

AL VOLTANT DE L'OPOSICIÓ DEL DEUTOR
BASADA EN LA FALTA DE «CITACIÓ A EXECUTIU»

(Jurisprudència i alguna consideració sobre
la petició de nul·litat del judici)

per

JOSÉ BONET NAVARRO

*Ajudant de Dret Processal
Universitat de València*

SUMARI

- I. *Els actes de comunicació i el dret de defensa. Jurisprudència constitucional*
- II. *Requisits de la «citació a executiu» i la seva infracció. Jurisprudència del Tribunal Suprem i l'anomenada «jurisprudència menor»*
 1. La infracció de les formalitats legalment previstes
 2. La producció d'indefensió
- III. *Termini per a l'al·legació del motiu d'oposició previst a l'article 1.467,3 LLEC*
 1. Inici del període al qual pot al·legar-se
 2. Preclusió quan es tracta de la via ordinària i en l'apreciació d'ofici
 3. Preclusió quan es tracta dels mitjans extraordinaris
- IV. *La falta de «citació a executiu» i el procés d'empara constitucional*
- V. *Efectes de l'estimació*

I. ELS ACTES DE COMUNICACIÓ I EL DRET DE DEFENSA.
JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL

La mal anomenada per la llei «citació de remate»¹ és equivalent al judici executiu a la diligència d'emplacament del procés ordinari declaratiu, per quant comparteix amb el mateix dues finalitats bàsiques: a) Permetre que el deutor

¹ Segons MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2.^a (amb ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER, i MONTÓN REDONDO), Barcelona, 1994, pàg. 213, dita expressió no té tot el sentit tècnic, per quant no es tracta d'una vertadera citació, ni ho és per al «remate». Mes bé ens trobem davant d'un acte de comunicació especial, és a dir, un emplacament però amb la conseqüència que, si l'emplacat no compareix, no es dóna per interposada l'oposició sinó que es passa immediatament a dictar-se sentència.

tinga ple coneixement de la demanda executiva, del títol, i dels documents presentats; b) La convocatòria del demandat perquè hi es persone, siga considerat com a part, i s'opose a la pretensió executiva si ho estima oportú.

D'aquesta manera és fàcil comprendre que la funció de la «citació a executar» està íntimament lligada al dret de defensa que, com és de sobra conegut, sanciona la nostra Carta Magna. De fet, el Tribunal Constitucional ha manifestat reiterada i uniformement la importància dels actes judicials de comunicació quan en depèn la comparixença i la intervenció de les parts al procés². D'aquesta manera, la Sentència del Tribunal Constitucional 195/1990, de 29 de novembre³, significa al seu fonament jurídic tercer «la transcendència que adquireix, desde la perspectiva del derecho a no padecer indefensión que consagra el artículo 24 de la CE, la corrección de todo llamamiento a juicio, de suerte que de él depende el conocimiento por el interesado de la existencia del proceso y su derecho de intervención en él mismo, con el consiguiente ejercicio de los derechos de defensa y contradicción procesales».

A tal efecte l'òrgan jurisdiccional deu realitzar un cridament efectiu i real a l'interessat. Com a mitjà més adequat per a assegurar el coneixement i l'eventual activitat processal del destinatari, el mateix alt Tribunal ha afirmat l'obligatorietat, en la mesura que siga possible, de practicar personalment els actes de comunicació (notificació, citació i emplaçament). Naturalment, sempre que els qui deguen o pugen comparèixer com a demandats estiguen identificats (independentment que actuen directament o, conforme a l'article 271,2 LIEC, mitjançant representant, procurador o, quan corresponga, advocat) i siga conegut el seu domicili⁴. Tot perquè, com indica la mateixa Sentència 195/1990, «aquéllos puedan adoptar la conducta procesal oportuna».

És cert que, ocasionalment, es permet la realització de l'acte de comunicació a persona diferent de l'interessada. Però aleshores la llei estableix una sèrie de requisits que l'acte ha de complir, puix que aqueixes exigències troben la seva raó d'ésser i finalitat última en la garantia que el destinatari de l'acte en tindrà oportuna notícia. Per això, el compliment de tals requisits haurà d'examinar-se a cada supòsit concret d'acord amb la *ratio* i el fonament que inspira la seva existència.

² Per a una referència d'aquestes, vegeu GUI MORI, T., *Jurisprudència constitucional*, 1981-1991. *Estudio y reseña completa de las sentencias del TC*, Madrid, 1992, pàgs. 299-304. També JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Comentario a la constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (amb MAYOR MENÉNDEZ, OSORIO ITURBENDA, i COOR. JIMÉNEZ BLANCO), Madrid, 1995, pàg. 280 i ss.

³ BOE de 10 de gener de 1991. Ponent: Francisco Tomás y Valiente. Vegem CANO MATA, A., SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SISTEMATIZADAS Y COMENTADAS (STCSC), X-3, 1990, pàgs. 725-36.

⁴ De la manera que s'exigeix la regularitat formal dels títols executius (especialment la lletra de canvi, el pagaré i el xec d'acord amb els articles 1, 94 i 106 de la Llei Canviària), respecte als elements personals que generalment han d'estar esmentats al títol, és improbable que no es produesca la identificació.

cia. En qualsevol cas, les formes no personals de comunicació (especialment la notificació en estrades i per edictes) deu tenir una justificació fonamentada. Així, sols la incomparixença voluntària o la negligència inexcusable podria justificar, en principi, una resolució inaudita part. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional 143/1990, de 26 de setembre⁵, aclara que «debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio».

En qualsevol cas, les formes de comunicació no personals tindran caràcter supletori i seran remei últim. El fonament segon de la Sentència del Tribunal Constitucional 36/1987, de 25 de maig⁶, a més de reiterar la importància de les notificacions judicials amb les parts i la seva transcendència com a mitjans idonis perquè la tutela judicial siga efectiva, assenyalava que «la utilización de los servicios de correos no hace concluir el deber de colaboración de los órganos jurisdiccionales, ni permite que en todos los casos en que la notificación o emplazamiento por correo resulte infructuosa, se acuda a la práctica de la notificación por edictos, pues éste sólo es sistema utilizable cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que deba ser notificada o emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Es preciso reiterar, desde la perspectiva constitucional de la efectividad de la tutela judicial, el carácter supletorio de las notificaciones por medio de edictos y su consideración como remedio último para la comunicación del órgano jurisdiccional con las partes».

Així mateix, la Sentència del Tribunal Constitucional 245/1988, de 19 de desembre⁷, afirma rotundament que la notificació en estrades és una ficció legal que ha de tenir una justificació fundada perquè surta efectes, encara que siga amb l'exigència que qui alegue la seva vulneració hi haja observat una conducta diligent. És així, creiem, perquè el contrari suposaria que el dret a la tutela judicial efectiva de la part demandant al procés, que actua de bona fe, quedaria a mercè de la protecció il·limitada del dret del no emplaçat. En qualsevol cas, no podrà reputar-se com a conducta no diligent la de qui va comparèixer personalment i de la forma deguda, d'acord amb això disposat a l'article 845 LIEC.

⁵ BOE de 23 d'octubre. Ponent: Jesús Leguina Villa. Vegem CANO MATA, A. (STCSC), X-3, 1990, pàgs. 465-73.

Els mateixos termes utilitza la resolució («Auro») de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 15 d'octubre de 1991. REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA (RJC), 1992, pàg. 135.

⁶ BOE de 14 d'abril. Ponent: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Vegem CANO MATA, A. (STCSC), X-1, 1987, pàgs. 977-83.

⁷ BOE de 13 de gener. Ponent: Miquel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Vegem CANO MATA, A., STCSC, X-2, 1987, pàgs. 1384-92.

I en aquesta línia argumental, el fonament jurídic segon de la Sentència del Tribunal Constitucional 48/1990, de 20 de març³, diu que els actes de comunicació processal no constitueixen mers requisits formals en la tramitació del procés, sinó exigències inexcusables per a garantir les parts, o qui puguen ser ho, la defensa dels seus drets i dels interessos legítims. Així, la inobservança de les normes reguladores dels citats actes podria col·locar els interessats en una situació d'indefensió contrària al dret fonamental de defensa. Però no tota irregularitat processal genera la vulneració del dret, sinó que s'ha de tenir cura de les circumstàncies concurrents en cadascun dels casos, la finalitat i la importància del requisit que es va ometre o es va complir irregularment, i la conducta processal observada per qui al·lega la infracció. D'aquesta forma, la falta d'emplaçament personal és una infracció que sols esdevé lesió constitucional quan, malgrat haver mantingut el ciutadà una actitud diligent, es veu col·locat en una situació d'indefensió. Però quan tal diligència no existeix, la lesió tampoc. Així, no pot invocar vàlidament indefensió qui ha mantingut una conducta processal erràtica o abusiva.

Amb caràcter general, la Sentència del Tribunal Constitucional 110/1989, de 12 de juny⁴, després d'afirmar que la citació-emplaçament personal no queda reduïda a un simple formalisme, sinó que suposa una garantia per a les parts i una càrrega integrant del contingut essencial consagrat a l'article 24 CE per a l'òrgan jurisdiccional, entén que «el emplazamiento y citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico integrado en el de la tutela judicial efectiva». Tot perquè, encara que es permet que els actes de comunicació puguen practicar-se mitjançant el correu, telèfon, telègraf o qualsevol altre mitjà tècnic de comunicació en concret, d'acord amb l'article 271 de la Llei Orgànica del Poder Judicial, condiciona la seva utilització a la constància de la seva pràctica i de les seves circumstàncies essencials.

Per la seva part, la doctrina constitucional ha estat recollida fidelment per les Audiències Provincials. Han assumit esquemàticament que⁵: a) La «citació a executiu», com convocatòria del demandat perquè es persone i s'opose si ho estima oportú, constitueix una garantia del dret de defensa; b) Cal realitzar la «citació» de manera que valga amb plenitud a la seva fi de permetre al destinatari, coneguda la resolució causant, la demanda i els documents presentats pel

³ BOE de 9 d'abril. Ponent: D. Fernando García-Mon y González-Regueral. Vegen CANO MATA, A., STCSC, X-1.º, 1990, pàgs. 1003-11.

⁴ BOF de 4 de juliol. Ponent: Álvaro Rodríguez Bereijo. Vegin CANO MATA, A., STCSC, X-2.º, 1989, pàgs. 575-85.

⁵ Vegen, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) Barcelona, 18 de juliol de 1989. REVISTA GENERAL DE DERECHO (RGD), 1990, pàg. 533 O la SAP, Secc. 13.ª, Madrid, 30 de març de 1993, RGD, 1993, pàgs. 6281-3.

demandant-executant, disposar el necessari per a la millor defensa dels seus interessos; c) Encara que els actes no estan supeditats al coneixement efectiu del destinatari¹¹, la comunicació pot produir els seus efectes si s'han complit les formes legalment previstes. Entre elles, significativament la que es refereix al lloc de realització (el domicili del demandat si és conegut); d) Sempre que siga possible, ha de procurar-se la citació personal. La comunicació per edicte tindrà caràcter d'últim mitjà de comunicació admissible. De fet requereix, no sols l'esgotament previ de les altres modalitats de notificació que assegurin millor la seva recepció pel destinatari, sinó també que l'acord o resolució judicial per la qual es considera que la part no se sap on és, ha de basar-se en criteris raonables que porten a la convicció de la impossibilitat d'utilitzar altres mitjans normals de comunicació; e) En qualsevol cas, la seva falta o deficient realització col·loca l'interessat en una situació d'indefensió quan no té la seva causa en la passivitat o negligència de l'interessat. La tardivola compareixença al judici, deguda a una incorrecta formulació de l'emplaçament, priva de tràmits essencials (al·legació i prova) garantits constitucionalment, per això, és exigible en totes i cadascuna de les fases del procés; f) De totes formes, és necessari que es frustre la finalitat perseguida, ja que si de fet ha tingut coneixement (s'ha personat) la infracció seria innòcua.

A la vista d'aquesta doctrina constitucional que sintèticament hem exposat, poc o no res pot afegir-se. El problema es troba a l'hora de constatar si aquells requisits han estat o no complits al cas concret.

II. REQUISITS DE LA «CITACIÓ A EXECUTIU» I LA SEVA INFRACCIÓ. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM I DE L'ANOMENADA «JURISPRUDÈNCIA MENOR»

Dos són els pressupostos de la falta de «citació a executiu» i, per consegüent, perquè pugui ser estimada al judici executiu: infracció de les formalitats legals i, a més, producció efectiva d'indefensió.

¹¹ La Sentència del Tribunal Suprem (STS), Sala 1.ª, de 13 de novembre de 1993 (RJ Aranzadi 1993, 8.909), aclareix que el sentit que es realitza per cédula (si a la primera diligència de recerca no fóra trobat a la seua habitació, qualsevol que siga la causa i el temps de l'absència...), «tendrà a la evitació de las comparecitas, originadas en la práctica, de eludir o dilatar la notificación, procurando buscas sucesivas, y por ello, para corregir los abusos y obviar la malicia de las litigantes, se adoptaron las medidas procesales vigentes conforme al principio de facilitar los medios de practicar la notificación, dando el mismo efecto a la notificación por cédula que a la notificación personal. La equivalencia entre notificación personal y notificación por cédula existe de mayores consideraciones».

1. La infracció de les formalitats legalment previstes

La regulació que rep la «citació a executiu» al judici executiu ha d'ésser compresa a la llum de l'anterior doctrina constitucional. Especialment en ordre a la seva infracció i a les conseqüències o efectes que s'en deriven.

De conformitat amb l'article 1.459 LLEC, quan siga conegut el domicili del deutor, una volta fet l'embargament se citarà «de remat» al deutor mitjançant cèdula, com determinen per als seus respectius casos els articles 270 i següents. És a dir, atesa l'essència emplaçatòria de la «citació a executiu», es realitzarà fonamentalment segons preveuen els articles 260 i següents de la Llei d'Enjudiciament Civil, especialment els seus articles 271, 272 i 274¹². Com diu la Resolució de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 15 d'octubre de 1991¹³, d'aquesta forma s'assegura més adèquadament el coneixement i l'eventual activitat processal del seu destinatari, perquè garanteix, millor que a través d'altres mitjans, el compliment del dret a la tutela judicial efectiva.

Caldrà practicar-se al domicili del deutor fixat al títol executiu, o al legal (articles 40 y 41 del Codi Civil). Sense que importe el que a dit títol consten llocs distints per al pagament o, si escau, el protest. En qualsevol cas, ha de tractar-se d'un lloc idoni perquè la cèdula arribi al seu destinatari. D'aquesta manera, la Sentència de l'Audiència Provincial, Sec. 16.^a, Barcelona, de 28 de setembre de 1992¹⁴, entén que tot i no tractant-se del domicili particular i sent conegut per l'executant, «ello no implica, per se, nul·litat ni indefensió; ni tal indefensió es verosímil al haberse realizado en el lugar objeto del contrato causal del que derivan los títulos ejecutivos».

Per la seva banda, s'ha arribat a exigir que, quan la notificació dega realitzar-se a un veí, es donen les circumstàncies objectives perquè l'esmentat veí pugui conèixer el domicili del deutor. En aquest sentit, la Sentència de l'Audiència Provincial de Almeria, de 23 de setembre de 1993¹⁵, considera que «origina una clara indefensió de los demandados encuadrable en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya que la demanda difícilmente pudo llegar a los demandados, sobre todo si tenemos en cuenta que según las propias alegaciones de los ejecutados éstos tienen su domicilio en el número 3 y no en el 13 de la calle a que se refiere la actora ejecutante, lo que determina que el vecino "requerido de pago" sea totalmente desconocedor del domicilio de los ejecutados».

En qualsevol cas, el règim de «citació a executiu» ha d'entendre's en relació amb els tràmits de l'embargament que hi antecedeix. De manera que, si de conformitat amb l'article 1.443 LLEC no fóra trobat el deutor després d'haver-hi buscat

dues vegades al seu domicili amb interval de sis hores, a la segona diligència per a la seva recerca se li farà el requeriment per cèdula, lliurant-la pel seu ordre a les persones esmentades a l'article 268, i tot seguit es traurà l'embargament sempre que no realitze el pagament en l'acte. Així com, en virtut de l'article 1.459 LLEC, a citar al demandat «de remat» en la forma que determinen per als seus respectius casos els articles 270 i següents. En aquest sentit, segons la Sentència de l'Audiència Provincial de Jaén, de 5 de maig de 1993¹⁶, «si se omite esta segunda citación, supone ello una palmaria infracción del precepto legal, al impedir al deudor su oposición a la demanda ejecutiva que por afectar al procedimiento y ser materia de orden público determina la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se cometió la infracción (...) de acuerdo con el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

El propi Tribunal Constitucional, a la seva Sentència 195/1990, de 29 de novembre¹⁷, va remarcar concretament la forma en què cal realitzar la diligència «de cerca», és a dir, «si la primera diligència en su busca aquél no fuese hallado en su habitación, que la notificación se realice por cédula —en este caso, entrega de copias— en el mismo acto; entrega que, de conformidad con el artículo 268 de la citada Ley, se entenderá con el pariente más cercano, familiar o criado, que se hallase en la habitación del que hubiese de ser notificado, y si no se encontrase a nadie en ella, al vecino más próximo que fuese habido, acreditándose por diligencia la entrega y haciendo constar en ella el nombre, estado y ocupación de la persona que reciba la cédula, su relación con la que deba ser notificada y, finalmente, la obligación que aquélla tiene, y le hará saber al actuario de entregar a éste la cédula así que regrese a su domicilio, o de darle aviso si sabe su paradero. Esta diligencia debe, por último, ser firmada por el actuario y la persona que reciba la cédula».

Els aspectes formals més destacats són aquells que esdevenen essencials perquè la seva infracció suposa la no constància que l'inici del judici arriba a coneixement de la part demandada. Entre aquests la Sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de juliol de 1993¹⁸, es refereix a la realització de la diligència únicament per l'agent judicial, sense assistència del secretari o oficial, com exigeix l'article 1.442 LLEC, sense que hi aparega amb claredat el nom de la persona amb la qui es realitzen tals diligències, i sense complir les formalitats exigides per l'article 268 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

Tan sols per al supòsit que no siga conegut el domicili¹⁹, l'article 1.460 LLEC permet la realització de la «citació a executiu» mitjançant edictes, en la forma pre-

¹² Base de Dades COLEX.

¹³ Vegeu *supra* a la nota 3.

¹⁴ Base de Dades COLEX.

¹⁵ Que l'edictes és la forma de comunicació menys eficaç sembla evident. De fet, la SAP, Sec. 18.^a, Madrid, de 16 de juny de 1993, es sorprèn que «a pesar de haberse hecho la citación por edictos éste llegara tan pronto a conocimiento del demandado, máxime cuando éste reside en Granada y el edicto se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

¹⁷ Un resum general de la regulació pot trobar-se a la SAP, Sec. 13.^a, Madrid, 30 de març de 1993, RGD, 1993, pàgs. 6281-3.

¹⁸ RJC, 1992, pàg. 135.

¹⁹ RGD, 1993, pàg. 3813.

²⁰ Base de Dades COLEX.

vista a l'article 269 de la mateixa Llei. Sobre aquest particular no s'ha d'oblidar, com diu la Sentència de l'Audiència Provincial de Santander, de 22 d'abril de 1994²⁰, que «*aunque el emplazamiento edictal no es contrario al ordenamiento vigente y está expresamente previsto en el artículo mencionado, debe ser usado únicamente cuando no sea posible recurrir a otros medios más efectivos, cuando en definitiva sea el último remedio para la comunicación del órgano judicial con las partes por haberse agotado todas aquellas medidas que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la concreta decisión o resolución*». Més concretament, en relació a l'article 1.444 LLEC, el jutge podrà admetre altra forma de comunicació (l'edict) a instàncies de l'actor, quan no siga conegut el domicili del deutor o s'ignore el seu parador, açò és, es desconeix on hi té la seva casa o residència; o, per haver mudat d'habitatge, no se sap on es troba. En tal cas, s'observarà allò establert als articles 1.460 i 269 de la Llei d'Enjudiciament Civil²¹.

En resum, com sosté la Sentència de l'Audiència Provincial de Lugo, de 13 de novembre de 1993²², «*la inactividad procesal del demandado sólo puede nacer de su propia voluntad o negligencia, pero no de una falta de llamada del mismo al proceso. Siendo a este respecto de advertir que los artículos 1.459 y 1.460 de la Ley de Trámites preceptúan cómo se citará de remate al deudor, distinguiendo, respectivamente, el supuesto de que el mismo tenga domicilio conocido de aquel otro de desconocimiento de su domicilio o de ignorarse su paradero, en cuyo último supuesto, eminentemente supletorio o subsidiario, se le citará de remate por medio de edictos, haciendo en éstos referencia de haberse practicado el embargo sin el previo requerimiento de pago por ignorarse su paradero. Por lo que en el caso de que el domicilio del deudor sea conocido (...) ha de procederse tal como señala el referido artículo 1.459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se remite a los artículos 270 y siguientes de la misma, según los cuales y bajo sanción de nulidad (ya que según el artículo 270 serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practican con arreglo a lo dispuesto en la misma sección, salvo que la persona interesada se hubiese dado por enterada en el juicio, cosa aquí no acaecida) cuando el que ha de ser emplazado tenga domicilio conocido y no fuere hallado en su habitación se le hará la diligencia por cédula que será entregada al pariente más cercano, familiar o criado, mayor de catorce años, que se ballare en la habitación del que hubiere de ser emplazado, y si no se encontrare a nadie en ella, al vecino más próximo que fuere habido*».

Els supòsits concrets en què es produeix la infracció de les formalitats previstes poden ser de molt diversa índole. De totes formes, té cert interès pràctic que mencionem alguns d'aquells que la jurisprudència així els ha considerats.

²⁰ Base de Dades COLEX.

²¹ En aquest sentit la SAP, Secc. 4.^a, Zaragoza, 3 de juny de 1991. Base de Dades COLEX.

²² Base de Dades COLEX.

No es produeix infracció, per exemple, en no practicar-se citació a executiu, d'acord amb l'article 1.456 LLEC, quan amb anterioritat a dictar-se la sentència «de remate» vencera algun termini de l'obligació causal per la qual es procedesca²³.

En canvi, sí es produeix en altres supòsits com els següents:

a) En faltar la identificació correcta de l'actuari (secretari judicial), no consignar-se la raó concreta de l'absència de la destinatària, no fer constar l'hora en la qual es va practicar la diligència, no identificar suficientment la persona amb qui es va estendre la diligència i ometre tota referència a les obligacions del receptor per a la interessada en ordre al lliurament de les còpies i les sancions que comporta el seu incompliment²⁴. Per la seva part, la Sentència de la Secc. 3.^a de la Audiència Provincial de Palma de Mallorca, de 21 de novembre de 1991²⁵, assenyala com defectes processals greus, generadors d'indefensió els següents: designar a la demanda un domicili que no és el que consta a la polissa de crèdit com el propi de cap dels titulars; no signar la corresponent diligència ni per l'actuari ni per la persona que va rebre la cèdula.

b) No realitzar la notificació a tots els codemandats. Sobretot quan en pensar-se en el procés anunciant la seva oposició a l'execució haja manifestat al jutjat la circumstància de trobar-se separat de fet i de dret de la seva muller, donant el domicili d'aquella i sollicitant fora emplaçada perquè no es trobara indefensa.

c) No practicar la segona diligència «de cerca» amb interval de sis hores, entenent-les amb un veí a qui directament es requereix de pagament²⁶.

d) Realitzar la citació mitjançant edictes després d'intentar sense efecte una notificació personal on, figurant al títol, no era la seva residència. Però no es va intentar de nou la notificació personal quan el domicili del demandat cal entendre'l identificable ja que el tenia al mateix edifici on es va trabar l'embargament²⁷. O al concèixer l'entitat accionant que el demandat treballava com a mestre industrial i tenia compte obert al seu nom a l'oficina principal del «Banc B.V.», dades que va facilitar al jutjat a efectes de sol·licitar l'embargament, i que haguessen permès (qualsevol d'ells) esbrinar fàcilment el domicili de l'executat, on degué ser requerit de pagament i citat d'executiu²⁸. Així com, quan en practicar-se la diligència d'emplaçament no va poder-se dur a terme per no existir el n.º 203 del Passeig de P., però l'encertat de Passeig de C., 203 tant a l'Institut Nacional d'Estadística, como al Padró Municipal i en existir un signe molt re-

²³ STS, Sala 1.^a, de 12 de febrer de 1987. RJ Aranzadi 1987. 707.

²⁴ La SAP, Secc. 13.^a, Madrid, 30 de març de 1993. Vegeu *supra* en les notes 10 y 12.

²⁵ Base de Dades COLEX.

²⁶ SAP Almeria, 23 de setembre de 1993. Base de Dades COLEX.

²⁷ Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 242/1991, de 16 de desembre de 1991. BOE de 15 de gener de 1992. Ponent: José Gabaldón Pérez. Vegeu GARCÍA MATA y GUTIÉRREZ CHLIMA, STCS, XI-3.^a, 1991, pàgs. 719-33.

²⁸ SAP Oviedo, 8 de març de 1994. Base de Dades COLEX.

velador com és la sucursal bancària on el demandat va domiciliar el pagament (Agència P.º C.)²⁹.

e) Al contrari, prescindir de la crida acordada per edictes encara que, exercida acció contra una herència jacent, una persona comparega tot afirmant acudir al debat «por sí y para la herencia», per molt que en determinat testament figure la manifestació «por su único y universal heredero»³⁰.

De totes maneres, el criteri que cal seguir amb caràcter general és el que la norma vulnerada afecte el dret de defensa de les parts, és a dir, que tinga entitat suficient perquè l'acte produeca els efectes que li són propis.

2. La producció d'indefensió

No és bastant amb la infracció legal d'aquesta norma, a més, serà precisa la producció d'indefensió.

Com és ben conegut, la Constitució Espanyola expressament declara la protecció del dret a la defensa jurídica. El seu article 24.1 prohibeix la producció de indefensió, tant quan implique aquesta la impossibilitat de defensar-se com fins i tot la disminució indeguda de les possibilitats defensives³¹. Tanmateix, com significa MONTERO AROCA³², es tracta d'un dels conceptes més difícils de precisar en l'actualitat. Malgrat que la indefensió puga produir-se de moltes maneres, aquest autor defensa un concepte únic, íntimament lligat amb el principi de contradicció, des d'una perspectiva, i amb el dret de defensa, des d'un altre punt de vista.

En resum, la indefensió es produeix quan s'impedeix a la part exercitar el seu dret de defensa, tant en el seu aspecte d'al·legar i demostrar, com de conèixer i rebatre en un procés concret i, pel mateix, no tota infracció de norma processal suposa col·locar a una de les parts en situació d'indefensió.

En efecte, diu el Tribunal Suprem³³ que la indefensió «debe entenderse en un sentido amplio y de carácter material y no exclusivamente formal». Suposa això que no és prou que es cometa una infracció legal quant a la forma de realitzar l'acte de comunicació, sinó a més, que de fet aquesta vulneració porta a sobre conseqüències pràctiques, un perjudici real i efectiu, sobre el dret de defensa. Concretament, la Sentència de l'Audiència Provincial de Santander, de 16 de febrer de 1994³⁴, entén que la infracció ha de comportar la privació real del dret

²⁹ «Auto» AP Barcelona, 15 d'octubre de 1991. RJC, 1992, pàg. 135.

³⁰ STS, Sala 1.ª, de 20 de setembre de 1982. RJ Aranzadi 1982. 4.920. Per contra, altres sentències d'Audiències (com la SAP València, 16 de juny de 1994), entenen com a realitzada legalment la citació feta a un hereu si la demandada és l'herència jacent.

³¹ Cf. JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Comentario a la constitución* (amb altres) cit., pàg. 280.

³² MONTERO AROCA, J., *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996, pàg. 94.

³³ STS, Sala 1.ª, 1 de juny de 1995. RJ Aranzadi 1995. 4.589.

³⁴ Base de Dades COLEX.

a oposar-se a la demanda executiva. És a dir, contràriament, com ha vingut re-coneixent la jurisprudència de manera reiteradíssima³⁵, encara que existesca una vulneració de la regulació relativa a la forma de realitzar l'acte de comunicació o, fins i tot, si l'acte de comunicació no ha estat realitzat, el fet que la demandada va comparèixer al judici, i més encara si de fet es va oposar, el possible defecte entén que ha quedat superat.

En resum, a efectes d'entendre produïda la indefensió, la jurisprudència fixa tres aspectes que han de tenir-se presents: 1r) Les situacions d'indefensió es valoraran segons les circumstàncies de cada cas; 2n) La indefensió prohibida a l'article 24.1 CE no és fruit de la simple infracció de les normes processals, sinó que ha de significar la privació del dret a la defensa i el perjudici real i efectiu pels interessos de l'afectat; 3r) No es protegeix la simple indefensió formal, sinó la material, que raonablement s'haja pogut causar un perjudici al recurrent. De manera que perquè la indefensió tinga rellevància constitucional cal que a conseqüència d'ella s'haja dificultat de manera substancial la defensa dels drets o interessos d'una de les parts al procés, o s'haja trencat sensiblement l'equilibri processal entre elles³⁶.

Els postulats anteriors els entenem en línies generals com prou raonables. Ara bé, hem de referir-nos a un matis teòric. La doctrina constitucional, assumida per les Audiències plenament, en parlar d'indefensió «material» i «formal», pretén distingir entre el concepte jurídic-constitucional d'indefensió del art. 24 de la Constitució Espanyola, i la figura jurídica-processal d'indefensió. Sobre el particular, hem de significar, amb MONTERO AROCA³⁷, que en un procés pot haver-se es-tat o no en situació d'indefensió, pot o no haver-se vulnerat el dret de defensa, però no hi ha graus d'indefensió. Tot perquè no existeix una indefensió de segona categoria (la merament processal), i altra de primera (la constitucional), ja que sols hi ha una indefensió, la que suposa la vulneració del dret fonamental de defensa.

A banda d'aquesta observació, és clar que quan es produeix la infracció de norma processal generadora d'indefensió, la seva conseqüència serà la nul·litat de les actuacions. Malgrat que, com adverteix la Sentència de l'Audiència Provincial de Jaen, de 7 d'abril de 1994³⁸, «esta nulidad, si bien preserva los fines de garantía del proceso, es preciso contemplarla con mucha cautela, pues puede ser causa de dilaciones y fraudes y puede perjudicar al contrario y ha de justificarse un efecto y real menoscabo del derecho de defensa». A això, la Sentència de l'Audiència Provincial de Santander, de 16 de febrer de 1994³⁹, afegeix que es tracta d'una

³⁵ Per exemple, la SAP Castelló, 30 de setembre de 1992. RGD, 1993, pàgs. 9218-21. Així com la SAP, Secc. 4.ª, Zaragoza, 14 de novembre de 1991. Base de Dades COLEX.

³⁶ Vegeu la SAP Jaén, 7 de març de 1994. Base de Dades COLEX.

³⁷ MONTERO AROCA, J., *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, cit., pàg. 96.

³⁸ Base de Dades COLEX.

³⁹ Base de Dades COLEX.

«*unidad, además siempre excepcional que debe decretarse muy prudentemente y procurando el máximo respeto al principio de conservación de los actos procesales*».

En qualsevol cas, és clar que la clau perquè es pugui entendre produïda la indefensió és la no entrada del demandat en la dialèctica procedimental per via de personació o, fins i tot, oposició contra el despatx d'execució. Són molt contundents en aquest sentit les paraules de la Sentència de l'Audiència Provincial de València, de 15 de novembre de 1993⁴⁰, quan afirma que «*habiéndose comparecido dicha parte en tiempo y forma, primero a anunciar su oposición, y después a formularla, es claro que cualesquiera defectos que hubieren podido concurrir en aquella diligencia, respecto de las que no se entra en su examen, quedaron plenamente subsanados conforme a lo dispuesto en el artículo 279.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que en ningún caso se le hubiere producido indefensión*».

Àdhuc, quan es tracte de diversos demandats, si un d'ells compareix al judici, s'entén possible l'esmena parcial del defecte, de manera que el judici executiu hi siga plenament vàlid⁴¹.

El supòsit concret d'indefensió és solament, amb tot, un: partint d'una infracció de les normes relatives als actes de comunicació en els termes vists, l'efectiva impossibilitat de defensa jurídica del demandat.

Més interès pràctic té conèixer alguns supòsits concrets on s'ha entès que no es produeix, per exemple:

a) Com ja hem vist, sempre que pugui entendre's superada la infracció: quan realment s'haja fet servir de tots els seus drets⁴². És així sempre que la demanda executiva compareix, i pot oposar-se de fet. I això amb independència del tipus d'infracció: la realitzada per jutjat distint al que corresponia⁴³; per defectuosa composició de la comissió de jutjat⁴⁴; per no realitzar-se al domicili social⁴⁵, o en un dia no hàbil...⁴⁶

b) Es dedueix que el demandat es va col·locar en situació de rebèlia voluntàriament quan facilita tres domicilis distints a Espanya, despreocupant-se de trobar-hi o fixant apoderat o representant⁴⁷.

c) Quan es realitza la notificació personal i s'excusa de signar. Quedant emparada la veracitat del contingut de la citació per la fe de l'oficial de l'administració de justícia, qui actuava substituïnt el Secretari, assistit per l'agent judicial⁴⁸.

⁴⁰ Base de Dades COLEX.

⁴¹ En aquest sentit, la SAP, Secc. 3.ª, Palma de Mallorca, 21 de novembre de 1991. Base de Dades COLEX.

⁴² SAP Jaén, 7 d'abril de 1994. Base de Dades COLEX.

⁴³ STS, Sala 1.ª, 23 de novembre de 1985. RJ Aranzadi 1985, 5.635.

⁴⁴ SAP València, 23 de maig de 1994. Base de Dades COLEX.

⁴⁵ SAP León, 12 de maig de 1994. Base de Dades COLEX.

⁴⁶ SAP, Secció 4.ª, Zaragoza, 25 de març de 1991. Base de Dades COLEX.

⁴⁷ SAP Girona, 3 de juny de 1994. Base de Dades COLEX.

⁴⁸ SAP Madrid, 25 d'octubre de 1993. Base de Dades COLEX.

d) Quan la «citació a executiu» es practica a l'oficina del Consorci i no a la seu de la representació legal assumida per l'advocat de l'Estat. Perquè el contrari suposaria desautoritzar l'oficina administrativa de tota possibilitat de recepció de documents que hagen d'aplegar a mans de l'advocat de l'estat. En aquest cas resulta que l'advocacia de l'estat culpa l'executant que oportunament no tinguerà coneiximent de la «citació a executiu», quan això deriva d'una ommissió de qui rep la «citació» sense protesta ni indicació del lloc on calia fer-la. Encara que l'oficina receptora, seu del *Consorcio de Compensación de Seguros*, no hi haja donat trasllat a l'advocacia de l'estat⁴⁹.

III. TERMINI PER A L'AL·LEGACIÓ DEL MOTIU D'OPOSICIÓ PREVIST A L'ARTICLE 1.467,3 L.I.F.C.

Al capdavant, quan el demandat executiu no haja estat «citat a executiu», incloses les formalitats legalment previstes⁵⁰, i, a més, s'haja produït indefensió⁵¹, podrà posar-ho de manifest a l'òrgan jurisdiccional perquè es pronuncie conseqüentment. Doncs bé, concretament per al judici executiu, l'article 1.467,3 L.I.F.C., preveu que pugui sol·licitar-se que es declare nul el judici quan el deutor no haja estat «citat a executiu» amb les formalitats prescrites a la Llei (articles 1.459 i 1.460 L.I.F.C., en relació als preceptes vists adés). Aquest motiu d'oposición resulta sempre admissible, fins i tot al judici executiu canviari d'acord amb l'últim paràgraf de l'article 67 L.C.C.h.⁵²

Per a interpretar correctament aquest precepte cal partir dels tres camins per on l'ordenament jurídic ha previst que pugui sol·licitar-se la nul·litat d'actuacions⁵³:

a) A través dels recursos articulats per les lleis processals (article 240,1 L.I.O.P.);

b) Per declaració d'ofici de l'òrgan jurisdiccional sempre que no s'hi haja dictat sentència definitiva (article 240,2 L.I.O.P.)⁵⁴. Així mateix, si l'òrgan pot actuar així, no res s'oposa que la part pugui igualment posar-ho de manifest, a fi que decrete la nul·litat de les actuacions en qualsevol moment⁵⁵; c) Per altres mitjans

⁴⁹ SAP Mallorca, Secció 4.ª, 26 de juliol de 1993. Base de Dades COLEX.

⁵⁰ Vegem SAP Barcelona, 18 de juliol de 1989. RGD, 1990, pàg. 533.

⁵¹ Vegem «Auto» AP Barcelona, 15 de octubre de 1991. RJC, 1992, pàg. 135.

⁵² En aquest sentit SAP, Sevilla, 26 de setembre de 1990. Base de Dades COLEX.

⁵³ Entre altres, així es pronuncia la STS, Sala 1.ª, 3 de juny de 1991. RJ Aranzadi 1991, 4.409.

⁵⁴ Així com SAP, Secc. 13.ª, Madrid, de 30 de març de 1993, vegeu *supra* a les notes 10, 12 y 24.

⁵⁵ Amb caràcter general i recentment, vegeu HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la L.O.P.J.*, Oviedo, 1995, pàgs. 257 i ss.

⁵⁶ Especificament per al judici executiu, la SAP, Secc. 3.ª, Palma de Mallorca, enièn que es apreciable d'ofici, malgrat no s'han articulats, en el seu moment, l'excepció del article 1.467,3 de la Llei d'Enjuiciament Civil.

⁵⁷ Considera GÓMEZ DE LIANO GONZÁLEZ, F., *Jurisprudencia cambiaria. Juicio ejecutivo*, Oviedo, 1991, pàgs. 275-6, que això «*originaria un "mini incidente"*», que se inicia con el escrito que

prevists a les lleis processals⁵⁶. Sense que, per descomptat, còpia la possibilitat de que alguna de les parts pugui acudir a altre procediment ordinari posterior sol·licitant la nul·litat d'actuacions realitzades en el primer⁵⁷.

1. *Inici del període al qual pot al·legar-se*

La primera conseqüència que pot obtenir-se de l'anterior esquema és que l'excepció processal de falta de «citació a executiu» no podrà ser articulada al judici executiu com qualsevol altre motiu d'oposició. En realitat, tan sols podrà al·legar-se amb èxit quan, faltant o essent irregular la «citació a executiu»⁵⁸, haja preclòt el moment previst per a formular oposició. Aquesta preclusió és necessària, com hem vist, per a que la indefensió siga efectiva. La Sentència de l'Audiència Provincial de Santander, de 16 de febrer de 1994⁵⁹, diu que «*aun cuando es norma general seguida por esta misma Sección la de que los motivos de oposición y de nulidad en el juicio ejecutivo deben ser hechos valer en la instancia a través del correspondiente escrito de oposición, no siendo ilícito pretender su introducción en el proceso en momentos posteriores y menos aún en la alzada, tal regla general encuentra su excepción precisamente en el motivo de nulidad del juicio previsto en el artículo 1.467, 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el defecto cometido sea de tal naturaleza que haya motivado racionalmente la indefensión del demandado en forma tal que sólo mediante el recurso de apelación lo haya podido haber valer; otra interpretación más rigurosa del artículo 1.463 que no admitiese esta excepción sería sin duda contraria al artículo 24 de la Constitución en cuanto convalidaría una situación de indefensión de todo punto rechazable incluso en un procedimiento sumario como es el ejecutivo, lo que debe ser evitado por Jueces y Tribunales*». Al capdavall, el moment per a la seva al·legació, amb èxit, començarà generalment a partir de l'instant de preclusió de la possibilitat d'al·legació en primera instància. És a dir, essent declarat contumaç el deutor, i el jutge maneara els «autos» a la vista per a sentència d'acord a l'article 1.462 LLEC. Però, encara que siga aquesta la regla general, i contràriament al que es pugui desprendre de la jurisprudència que hem estudiat, no creiem que pugui ser exclosa sense més l'al·legació de la falta de citació a executiu pel sol fet que el demandat es personi a formular oposició. És cert que la finalitat de la «citació a executiu» està orientada perquè el demandat pugui personar-s'hi, però també ho és que una cita-

deduce dicha petición, el traslado obligatorio a la contraparte y la resolución del juez. En esta situación cabría entender sustituido el incidente antiguo de nulidad de actuaciones.

⁵⁶ Com són els judicis extraordinaris de revisió, audiència al contumaç, o nul·litat.

⁵⁷ Així la SAP, Girona, de 3 de març de 1994. Vegeu *supra* a la nota 47.

⁵⁸ No debem oblidar que no es bastant la incomparència i la seua al·legació posterior. També és precisa la infracció. Malgrat ser evident, vegeu la SAP, Secc. 4.ª, Alacant, 3 d'abril de 1991. Base de Dades COLEX.

⁵⁹ Base de Dades COLEX.

ció defectuosa i, molt més, una falta de citació, per exemple en la que no es lliure la demanda o algun dels documents, pot suposar que el demandat no haja estat en condicions d'utilitzar el termini legal per conèixer i estudiar aquests documents, o, fins i tot, encarregar defensa a l'advocat. És a dir, sense haver desenvolupat completament les possibilitats defensives. És evident que el motiu d'oposició de l'article 1.467, 3 també podrà ser al·legat al moment ordinari d'oposició en primera instància, però en aquests cas la indefensió deurà ser concreta i en termes de versemblança.

2. *Preclusió quan es tracta de la via ordinària, i en l'apreciació d'ofici*

No resulta tan evident determinar l'instant fins al qual la falta de «citació» generadora d'indefensió podrà posar-se de manifest al jutge perquè actue en conseqüència. Segons el meu parer, partint dels camins per on l'ordenament jurídic ha previst que pugui sol·licitar-se la nul·litat, es podrà al·legar fins a l'instant mateix en què la sentència «de remat» esdevé ferma, siga la del Jutjat de Primera Instància, o cas de formular-se apel·lació, la de l'Audiència Provincial.

Hem de tenir en compte que la causa de nul·litat prevista a l'article 1.467, 3 LLEC, com qualsevol altre motiu d'oposició, en principi se subjecta al mateix règim preclusiu que és general per a totes les defenses del deutor. D'aquesta manera, encara que generalment es pugui posar de manifest al corresponent recurs d'apel·lació davant de la sentència «de remat» dictada pel jutge de primera instància, també es podrà al·legar amb èxit en l'escrit d'oposició quan efectivament es constate una situació concreta d'indefensió.

Malgrat que, com pensem, el coneixement d'ofici d'aquesta circumstància pugui posar-se de manifest per la part perquè el jutge actue en conseqüència, aquests coneixements «d'ofici» a través de la manifestació de part sols pot realitzar-se fins al moment que esdevé ferma la sentència. Resolució aquesta que, al no ser recurreble mitjançant recurs de cassació⁶⁰, com ja hem dit, s'aconseguirà amb la sentència del Jutjat de Primera Instància o, si escau, de l'Audiència Provincial que resol l'apel·lació.

3. *Preclusió quan es tracta dels mitjans extraordinaris*

També serà possible utilitzar els mitjans extraordinaris per a al·legar el motiu de nul·litat que ara estudiem. Però existeixen dubtes al respecte d'algun «recurs» o, millor, judici o procediment extraordinari⁶¹:

⁶⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, IV, Madrid, 1994, pàg. 68.

⁶¹ No al·ludim al judici extraordinari d'oposició de tercer perquè, com és obvi, resulta ser un contrasentit parlar de demandat i de tercer.

1r) L'audiència al contumax es presenta, en principi, com un camí adient. Però l'article 789 LEC deixa clar que «no podrá concederse audiencia a los litigantes condenados en rebeldía contra las sentencias firmes recaídas en los juicios ejecutivos...». Com opina MONTERO AROCA⁶², «existe aquí una disposición expresa perfectamente razonable, habida cuenta de la posibilidad de acudir a un proceso ple-nario posterior para plantear la totalidad del litigio existente entre las partes». En efecte, d'acord amb l'article 1.479 LEC, «las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión». Tanmateix, no podem oblidar dues circumstàncies. Per una banda, que el judici executiu es configura com a instrument apte per a la cognició judicial, tot esdevenint en ocasions (particularment si el judici executiu es el canviari ex article 67 de la Llei Canviària i del Xec)⁶³ dubtosament sumari. Per l'altra, que el Tribunal Suprem, moltes vegades matisa el rigor de l'esmentat article 1.479, de manera que tanca totalment o parcial el judici ordinari posterior sobre la mateixa qüestió⁶⁴. Si això és d'aquesta manera, almenys, hem de significar les nostres crítiques quant a l'exclusió que l'article 789 LLEC fa de l'audiència del rebel al judici executiu.

Malgrat els dubtes que pugen sortir sobre aquesta via, si hipotèticament fó- ra admesa, el termini dintre del que es podrà concedir l'audiència seria el previst en els articles 774 a 776 LEC, depenent de la modalitat de citació, amb el límit màxim d'un any des de la publicació de la sentència «de remat» al Butlletí Oficial de la Província.

2n) Aparentment la revisió no és adequada, senzillament perquè la falta o irregularitat de la «citació a executiu» no es troba expressament citada entre les causes de revisió previstes en l'article 1.796 LLEC. Ara bé, és clar que la falta de «citació a executiu» podrà ser introduïda a través del motiu del punt 4rt., per haver-se obtingut la sentència per mitjà de maquinació fraudulenta. Així ho reconeix la jurisprudència, per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de febrer de 1984⁶⁵ quan diu que «esta Sala tiene declarado con reiteración que la maquinación fraudulenta determinante de toda revisión que en ella pretende ampararse, requiere la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencian que la sentencia fue ganada por medio de ardidés o maniobras artificiosas, incluyendo»

⁶² MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.ª (amb ORTELLS RAMOS i GÓMEZ COLOMER), Barcelona, 1994, pág. 467.

⁶³ En relació a aquest judici executiu especial, afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Procesos civiles especiales* (amb GIMENO SENDRA i MOMPINO CATENA), València, 1995, pags. 98-9 «se constituye al ejecutivo en un proceso declarativo que ya no es sumario y que permite prácticamente un total conocimiento al órgano judicial».

⁶⁴ Sobre aquesta qüestió, extensament, SEJAS IGLESIAS, R., *El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior*, Madrid, 1977.

⁶⁵ RJ Aranzadi 1984. 697.

dentro de dicho genérico concepto cualquier argucia encaminada a dificultar o impedir llegue la noticia del demandado el emplazamiento o citación para el juicio, tales como la indicación como domicilio para tales diligencias de aquel que consta a la actora que no es el real del demandado y ello con el deliberado y doloso propósito de provocar su indefensión». Sense que la naturalesa o tipus de judici excloga aquesta possibilitat, sempre que es demostre la maquinació per a impedir que el demandat prenga coneixement del procés. En aquest sentit la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de gener de 1988⁶⁶ que assenyalava que la «idea de maquinación... la doctrina legal constante viene asociando en cualquier juicio sumario, especial u ordinario a un proceder doloso en el que es preciso que se demuestre un ánimo de dañar, de provocar una indefensión, mediante «astucia», «artificios», «ardides», «argucias», «maniobras» o «asechanzas» que reflejan la malicia».

El termini dintre del qual es podrà concedir l'audiència és el previst en els articles 1.798 i 1.800 LLEC, és a dir, de tres mesos comptats des del dia en què s'hagués descobert el frau, amb el límit màxim de cinc anys des de la publicació de la sentència «de remat».

IV. LA FALTA DE «CITACIÓ A EXECUTIU» I EL PROCÉS D'EMPARA CONSTITUCIONAL

Per últim, encara que no es tracte pròpiament d'al·legar l'excepció, ens referirem a la via d'empara constitucional perquè, atès el dret fonamental que es veu lesionat amb la falta de «citació a executiu», com a via extraordinària (especial i subsidiària) es podrà utilitzar també el procés d'empara constitucional⁶⁷. L'article 44.1 de la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional, quan preveu que podrà donar lloc al «recurs» les violacions dels drets i llibertats susceptibles d'empara constitucional que tingueren el seu origen immediat i directe en un acte o omisió d'un òrgan judicial, està donant cobertura suficient per a la seva al·legació.

El moment a partir del qual podrà iniciar-se el procés serà diferent en relació a les altres formes extraordinàries perquè, segons l'article 44.1.a) LLOTC, deuen haver-se esgotat tots els recursos utilitzables dintre de la via judicial⁶⁸. Significa això, evidentment, que no «darà lugar a este recurso» mentre càpia for-

⁶⁶ RJ Aranzadi 1988. 133.

⁶⁷ Basant-se en la STC 2/1982, de 29 de gener, BOE de 26 de febrer, assenyalava GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional*, III (amb MONTERO ORTELLS i MONTÓN), Barcelona, 1994, pág. 698, que es tracta d'un vertader procés, amb una pretensió determinada, fonamentada en una norma constitucional, i no d'una instància o recurs, ni ordinari ni extraordinari.

⁶⁸ Vegeu BACHIMIER, L., *Nullidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 271/1994, de 17 de octubre*, LA LEX, 6 de febrer de 1996, pags. 1-7.

mular apel·lació contra la sentència «de remat». D'aquesta forma, s'endarrerirà el moment des del qual podrà al·legar-se, concretament, un cop formulada l'apel·lació. Ara bé, també serà possible iniciar el procés, una vegada signada la sentència de primera instància. Però, lògicament, sols serà així quan la falta de citació a executiu hi haja suposat el desconeixement del procés al demandat fins aqueix moment, de manera que no li haja sigut possible formular apel·lació, perquè, en cas contrari, no es compliria el pressupost per a iniciar el procés d'empara.

No entenem que per a iniciar-se el procés d'empara constitucional siga requisit esgotar la via ordinària sobre la mateixa qüestió que es preveu en l'article 1.479 LIEC per al judici executiu. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional 242/1991, de 16 de desembre de 1991⁶⁸, correctament considera que «la expresió *recursos aquí en principio en sentido técnico procesal y no con referencia a otro proceso posible respecto de cuestiones decididas en un proceso sumario*». Segons aquesta mateixa sentència és així «porque la carencia de efectos de cosa juzgada (art. 1.479 LEC) de la Sentencia recaída en estos juicios, que deja a salvo el derecho de promover el proceso ordinario sobre la misma cuestión, debe entenderse únicamente a la cuestión de fondo (existencia y exigibilidad de la obligación) pero no a las excepciones que, oponibles en el juicio ejecutivo, constituyen materia propia del mismo y son juzgadas en su Sentencia». Ara bé, convé fer una observació respecte al procediment sumari de l'article 131 de la Llei Hipotecària. Respecte al que el Tribunal Constitucional, en Sentència 217/1993, de 30 de juny de 1993⁶⁹, considerant al mateix com procés de executió, diu que «la nul·litat de actuacions del procediment executiu del art. 131 de la L.H. había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario y tal interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria ni infringe el art. 24,1 CE, al quedar abierta a todos los interesados la vía del declarativo, por lo que se ha de concluir que la aplicación del art. 132 de la L. H. realizada por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones judiciales impugnadas no vulneran el art. 24,1 CE». En principi, pareix que la sentència dictada en el procés declaratiu posterior prevista a l'article 132 de la Llei Hipotecària no pugui decretar la nul·litat d'actuacions del procediment judicial sumari de l'article 131 LH. De fet, el propi art. 132 *in fine* preveu que pugui sol·licitar-se que s'assegure l'efectivitat de la sentència que s'hi dicte, amb retenció del tot o d'una part de la quantitat que, pel procediment executiu, dega lliurar-se a l'actor. D'on sembla derivar que l'efecte de l'estimació de l'oposició al judici declaratiu posterior no afectarà els actes del procediment sumari executiu, sinó que es limitarà a reintegrar-li per la quantitat

⁶⁸ Vegem *supra* a la nota 27.

⁶⁹ BJC, 1993, n.º 148-149, agost a setembre de 1993, pàgs. 143-50.

indegudament «executada». Essent d'aquesta manera, i atenent allò que en realitat sol obtenir-se del producte de les subhastes⁷¹, és clar que no quedaria degudament emparat el dret de defensa de tots i cadascun dels drets i interessos legítims del demandat executiu. Per tant, la interpretació ha de ser la contrària. Així, amb ORTELLS RAMOS⁷², pressuposta una certa legitimació de l'actor al procés declaratiu i la inexistència d'altres obstacles de dret material, al declaratiu posterior, podrà pretendre's i obtenir-se bé que la finca sobre què recau l'activitat executiva es ressituesca en ser i estat anterior a la iniciació de la mateixa, bé fins i tot una declaració d'extinció de la hipoteca amb anterioritat a la iniciació del procediment judicial sumari, tot i això incloent que l'art. 126 LJIH sols es refereix a la retenció de quantitats i que el 236 RH sols tinga previst aquesta anotació preventiva respecte al procediment executiu extrajudicial⁷³. La conclusió, d'una banda, és que la mesura cautelar adequada és l'anotació preventiva de demanda a l'empara de l'article 42,1 LJIH; d'altra, que quan es tracte del procés especial d'execució hipotecària, contràriament allò que correspon al judici executiu, sí serà factible obtenir la nul·litat d'actuacions via declaratiu ordinari, de manera que és raonable exigir l'acabament d'aquest procés prèviament a l'empar constitucional.

Però encara no hem descartat totes les possibilitats. Com és sabut, cap precepte de la Llei de Enjudiciament Civil nega que contra les resolucions dictades en el procés d'execució no siga possible la impugnació via recursos⁷⁴, per tant, es planteja el dubte de si caldrà esgotar aquests recursos possibles contra les resolucions dictades al constreñiment. Sobretot, si posem en relació la noció recurs de l'article 44,1a) LJOIC, per a iniciar el procés, amb l'al·lusió a la resolució del 44,2, de la mateixa llei, que assenyalava l'instant en què l'esmentada possibilitat finalitza. Al nostre parer, sembla clar que a efectes d'iniciació no caldrà recórrer les resolucions (expreses o, normalment, tàcites) que es dicten al constreñiment. Com assenyalava GÓMEZ COLOMER⁷⁵, el Tribunal Constitucional ha estat d'aquesta opinió, exigint l'esgotament únicament si el recurs era la via idònia per a remeiar la lesió del dret fonamental. No ens pareix que formular reposició (per cert, no es tracta tècnicament d'un recurs sinó més bé d'un remei) contra, per exemple, la

⁷¹ Segons MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2.º (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), cit., pàg. 144, la subhasta «técnicamente es un sistema tan bueno como cualquier otro, pero en la práctica se ha venido convirtiendo en la mejor forma para "malvender bienes"».

⁷² ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pàgs. 66-7.

⁷³ Perquè, assenyalava ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., pàg. 67, el tema de la pretensió ha de resoldre's amb independència de si una determinada mesura cautelar serà o no procedent i perquè el que suposa l'art. 236 RH és que la pràctica d'1, a diferència del seu efecte a l'executiu extrajudicial, no provoca la suspensió del procediment judicial sumari.

⁷⁴ En aquest sentit, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2.º (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), cit., pàg. 181.

⁷⁵ Cfr. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional*, III (amb MONTERO ORTELLS y MONTEÓN), cit., pàg. 704.

subhasta, siga considerat com un mitjà idoni per a fer valer el dret de defensa vulnerat. En canvi, a efectes de determinar el termini màxim, el terme «resolució» sí inclourà la que pugui ser dictada al repetit constrenyiment.

En efecte, l'article 44.2 LLOTJ, disposa que el termini per a interposar el recurs d'empara serà de vint dies des de la notificació de la resolució recaiguda al procés judicial. Aquesta resolució que vindrà a determinar el termini màxim serà la que es dicte immediatament després que la part prenga coneixement efectiu del procés. Així: a) Si és durant el termini per interposar apel·lació ja hem vist com prèviament s'ha d'interposar aqueix recurs. Aleshores la resolució impugnada en empara serà la de l'Audiència Provincial que resolga aqueix recurs; b) Si és en un moment posterior, la primera resolució que corresponga immediatament. D'elles, l'última serà la resolució d'aprovació «del remat». Però, insistim, sempre que haja hagut coneixement efectiu. Perquè, com diu al respecte la Sentència del Tribunal Constitucional, 217/1993, de 30 de juny de 1993⁷⁶, en aqueix cas «si alguna indefensió han sufrido, ella es imputable exclusivamente a su conducta negligente». Sobretot, atès que, com manifesta la mateixa sentència, el dret a no sofrir indefensió s'ha de ponderar amb el dret de què també son titulars les restants parts del procés que es resolga sense dilacions indegudes. De manera que «estos derechos deberán, sin duda, ceder (...) si quien viene ante nosotros en demanda de amparo ha sido colocado en una situación de indefensión de la que no pudo librarse actuando con la diligencia que sus medios permiten. No así cuando, por el contrario, tuvo oportunidades razonables para conocer cuál era la situación en la que se encontraba y de reaccionar frente a ellas».

V. EFECTES DE L'ESTIMACIÓ

L'efecte immediat i general de l'estimació de l'allegació de falta de «citació a executiu» és la nul·litat de les actuacions. Es deuran retrotreure's les actuacions, com diu la Sentència l'Audiència Provincial de Madrid, Secc. 13.^a, de 30 de març de 1993⁷⁷, «al momento y trámite que prevé el artículo 1.461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, al de la oposición de la ejecución». Concretament serà nul tot acte realitzat a partir del requeriment de pagament, que és vàlid com ho són els seus efectes registrals⁷⁸. Per tant, no es declara la nul·litat de l'embargament tractat, que segons la Sentència de l'Audiència Provincial de Santander, de 16 de febrer de 1994⁷⁹, es tracta d'una «diligencia esencialmente distinta y que no cabe

⁷⁶ Vegem *supra* a la nota 66.

⁷⁷ RGD, 1993, pàgs. 6.281-3.

⁷⁸ Així la SAP Jaén, 5 de maig de 1993. Base de Dades COLEX DATA.

⁷⁹ Base de Dades COLEX DATA.

entender, salvo concretas circunstancias no alegadas en este caso, que haya situado al recurrente en situación de indefensión, por lo que debe ser conservado, así como todas las actuaciones posteriores realizadas en relación con él, sin perjuicio del derecho de la parte a su levantamiento mediante consignación (...) o a pedir la sustitución de los bienes trabados por otros preferentes conforme al artículo 1.447 o de igual clase y suficiencia»⁸⁰. Igualment assenyala que no té sentit retrotraure les actuacions al moment de la «citació a executiu» quan la part es troba personada en el procediment i coneix cabalment la demanda, «bastando por ello para reponeerla en su derecho concederle el plazo legal para formular su oposición conforme a lo dispuesto en el artículo 1.463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Les raons perquè siga precisament en aqueix moment són bàsicament dues: 1.^a) El respecte al manteniment dels actes processals no lligats a l'acte nul de manera inescindible, com es desprèn dels articles 242 LIOPJ i 279 LIEC⁸¹. 2.^a) La naturalesa de la infracció comesa i la seva conseqüència, que és la indefensió creada a l'executada en impedir-se-li l'oposició a l'execució despatxada.

L'anterior doctrina no ofereix excessius problemes per a ser assumida com a correcta. Tanmateix, es planteja, almenys, un dubte en relació a l'extensió dels efectes de la nul·litat sobre els actes del procés d'una de les parts quan hi ha pluralitat. Aquesta qüestió la resol, al nostre parer, correctament, la Sentència de l'Audiència Provincial, Secc. 3.^a, de Palma de Mallorca, de 21 de novembre de 1991⁸². Decideix mantindre els actes processals que afecten les parts que han estat «citades a executiu» correctament perquè, com diu, «desde una perspectiva fiscalista, el principio de conservación no ha de quedar circunscrito al estrecho margen del mantenimiento de actos procesales o parte de éstos cuyos efectos habrían sido los mismos de no haberse producido la nulidad, sino que ha de encerrar un contenido más amplio que abarca no sólo a los actos procesados singularmente considerados, sino también a la conservación del proceso mismo como conjunto de actos encaminados a dar satisfacción o respuesta a las pretensiones de las partes».

⁸⁰ Per contra, la SAP Almeria, 23 de setembre de 1993 (Base de Dades COLEX DATA) declara la nul·litat del judici, fins i tot suposant l'alçament de l'embargament practicat.

⁸¹ Així la SAP Santander, 16 de febrer de 1994. Base de Dades COLEX DATA.

⁸² Vegem *supra* a la nota 23.