

para la menor y no en una pretendida preferencia legal en razón de la edad de la menor que el propio legislador abolió mucho antes de iniciarse el proceso en que ha sido dictada la Sentencia impugnada.

3. En definitiva, la aplicación de una norma derogada a la fecha en que se sustanció el proceso ha sido determinante para la decisión adoptada en la Sentencia impugnada de atribuir la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre, lo que evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los arts. 9.3 y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión. La Sentencia no puede ser considerada, por tanto, «expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma» (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4), pues la resolución de la pretensión deducida mediante una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del Derecho aplicable como lo es la aplicación de una norma derogada no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por otra parte, la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el art. 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó por tal motivo la redacción del art. 159 CC en la versión que ha sido aplicada por la Sentencia impugnada, sin necesidad de mayor argumentación al respecto dado lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

Por consiguiente, la demanda de amparo ha de ser estimada y, para restablecer en la plenitud de su derecho al demandante, debemos anular la Sentencia recurrida y disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la vista, a fin de que por la propia Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén se pronuncie, con plenitud jurisdiccional y teniendo siempre en cuenta el interés prevalente de la menor, nueva sentencia en el recurso de apelación mediante la que se elimine el resultado disconforme con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

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 por don Iván H. S. y, en su virtud:

1.º Reconocer los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Anular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de septiembre de 2000, dictada en el rollo de apelación núm. 391-2000.

3.º Retrotraer las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior a la vista para que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén dicte nueva Sentencia, resolviendo el recurso de apelación sin lesionar los derechos fundamentales reconocidos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» sustituyendo los apellidos de las partes por sus iniciales.

Dada en Madrid, a catorce de julio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

16119 Sala Primera. Sentencia 145/2003, de 14 de julio de 2003. Recurso de amparo 5926-2000. Promovido por don Evelio Jiménez Jiménez respecto a los Autos de un Juzgado de Primera Instancia de Madrid sobre tasación de costas en litigio de tercería de dominio.

Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial: inadmisión de la impugnación de costas procesales cuestionada mediante incidente de nulidad de actuaciones, y no mediante el recurso de reposición ofrecido en providencia que no se pudo notificar por falta de diligencia del justiciable.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5926-2000, promovido por don Evelio Jiménez Jiménez, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Alfaro Rodríguez y asistido por el Abogado don Pedro Muntañola Moya, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid de 5 de junio de 2000, que inadmitió la impugnación de tasación de costas y aprobó definitivamente la practicada por la Secretaria del Juzgado, así como contra el Auto del mismo órgano judicial de 11 de octubre de 2000, que desestimó la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones formulada frente a la resolución anterior. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 14 de noviembre de 2000 el Procurador de los Tribunales don Luis Alfaro Rodríguez, en nombre y representación de don Evelio Jiménez Jiménez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid mencionadas en el encabezamiento, a las que se imputa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

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

a) El recurrente en amparo fue codemandado en el juicio declarativo de menor cuantía núm. 1137/97 sobre tercería de dominio, junto con el Banco Exterior de España (después sucedido procesalmente por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria). El Sr. Jiménez Jiménez no se opuso a la demanda y se mantuvo en rebeldía. Fue condenado al pago de las costas por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid de 6 de octubre de 1998.

b) Cuando se dio vista al recurrente en amparo de la tasación de costas practicada por la Secretaria del Juzgado, aquél formuló impugnación de los honorarios del Letrado por excesivos. El escrito de impugnación, presentado el 26 de junio de 1999, último día del plazo establecido, fue suscrito sólo por el propio recurrente, sin que constara firma de Abogado ni de Procurador. El Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de 5 de junio

de 2000 por el que aprobaba definitivamente la tasación de costas practicada, al estimar que ninguna de las partes había formulado impugnación contra ella, «ya que el codemandado presentó la misma sin firma de Letrado».

c) Frente a este Auto promovió el recurrente en amparo el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 240.3 LOPJ, ya que, a su juicio, la falta de requerimiento del órgano judicial para que subsanara el defecto advertido en la impugnación le había causado indefensión. El Juzgado desestimó la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones por Auto de 11 de octubre de 2000, fundándose en que el escrito de impugnación de las costas por excesivas carecía de firma de Letrado y de Procurador, que el demandado conocía desde el comienzo del proceso la exigencia de comparecer por medio de ambos y que la impugnación se había presentado el último día de los tres que la ley concede, por lo que, de haberse dado lugar a la subsanación, se habría vulnerado el carácter preclusivo de los plazos. Por último, se dice en el Auto que «le queda [al Sr. Jiménez Jiménez] la posibilidad de reclamar en el declarativo ordinario que corresponda».

3. En su demanda de amparo alega el recurrente que los Autos impugnados vulnerarían el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haber inadmitido una pretensión por defectos formales subsanables, como la falta de firma de Abogado y Procurador, sin que el órgano judicial haya concedido oportunidad para su corrección. Subraya el demandante de amparo que la jurisprudencia de este Tribunal es uniforme al declarar que vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva las decisiones judiciales que inadmiten una pretensión por omisión de un requisito formal subsanable sin que se haya dado oportunidad para que éste sea cumplido; y que en el art. 11.3 LOPJ puede entenderse regulado un trámite de subsanación para los casos en que éste no estuviera previsto expresamente en la ley. Por ello, concluye la demanda con la solicitud de que se otorgue el amparo, se reconozca al Sr. Jiménez Jiménez el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), se anulen los Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid aquí recurridos y se retrotraigan las actuaciones al momento de la presentación del escrito de impugnación de la tasación de costas para que el órgano judicial conceda un plazo de subsanación del defecto formal mencionado.

4. Por providencia de 30 de septiembre de 2002 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes; y requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid para que remitiera testimonio del juicio declarativo de menor cuantía núm. 1137/97 y para que emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 12 de noviembre de 2002 se acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones remitido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, así como dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, conforme a lo dispuesto por el art. 52 LOTC, al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, única personada, para que pudieran formular las alegaciones que tuvieran por convenientes.

6. El 3 de diciembre de 2002 presentó su escrito de alegaciones la representación procesal del Sr. Jiménez Jiménez, que reproducía las formuladas en la deman-

da y concluía con la solicitud de que se otorgara el amparo.

7. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 12 de diciembre de 2002. Tras la exposición de los antecedentes alega el Fiscal que en el presente caso se daría, más que una simple ausencia de firma, una carencia de los requisitos de postulación y asistencia letrada exigidos por la regulación de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 aplicable, lo que diferenciaría este supuesto con respecto a otros en los que este Tribunal ha conocido de decisiones de inadmisión fundadas en la circunstancia de «olvido» de la firma en un escrito de los citados profesionales y ha declarado, con respecto a ellos, que no es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el rechazo de dichos escritos como consecuencia de una interpretación formalista y rigorista de la norma procesal. A juicio del Fiscal, en el presente caso no se ha vulnerado el derecho fundamental invocado, porque la inadmisión de la impugnación de la tasación de costas es imputable a una falta de diligencia del propio recurrente, que omitió el cumplimiento de los requisitos formales destacados conscientemente y tras habersele puesto de manifiesto cuando se le emplazó que debía valerse de Abogado y de Procurador, al tratarse de un juicio de menor cuantía. Destaca el Ministerio Fiscal que, aunque el recurrente en amparo se mantuvo en situación de rebeldía, no desconocía la existencia del pleito, porque acudió al mismo para la práctica de prueba de confesión. Las numerosas notificaciones al ahora demandante de amparo que constan en las actuaciones y que fueron infructuosas, a pesar de haberse intentado en el domicilio que constaba en los autos y en el que, en ocasiones, sí fue hallado, pondrían de manifiesto una cierta falta de diligencia que impediría ahora solicitar el amparo constitucional invocando indefensión.

En concreto, destaca el Fiscal que tras la presentación del escrito de impugnación de las costas, antes de que se inadmitiera dicha impugnación y se aprobara definitivamente la tasación realizada por la Secretaria del Juzgado por el Auto recurrido de 5 de junio de 2000, el Juzgado de Primera Instancia había dictado una providencia por la que rechazaba el citado escrito y ofrecía el recurso de reposición frente a ella, que el recurrente no interpuso al ser imposible su notificación, según consta en las actuaciones, a pesar de que el conserje de la finca afirma en la diligencia negativa de notificación que había alguien en el domicilio. La falta de utilización de este recurso de reposición podría implicar la concurrencia de la causa de inadmisión del recurso de amparo consistente en la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], ya que ése era el momento procesal más adecuado para hacer valer el derecho fundamental que ahora se invoca, y no el incidente de nulidad de actuaciones posterior.

En opinión del Fiscal, aunque no se estimara la causa de inadmisión mencionada, la falta de diligencia del recurrente en amparo, que era conocedor de la necesidad de comparecer con Abogado y Procurador, pero optó por prescindir de dichos profesionales y agotó el plazo de recurso, no merece el otorgamiento del amparo, que supondría aceptar que el Juez hubiera tenido que abrir un plazo adicional «contra ley», contrariando el principio de preclusión y concediendo un trato procesal privilegiado a la parte recurrente, en detrimento de la contraria, que tenía derecho a la ejecución de lo declarado con respecto al pago de las costas. En atención a todo lo expuesto, el Fiscal concluye su escrito de alegaciones con la solicitud de que se desestime el recurso de amparo promovido.

8. Por providencia de 10 de julio de 2003 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente en amparo fue condenado al pago de las costas causadas en un juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid que decidió el proceso. El Sr. Jiménez Jiménez impugnó la tasación de costas practicada por la Secretaria del Juzgado, por considerar excesivos los honorarios del Letrado. Este escrito de impugnación fue presentado el 26 de junio de 1999, último día del plazo establecido, con la firma del propio recurrente y sin la de Abogado ni Procurador. Por Auto del Juzgado de Primera Instancia de 5 de junio de 2000, se inadmitió dicha impugnación de la tasación de costas, por haber sido presentado el escrito sin firma de Letrado, y se aprobó definitivamente la practicada por la Secretaria del Juzgado. Contra esta resolución promovió el Sr. Jiménez Jiménez el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 240.3 LOPJ, que fue desestimado por Auto de 11 de octubre de 2000. El demandante de amparo considera que los dos Autos mencionados vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), el primero directamente y el segundo por no haber estimado el remedio procesal promovido, porque el resultado de ambas decisiones ha sido el de la inadmisión de una pretensión por defectos formales subsanables, sin que el órgano judicial haya concedido la oportunidad de corregirlos.

2. El Ministerio Fiscal plantea la posible concurrencia de la causa de inadmisión del recurso de amparo consistente en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], que, como se expone a continuación, ha de ser estimada en esta Sentencia, a lo que no es obstáculo que en su día se admitiera a trámite la demanda de amparo, «ya que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción de amparo, que puede tener lugar de oficio o a instancia de parte, puede llevarse a cabo en la Sentencia que ponga fin al proceso constitucional» (SSTC 106/1997, de 2 de junio, FJ 2; y 93/2002, de 22 de abril, FJ 2).

El examen de las actuaciones remitidas por el órgano judicial *a quo* pone de manifiesto que tras la presentación del escrito por el que se impugnaba la tasación de costas y antes de que se dictara el mencionado Auto de 5 de junio de 2000, el Juzgado de Primera Instancia dictó providencia de 1 de septiembre de 1999 que acordaba no haber lugar a tramitar el escrito por no estar firmado por Letrado ni Procurador. La providencia terminaba expresando que «contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de tres días ante este órgano judicial». Este recurso era el cauce procesal idóneo para plantear la supuesta vulneración del derecho fundamental que ahora se hace valer en este proceso constitucional e, incluso, para intentar la subsanación del defecto procesal del que se advertía en la citada providencia. Y dicho recurso no fue interpuesto por una falta de diligencia sólo imputable a quien ahora demanda el amparo de este Tribunal.

3. En efecto, consta también en las actuaciones que el órgano judicial intentó notificar en dos ocasiones infructuosamente la mencionada providencia en el domicilio que el propio recurrente había designado en su escrito de impugnación de la tasación de costas al señalar, en su encabezamiento, que sus «circunstancias personales ya constan en los presentes autos». Así era, ciertamente: aparecía en los autos su domicilio, en el que ya se había practicado con éxito algún acto de comunicación procesal anterior y en el que quien impugnaba la tasación de costas entendía que debían practicarse las notificaciones que derivaran de dicha impugnación.

Sin embargo, el 10 de septiembre de 1999, se lleva a cabo el primer intento fracasado de notificación de la mencionada providencia en ese mismo domicilio. Posteriormente, el 11 de octubre de 1999, se repite el intento y se hace constar en la diligencia negativa de notificación que «no contesta nadie en el domicilio indicado ... y el portero se niega a que se practique con él la diligencia porque dice que hay alguien en ese domicilio». El demandante de amparo no hace ni la más mínima alusión en su escrito de alegaciones del art. 52 LOTC a las afirmaciones que se acaban de transcribir, a pesar de que esas alegaciones se han formulado después de haber tenido acceso a las actuaciones remitidas a este Tribunal. El 19 de mayo de 2000, por último, acordó el Juzgado que se practicara la notificación de la providencia en estrados, antes de aprobar definitivamente la tasación de costas por Auto de 5 de junio de 2000.

La falta de notificación personal de la providencia en la que se ofrecía el recurso de reposición y la consiguiente falta de utilización de este recurso (en el que podía haberse intentado la subsanación del defecto formal advertido) no es imputable al órgano judicial, sino exclusivamente a la «falta de diligencia en la gestión de los asuntos propios» (STC 199/2002, de 28 de octubre, FJ 4) del recurrente en amparo, diligencia que debe exigirse a cualquier litigante, pero con mayor intensidad a quien había designado ese domicilio para las notificaciones que se derivaran de una acción impugnatoria que había promovido él mismo.

En estas circunstancias no es posible aceptar que el recurrente en amparo haya utilizado diligentemente, antes de acudir al Tribunal Constitucional, los medios impugnatorios razonablemente exigibles, por ser idóneos y útiles para la reparación de la alegada vulneración de un derecho fundamental, de forma tal que se respete el estricto carácter subsidiario que tiene este proceso constitucional (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 93/2002, de 22 de abril, FJ 3). No cabe aceptar como medio de impugnación idóneo y eficaz, en este caso, el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra el Auto que aprobó definitivamente la tasación de costas, meses después de que se dictara y se intentara notificar personalmente la providencia que ofrecía el recurso de reposición. No procede, en consecuencia, entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, por concurrir la causa de inadmisión ya mencionada [art. 44.1 a) LOTC].

FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo interpuesto por don Evelio Jiménez Jiménez.

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

Dada en Madrid, a catorce de julio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.