

PRESENTE Y FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

tirant lo banch

libros



Copyright © 2005.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas o actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanc publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

51 FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

© TIRANT LO BLANC
EDITA: TIRANT LO BLANC
C/ Arco Caribic, 14 - 46100 - Valencia
T: +34 96 361 00 48 - 50
FAX: 96 369 41 51
E-mail: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.com>
DEPARTAMENT D'ESTUDIS JURÍDICS
I.S.B.N.: 84-8456-062-0 (Pb)
IMPRESOR: GUADA IMPRESORES, S.L. - PM, Mollet, NL

Índice

Prólogo	13
JUAN CARLOS CARBONELL MONT	
Presentación	21
JOSE MARÍA GARCÍA	
Reflexiones en torno a una Constitución Democrática	23
CARLOS L. ALFONSO MELLADO	
Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional	29
ALFONSO MELLADO, CARLOS L. FABRIZIO MENDIET, GERSON	
La imputación y el derecho de defensa del imputado en el procedimiento para el injuicio sumo rápido de determinados delitos	47
JERÓNIMO VARGAS, ALEJO	
Francisco Javier Cosde García, una catedra del derecho político en una España sin Constitución	67
BERNARDI GÓ, XELVINO CORREA BELLESTIN, JORGE	
Garantías frente al legislador del ámbito reservado a la función jurisdiccional por la Constitución de 1978: 25 años de jurisprudencia constitucional sobre consultativas legislativas	91
BOIS PALLO, AUREO	
Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público	105
ROBERTO NAVARRO, JUAN LUIS CUBA, JOSE	
La nueva tutela judicial del crédito y su incidencia en el derecho constitucional a un proceso sin indefensión	121
ROBERTO NAVARRO, JOSE	
La concepción político-criminal de la Constitución española	135
ROBERTO NAVARRO, FERRER	
La Constitución como límite de la doctrina constitucional en materia de financiación autonómica	153
ROBERTO NAVARRO, CARRERA, E.	

V. CONCLUSIÓN

Cuando nos enfrentamos a la aplicación de la cláusula de orden público para la limitación de algunas manifestaciones de la libertad religiosa nos enfrentamos, así nos parece, con otro problema de mayor calado: actualmente, el orden público se configura como uno de las piezas clave de la defensa del dualismo en las relaciones político-religiosas que hace dos milenios iniciase el cristianismo.

En efecto, cuando una persona se considera a sí misma única y exclusivamente como fiel, y sólo secundariamente como ciudadano, cuando una Constitución religiosa propone un nuevo sistema de organización social en el cual lo religioso gobierna todas las realidades civiles, cuando la opción política deviene imperativo dogmático religioso, en ese momento la única defensa que el orden temporal posee para tutelar su legítima autonomía e independencia consiste en limitar el ejercicio de aquel derecho en cuya virtud —o mejor, en cuyo abuso—, determinados individuos y comunidades pretenden suplantar el conjunto de valores sobre los que se asienta la cultura occidental por otros de inspiración monista.

Con todo, también se corre ese mismo riesgo cuando, desde el Estado, se propone una opción laicista o confesionalmente atea, en la cual la esfera temporal sustituye en todo a la religiosa, relegando a ésta al ámbito estrictamente privado de la persona, impidiéndole en consecuencia vivir su condición de creyente en plena libertad e igualdad.

La nueva tutela judicial del crédito y su incidencia en el derecho constitucional a un proceso sin indefensión

JOSÉ BONET NAVARRO

Facultad de Derecho, Universidad de Valencia

SUMARIO. I. Generalidades. II. La exclusión de la notificación selecta en el proceso monitorio común (arts. 815 y 861 LEC). III. Forma del requerimiento en el proceso monitorio en reclamación de gastos de contabilidad de propietarios (arts. 815.2 y 864 LEC). IV. Forma del requerimiento en el juicio cambiario (arts. 821.2.1ª y 161 LEC). V. Forma del requerimiento en la reclamación de gastos y sueldos por el procurador y honorarios de Abogado (arts. 34.2, 35.2 y 161 LEC).

I. GENERALIDADES

Según el tenor literal del art. 24 CE «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Se trata de un derecho de configuración legal. Ahora bien, en su propia configuración legislativa puede sufrir modulaciones que en ocasiones pongan en peligro su contenido esencial.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en vigor desde enero de 2001, entre otras importantes cuestiones ha diseñado un nuevo sistema para la tutela judicial del crédito caracterizada sobre todo porque en líneas generales fortalece la posición del acreedor, lo que se acredita todavía más en ciertas materias por las razones más diversas.

La tutela ejecutiva de los créditos documentados en títulos extrajudiciales (arts. 517 y concordantes LEC) o, sobre todo, la actual regulación de la ejecución provisional en los arts. 524 a 537 LEC¹, son buenos ejemplos de la potenciación

¹ Véase en líneas generales CÁMARA RUIZ, J., «Ejecución provisional», en *Derecho Procesal Civil* (Voz-ORTIGALLA, MASCARELL, JUAN; BONET, HELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), Clear-Minor, 4ª ed., 2003, págs. 965-82.

que ha recibido la posición del acreedor en la actual regulación.² Si cabe, ésta se manifiesta todavía con mayor nitidez con la introducción del llamado proceso monitorio, instrumento apto para la reclamación del crédito dinerario, vencido, exigible y, en general, para cuantías hasta treinta mil euros, con la mera condición de que este crédito se halle documentado, incluso aunque el documento sea confeccionado unilateralmente por el propio acreedor (art. 812 LEC).

Esta opción legislativa de fortalecimiento de una de las posiciones forzosa-mente ha de suponer el consiguiente debilitamiento de la posición contrapuesta, en este caso del deudor, lo que incide negativamente en el ámbito de las garantías que tradicionalmente venían correspondiendo al demandado en el proceso.

No me parece exagerado afirmar que el proceso monitorio supone un verdadero giro copernicano respecto de la actitud que ha de adoptar el deudor, en cuanto se le atribuye la carga de la iniciativa en la introducción del contradictorio. En efecto, la llamada «técnica monitoria» se caracteriza en que el juez requiere de pago al deudor y, si éste hace caso omiso o no da razones, se inicia inmediatamente proceso de ejecución. De ese modo, aunque ha sido el acreedor quien inicia el proceso monitorio, será el deudor quien deberá formular la oposición. En caso contrario y salvo que el demandado pague, se pondrá en marcha la maquinaria procesal y particularmente los medios ejecutivos de subrogación (afeción y realización de bienes), con el fin de que el acreedor vea satisfecho su crédito.

Con esta actitud activa en la iniciativa de la contradicción atribuida al deudor se vislumbra inmediatamente el peligro de indefensión que sufriría en todos aquellos supuestos en los que eventualmente pueda no tener información del «caso» que le hace el juez para que pague o dé razones³, pues de lo contrario se incidirá directamente en su patrimonio para hacer pago al acreedor. No ofrece ninguna dificultad entender que, si no queda suficientemente garantizada la posibilidad de información del deudor judicialmente requerido, podrá abrirse la ejecución, con las gravísimas consecuencias que ésta implica sobre el patrimonio del deudor, sin que el deudor haya tenido la más mínima posibilidad de defensa. De este modo, una cuestión aparentemente baladí como el régimen de las notificaciones, fundamentalmente en su forma y operativa cuando no es

² Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 10 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución procesal y proceso monitorio», *Diario La Ley*, núm. 4745, de 2 de marzo de 1999, págs. 1-6.

³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «dece monitorio» «de lo que sirve para avisar».

posible la comunicación personal, adquiere una importancia trascendental en el orden constitucional. Resulta suficientemente aceptable admitir que la desinformación que traerá generalmente implícita la falta o irregular notificación sea calificada como una de las mayores indefensiones⁴.

En este breve trabajo no voy a poner de manifiesto, ni mucho menos, la inconstitucionalidad —ni siquiera posible— del sistema. Tal afirmación exigiría, primero, descartar que lo inconstitucional sea la errónea interpretación del sistema mismo. En mi opinión, basta descartar erróneas interpretaciones o irregulares aplicaciones de la norma en el caso concreto. Por ello que, más bien al contrario, partiendo de los riesgos que implica sobre el derecho de defensa, sencillamente ofreceré las interpretaciones en mi opinión correctoras que precisamente permitan su lectura constitucional.

II. LA EXCLUSIÓN DE LA NOTIFICACIÓN EDICTAL EN EL PROCESO MONITORIO COMÚN (ARTS. 815 Y 161 LEC)

Según dispone el párrafo segundo del art. 815.1 LEC, «el requerimiento se notificará en la forma prevista en el artículo 161 de esta Ley, con apercebimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despojará contra el ejecutado según lo prevenido en el artículo siguiente».

⁴ Son gráficas las palabras de la STC 90/2003 (Sala I) 2 de junio, RTC 2003/99. Ponente: D. Jorge Rodríguez Zapata Prieto, cuando afirma que «conviene recordar la importancia que este Tribunal ha atribuido a la efectividad de los actos de comunicación procesal en todos los órdenes jurisdiccionales, dada la trascendencia que extra acción tienen para garantizar el principio de contradicción o audiencia bilateral que marca el contenido del derecho reconocido en el art. 24.1 CE a la tutela judicial efectiva así que en ningún caso se produce indefensión. Ello implica que los órganos judiciales tienen especial deber de diligencia en su realización que supone en la medida de lo posible la recepción de las comunicaciones procesales por sus destinatarios, así, entre otros muchos, SSTC 86/1997 de 22 de abril; 42/2002, de 25 de febrero; 149/2002, de 13 de julio; de ello deriva, lógicamente, que el medio normal de comunicación personal debe ser el imprescindible, cación o notificación personal (últimamente SSTC 186/1997, de 30 de noviembre; 56/2001, de 26 de febrero; 149/2002, de 13 de julio)». Por lo demás, sobre una posible falta constitucional de la relevancia de la notificación y su relevancia constitucional, puede verse BONET NAVARRO, J., «Al volar de la oposición del deudor basada en la falta de notificación», *Jurisprudencia I* alguna consideración sobre la petición de nulidad del juicio, en *Revista Española de Derecho Procesal*, núm. IV, 1997, págs. 123-43. Idem: «Clasificación de remanente de defensa del demandado», en *Revista Península de Derecho Procesal*, núm. 3 1999, págs. 35-49.

Este art. 161 LEC regula la comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula, cuya entrega al destinatario se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser requerida y, entre otras cosas, establece el modo de documentación, por medio de diligencia firmada por el secretario judicial o funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga. Y a continuación el mismo precepto prevé distintas eventualidades:

1.ª Negativa a la recepción. En caso de que el destinatario se negare a recibir el requerimiento, lo que supone que ha de ser hallado en el domicilio, será amonestado y si insistiere en su negativa, el funcionario actuante le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Secretaría del Juzgado, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia.

2.ª Comunicación en el lugar de trabajo. Si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de éste, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocer a aquél o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella. En este caso, en la diligencia se hará constar el nombre de la persona destinataria de la comunicación y la fecha y la hora en la que fue buscada y no encontrada en su domicilio, así como el nombre de la persona que recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus efectos la comunicación así realizada.

3.ª Si no se encuentra en la sede de la comunicación o en el domicilio según el padrón municipal o a efectos fiscales o según registro oficial o publicaciones de colegios profesionales o fuere la vivienda o local arrendado al demandado, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado o familiar, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, advirtiéndole al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso, si sabe su paradero.

4.ª Si no se entrara a nadie, el Secretario Judicial o funcionario designado procesará averiguar si vive allí su destinatario. Si ya no residiese o trabajase en el domicilio al que se acude y alguna de las personas consultadas conociese el actual, éste se consignará en la diligencia negativa de comunicación.

Por último, si no pudiera conocerse por este medio el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 156.

Esta remisión al art. 156 LEC, que regula precisamente las averiguaciones del tribunal sobre el domicilio¹, no resultaría problemática si no fuera porque en su apartado cuarto prevé que «si estas averiguaciones resultaren infructuosas, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos».

Es bien conocido lo que implica en la práctica la notificación edictal: a la postre, la desinformación del deudor. En efecto, regulada en el art. 164 LEC, supone que el tribunal en definitiva mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del Juzgado o tribunal. Y sólo a instancia de parte, y a su costa, se publicará en el «Boletín Oficial» de la provincia, de la Comunidad Autónoma, en el «Boletín Oficial del Estado» o en un diario de difusión nacional o provincial.

En esta previsión, fruto de una especie de casambola de remisiones, radica la fuente de la problemática suscitada en orden al derecho de defensa en el ámbito del proceso monitorio. Si la iniciativa del contradictorio corresponde al deudor, si su actitud pasiva va a permitir incidir directamente su patrimonio, parece razonable ya no solamente que la notificación edictal sea última ratio, sino incluso que sea garantizada la notificación personal.

La técnica legislativa utilizada en la LEC, una vez más, resulta discutible. Se podía haber sido claro y rotundo con la prohibición expresa de que se practicase notificación edictal en el proceso monitorio o, al menos, el art. 815 LEC podía haber matizado que la remisión al art. 161 LEC solo era en cuanto al modo de practicar las notificaciones, sin incluir a su vez las remisiones de éste a otros preceptos como el art. 156. Pero nada de eso se ha hecho, y de ahí que se planteen innecesarias dudas en esta materia.

Aunque sea minoritariamente, no faltan autores, como por ejemplo Senar², que sostiene que «el legislador no descarta la notificación edictal», y en la mismo sentido se pronuncia D^a LA LLANA³, a pesar de los interrogantes que manifiesta sobre el derecho a la tutela judicial efectiva⁴. Incluso, lo que resulta todavía más

¹ Prevé la posibilidad de dirigirse a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155.

² SEDANE SPIEGELBERG, J. L. «El proceso monitorio (Artículos 812 a 818)», en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, II tomo / MARINA y LOSCERTALES, Madrid 2000, pág. 1942 acerca que «el legislador no descarta la notificación edictal».

³ Art. del AAP Valencia, 7 noviembre 2001, SPAUTO/507. Esta resolución es contestada, en sentido crítico, por SEPYN, «solicitud monitorio inadmisión de la demanda por no aportarse documento original acreditativo de la deuda», SEPYN, LEC, Foron, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 19, mayo 2002, págs. 63-4.

⁴ Art. DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio. Su regulación en la Ley I/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Diario La Ley*, 2000-4, mantiene tales interrogantes al menos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie.

preocupante, en alguna resolución judicial se ha venido admitiendo esta posibilidad.

No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria viene excluyendo la notificación edictal en el ámbito del proceso monitorio⁹. Así, fundamentalmente porque el proceso monitorio produce cosa juzgada y no está previsto acudir a un ulterior proceso para justificar los defectos del requerimiento, lo que exige la máxima prudencia, opina Sotelo¹⁰ que «debería limitarse la eficacia del requerimiento de pago a aquellos supuestos en que el requerimiento se haya efectuado precisamente al deudor o a un familiar, dependiente o criados». Y en similar sentido Díez-Picazo¹¹ estima que, aunque la regla general sea que la notificación se realice en la forma prevista en el art. 161 LEC, debe entenderse que no cabe la comunicación edictal, dados los efectos anulados a la incompetencia.

Por su parte, aunque no sea con la uniformidad que cabría esperar, la jurisprudencia ha empezado a decantarse también por excluir la notificación edictal. Explica el AJP, núm. 15 Zaragoza, 2 julio 2002¹² que así lo exige la «naturaleza del procedimiento», en cuanto que permite acceder a la ejecución no tanto por el valor del documento como «la postura que el demandado adopta ante la proclamación judicial de aquel por el acreedor. Postura que es exigida e interpretada rigidamente por el legislador, por ello, y además porque excluye cualquier debate ulterior, exige garantías de que llegue a conocimiento del deudor, garantías de que llegue a conocimiento del deudor que no quedan atendidas por una comunicación tan ficticia como es la edictal. Cuando el art. 815 remite al art. 161 lo está haciendo en cuanto en el mismo precepto se regula un acto de comunicación en el domicilio conocido del demandado».

Este criterio se refuerza igualmente con un argumento interpretativo de cierto peso. El propio art. 815 LEC para ciertas materias remite expresa y directamente al art. 164 LEC, de modo que en aquellos supuestos en que

expresamente no se contemple ha de entenderse excluida esta posibilidad¹³. En efecto, el art. 815.2 LEC prevé que, en las reclamaciones de gastos de comunidad, «la notificación deberá efectuarse en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con los asuntos de la comunidad de propietarios. Si no se hubiere designado tal domicilio, se intentará la comunicación en el piso o local, y si tampoco pudiere hacerse efectiva de este modo, se le notificará conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la presente Ley». Por lo tanto, hay argumentos suficientes para compartir las palabras del AJP núm. 10 Bilbao, 20 diciembre 2003¹⁴, cuando afirma que «aunque el art. 161 a su vez remite al sistema de averiguación de domicilio del 156, y éste, de nuevo, a la citación por edictos del art. 164, la forma de citación usual en un monitorio es la personal, y no puede ser la edictal». Y en definitiva, si no es posible la personal, procederá el archivo de las actuaciones.

Con todo, si bien cabe entender como no aplicable la previsión del art. 164 LEC en relación concretamente con la notificación edictal, no se excluyen otras formas intermedias previstas en el art. 161 LEC. Por tanto, resulta perfectamente admisible la notificación prevista en caso de negativa a la recepción, la entrega en el lugar de trabajo no ocasional estando ausente, así como a empleado o familiar mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio o al conserje de la finca. Y considero igualmente que serán procedentes también las diligencias de averiguación del art. 156 LEC, aunque no sea de aplicación su punto cuarto por ser el que contempla la forma edictal de notificación.

III. FORMA DEL REQUERIMIENTO EN EL PROCESO MONITORIO EN RECLAMACIÓN DE GASTOS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (ARTS. 815.2 Y 164 LEC)

Todo esfuerzo interpretativo para excluir la notificación edictal en el proceso monitorio común, a pesar de las remisión al art. 164 LEC, se desvanece en materia de reclamación de gastos de comunidad. Como se ha indicado, el art.

⁹ Véase, entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Madrid, 2000, pág. 262.

¹⁰ CORREA DELCASO, E. P., *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, pág. 178. GARBERRI, TORRES y CASERO, *El cobro ejecutivo de las aludas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución de aludas, proceso monitorio y juicio cambiario*, Barcelona, 2002, págs. 1180 y 1187. HINDOUSA SIEGGOVIA, R., «Algunas cuestiones polémicas en la aplicación de los procesos monitorio y cambiario», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2002, págs. 287-321.

¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, págs. 60-1.

¹² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, E., «Del proceso monitorio», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA VEGAS y BANCLOCHEL, Madrid, 2001, págs. 1367-8.

¹³ Véase, entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, págs. 60-1.

¹⁴ Ponente: D. Amn Ignacio Medrano Sánchez, JUR 2002/204978. Véase igualmente la SAP Vizcaya (Secc. 3ª) de 28 julio 2003. Ponente: Dña. Ana Isabel Gutiérrez Galdiano, AC 2003/4799.

¹⁵ Véase PICO I JUNYER, E., «Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica de Galicia*, núm. 3, 2000, págs. 85-108.

¹⁶ Ponente: D. Eduardo Rodríguez Achaeta, JUR 2004/2707, cit. 2004, p. 2004.

815.2, expresamente permite que pueda realizarse la notificación conforme a lo dispuesto en el art. 164 LEC esto es, como se ha visto, mediante edictos.

Aunque la notificación personal pueda ser todo lo recomendable que se quiera —incluso para el acreedor—¹⁵, las gravísimas consecuencias para la posición y el patrimonio del deudor en caso de incomparecencia no han impedido el establecimiento de esta previsión. Siendo congruentes con la posición doctrinal mayoritaria por la que se venía a excluirla en el ámbito del proceso monitorio común, cabría concluir manifestando las dudas sobre su constitucionalidad. De ese modo, autores como GÓMEZ DE LIANO y ORTIZ¹⁶, critican duramente esta previsión cuando afirman confundidamente que constituye un importante retroceso, dista bastante del régimen de garantías que se viene exigiendo en el orden jurídico general y supone una discriminación injustificada, rayante en la inconstitucionalidad, y no sabemos por qué razones en esta materia han de disminuirse las garantías básicas del derecho de defensa, que reside precisamente en el conocimiento que proporciona la notificación.

No obstante, a pesar de que la reclamación de los gastos de comunidad se articule mediante el proceso monitorio regulado en los arts. 812 a 818 LEC, también es cierto que recibe importantes especialidades en la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH), fundamentalmente en el art. 21 en relación con los correspondientes concordantes de la LPH. Y de estas especialidades destacan dos circunstancias relevantes a estos efectos: La primera que, conforme al art. 9.h LPH, el propietario del piso o local tiene la carga de «comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad. En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregas al ocupante del mismo». La segunda que, tal y como previenen los arts. 812.2.2.º LEC y 21.2 LPH, el documento que permite abrir el proceso monitorio con las especialidades previstas para la reclamación de

gastos de comunidad será la «certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda con la comunidad de propietarios por quien actúe como secretario de la misma, con el visto bueno del presidente, siempre que tal acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma establecida en el artículo 9».

Con tales especialidades, y sin perjuicio de la reiterada jurisprudencia sobre su consideración como mecanismo siempre subsidiario¹⁷, por lo que habrían de practicarse previamente las diligencias de averiguación previstas en el art. 155 LEC¹⁸, un sector importante de la jurisprudencia entiende justificada la notificación edictal en la medida que sea razonable que el demandado padezca con las consecuencias de no cumplir con la carga de la designación de domicilio. El Tribunal Constitucional, por último, en la citada STC 99/2003 (Sala 1.ª) 2 de junio, afirma en este sentido que «en el marco de la doctrina constitucional asentada, se ha precisado, en supuestos de procesos seguidos —intuitiva pariter, que las resoluciones judiciales recaídas en los mismos no suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses, bien colocándose al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, bien cuando puede deducirse que posee un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 80/1996, de 20 de mayo, F. 2; 81/1996, de 20 de mayo, F. 3; 121/1996, de 8 de julio, F. 2; 29/1997, de 24 de febrero, F. 2; 40/1997, de 11 de marzo, F. 2; 86/1997, de 22 de abril, F. 1; 99/1997, de 20 de mayo, F. 4; 118/1997, de 23 de junio, F. 2; 165/1998, de 14 de julio, F. 3; 72/2000, de 17 de enero, F. 2; 12/2000, de 17 de enero, F. 3, y 65/2000, de 13 de marzo, F. 3), pero sí que pueda presumirse ese conocimiento extraprocesal por meras conjeturas, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 161/1998, de 14 de julio, F. 4; 26/1999, de 8 de marzo, F. 5, y 219/1999, de 29 de noviembre, F. 2, por todos)».

Partiendo de la anterior doctrina constitucional, no es de extrañar que por la jurisprudencia «menor», así se empiece a entender en esta materia. Ilustrativas

¹⁵ Por ello que autores como BALLESTEROS, MORENO, JAIME, ROSAT y ROSAT, «Los procedimientos judiciales en la ley de la propiedad horizontal», en Comentarios a la nueva

¹⁶ Ley de Propiedad Horizontal, (coord. ROSAT), Valencia, 1998, pág. 309, manifiestan con cierta especial recomendación es la de tratar que el demandado o deudor reciba, a poder ser, la notificación de que se trate, personalmente, salvo que el deudor se niegue indebidamente a admitirla, y así se haga constar expresamente.

¹⁷ GÓMEZ DE LIANO y LOREDO, Procedimientos sobre propiedad horizontal (Ley 8/96 de 4 de abril), Oviedo, 1999, pág. 85.

¹⁸ Véase alguna jurisprudencia en ALIAGA CASANOVA, A. C., «Desarrollo procedimental del proceso monitorio. Especial referencia al mandato de pago y a las posibles conductas del deudor», en Fundamentos de Sociedades y Subsectores, VII-2000, Ministerio de Justicia, CEJAL, Madrid, 2001, págs. 717-8.

¹⁹ Véase alguna jurisprudencia en ALIAGA CASANOVA, A. C., «Desarrollo procedimental del proceso monitorio. Especial referencia al mandato de pago y a las posibles conductas del deudor», en Fundamentos de Sociedades y Subsectores, VII-2000, Ministerio de Justicia, CEJAL, Madrid, 2001, págs. 717-8.

²⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., El proceso monitorio, cit. pág. 203. HERRERO DE IGARZA Y OCTAVIO DE TOLEDO, F., El proceso monitorio, en Los procesos especiales, (dir. ORTIZ), Madrid, 2000, págs. 144-5.

resultan los términos del AJPL (núm. 15) Zaragoza, 2 julio 2002¹⁹, cuando afirma que «encontrará su justificación en el incumplimiento por el deudor de sus específicos deber legal que se impone a los comuneros de encontrarse localizable para la Comunidad a fin de permitir la buena marcha y gobierno de la Comunidad (art. 9.1.4 de la LPH) soportando el comunero las consecuencias del incumplimiento de esa obligación y de deserción/arresto que con el mismo se produce de sus obligaciones para con la Comunidad. El art. 24 C.E. invocado por el recurrente sirve de fundamento de desestimación para el recurso, pues tan arbitrario es del derecho de defensa el promotor del expediente como el demandado». Asimismo, esta consideración se refuerza por el hecho de ser conditio sine qua non para el inicio del proceso monitorio en esta materia el que el deudor haya podido conocer en dos ocasiones previas la existencia de la deuda, esto es, a la hora de la celebración de la correspondiente junta de propietarios en la que se aprueba la liquidación de la deuda y en la notificación del acuerdo en los términos del art. 9 LPH²⁰.

En definitiva, a pesar de que la reclamación de los gastos de comunidad de propietarios se instruye mediante el proceso monitorio, comparto con la doctrina mayoritaria —y la incipiente jurisprudencia que así lo apunta también—, la justificación de la específica previsión de la notificación oficial en el art. 815.2 LEC, dadas las especialidades previstas en esta materia que la permiten sin que se resienta de modo constitucionalmente relevante el derecho de defensa del deudor. Por supuesto, la práctica de esta notificación habrá de ser última ratio, tras agotar escrupulosamente todas las posibilidades, y no será admisible cuando se constate que, a pesar de todo, la Comunidad de Propietarios tenía conocimiento del domicilio real del deudor.

En consecuencia, comparto con la doctrina mayoritaria que la notificación oficial en el art. 815.2 LEC, dadas las especialidades previstas en esta materia que la permiten sin que se resienta de modo constitucionalmente relevante el derecho de defensa del deudor, no será admisible cuando se constate que, a pesar de todo, la Comunidad de Propietarios tenía conocimiento del domicilio real del deudor.

¹⁹ Ponente: D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. JUR 2002/204978. Véase igualmente la SAP Vizcaya, (Secc. 3ª), 28 julio 2003. Ponente: Dña. Ana Isabel Gutiérrez Gopdiner. AC 2003/1799.

²⁰ En esta línea, por ejemplo, algunos como Díez-Picazo-Gómez, E., «Del proceso monitorio, en Comentarios a la Ley de Ejecución Civil (Ley de la OLYFA, VEGAS y BANALOCHE)», cit. pág. 1568. ALRGA CASANOVA, A. C., «Desarrollo procedimental del proceso monitorio. Especial referencia al mandato de pago y a las posibles conductas del deudor», en Estudios jurídicos. Secretarías judiciales, 93-2001, Ministerio de Justicia, CEJAF. Véase, por otro lado, GÓMEZ MARTÍNEZ, E., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., La Ley de Propiedad Horizontal. Euzko, 1999, págs. 208-9.

IV. FORMA DEL REQUERIMIENTO EN EL JUICIO CAMBIARIO (ARTS. 821.2.1º Y 161 LEC)

El art. 821.2 LEC es muy parco a la hora de regular el requerimiento de pago, y limita a indicar que «el tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas: 1º Requerir al deudor para que pague en el plazo de diez días».

Nada dice sobre la norma aplicable, no obstante, aunque con algunas opiniones discrepante²¹, parece claro que serán de aplicación las reglas generales previstas en los arts. 149 y ss LEC, que terminan en definitiva con la aplicación del mismo art. 161 LEC. Como afirma contundentemente HURTADO²², la normativa aplicable es la del Libro I de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles, Título V «de las actuaciones generales», Capítulo V «de los actos de comunicación general», puesto que «aparecen como normas generales y aplicables a todos los procedimientos en defecto de normas propias que en este caso no existen». En efecto, en mi opinión la norma aplicable en general para completar la precisión en la regulación del requerimiento de pago del juicio

deudor para que pague en el plazo de diez días, es el art. 161 LEC.

²¹ De ahí que algunos autores, en ocasiones por opinar que la naturaleza del juicio cambiario es de ejecución, sostienen que la regulación aplicable será la del requerimiento de pago en el proceso de ejecución. Así, a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio propio que los demás procesos de ejecución especiales y del modo cuantiles*, Madrid, 2001, pág. 803, le «opone indudable que el requerimiento debe hacerse de modo en que, para el juicio ejecutivo lo regulan los arts. 581 y 583 LEC». Y en la misma línea ADÁN DOMÉNECH, F., «El proceso cambiario», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos de la Ley 1º/2000, IV*, (coord. ALONSO-CUEVILLAS), Barcelona, 2000, pág. 250. Y algo más matidamente, según BAENA RUIZ, E., «El juicio cambiario (Artículos 819 a 827)», en *Ley de Ejecución Civil, II*, (coord. MARINA y LOSCERTALES), Madrid, 2000, pág. 1675, el requerimiento se llevará a cabo acudiendo a la regulación que hace el legislador del requerimiento de pago, dentro de la ejecución forzosa, en el art. 580 y siguientes, si bien adaptándolo a las singularidades del juicio cambiario.

²² HURTADO YELO, F. J., «La diligencia de requerimiento de pago y embargo en el juicio cambiario. Posibilidad de levantamiento del embargo trabado», en *Estudios jurídicos. Secretarías judiciales*, VII-2007, Ministerio de Justicia, CEJAF, Madrid, 2001, pág. 822. Y en esa línea, entre otros, RODRÍGUEZ MERINO, A., «Del juicio cambiario», en *Comentarios a la nueva Ley de Ejecución Civil IV*, (dir. LORCA), Valladolid, 2000, pág. 4498, sostiene que la notificación deberá hacerse en los términos del art. 155, apartados 1.º y 3.º de la LEC, en relación con el art. 161 del mismo texto legal, incluido un requerimiento de pago que en principio admitirá requerir del requerido de que consignare en la diligencia, conforme expresa el art. 152.3 LEC.

cambiarlo, será la del Libro I—de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles—, Título V y de las actuaciones generales, Capítulo V «de los actos de comunicación general», y en especial la contenida en el art. 815 LEC, si bien la resolución adoptará la forma de auto en lugar de providencia y el plazo otorgado se reducirá a la mitad. Siendo que en cualquier caso el citado art. 815 LEC como se ha visto nos remite a su vez a las reglas generales del proceso de declaración sobre notificaciones y concretamente al art. 161 LEC.

En cualquier caso, aunque no se exprese en el art. 821 LEC, en aras del ejercicio pleno del derecho de defensa²⁵, y consecuencia de una aplicación integradora del art. 821 con el art. 815 y general de Art. 152.2 todos LEC, habrá de constar la advertencia de que, además del pago, cabe la posibilidad de formular oposición y de que, en caso de inactividad, se despachará ejecución. Y, por su parte, el propio tenor literal de Art. 821.2.1.^o LEC viene a excluir la exención de requerimiento por la acreditación de haberse realizado este extraprocesalmente, tal y como deriva del art. 581.2 LEC, que resulta por tanto inaplicable en este punto.

Lo bien cierto es que se plantea la duda de si será posible la notificación edictal en el juicio cambiario. Sobre este punto, en mi opinión, habrá que distinguir si el título-valor cambiario contiene o no la indicación de un domicilio del obligado.

1.^o No constancia de domicilio. Desde luego, la constancia de un requisito no se exige como elemento constitutivo o esencial del título. En tal caso, el requerimiento habrá de realizarse en los términos estrictos del art. 161 LEC, exactamente igual a como se ha visto para el juicio cambiario. Las dudas y las soluciones son las mismas a las ofrecidas en el monitorio común. Me sumo a las opiniones, y reitero una vez más, que la LEC excluye con carácter general en el proceso monitorio —y por tanto, también para el cambiario—, salvo que expresamente se autorice, la posibilidad del emplazamiento edictal. Como se ha indicado, la notificación del requerimiento de pago se configura como elemento relevante del que depende el pleno ejercicio del derecho de defensa dadas las gravísimas consecuencias que implica la incomparecencia, de modo que deban emplearse las máximas garantías en orden a lograr su finalidad, esto es, permitir el real y efectivo conocimiento del proceso por parte del deudor. Además, sólo ha sido prevista en materia de reclamación de gastos de comunidad de propie-

tares. Por ello que la lectura constitucional de las normas sobre emplazamientos del TC, dirigida a garantizar en todo momento el real y efectivo conocimiento de la demanda, conduce a la exclusión de la posibilidad de la notificación edictal, cuando debe concebirse restrictivamente toda interpretación de la legalidad susceptible de limitar la eficacia de los derechos fundamentales...

2.^o Constancia de domicilio. En este supuesto, aunque no concurre previsión expresa, la consideración anterior podría ser matizada. El obligado, del mismo modo que ha asumido la obligación documentada, igualmente tendría que asumir el domicilio que consta en el título-valor cambiario. En el mismo habría de realizarse la notificación y, en caso de no ser posible, el propio obligado habría de asumir las consecuencias y más concretamente, la posibilidad de notificación edictal.

Sin necesidad de recurrir al art. 582 LEC y además de las remisiones del art. 161 al 164 LEC, esta conclusión deriva de la propia teleología del art. 815 LEC cuando en su punto segundo se refiere a que «la notificación deberá efectuarse en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones». Todo ello sin perjuicio de que el requerimiento pudiera hacerse, además, a petición del actor, en cualquier lugar en el que, incluso de forma accidental, el demandado pudiera ser hallado, tal y como previene el art. 582 LEC y, en cierto modo, contempla el art. 813 LEC.

V. FORMA DEL REQUERIMIENTO EN LA RECLAMACIÓN DE GASTOS Y SUPLIDOS POR EL PROCURADOR Y HONORARIOS DE ABOGADO (ARTS. 34.2, 35.2 Y 161 LEC)

Una vez más, la LEC guarda silencio sobre el modo en que ha de realizarse el requerimiento de pago. En relación con la exigencia de las cantidades que el poderdante moroso adeude al procurador por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto, dispone el art. 34.2 LEC que «presentada la cuenta, se mandará que se requiera al poderdante para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación». Y exactamente en los mismos términos, en la reclamación de los abogados de sus honorarios frente a la parte a la que defiendan, el art. 35.2 LEC reitera que «presentada esta reclamación, se mandará que se requiera al deudor para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación».

²⁵ GARRERÍ LLOBREGAT, J., «Juicio cambiario (arts. 819-27)», en *Los procesos civiles. Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil con fundamentos y jurisprudencia*, 5, (dir. GARRERÍ), Barcelona, 2001, pág. 842.

Como en el juicio cambiario, no se expresa una remisión específica a ningún precepto. Más bien se opta por regular el requerimiento de forma aparentemente autónoma. No obstante, si se observa, la regulación no aporta ningún elemento novedoso respecto de la regulación general: requerimiento para que pague o se ponga (ahora en la modalidad de irrogar la cuenta), bajo apercibimiento de apremio si no paga ni formula oposición. Queda la duda de si esta regulación ha de considerarse completa o si ha de venir integrada por las reglas generales. En cualquier caso, aunque se mantuviera que se trata de una regulación autónoma, igualmente se mantendría la duda igualmente de si procederá o no la notificación edictal.

La solución deriva inicialmente de la posible encuadre de estos procesos entre los monitorios. Frente a la consideración de estas reclamaciones como proceso monitorio, al margen de otras especialidades ahora irrelevantes, se oponen dos importantes diferencias respecto del aquí: la oposición no abreirá un proceso plenario sino sumario y, consecuentemente, en ningún caso tendrá eficacia de cosa juzgada. Ahora bien, no obstante ser ésta una especialidad sustancial respecto del proceso monitorio común, y hasta incluso del juicio cambiario (partiendo fundamentalmente de una lectura correcta del art. 67 de la Ley Cambiaria), en mi opinión ello no obsta para que sea nota características de estos procesos, una vez más, la llamada «técnica monitoria», de modo que en el mismo se requiere de pago y, si el deudor no paga ni formula oposición, se despacha ejecución. Por ese motivo, considero estos procesos cabe ser entendidos como procesos genéricamente monitorios, si bien muy especiales.

Siendo así, del mismo modo que se ha visto con el juicio cambiario, la naturaleza de proceso monitorio, aunque sea especial, conduce a idéntica solución: en lo no previsto, será de nuevo aplicable la regulación general tanto del art. 815 como en el art. 161 LEC al que remite.

En mi opinión, por las mismas razones que las vistas para el proceso monitorio, aunque sea con alguna menor intensidad dado que la oposición será sumaria y no producirá en modo alguno eficacia de cosa juzgada el auto que la resuelva, como tampoco la tendrá el auto por el que se despacha ejecución en caso de inactividad del deudor, considero que habría de ser excluida igualmente a posibilidad de notificación edictal en estos procesos.

La concepción político-criminal de la Constitución Española

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Facultad de Derecho, Universidad de Valencia

La Constitución Española de 1978 fue el fruto de la voluntad de consenso de los principales partidos del arco parlamentario. No supuso, frente a sus predecesoras, el triunfo de una España frente a la Otra, sino la muerte de las Dos Españas. Ese consenso se puede apreciar en la mayoría de las instituciones básicas de la convivencia social que pretende regular, que en otros trabajos de esta obra colectiva se expresen con mayor profundidad.

Así, en materia económica, se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, se establece la libre competencia y se admite la posibilidad de planificación de la economía por parte del Estado, confluyendo las tesis liberales con las intervencionistas. Se declara la unidad e indivisibilidad del Estado, pero al mismo tiempo se crea un modelo de autonomías fuertemente descentralizado, de tal forma que se aunan tendencias centralistas con aspiraciones nacionalistas. Se afirma el carácter laico del Estado, y también se expresan las especiales relaciones con la Iglesia Católica... Del mismo modo, estos ejemplos de consenso entre fuerzas políticas e ideológicas, entre tendencias y movimientos sociales, también se va a reflejar, como no podía ser de otra forma, en la misma concepción político-criminal que deriva de sus preceptos y espíritu. Voy a intentar exponer algunas consecuencias de este carácter aglutinador de nuestro Texto Fundamental, con toda la brevedad que nos exige nuestra participación en esta publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

El art. 1.1 afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esta afirmación implica que la política criminal en el tratamiento del fenómeno delictivo debe recoger las ideas propias del carácter liberal, democrático y social del Estado producto de su transformación social e histórica. Lo cual supone que de la Constitución deriven los principios básicos que inspirarán el modelo positivo del Estado social y democrático de Derecho.