





Índice

I SECCIÓN DOCTRINA	11
PROCESO CIVIL Y COMERCIAL	13
Teresa Arruda Alvim Wambier	15
Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial	
José Bonet Navarro	33
"Citación de remate" y defensa del demandado	
Marcos Afonso Borges	51
A produção antecipada de prova no processo civil brasileiro	
Carlos Alberto Carmona	57
A Antecipação de tutela no Direito Processual Civil Brasileiro	
Mabel A. De Los Santos	69
Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas	
Oswaldo Alfredo Gozáni	79
La ejecución provisional en el proceso civil	
Ángel Landoni Sosa	99
El abuso de los derechos procesales	
Manuel Lozano-Higuero Pinto	115
La obra procesal de Emilio Gómez Orbaneja	
Manuel Lozano-Higuero Pinto	123
Modernas tendencias -actuales y nuevas perspectivas ante el Nuevo siglo- del Derecho Procesal Civil	
José De los Santos Martín Ostos	143
Estado actual de la regulación de la Jurisdicción de menores en España y perspectivas de futuro	
Carlos Alberto Matheus López	155
La intervención voluntaria	

DIRECTORES

Javier de Belaunde López de
Romana
Juan Monroy Gálvez

DIRECTOR FUNDADOR

Juan Monroy Palacios

COORDINADOR GENERAL

José Tam Pérez

INVESTIGACIÓN Y CONTENIDO

Sara Esteban Delgado
Yvo Cirba Copello

MIEMBROS

Reynaldo Bustamante Alarcón
Fernando Capuñay Chailoque
Carlos Danós Rochabrún
Gustavo De Vinarca Bellarín
Katarzina Dunin Borkowski
Walter Guerrero García
Edwards Infante López
Luis Alberto Liñán Arana
Oscar Maúrtua Britoño-Meiggs
Marco Antonio Palacios Meza
Rafael Prado Bríngas
José Antonio Tirado Barrera
Ramiro Vidal Oliniano
Michael Vidal Salazar
Alfredo Villavicencio Ríos

SECRETARIA

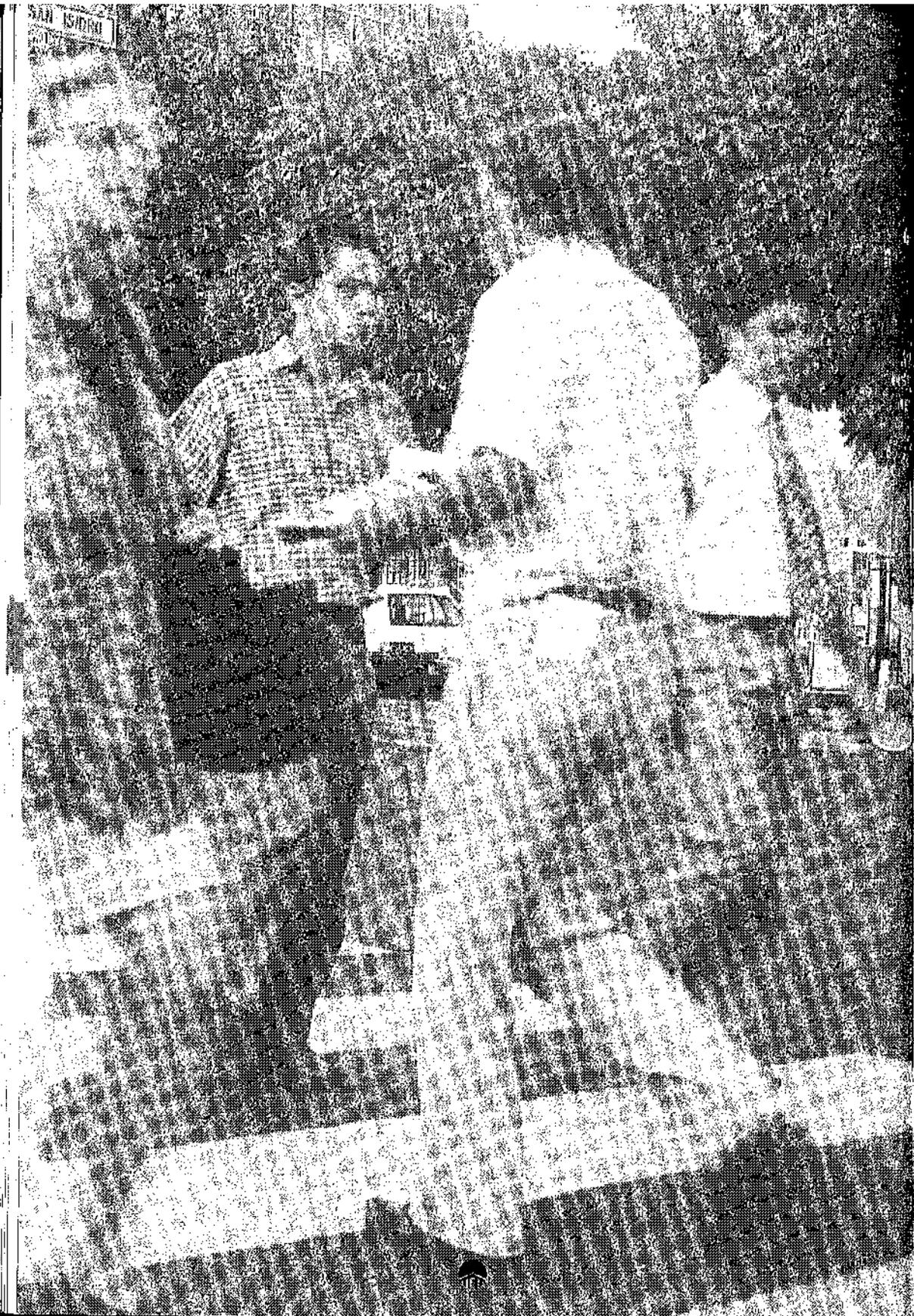
Lola Castro Rodríguez

REVISTA PERUANA DE DERECHO PROCESAL

Miguel de Cervantes 280 - San Isidro
Lima 27 - Perú
Teléfono 231 1018

E-mail: oraceso@chavin18.net.pe

ABRIL 1999 ©



“Citación de remate” y defensa del demandado*

José BONET NAVARRO

Profesor de Derecho Procesal
Universitat de València

Ciertamente, es fácil comprender -como afirma el autor- que la citación de remate está íntimamente ligada al derecho de defensa, derecho que por su importancia está previsto constitucionalmente. En este trabajo, nuestro distinguido colaborador busca resaltar este tema desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia española, revisando desde tal óptica los requisitos de la citación de remate, y adicionalmente la posibilidad de usar el Proceso de amparo constitucional, como vía extraordinaria en la posibilidad de que éstos no se cumplan.

* Este trabajo es una revisión, traducida al castellano, de mi trabajo Al voltant de l'oposició del deutor basada en la falta de "citació a executiu". Jurisprudència i alguna consideració sobre la nul·litat del judici. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. (RJC). 1997, 4, pp. 123-143.

1. Los actos de comunicación y el derecho de defensa. Jurisprudencia constitucional.

La mal llamada por la Ley "citación de remate"¹ equivale en el juicio ejecutivo a la diligencia de emplazamiento del proceso ordinario declarativo, en cuanto comparte con el mismo dos finalidades básicas: a) Permitir que el deudor tenga pleno conocimiento de la demanda ejecutiva, del título y de los documentos presentados; b) La convocatoria del demandado para que se persone, sea considerado parte y se oponga a la pretensión del actor se lo estima oportuno.

Es fácil comprender que la función de la citación de remate está íntimamente ligada al derecho de defensa que, como es de sobra conocido, sanciona nuestra Carta Magna. De hecho el Tribunal Constitucional ha manifestado reiterada y uniformemente la importancia de los actos judiciales de comunicación cuando de ello depende la comparación y la intervención de las partes en el proceso².

1. Los actos de comunicación y el derecho de defensa. Jurisprudencia constitucional
1. Requisitos de la "citación de remate" y su infracción. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la denominada "jurisprudencia menor"
2. Plazos para la alegación del motivo de oposición previsto en el artículo 1.467,3 LEC
3. La falta de "citación de remate" y el proceso de amparo constitucional
4. Efectos de la estimación

¹ Según MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional*. II. 2ª (con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO). Barcelona: 1994, p. 213. Dicha expresión no tiene todo el sentido técnico, por cuanto no se trata de una verdadera citación, ni lo es para el "remate". Mas bien nos encontramos ante un acto de comunicación especial, es decir, un emplazamiento pero con la consecuencia que, si el emplazado no comparece, no se da por interpuesta la oposición sino que se pasa inmediatamente a dictarse sentencia.

² Para una referencia de éstas, ver GUI MORI, T. *Jurisprudencia constitucional*, 1981-1991. Estudio y reseña completa de las sentencias del TC. Madrid: 1992, pp. 299-304. También JIMÉNEZ-BLANCO, G. *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (con MAYOR MENÉNDEZ, OSORIO ITURMENDI, y coor. JIMÉNEZ-BLANCO). Madrid: 1995, pp. 280 y ss.

De esta manera la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1990, de 29 de noviembre³, significa en su fundamento jurídico tercero "la trascendencia que adquiere, 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 el mismo, con el consiguiente ejercicio de los derechos de defensa y contradicción procesales".

A tal efecto, el órgano jurisdiccional debe realizar un llamamiento efectivo y real al interesado. Como medio más adecuado para asegurar el conocimiento y la eventual actividad procesal del destinatario, el mismo Tribunal ha afirmado la obligatoriedad, en la medida de lo posible, de practicar personalmente los actos de comunicación (notificación, citación y emplazamiento). Naturalmente, siempre que quienes deben o puedan comparecer como demandados estén identificados (independientemente de que actúen directamente o, conforme al artículo 271,2 LEC, mediante representante, procurador o, cuando corresponda, abogado) y sea conocido su domicilio⁴. Todo porque, como indica la misma Sentencia 195/1990, "aquéllos puedan adoptar la conducta procesal oportuna".

Es cierto que ocasionalmente se permite la realización del acto de comunicación a persona distinta a la interesada. Pero entonces la Ley establece una serie de requisitos que el acto debe cumplir, puesto que estas exigencias encuentran su razón de ser y finalidad última en la garantía de que el destinatario del acto tendrá oportuna noticia. Por eso, el cumplimiento de tales requisitos deberá examinarse en cada supuesto concreto de acuerdo con la ratio y el fundamento que inspira su existencia. En cualquier caso, las formas no personales de comunicación (especialmente la

notificación en estratos y por edictos) debe tener una justificación fundada. Así, solo la incomparecencia voluntaria o la negligencia inexcusable podría justificar, en principio, una resolución *inaudita pars*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1990, de 26 de septiembre⁵, 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 cualquier caso, las formas de comunicación no personales tendrán carácter supletorio y serán remedio último. El fundamento segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1987, de 25 de marzo⁶, además de reiterar la importancia de las notificaciones judiciales con las partes y su trascendencia como medios idóneos para que la tutela judicial sea efectiva, señala 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".

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1988, de 19 de diciembre⁷, afirma

rotundamente que la notificación en estratos es una ficción legal que debe tener una justificación fundada para que surta efectos, aunque sea con la exigencia de que quien alegue su vulneración haya observado una conducta diligente. Es así, creemos, porque lo contrario supondría que el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante en el proceso, que actúa de buena fe, quedaría a la merced de la protección ilimitada del derecho del no emplazado. En cualquier caso, no podrá reputarse conducta indiligente la de quien compareció personalmente y de la forma debida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 845 LEC.

Y en esta línea argumental, el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1990, de 20 de marzo⁸, dice que los actos de comunicación no constituyen requisitos formales en la tramitación del proceso, sino exigencias inexcusables para garantizar a las partes, o a quienes puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Así, la inobservancia de las normas reguladoras de los citados actos podría colocar a los interesados en una situación de indefensión contraria al derecho fundamental de defensa. Pero no toda irregularidad procesal genera la vulneración del citado derecho, sino que se ha de tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos, la finalidad y la importancia del requisito que se omite o se cumple irregularmente, y la conducta procesal observada por quien alega la infracción. De esta manera, la falta de emplazamiento personal es una infracción que sólo es lesión constitucional cuando, a pesar de haber mantenido el ciudadano una actitud diligente, se le coloca en una situación de indefensión. Pero si tal diligencia no existe, la lesión tampoco. Así, no podrá invocar válidamente indefensión quien haya mantenido una conducta procesal errática o abusiva.

Con carácter general, la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1989, de 12 de junio⁹, tras afirmar que la citación-emplazamiento personal no queda reducida a un simple formalismo, sino que supone una garantía para las partes y una carga integrante del contenido esencial consagrado en el art. 24 CE para el órgano jurisdiccional, entiende 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". Todo ello porque, aunque se permite que los actos de comunicación puedan ser practicados mediante correo, teléfono, telégrafo o cualquier otro medio técnico de comunicación, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, condiciona su utilización a la constancia de la práctica y de las circunstancias esenciales de la misma.

Por su parte, la doctrina constitucional ha sido adoptada fielmente por las Audiencias Provinciales. Esquemáticamente han asumido que¹⁰, a) La "citación de remate", como convocatoria del demandado para que se persone y se oponga si lo estima oportuno, constituye una garantía del derecho de defensa; b) Se debe realizar la "citación" de manera que sirva con plenitud a su fin de permitir al destinatario, conocido la resolución causante, la demanda y los documentos presentados por el demandado ejecutante, disponer de lo necesario para la mejor defensa de sus intereses; c) Es cierto que los actos no están supeditados al conocimiento efectivo del destinatario¹¹. En realidad, aun sin ese conocimiento, la comunicación puede producir sus efectos si se han cumplido las formas legalmente prevista. Entre ellas, significativamente la que se refiere al lugar de realización (el domicilio del demandado si es conocido); d) Siempre que sea posible, debe procurarse la citación personal. La comunicación edictal tendrá carácter de último

³ BOE de 10 de enero de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente. Ver **CANO MATA, A.** *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas* (STCSC), X-3º, 1990, pp. 725-736.

⁴ De la manera que se exige la regularidad formal de los títulos ejecutivos (especialmente la letra de cambio, el pagaré y el cheque conforme con los artículos 1, 94 y 106 de la Ley Cambiaria), respecto a los elementos personales que generalmente han de estar mencionados en el título, es improbable que no se produzca la identificación.

⁵ BOE de 23 de octubre. Ponente: Jesús Leguina Villa. Ver **CANO MATA, A.** Op. cit., STCSC, X-3º, 1990, pp. 465-73. Los mismos términos utilizada el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de octubre de 1991. RJC. 1992, p. 135.

⁶ BOE de 14 de abril. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Ver **CANO MATA, A.**, STCSC, VII-1º, 1987, pp. 977-983.

⁷ BOE de 13 de enero de 1989. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Ver **CANO MATA, A.**, STCSC, VIII-2º, 1988, pp. 1.384-1.392.

⁸ BOE de 9 de abril. Ponente: D. Fernando García-Mon y González-Regueral. Ver **CANO MATA, A.**, STCSC, X-1º, 1990, pp. 1.003-1.011.

⁹ BOE de 4 de julio. Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo. Ver **CANO MATA, A.**, STCSC, IX-2º, 1989, pp. 577-585.

¹⁰ Ver, por ejemplo, la Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) Barcelona, 18 de julio de 1989. Revista General de Derecho (RGD), 1990, p. 533. O la SAP, Secc. 13ª, Madrid, 30 marzo de 1993. RGD, 1993, pp. 6.281-6.283.

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 1ª., de 13 de noviembre de 1993, (RJ Aranzadi. 1993, p. 8.909), aclara que el sentido de que se realice por cédula (si a la primera diligencia de busca no fuera hallado en su habitación, cualquiera que sea la causa y el tiempo de ausencia (...)), "tiende a la evitación de las corruptelas, 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 los 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 exige de mayores consideraciones".

medio de comunicación admisible. De hecho requiere, no solo el agotamiento previo de las otras modalidades de notificación que aseguran mejor la recepción por el destinatario, sino también que el acuerdo o resolución judicial por la que se considera que la parte se sabe donde está, ha de basarse en criterios razonables que conduzcan a la convicción de la imposibilidad de utilizar otros medios normales de comunicación; e) En cualquier caso, su falta o deficiente realización coloca al interesado en una situación de indefensión cuando no tiene su causa en la pasividad o negligencia del interesado. El retraso al comparecer en el juicio, debida a una incorrecta formulación del emplazamiento, priva de trámites esenciales (alegación y prueba) garantizados constitucionalmente, por eso es exigible en todas y cada una de las fases del proceso; f) De todas formas, es necesario que se frustre la finalidad perseguida, ya que si de hecho el destinatario ha tenido conocimiento (se ha personado) la infracción es inocua.

A la vista de esta doctrina constitucional que sintéticamente hemos expuesto, poco o nada puede añadirse. El problema se encuentra a la hora de constatar si esos requisitos han sido o no cumplidos en el caso concreto.

2. Requisitos de la "citación de remate" y su infracción

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la denominada "jurisprudencia menor".

Dos son los presupuestos de la falta de "citación de remate" y, en consecuencia, para que pueda ser estimada en el juicio ejecutivo: infracción de las formalidades legales y, además, producción efectiva de indefensión.

A. La infracción de las formalidades legalmente previstas

La regulación que recibe la "citación de remate" en el juicio ejecutivo debe ser comprendida a la luz de la anterior doctrina constitucional. Especialmente en orden a su infracción y a las

consecuencias o efectos que derivan.

De conformidad con el artículo 1.459 LEC, cuando sea conocido el domicilio del deudor, una vez hecho el embargo se "citará de remate" al deudor mediante cédula, como determinan para sus respectivos casos los artículos 270 y siguientes LEC. Es decir, atendida la esencia emplazatoria de la "citación de remate" se realizará fundamentalmente según prevén los artículos 260 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente sus artículos 271, 272 y 274¹². Como dice el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de octubre de 1991¹³, de esta forma se asegura más adecuadamente el conocimiento y la eventual actividad procesal de su destinatario, porque garantiza, mejor que a través de otros medios, el cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Deberá practicarse en el domicilio del deudor fijado en el título ejecutivo, o en el legal (artículos 40 y 41 del Código Civil). A tal efecto, no importa que en dicho título consten lugares distintos para el pago o, en su caso, el protesto. Además, siempre ha de tratarse de un lugar idóneo para que la cédula llegue a su destinataria. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Secc. 16a, Barcelona, de 28 de septiembre de 1992¹⁴, entiende que aunque no se trate del domicilio particular y siendo conocido por el ejecutante, "ello no implica, per se, nulidad ni indefensión; ni tal indefensión es verosímil al haberse realizado en el lugar objeto del contrato causal del que derivan los títulos ejecutivos".

Por su parte, se ha llegado a exigir que, cuando la notificación debe realizarse a un vecino, se den las circunstancias objetivas para que el citado vecino pueda conocer el domicilio del deudor. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 23 de septiembre de 1993¹⁵, considera que "origina una clara indefensión 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 lo 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 cualquier caso el régimen de "citación de remate" ha de entenderse en relación a los trámites del embargo que antecede. De manera que, si de conformidad con el artículo 1.443 LEC no fuera hallado el deudor después de haber sido buscado dos veces en su domicilio con un intervalo de seis horas, a la segunda diligencia de busca se le hará el requerimiento por cédula librándose por su orden a las personas mencionadas en el artículo 268, y a continuación se trabará el embargo siempre que no pague en el acto. Así como, en virtud del artículo 1.459 LEC, hecho el embargo, cuando sea conocido el domicilio del deudor se citará al demandado "de remate" en la forma que determinan para sus respectivos casos los artículos 270 y siguientes. En este sentido, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 5 de mayo 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 propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 195/1990, de 29 de noviembre¹⁷, remarcó concretamente la forma en la que se debe realizar la diligencia de busca, es decir, "si la primera diligencia 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 aquella 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".

Los aspectos formales más destacados son aquellos que devienen esenciales porque su infracción supone la no constancia de que el inicio del juicio llega a conocimiento de la parte demandada. Entre estos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de julio de 1993¹⁸, se refiere a la realización de la diligencia únicamente por agente judicial, sin asistencia del secretario o del oficial, como exige el artículo 1.442 LEC, sin que aparezca con claridad el nombre de la persona con la que se realizan tales diligencias y sin cumplir las formalidades exigidas por el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tan solo para el supuesto que no sea conocido el domicilio¹⁹, el artículo 1.460 LEC permite la realización de la "citación de remate" mediante edictos, en la forma prevista en el artículo 269 de la misma Ley. Sobre este particular no se ha de olvidar, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 22 de 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". Más concretamente, en relación al artículo 1.444 LEC, el juez podrá admitir otra forma de comunicación (edictal) a instancia del actor, cuando no sea conocido el domicilio del deudor o

¹² Un resumen general de la regulación puede encontrarse en la SAP, Secc. 13ª, Madrid, 30 de marzo de 1993. RGD, 1993, pp. 6.281-6.283.

¹³ RJC, 1992, pp. 135

¹⁴ RGD, 1993, pp. 3.813

¹⁵ Base de Datos Colex

¹⁶ Base de Datos Colex.

¹⁷ Ver supra a la nota 3.

¹⁸ Base de datos Colex.

¹⁹ Que la edictal es la forma de comunicación menos eficaz nos parece evidente. De hecho, la SAP, Secc. 18ª, de Madrid, de 16 junio de 1993, se sorprende de que "a pesar de haberse hecho la citación por edictos éste llegara tan pronto a conocimiento del demandado, máximo cuando éste reside en Granada y el edicto se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid".

²⁰ Base de Datos Colex

se ignore su paradero, esto es, se desconozca donde tiene su casa o residencia; o, por haber cambiado de habitación, no se sepa donde se encuentra. En tal caso, se observará lo que establecen los artículos 1.460 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹.

En resumen, como sostiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 13 de noviembre 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 1459 y 1460 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 1459 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 practicaran 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 hallare 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".

Los supuestos concretos en los que se produce la infracción de las formalidades previstas pueden ser de muy diversa índole. De todas formas, tiene cierto interés práctico que mencionemos

algunos de los que la jurisprudencia así los ha considerado.

No se produce infracción, por ejemplo, al no practicarse citación de remate, de acuerdo con el artículo 1.456 LEC, cuando con anterioridad a dictarse la sentencia de "ha lugar a dictar sentencia de remate" venciera algún plazo de la obligación causal por la cual se proceda²³.

En cambio, sí se produce en otros supuestos como los siguientes:

- a. Al faltar la identificación correcta del actuario (judicial), no consignarse la razón concreta de la ausencia de la destinataria, no hacer constar la hora en la cual se practicó la diligencia, no identificar suficientemente la persona con la cual se extendió la diligencia y omitir toda referencia a las obligaciones del receptor para con la interesada en orden a la emisión de las copias y las sanciones que comporta su incumplimiento²⁴. Por su parte, la Sentencia de la Secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 21 de noviembre de 1991²⁵, señala como defectos procesales graves, generadores de indefensión, los siguientes: designar en la demanda un domicilio que no es el que consta en la póliza de crédito como el propio de ninguno de los titulares, no firmar la correspondiente diligencia ni por el actuario ni por la persona que recibió la cédula.
- b. No realizar la notificación a todos los codemandados. Sobre todo cuando al personarse en el proceso anunciando su oposición haya manifestado en el juzgado la circunstancia de encontrarse separado de hecho y de derecho de su esposa, dando su domicilio y solicitando sea emplazada para que no se encontrara indefensa.
- c. No practicar la segunda diligencia "de busca" con intervalo de seis horas, entendiéndolas

con un vecino al que directamente se le requiere de pago²⁶.

- d. Realizar la citación mediante edictos después de haber intentado sin efecto una notificación personal donde, constandingo en el título, no era su residencia. Pero no se intentó de nuevo la notificación personal cuando el domicilio del demandado puede entenderse como identificable al estar en el mismo edificio en el que se trabó el embargo²⁷. O al conocer la entidad accionante que el demandado trabajaba como maestro industrial y tenía cuenta abierta a su nombre en la oficina principal del "Banco B.V.", datos que facilitó al juzgado a efectos de solicitar el embargo y que hubiesen permitido (cualquiera de ellos) conocer fácilmente el domicilio del ejecutado, en el que debió ser requerido de pago y citado de remate²⁸. Así como, cuando al practicarse la diligencia de emplazamiento no pudo llevarse a efecto por no existir el número 203 del Paseo de P., pero sí el Paseo de C., 203 tanto en el Instituto Nacional de Estadística, como en el Padrón Municipal, existiendo un signo revelador como es la sucursal bancaria donde el demandado domicilió el pago (Agencia Pª C.)²⁹.
- e. Por contra, prescindir del llamamiento acordado por edictos, aunque ejercitada acción contra una herencia yacente, una persona comparezca afirmando acudir al debate "por sí y para la herencia", por mucho que en determinado testamento figure la manifestación "por su único y universal heredero"³⁰. De todos modos, el criterio que debe seguirse con carácter general es que la norma vulnerada afecte al derecho de defensa de las partes, es decir, que tenga entidad

suficiente para que el acto no produzca los efectos que le son propios.

B. La producción de indefensión

No es suficiente con la infracción legal de las normas citadas, además, será precisa la producción de indefensión.

Como es sabido, la Constitución Española expresamente declara la protección del derecho de defensa jurídica. Su artículo 24.1 prohíbe la producción de indefensión, tanto cuando implique ésta la imposibilidad de defenderse como incluso cuando suponga la disminución indebida de las posibilidades defensivas³¹. Asimismo, como significa Montero Aroca³², se trata de uno de los conceptos más difíciles de precisar en la actualidad. Aunque la indefensión pueda producirse de muchas maneras, este autor defiende un concepto único, íntimamente ligado con el principio de contradicción, desde una perspectiva, y con el derecho de defensa desde otro punto de vista.

La indefensión se produce cuando se impide a la parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en su aspecto de alegar y demostrar, como de conocer y rebatir en un proceso concreto y, por lo mismo, no toda infracción de una norma procesal supone colocar a una de las partes en situación de indefensión. En efecto, dice el Tribunal Supremo³³ que la indefensión "debe entenderse en un sentido amplio y de carácter material y no exclusivamente formal". Supone eso que no es suficiente que se cometa una infracción legal respecto a la forma de realizar el acto de comunicación, sino además, que de hecho esa vulneración traiga aparejadas consecuencias prácticas, un perjuicio real y efectivo, sobre el derecho de defensa. Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 16 de febrero de 1994³⁴, entiende que la infracción ha de comportar la privación real del derecho a oponerse a la demanda ejecutiva. Es decir,

²¹ En este sentido la SAP, Secc. 4ª, Zaragoza, 3 junio de 1991. Base de Datos Colex

²² Base de Datos Colex

²³ STS, Sala 1ª, de 12 de febrero de 1987. RJ Aranzadi. 1987, p. 707.

²⁴ La SAP, Secc. 13ª, Madrid, de 30 de marzo de 1993. Ver supra en las notas 10 y 12.

²⁵ Base de Datos Colex.

²⁶ SAP Almería, 23 de septiembre de 1993. Base de Datos Colex.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 242/1991, de 16 de diciembre de 1991. BOE de 15 de enero de 1992. Ponente: José Gabaldón Pérez. Ver GARCÍA MATA y GUTIÉRREZ CELMA, STCSC, XI-3ª, 1991, pp. 719-733.

²⁸ SAP Oviedo, 8 de marzo de 1994. Base de Datos Colex.

²⁹ Auto AP Barcelona, 15 de octubre de 1991. RJC, 1992, p. 135.

³⁰ STS, Sala 1ª, 20 de septiembre de 1982. RJ Aranzadi. 1982, p. 4.920. Por contra, otras sentencias de Audiencias (como la SAP Valencia, 16 de junio de 1994), entienden como realizada debidamente la citación hecha a un heredero si la demandada es la herencia yacente.

³¹ Cfr. JIMÉNEZ-BLANCO, G. *Comentario a la constitución* (Con otros) Op. cit., p. 280.

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

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

al contrario, como ha venido reconociendo la jurisprudencia de manera reiteradísima³⁵, aunque exista una vulneración de la regulación relativa a la forma de realizar el acto de comunicación o, incluso, si el acto de comunicación no se ha realizado, el hecho que la demandada comparezca al juicio, y más aún si de hecho se opuso, el posible defecto entiende que ha quedado subsanado.

En resumen, a efectos de entenderse producida la indefensión, la jurisprudencia fija tres aspectos que han de tenerse presentes: 1º Las situaciones de indefensión se valorarán según las circunstancias de cada caso; 2º La indefensión prohibida en el artículo 24,1 CE no es fruto de la simple infracción de las normas procesales, sino que ha de significar privación del derecho de defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado; 3º No se protege la simple indefensión formal, sino la material: que razonablemente se haya podido causar un perjuicio real al recurrente, de manera que para que la indefensión tenga relevancia constitucional es necesario que como consecuencia se haya dificultado de manera sustancial la defensa de los derechos o intereses de una de las partes en el proceso, se haya roto sensiblemente el equilibrio procesal entre ellas³⁶.

Los postulados anteriores los entendemos en líneas generales como bastante razonables. Ahora bien, hemos de referirnos a un matiz teórico. La doctrina constitucional, asumida por las Audiencias plenamente, hablando de indefensión "material" y "formal", pretende distinguir entre el concepto jurídico-constitucional de indefensión del art. 24 de la Constitución Española, y la figura jurídico procesal de indefensión. Sobre el particular, hemos de señalar, con Montero Aroca³⁷, que en un proceso puede haberse estado o no en situación de indefensión, puede haberse vulnerado el derecho de defensa, pero no existen grados de indefensión. Todo porque no existe una indefensión de segunda categoría (la meramente procesal), y otra de primera (la

constitucional), ya que solo existe una indefensión, la que supone la vulneración del derecho de defensa.

Aparte de esta observación, es claro que cuando se produce la infracción de norma procesal generadora de indefensión, su consecuencia será la nulidad de las actuaciones. Aunque, como advierte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 7 de 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 efectivo y real menoscabo del derecho de defensa". A eso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 16 de febrero de 1994³⁹, añade que se trata de una "nulidad además siempre excepcional que debe decretarse muy prudentemente y procurando el máximo respeto al principio de conservación de los actos procesales".

En cualquier caso, es evidente que la clave para que se pueda entender producida la indefensión es la no entrada del demandado en la dialéctica procedimental por vía de personación o, incluso, de oposición contra el despacho ejecutivo. Son muy contundentes en este sentido las palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de noviembre de 1993⁴⁰, cuando afirma que "habiendo comparecido dicha parte en tiempo y forma, primero a anunciar su oposición y después a formalizarla, 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".

Sin embargo, cuando se trate de diversos demandados, si uno de ellos comparece en el juicio, se entiende posible la subsanación parcial del defecto, de manera que el juicio ejecutivo sea plenamente válido⁴¹.

El supuesto concreto de indefensión en este contexto es solamente, con todo, uno: partiendo de una infracción de las normas relativas a los actos de comunicación en los términos vistos, la efectiva imposibilidad de defensa jurídica del demandado.

Más interés práctico tiene conocer algunos de los supuestos concretos donde se entiende que no se produce, por ejemplo:

- a. Como ya hemos visto, siempre que pueda entenderse superada la infracción, es decir, cuando realmente haya utilizado todos sus derechos⁴². Es así siempre que la demandada ejecutiva comparezca, pudiéndose oponer de hecho. Y ello con independencia del tipo de infracción: la realizada por un juzgado distinto al que le correspondía⁴³; por defectuosa composición de la comisión del juzgado⁴⁴; por no realizarse en el domicilio social⁴⁵, o en un día inhábil⁴⁶.
- b. Se deduce que el demandado se situó en rebeldía voluntariamente cuando facilita tres domicilios distintos en España despreocupándose de hallarse en el mismo o de nombrar apoderado o representante⁴⁷.
- c. Cuando se realiza la notificación personal y se excusa de firmar. Quedando amparada la veracidad del contenido de la citación por la fe del oficial de la administración de justicia, que actuaba sustituyendo al secretario, asistido por el agente judicial⁴⁸.
- d. Cuando la "citación de remate" se practica en la oficina del Consorcio y no en la sede de la representación legal asumida por el Abogado del Estado. Porque lo contrario supondría desautorizar a la oficina administrativa de toda

posibilidad de recepción de documentos que deban llegar a manos de dicho ahogado del Estado. En ese caso resulta que la abogacía del Estado culpa al ejecutante de que oportunamente no tuviera conocimiento de la "citación de remate", cuando ello deriva de una omisión de quien recibe la "citación" sin protesta ni indicación del lugar donde debía hacerla. Todo ello aunque la oficina receptora, sede del Consorcio de Compensación de Seguros, no haya dado traslado al abogado del Estado⁴⁹.

3. Plazo para la alegación del motivo de oposición previsto en el artículo 1.467,3 LEC

Cuando el demandado ejecutivo no haya sido citado "de remate", incluidas las formalidades legalmente previstas⁵⁰, y, además, se haya producido indefensión⁵¹, podrá ponerse de manifiesto al órgano jurisdiccional para que se pronuncie en consecuencia. Pues bien, concretamente para el juicio ejecutivo, el artículo 1.467,3 LEC prevé que pueda solicitarse que se declare nulo el juicio cuando el deudor no haya sido citado "de remate" con las formalidades prescritas por la Ley (artículos 1.459 y 1.460 LEC, en relación con los preceptos vistos antes). Este motivo de oposición resulta siempre admisible, incluido el juicio ejecutivo cambiario de acuerdo con el último párrafo del artículo 67 LCCH⁵².

Para interpretar correctamente este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil debemos partir de los tres caminos por los que el ordenamiento jurídico ha previsto que pueda solicitarse la nulidad de actuaciones⁵³: a) A través de los recursos articulados por las leyes procesales (artículo 240,1

³⁴ Base de Datos Colex

³⁵ Por ejemplo, la SAP Castellón, 30 de septiembre de 1992. RGD, 1993, pp. 9.218-21. Así como la SAP, Secc. 4ª, Zaragoza, 14 de noviembre de 1991. Base de Datos Colex.

³⁶ Ver la SAP Jaén, 7 de marzo de 1994. Base de Datos Colex.

³⁷ MONTERO AROCA, J. *Los recursos...* Op. cit., p. 96.

³⁸ Base de Datos Colex

³⁹ Base de Datos Colex

⁴⁰ Base de Datos Colex

⁴¹ En este sentido, la SAP, Secc. 3ª, Palma de Mallorca, 21 de noviembre de 1991. Base de Datos Colex.

⁴² SAP Jaén, 7 de abril de 1994. Base de Datos Colex.

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

⁴⁴ SAP Valencia, 23 de mayo de 1994. Base de Datos Colex.

⁴⁵ SAP León, 12 de mayo de 1994. Base de Datos Colex.

⁴⁶ SAP, Sección 4ª, Zaragoza, 25 de marzo de 1991. Base de Datos Colex.

⁴⁷ SAP Girona, 3 de junio de 1994. Base de Datos Colex.

⁴⁸ SAP Madrid, 25 de octubre de 1993. Base de Datos Colex.

⁴⁹ SAP Mallorca Secc. 4ª., 26 de julio de 1993. Base de Datos Colex.

⁵⁰ Ver SAP Barcelona, 18 de julio de 1989. RGD, 1990, p. 533.

⁵¹ Ver Auto AP Barcelona, 15 de octubre de 1991. RJC, 1992, p. 135.

⁵² En este sentido la SAP, Sevilla, 26 de septiembre de 1990. Base de Datos Colex.

⁵³ Entre otras, así se pronuncia la STS, Sala 1ª, 3 de junio de 1991. RJ Aranzadi 1991. 4.409. Así como la SAP, Secc. 13ª, Madrid, de 30 de marzo de 1993, ver supra a las notas 10, 12 y 24. Con carácter general y recientemente, ver HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Oviedo: 1995, pp. 257 y ss.

LOPJ); b) Por declaración de oficio del órgano jurisdiccional siempre que no se haya dictado sentencia definitiva (artículo 240,2 LOPJ)⁵⁴. Así mismo, si el órgano puede actuar así, nada se opone a que la parte pueda igualmente ponérselo de manifiesto, con el fin de que decreta la nulidad de actuaciones en cualquier momento⁵⁵; c) Por otros medios previstos en las leyes procesales⁵⁶. Sin que, por descontado, quepa la posibilidad de que alguna de las partes pueda acudir a otro proceso ordinario posterior solicitando la nulidad de actuaciones realizadas en el primero⁵⁷.

A. Inicio del período en el que puede alegarse

La primera consecuencia que puede obtenerse del anterior esquema es que la excepción procesal de falta de "citación de remate" no podrá ser articulado en el juicio ejecutivo como cualquier otro motivo de oposición. En realidad, solo podrá alegarse con éxito cuando, faltando o siendo irregular la "citación de remate"⁵⁸, haya precluido el momento previsto para formular oposición. Esta preclusión es necesaria, como hemos visto, para que la indefensión sea efectiva. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 16 de febrero de 1994⁵⁹, significa 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 1467,3 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 hacer valer; otra interpretación más rigurosa del artículo 1463 que no admitiese esta excepción sería

sin duda contraria al artículo 24 de la Constitución en cuanto consagraría 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". En definitiva, el momento para su alegación con éxito comenzará generalmente a partir del instante de preclusión de la posibilidad de alegación en primera instancia. Es decir, siendo declarado rebelde el deudor, y el juez mande traer los autos a vista para sentencia conforme el artículo 1.462 LEC. Pero, aunque sea ésta la regla general, y contrariamente a lo que pueda desprenderse de la jurisprudencia que hemos estudiado, no creemos que pueda ser excluida sin más la alegación de la falta de citación de remate por el mero hecho de que el demandado se persone para formular oposición. Es cierto que la finalidad de la "citación de remate" está orientada a que el demandado pueda personarse, pero también lo es que una citación defectuosa y, mucho más, una falta de citación, por ejemplo en la que no se adjunte la demanda o alguno de los documentos, puede suponer que el demandado no haya estado en condiciones de utilizar el término legal para conocer y estudiar esos documentos, o, incluso, encargar la defensa a abogado. Esto es, cabe que no esté en condiciones de desarrollar completamente sus posibilidades defensivas. Es evidente que el motivo de oposición del artículo 1.467,3 LEC también podrá ser alegado en el momento ordinario de oposición en primera instancia, aunque en ese caso la indefensión deberá ser concreta en términos de verosimilitud.

B. Preclusión cuando se trata de la vía ordinaria, y en la apreciación de oficio

No resulta tan evidente determinar el instante hasta el cual la falta de "citación" generadora de indefensión podrá ponerse de manifiesto al juez para que actúe en consecuencia. A mi juicio, partiendo de las vías por las que el ordenamiento jurídico ha previsto que pueda

solicitarse la nulidad, se podrá alegar hasta el instante mismo en que la sentencia "de remate" deviene firme, sea la del Juzgado de Primera Instancia, o en caso de formularse apelación, la de la Audiencia Provincial.

Hemos de tener en cuenta que la causa de nulidad prevista en el art. 1.467,3 LEC, como cualquier otro motivo de oposición, en principio se sujeta al mismo régimen preclusivo que es general para todas las defensas del deudor⁶⁰. De esta forma, aunque generalmente se pueda poner de manifiesto en el correspondiente recurso de apelación ante la sentencia "remate" dictada por el juez de primera instancia, también podrá alegarse con éxito en el escrito de oposición cuando efectivamente se constate una situación concreta de indefensión.

A pesar de que, como creemos, el conocimiento de oficio de esta circunstancia pueda ponerse de manifiesto por la parte para que el juez actúe en consecuencia, ese conocimiento "de oficio" a través de la manifestación de la parte solo puede realizarse hasta el momento que deviene firme la sentencia. Resolución esta que, al no ser recurrible mediante recurso de casación⁶¹, como ya hemos dicho, se conseguirá con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, de la Audiencia Provincial que resuelve la apelación.

C. Preclusión cuando se trata de los medios extraordinarios

También será posible utilizar los medios extraordinarios para alegar el motivo de oposición que ahora estudiamos. Pero existen dudas al respecto de alguno de los "recursos" o, mejor, juicios o procesos extraordinarios⁶²:

1º La audiencia al rebelde se presenta, en principio, como no camino adecuado. Pero el artículo 789 LEC deja claro que "no podrá concederse audiencia a los litigantes condenados en rebeldía contra las sentencias

firμες recaídas en los juicios ejecutivos (...)". Como opina Montero Aroca⁶³, "existe aquí una disposición expresa perfectamente razonable, habida cuenta de la posibilidad de acudir a un proceso plenario posterior para plantear la totalidad del litigio existente entre las partes". En efecto, conforme al artículo 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". Asimismo, no podemos olvidar dos circunstancias. Por una parte, que el juicio ejecutivo se configura como instrumento apto para la cognición judicial, llegando a ser en ocasiones (particularmente si el juicio ejecutivo es el cambiario ex artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque)⁶⁴ dudosamente sumario. Por otra, que el Tribunal Supremo muchas veces viene matizando el rigor del citado artículo 1.479, de manera que cierra total o parcialmente el juicio ordinario posterior sobre "la misma cuestión"⁶⁵. Si ello es así, al menos, hemos de significar nuestras críticas en cuanto que la exclusión que el artículo 789 LEC hace de la audiencia del rebelde en el juicio ejecutivo. A pesar de las dudas que puedan surgir sobre esta vía, si hipotéticamente fuera admitida, el plazo dentro del cual se podrá conceder la audiencia sería el previsto en los artículos 774 a 776 LEC, dependiendo de la modalidad de citación, con el límite máximo de un año desde la publicación de la sentencia "de remate" en el Boletín Oficial de la Provincia.

2º Aparentemente el juicio de revisión no es una vía adecuada, sencillamente porque la falta o irregular "citación de remate" no se encuentra expresamente citada entre las causas de revisión previstas en el artículo 1.796 LEC.

⁵⁴ Específicamente para el juicio ejecutivo, la SAP, Secc. 3ª, Palma de Mallorca, entiende que es apreciable de oficio, a pesar de que no se ha articulado, en su momento, la excepción del artículo 1467,3 LEC.

⁵⁵ Considera GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *Jurisprudencia cambiaria. Juicio ejecutivo*. Oviedo: 1991, pp. 275-6, que ello "originaría un 'mini incidente', que se inicia con el escrito que 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 Como son los juicios extraordinarios de revisión, audiencia al rebelde, o nulidad.

⁵⁷ Así, la SAP Gerona, 3 de junio de 1994. Ver supra en la nota 47.

⁵⁸ No debemos olvidar que no es suficiente con la incomparecencia y su alegación posterior. También es necesaria la infracción. A pesar de que sea evidente. ver la SAP, Secc. 4ª, Alicante, 3 de abril de 1991. Base de Datos Colex.

⁵⁹ Base de Datos Colex.

⁶⁰ Sin perjuicio de la declinatoria o la inhibitoria conforme a los arts. 72 y ss LEC.

⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal Civil*. T. IV, Madrid: 1994, p. 68.

⁶² No aludimos al juicio extraordinario de oposición de tercero porque, como es obvio, resulta ser un contrasentido hablar de demandado y de tercero al mismo tiempo.

⁶³ MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional*. (con ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER). Barcelona: 1994, T. II, 1ª, p. 467.

⁶⁴ En relación a este juicio ejecutivo especial, afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Procesos civiles especiales*. (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA), Valencia: 1995, pp. 98 y 89 "se convierte al ejecutivo en un proceso declarativo que ya no es sumario y que permite prácticamente un total conocimiento al órgano judicial".

⁶⁵ Sobre esta cuestión, extensamente, SEJAS IGLESIAS, R. *El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior*. Madrid: 1977.

Ahora bien, es claro que la falta de "citación de remate" podrá ser introducida a través del motivo del punto 4º, por haberse obtenido la sentencia a través de maquinación fraudulenta. Así lo reconoce la jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984⁶⁶ cuando dice 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, incluyéndose 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". Y la naturaleza o el tipo de juicio no excluye esta posibilidad, siempre que se demuestre la maquinación para impedir que el demandado tome conocimiento del proceso. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1988⁶⁷ que señala 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 término dentro del cual se podrá conceder la audiencia es el previsto en los artículos 1.798 y 1.800 LEC, es decir, de tres meses desde el día en que se hubiera descubierto el fraude, con el límite máximo de cinco años desde la publicación de la sentencia "de remate".

66 RJ Aranzadi. 1984, p. 697.

67 RJ Aranzadi. 1988, p. 133.

68 Basándose en la STC 2/1982, de 29 de enero, BOE de 26 de febrero, dice GÓMEZ COLOMER, J. L. *Derecho Jurisdiccional*. (con MONTERO, ORTELLS y MONTÓN), Barcelona: 1994. T. III, p. 698, que se trata de un verdadero proceso, con una pretensión determinada, fundamentada en una norma constitucional, y no de una instancia o recurso, ni ordinario ni extraordinario.

69 Ver BACHMAIER, L. *Nulidad 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*. En: *La Ley*, 6 de febrero de 1996, pp. 1-7.

70 Ver supra a la nota 27.

4. La falta de "citación de remate" y el proceso de amparo constitucional

Por último, aunque no se trate propiamente de alegar la excepción, nos referiremos a la vía de amparo constitucional porque, atendido el derecho fundamental que se ve lesionado con la falta de "citación de remate", como vía extraordinaria (especial y subsidiaria) se podrá utilizar también ésta⁶⁸. El artículo 44,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuando prevé que podrá dar lugar al "recurso" las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto o en una omisión de un órgano judicial, está dando cobertura suficiente para su alegación.

El momento a partir del cual podrá iniciarse el proceso será distinto en relación a las otras formas extraordinarias porque, según el art. 44,1, a) LOTC, deben haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial⁶⁹. Significa eso, evidentemente, que no "dará lugar a este recurso" mientras quepa formular apelación contra la sentencia "de remate". De esta forma se atrasa el momento desde el cual podrá alegarse, concretamente, una vez se haya formulado apelación. Ahora bien, igualmente será posible iniciar el proceso una vez sea firme la sentencia de primera instancia. Pero, lógicamente, solo será así cuando la falta de "citación de remate" haya supuesto el desconocimiento del proceso para el demandado hasta aquel momento, de manera que no le haya sido posible formular apelación, porque, en caso contrario, no se cumpliría el presupuesto para iniciar el proceso de amparo.

No entendemos que para iniciarse el proceso de amparo constitucional sea requisito agotar la vía ordinaria sobre la misma cuestión que se prevé en el art. 1.479 LEC para el juicio ejecutivo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1991, de 16 de diciembre de 1991⁷⁰, correctamente considera que "la expresión recursos debe

interpretarse aquí en principio en sentido técnico procesal y no con referencia a otro proceso posible respecto de cuestiones decididas en un proceso sumario". Según esta misma sentencia es así "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". Ahora bien, conviene hacer una observación respecto al procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Sobre el mismo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 217/1993, de 30 de junio de 1993⁷¹, considerándolo como proceso de ejecución, dice que "la nulidad de actuaciones del procedimiento ejecutivo 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 principio, parece que la sentencia dictada en el proceso declarativo posterior prevista en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria no pueda decretar la nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. De hecho, el propio art. 132 *in fine* prevé que pueda solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte, con retención de todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento ejecutivo, deba entregarse al actor. De donde parece derivar que el efecto de la estimación de la oposición en el juicio declarativo posterior no afectará a los actos del procedimiento sumario ejecutivo, sino que se limitará a reintegrarse por la cantidad

indebidamente "ejecutada". Siendo así, y atendiendo a lo que en realidad suele obtenerse del producto de las subastas⁷², es claro que no quedaría debidamente amparado el derecho de defensa respecto a todos y cada uno de los derechos e intereses legítimos del demandado ejecutivo. Por tanto, la interpretación ha de ser la contraria. Así, con Ortells Ramos⁷³, presupuesta una cierta legitimación del actor en el proceso declarativo y la inexistencia de otros obstáculos de derecho material, en el declarativo posterior podrá pretenderse y obtenerse bien que la finca sobre la que recae la actividad ejecutiva se restituya en el estado anterior a la iniciación de la misma, bien incluso una declaración de extinción de la hipoteca con anterioridad a la iniciación del procedimiento judicial sumario. Y ello incluyendo que el art. 126 LH sólo se refiera a la retención de cantidades y que el 236 RH únicamente tenga prevista esta anotación preventiva respecto al procedimiento ejecutivo extrajudicial⁷⁴.

La conclusión, por una parte, es que la medida cautelar adecuada es la anotación preventiva de demanda en virtud del artículo 42,1 LH; de otra, que cuando se trate del proceso especial de ejecución hipotecaria, contrariamente a lo que corresponde al juicio ejecutivo, sí será factible obtener la nulidad de actuaciones en la vía declarativo ordinaria, de manera que es razonable la finalización de este proceso previamente al amparo constitucional.

Pero todavía no hemos descartado todas las posibilidades. Como es sabido, ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil niega que contra las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución no sea posible la impugnación vía recursos⁷⁵, por tanto, se plantea la duda de si deberán agotarse estos recursos posibles contra las resoluciones dictadas en el embargo. Sobre todo, si ponemos en relación la noción recurso del artículo 44,1a) LOTC, para iniciar el proceso, con la alusión a la resolución del 44,2 de la misma Ley, que señala el instante en el

71 BJC, 1993, nº 148-149, agosto a septiembre de 1993, pp. 143-50.

72 Según MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional*. (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), Op. cit., p. 144, la subasta "teóricamente es un sistema tan bueno como cualquier otro, pero en la práctica se ha venido convirtiendo en la mejor forma para 'malvender bienes'".

73 ORTELLS RAMOS, M. *El embargo preventivo*. Barcelona: 1984, pp. 66 y 67.

74 Porque, como opina ORTELLS RAMOS, M. *El embargo preventivo*. Op. cit. p. 67, el tema de la pretensión ha de entenderse con independencia de si una determinada medida cautelar será o no procedente, y porque lo que supone el art. 236 RH es que su práctica, a diferencia de su efecto en el ejecutivo extrajudicial, no provoca la suspensión del procedimiento judicial sumario.

75 En este sentido, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional*. (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER) Op. cit. T. II, 2º, p. 181.

que la citada posibilidad finaliza. A nuestro juicio, parece claro que a efectos de iniciación no será necesario recurrir las resoluciones (expresas o, normalmente, tácitas) que se dicten en el embargo. Como afirma Gómez Colomer⁷⁶, el Tribunal Constitucional ha sido de esta opinión, exigiendo el agotamiento únicamente si el recurso era la vía idónea para remediar la lesión del derecho fundamental. No nos parece que formular reposición (por cierto, no se trata técnicamente de un recurso sino más bien de un remedio) contra, por ejemplo, la subasta, sea considerado como un medio idóneo para hacer valer el derecho de defensa vulnerado. En cambio, a efectos de determinar el plazo máximo, el término resolución sí incluirá la que pueda ser dictada en el repetido embargo.

En efecto, el artículo 44,2 LOTC, dispone que el término para interponer el recurso de amparo será de veinte días desde la resolución recaída en el proceso judicial. Esta resolución que vendrá a determinar el plazo máximo será la que se dicte inmediatamente después que la parte tome conocimiento efectivo del proceso. Así: a) Si es durante el plazo para interponer apelación ya hemos visto como previamente se ha de interponer ese recurso. Entonces la resolución impugnada en amparo será la de la Audiencia Provincial que haya resuelto; b) Si es en un momento posterior, la primera resolución que corresponda inmediatamente. De ellas, la última será la resolución de aprobación "del remate". Pero, insistimos, siempre que haya tenido conocimiento efectivo. Porque, como dice al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional, 217/1993, de 30 de junio de 1993⁷⁷, en ese caso "si alguna indefensión han sufrido, ella es imputable exclusivamente a su conducta negligente". Ello es así sobre todo considerando que, como manifiesta la misma sentencia, el derecho a no sufrir indefensión se ha de ponderar con el derecho del que también son titulares los restantes partes del proceso a que se

resuelva sin dilaciones indebidas. De esa manera "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 ella".

5. Efectos de la estimación

El efecto inmediato y general de la estimación de la alegación de falta de "citación de remate" es la nulidad de actuaciones. Deberán retrotraerse éstas, como fija la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 13ª, de 30 de marzo de 1993⁷⁸, "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". Concretamente será nulo todo acto realizado a partir del requerimiento de pago, que será válido como lo son sus efectos registrales⁷⁹. Por tanto, no se declara la nulidad del embargo trabado, que según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 16 de febrero de 1994⁸⁰, se trata de una "diligencia esencialmente distinta y que no cabe 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 1447 o de igual clase y suficiencia"⁸¹. Igualmente señala que no tiene sentido retrotraer las actuaciones al momento de la "citación de remate" cuando la parte se encuentra personales en el procedimiento y conoce cabalmente la demanda, "bastando por ello para reponerla en su derecho concederle el plazo legal para formular su oposición conforme a lo

dispuesto en el artículo 1463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Las razones para que sea precisamente en ese momento son básicamente dos: 1ª El respeto al mantenimiento de los actos procesales no ligados al acto nulo de manera inescindible, como se desprende de los artículos 242 LOPJ y 279 LEC⁸²; 2ª La naturaleza de la infracción cometida y su consecuencia, que es la indefensión creada a la ejecutada al impedírsele la oposición a la "ejecución" despachada.

La anterior doctrina no ofrece excesivos problemas para ser asumida como correcta. Sin embargo, se plantea al menos, una duda en relación a la extensión de los efectos de la nulidad sobre los actos del proceso de una de las partes cuando existe pluralidad de las mismas. Esta cuestión la resuelve, a nuestro juicio, correctamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Secc. 3ª, de Palma de Mallorca, de 21 de noviembre de 1991⁸³. Decide mantener los actos procesales que afectan a las partes que han sido "citadas de remate" correctamente porque, como dice, "desde una perspectiva finalista, 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".

⁷⁶ Cfr. GÓMEZ COLOMER, J. L. *Derecho Jurisdiccional*. (con MONTERO, ORTELLS y MONTON). Op. cit. T. III, p. 704.

⁷⁷ Ver supra a la nota 66.

⁷⁸ RGD, 1993, pp. 6.281-6.283.

⁷⁹ Así la SAP Jaén, 5 de mayo de 1993. Base de Datos Colex Data.

⁸⁰ Base de Datos Colex Data.

⁸¹ Por el contrario, la SAP Almería, 23 de setiembre de 1993 (Base de Datos Colex Data) declara la nulidad del juicio, incluso suponiendo el alzamiento del embargo practicado.

⁸² Así la SAP Santander, 16 de febrero de 1994. Base de Datos Colex Data.

⁸³ Ver supra a la nota 25.