurso de apelación del deudor ejecutado y abrió el trámite de alegaciones a ambas partes (también al recurrente en amparo). Y no lo es porque la notificación se realizó a través de la dirección electrónica habilitada, no de Lexnet, y por ello es nula, conforme a la doctrina constitucional (STC 40/2020, FJ 3b), que tiene establecido que «en todos aquellos procesos donde resulte legalmente preceptiva la intervención de profesionales de la justicia, las comunicaciones electrónicas posteriores al primer emplazamiento del demandado o ejecutado no han de hacerse tampoco a través de la dirección electrónica habilitada, sino de la plataforma del sistema Lexnet».

- b) Sin duda, los argumentos de la sentencia son sólidos. La cuestión se centra en determinar la incidencia que en el cumplimiento del requisito (agotamiento de la vía judicial) y en la subsidiariedad del amparo que trata de preservar puede tener el hecho, puesto de manifiesto por el voto particular, de que la eventual estimación del recurso de apelación interpuesto por el deudor hipotecante iba a surtir también efecto frente al recurrente en amparo, contra el que se dirigía el procedimiento de ejecución hipotecaria en su exclusiva calidad de titular registral de un derecho de uso y disfrute sobre el inmueble hipotecado inscrito en el registro de la propiedad con posterioridad al gravamen que se ejecuta. En efecto, dice el voto particular —con un razonamiento que me parece igualmente sólido—:

[La] singular posición procesal (del titular del derecho de uso) aparece definida por el artículo 659 LEC —por remisión del artículo 689.2— y se concreta, valorando su interés en la conservación de su derecho inscrito (art. 674 LEC), en la toma de conocimiento de la ejecución y la posibilidad de subrogarse en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho para el caso de que abone antes del remate el importe del crédito con los intereses y las costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del registro. Por tanto, la estimación, con ocasión del recurso de apelación, de cualesquiera de los

motivos de oposición a la ejecución formulada por la ejecutada prestataria titular registral del dominio del inmueble [...] habría de producir un efecto inmediato en la esfera de la demandante de amparo, bien al sobreseerse el procedimiento o bien al minorarse el importe de la cantidad por la que se sigue la ejecución principal. Debe insistirse en que su interés, como titular de un derecho real inscrito con posterioridad, radica en la evitación de que el remate del bien hipotecado determine la cancelación de su derecho en virtud del principio de purga de las cargas posteriores (art. 674 LEC citado). La tutela de tal interés, fruto del cual es la especial posición procesal reconocida por la ley, se hallaba en trámite ante la jurisdicción ordinaria, pendiente de recurso de apelación, al tiempo de interponerse el recurso de amparo. De este modo, la eventual estimación de dicho recurso de apelación interpuesto por el deudor hipotecante hubiera privado de objeto al recurso de amparo al eliminar el gravamen, perjuicio o afectación negativa a su esfera de intereses, que legitima a la mercantil recurrente para interponerlo. En suma, no estaba definitivamente resuelta la controversia en la vía judicial ordinaria al interponerse el recurso de amparo, lo que debió conducir a su inadmisión.

6. Centrada así la discusión, me parece que ésta pone de manifiesto los dos criterios existentes en la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo: uno amplio (véase, por ejemplo, la STC 128/2014, de 21 de julio), que sería el defendido por la sentencia de la mayoría, y otro más estricto, mantenido por el voto particular, que, en mi opinión, es el acertado en el caso, por las siguientes razones:

- a) No se puede perder de vista que el recurso de apelación —que el recurrente en amparo pudo interponer y en todo caso adherirse a él cuando se le notificó el oportuno traslado— tenía por objeto, al menos en parte (en tanto en cuanto planteada en el auto recurrido por el deudor hipotecante), dirimir si procedía o no la inadmisión de la oposición a la ejecución por extemporánea y que esta cuestión fue estimada por la audiencia, dejando en consecuencia sin efecto la decisión del juzgado de inadmitir dicha oposición a la ejecución (formulada por el deudor ejecutante). Ciertamente —dice la sentencia analizada— el recurrente en amparo pudo interponer el recurso de apelación o adherirse a él, pero «en el bien entendido de que apelar contra el desestimatorio de la oposición, incluso de haber prosperado tal recurso, no hubiera deparado la nulidad del auto de inadmisión del incidente [de la oposición a la ejecución por extemporánea declarada por el primero]. Sólo existía una posibilidad de lograr esto último y era recurriéndolo, cosa que efectivamente hizo la aquí demandante de amparo, tras serle notificado por Lexnet a su representante procesal». Pero es también cierto que, en el caso de estimar la Audiencia el recurso en este punto (inadmisibilidad de la oposición del ejecutante), que es lo que ocurrió, asumiría la decisión sobre el fondo de la oposición, decisión que, en caso de ser estimatoria, le afectaría directamente, dejando sin contenido el recurso de amparo. La única opción sería admitir que recurso de amparo y recurso de apelación puedan tramitarse simultáneamente y que la eventual estimación del segundo pueda hacerse valer en el primero, poniendo fin al recurso por carencia sobrevenida de objeto. Pero no me parece que esta opción sea respetuosa con el principio de subsidiariedad.

- b) En mi opinión, no es aceptable el argumento de la sentencia (de la mayoría) de que las notificaciones en el recurso de apelación fueron nulas por haberse realizado en la dirección electrónica habilitada del titular del derecho de uso, pues el notificado nunca denunció —ni siquiera afirmó— no haber tenido conocimiento del recurso de apelación. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2019, de 25 de noviembre, citada por la ahora analizada, dispone que las notificaciones judiciales efectuadas a través de la dirección electrónica habilitada no son válidas ni siquiera si se aduce que la entidad accedió al contenido de la notificación antes de finalizar el plazo otorgado para efectuar el respectivo acto o trámite procesal. Pero tiene razón el voto particular cuando dice que «el empleo de la dirección electrónica habilitada sólo ha sido reprobado por este tribunal —por razón de la inexistencia de habilitación legal y no por la ausencia de garantías materiales de recepción—, cuando se trata del primer emplazamiento del demandado, lo que no es el caso de las notificaciones ahora consideradas». En estos casos distintos del primer emplazamiento, la notificación nula puede quedar subsanada, conforme al artículo 166.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c) Tampoco me parece acertado el argumento empleado por la sentencia de que, incluso en la hipótesis de que la recurrente en amparo (titular del derecho de uso inscrito) hubiera dispuesto en forma (por ser la notificación válida) de la oportunidad de recurrir en apelación el auto de desestimación de la oposición o de adherirse al recurso interpuesto por el deudor hipotecante ejecutado, la opción de impugnar sólo el de inadmisión del incidente de oposición a la ejecución por él promovido no puede considerarse inapropiada «porque, de haber tenido éxito en reposición, habría dispuesto de una nueva oportunidad para que su alegato de falta de legitimación pasiva como motivo de oposición le hubiera sido estimada por el juzgado, quedando así fuera del proceso como parte ejecutada, que era lo que buscaba». Ello no se discute; se cuestiona, en cambio, de nuevo y por la singularidad del caso, si la vía del recurso de reposición frente al auto de inadmisión de la oposición excluía la del recurso de apelación frente al segundo auto de desestimación (que no) y si, ante la desestimación de la reposición, debió el recurrente en amparo esperar a la solución del recurso de apelación —en el que estaban planteadas también la inadmisión de la oposición a la ejecución por extemporaneidad y, además, las causas de fondo de tal oposición, cuya eventual estimación le iba a afectar directamente—.
- d) En mi opinión, es acertada la conclusión del voto particular de que el recurso de apelación era una vía judicial apta para resolver la cuestión planteada en el recurso de amparo, por lo que, al promover éste cuando aquél estaba todavía pendiente, resultará aplicable la reiterada doctrina constitucional según la cual, cuando concurre esta circunstancia, el recurso de amparo es prematuro y, en consecuencia, inadmisibles.