

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**1888** *Sala Primera. Sentencia 5/2017, de 16 de enero de 2017. Recurso de amparo 4591-2015. Promovido por don Luis Jesús Agrela Rubio respecto del Auto de un Juzgado de Primera Instancia de Fuengirola (Málaga) denegatorio de un incidente de nulidad de actuaciones en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de demandado cuyo domicilio figuraba en la documentación aportada con la demanda (STC 122/2013).*

ECLI:ES:TC:2017:5

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encamación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 4591-2015, promovido por don Luis Jesús Agrela Rubio, representado por el Procurador de los Tribunales don Mariano de la Cuesta Hernández y asistido por el Abogado don Miguel A. Susino de la Chica, contra el Auto de 25 de junio de 2015, dictado por Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola (Málaga), por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-2012. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Se ha personado la mercantil Banco Sabadell, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Olga Gutiérrez Álvarez. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 29 de julio de 2015, don Mariano de la Cuesta Hernández, Procurador de los Tribunales y de don Luis Jesús Agrela Rubio, interpuso recurso de amparo contra el Auto referido en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para resolver el recurso de amparo interpuesto, son los siguientes:

a) Contra el recurrente en amparo se despachó ejecución hipotecaria por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola (Málaga), a instancias del Banco de Sabadell, en reclamación de 117.794,18 €, más intereses, costas y gastos. El 25 de febrero de 2015 se celebró la subasta de las fincas hipotecadas.

b) Tras celebrarse la subasta de las fincas hipotecadas –una vivienda, un trastero y una plaza de garaje–, estas lo fueron a favor del ejecutante. El recurrente afirma no haber tenido conocimiento del proceso hasta que extraprocesalmente recibió la llamada telefónica de otra entidad reclamándole una cantidad pendiente en concepto de diferencias en la adjudicación de fincas. Conocido el proceso, se personó cuando éste se encontraba en el trámite de tasación de costas (el 29 de abril de 2015).

c) El demandante de amparo, con fecha 22 de mayo de 2015, promovió incidente de nulidad de actuaciones. Dicho incidente fue desestimado por Auto del Juzgado de 25 de junio de 2015. En su escrito, el recurrente se quejaba de que, constando en las actuaciones otro domicilio (el documento núm. 4 de la demanda ejecutiva es una copia de requerimiento de pago en el domicilio habitual del recurrente), no se intentase allí la notificación, antes de acudir a la edictal, y que tampoco se requiriese a la ejecutante para designar otro domicilio del ejecutado, cuando esta lo conocía de modo efectivo. Tampoco constaba diligencia de averiguación alguna en registros públicos (padrón municipal, Tesorería de la Seguridad Social, Dirección General de la Policía). Como consecuencia de ello, se concluye que se ha producido una situación de indefensión, que determina, a su juicio, la nulidad de lo actuado.

En el escrito, el recurrente mencionaba expresamente y reproducía fragmentos de las SSTC 131/2014, de 21 de julio, y 137/2014, de 8 de septiembre. En concreto, citaba la STC 122/2013 como soporte de la pretensión de nulidad. En todas ellas se da cuenta de la doctrina constitucional vigente sobre el art. 686.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), en la versión entonces en vigor.

d) Por Auto de 25 de junio de 2015 se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones. A juicio del órgano judicial, no se produjo la indefensión alegada dado que en la escritura de préstamo hipotecario se designaba un domicilio para notificaciones y requerimientos en el que se intentó la notificación infructuosamente, y que «el ejecutado no comunicó su cambio» (sic) como exige el art. 683 LEC. Se cita como único apoyo de lo anterior un Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 14 de marzo de 2011, del que se reproducen fragmentos. El párrafo final del razonamiento jurídico primero, dice así:

«En el presente procedimiento, consta en la documental acompañada a las actuaciones que justifican la ejecución que el domicilio designado a efectos de notificaciones por la propia deudora y/o hipotecante para citaciones y requerimientos es el de la finca que se hipoteca con el número 1, según la cláusula undécima del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 22 de febrero de 2007, llevados a cabo los intentos de notificación en el domicilio designado, por la actora se solicitó la notificación edictal, que fue acordada por el juzgado en legal forma, cumpliendo todos los requisitos procesales y de forma legalmente establecidos, por lo que procede desestimar la petición de nulidad interesada.»

3. La demanda se fundamenta en la vulneración del derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), al haberse seguido la ejecución del procedimiento de ejecución contra el recurrente sin tener conocimiento de su existencia y contraviniendo la doctrina del Tribunal Constitucional. El órgano judicial acudió al emplazamiento por edictos sin agotar previamente los mecanismos previstos en el art. 156 LEC para intentar su localización personal.

Por otro sí de la demanda de amparo, el demandante solicitó, de acuerdo con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), la suspensión del procedimiento ejecutivo.

4. Mediante providencia de 18 de julio de 2016, la Sala Primera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)]». Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, ordenó requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia de Fuengirola a fin de que, en el plazo de diez días, emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-2012, excepto a la parte recurrente en amparo, para que pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Por providencia de 18 de julio de 2016, la Sala Primera de este Tribunal acordó formar pieza separada de suspensión. Tras los trámites correspondientes, por Auto de 19 de septiembre de 2016 se acordó suspender la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-20112 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola

(Málaga), en la situación procesal en la que se hallara en el momento de interponer la demanda de amparo.

Por escrito registrado en este Tribunal el día 20 de septiembre de 2016, compareció doña Olga Gutiérrez Álvarez, Procuradora de los Tribunales y de la mercantil Banco Sabadell, S.A., solicitando se la tuviera por personada y parte en el presente recurso de amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 3 de octubre de 2016, se tiene por recibido el escrito de doña Olga Gutiérrez Álvarez, a quien se le tiene por personada y parte, en nombre y representación del Banco Sabadell, S.A. Asimismo se procedió, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y las partes personadas, para presentar las alegaciones que a su derecho conviniese.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 31 de octubre de 2016, la representación procesal de don Luis Jesús Agrela Rubio, formuló alegaciones dando por reproducidas las ya expuestas en su escrito de demanda, a las que añade la última Sentencia dictada por la Sala Segunda (STC 89/2015, de 11 de mayo), que confirma el criterio jurisprudencial seguido sobre la notificación por edictos por el Tribunal Constitucional.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó el 21 de octubre de 2016 su escrito de alegaciones.

Tras exponer los hechos y reproducir la doctrina al respecto, concluye que procede la estimación de la demanda de amparo, pues el órgano judicial acudió a la citación edictal de manera inmediata, sin llevar a cabo una mínima diligencia para averiguar un domicilio alternativo al que figuraba en la escritura y donde realmente pudieran ser hallados los ejecutados. Para el Fiscal, lo verdaderamente determinante es la actitud pasiva del órgano judicial al limitarse a constatar el resultado negativo de la citación que se intentó y, sin solución de continuidad, acudir a los edictos. Considera que su falta absoluta de actividad resulta abiertamente opuesta al deber de diligencia judicial que le impone la doctrina de este Tribunal, máxime siéndole especialmente sencilla la averiguación de un posible domicilio real al bastarle con examinar los propios autos judiciales en los que constaba el auténtico. Añade que le era tan asequible al órgano judicial la averiguación de un domicilio efectivo, que ni siquiera le exigía el «mínimo esfuerzo» de dirigirse al exterior de la sede del propio órgano judicial, tal y como ha exigido este Tribunal. En concreto, el burofax, que acompañó como documento núm. 4 a la demanda, le habría dado un domicilio cuya efectividad se acreditaba en el propio documento ya que el mismo hace constar que fue recibido por el propio ejecutado.

Por los motivos expuestos, el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del recurrente, se acuerde la nulidad del Auto de 25 de junio de 2015 y se retrotraiga las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago al demandante de amparo para que se le comunique el despacho de ejecución en forma legal.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el 3 de noviembre de 2016, la representación procesal de Banco Sabadell, S.A., formuló alegaciones, interesando se acuerde la plena constitucionalidad de todo lo actuado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, así como no haber lugar a la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado. Manifiesta que se puede comprobar que las diligencias de notificación obrantes en autos han resultado negativas a pesar de que se llevaron a cabo en el domicilio pactado por las partes a efectos de notificaciones y requerimientos, al amparo del art. 686.2 LEC, sin que a esta parte le constase notificado por el demandado el cambio del domicilio pactado a efecto de notificaciones, tal y como prescribe el art. 683 LEC. El edicto salva, por tanto, el intento fallido de requerimiento de pago y de la fecha posterior de señalamiento de subasta, realizándose con todas las garantías procesales. Pone de manifiesto que la obligatoriedad de agotar todos los medios de averiguación domiciliaria, previamente a acordar los edictos, se incorporó de manera expresa, en el art. 686.3 LEC a través de la Ley 19/2015 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la

Administración de Justicia y del Registro Civil. Así pues, considera que las notificaciones realizadas al ejecutado, vía edictos, se realizaron conforme a la legalidad vigente en ese momento, sin que quepa su aplicación retroactiva con base en el principio de irretroactividad que rige la jurisdicción civil. En relación a la notificación de la subasta, llevada a cabo el 25 de febrero de 2015, entiende que dicho trámite debe tenerse por cumplido mediante diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2014, considerando suficiente dicha comunicación a los efectos del art. 691.2 LEC, siendo procedente mantener la subasta celebrada el 25 de febrero de 2015.

10. Por providencia de 12 de enero de 2017, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si el Auto de 25 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola (Málaga), que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el demandante de amparo, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-2012, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haberse seguido el proceso de ejecución sin haberse emplazado personalmente al ejecutado, al acudir el órgano judicial al emplazamiento por edictos sin haber agotado, previamente, los mecanismos previstos en el art. 686.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), para intentar su localización personal, tal y como así exige la jurisprudencia constitucional.

El Fiscal considera que procede estimar el recurso y declarar que el citado derecho fundamental ha sido vulnerado. La representación procesal de Banco Sabadell, S.A., personado en el presente recurso, interesa no haber lugar a la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del ejecutado.

2. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 18 de julio de 2016, admitió a trámite el recurso de amparo, al apreciar «que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)]». Una negativa que, como se ha sostenido por este Tribunal desde el ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3, no puede ser identificada con «la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable» en el caso concreto. Para el Tribunal se trata de algo radicalmente distinto, como lo es la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación; o dicho en otras palabras, a una decisión consciente de soslayarla (en este sentido, STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, y 155/2015, de 8 de junio, FJ 2), siendo el «elemento intencional o volitivo» el que caracteriza este concreto supuesto de especial trascendencia constitucional.

Los hechos consignados en el antecedente segundo de esta resolución permiten constatar que, en el caso que, en el presente caso, concurre dicho elemento intencional. El Juzgado desestimó, por Auto de 25 de junio de 2015, el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el demandante de amparo en el que denunciaba la indefensión provocada por la comunicación edictal a la que había recurrido el Juzgado, sin cumplir previamente con lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada sobre la interpretación que este Tribunal ha realizado del art. 686.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). El recurrente argumentaba la pretensión de nulidad con cita expresa de las SSTC 131/2014, de 21 de julio, y 137/2014, de 8 de septiembre, y, en concreto, de la STC 122/2013. Incluso traslada fragmentos literales de las citadas resoluciones al texto, para una mejor comprensión y entendimiento por el Juzgado de la lesión que se denuncia ante él. Sin embargo, el órgano judicial, aun expuesta expresamente dicha doctrina, ya reiterada por este Tribunal, y advertida, obviamente, tras la lectura del escrito presentado por el recurrente, desestima el incidente de nulidad apartándose de ella, sin motivación alguna al respecto, y prefiriendo basar su decisión, en un auto de la

Audiencia Provincial de Tenerife de 2011, confirmando una decisión previamente adoptada por él mismo.

El incumplimiento por el órgano judicial de la doctrina alegada expresamente por el recurrente en su escrito de planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones –que si bien puede ser considerado de implícito, no por ello deja de ser manifiesto–, será el que dará lugar a estimar el presente recurso de amparo. Una doctrina que, dictada en relación con la interpretación que debía darse al art. 686.3 LEC –en su anterior redacción, pues ha sido objeto de modificación por la posterior Ley 19/2015, de 13 de julio–, no simplemente se trata de un canon constitucional a aplicar por los operadores jurídicos a través del cual constatar las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales denunciadas, sino del resultado de su aplicación por el propio Tribunal para adaptar la dicción literal del referido precepto a la Constitución.

3. Una vez motivada la existencia de especial trascendencia constitucional del presente recurso, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la comunicación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso de que sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad, y, más concretamente, sobre la necesidad de que el órgano jurisdiccional agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la comunicación edictal.

En concreto, se ha afirmado, en la STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3, alegada por el recurrente, que «cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, y 245/2006, de 24 de julio, FJ 2)» (STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3). Para el Tribunal, «desde una estricta perspectiva constitucional, procede realizar una interpretación *secundum constitutionem* del art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado» (STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 5).

4. La aplicación de la doctrina emanada de la STC 122/2013, reiterada en una pluralidad de sentencias posteriores (SSTC 30/2014, 24 de febrero FJ 3; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3; 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014, 22 de octubre, FJ 3, y 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2), llevan a apreciar, en este caso, la vulneración del art. 24.1 CE, al constar en las actuaciones del procedimiento, como así también pone de manifiesto el Fiscal en sus alegaciones, y, en concreto, en la demanda ejecutiva presentada, la existencia de un domicilio personal del ejecutado distinto al que se intenta la notificación, al que le fue realizada una notificación por la acreedora –burofax aportado como documento núm. 4 de la demanda ejecutiva– con resultado positivo. A ello se une, además, que no hay constancia de que el órgano judicial realizara ningún intento de averiguación del domicilio de los ejecutados, limitándose a emplazar en la finca hipotecada en dos ocasiones tras lo cual procedió a la comunicación edictal.

5. Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de amparo con nulidad del Auto dictado Auto de 25 de junio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola (Málaga), dictado en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-2012.

Asimismo, como medida de restablecimiento del derecho, hemos de acordar la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente siguiente al de dictarse el Auto despachando ejecución, a fin de que se provea por el órgano judicial a la notificación de la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago a los recurrentes en

términos respetuosos con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

## FALLO

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

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de 25 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola (Málaga), que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el demandante de amparo, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1072-2012.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago al demandante, para que se le comunique el despacho de ejecución en legal forma.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil diecisiete.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.