

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**11696** *Sala Primera. Sentencia 83/2018, de 16 de julio de 2018. Recurso de amparo 3849-2017. Promovido por doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaña Hidalgo en relación con las actuaciones de un juzgado de primera instancia de Fuengirola en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos sin agotar los medios de comunicación personal (STC 122/2013). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2018:83

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Juan José González Rivas, Presidente, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3849-2017, promovido por doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaña Hidalgo, representados por el Procurador de los Tribunales don José Ramón Navas Rodríguez y defendidos por el Letrado don José Daniel Pérez Aroca, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de 21 de junio de 2017, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes respecto del procedimiento ejecución hipotecaria núm. 1241-2014. Han sido partes Caixabank, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Segura Zariquiey y defendida por el Letrado don Rafael Miguel Sánchez, y Buildingcenter, S.A.U., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Medida Cuadros y defendida por el mismo Letrado, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 20 de julio de 2017, el Procurador de los Tribunales don José Ramón Navas Rodríguez, en nombre y representación de doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaña Hidalgo, interpuso recurso de amparo contra la resolución referida en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Caixabank, S.A., presentó, en fecha 5 de septiembre de 2014, demanda de ejecución hipotecaria contra doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaña Hidalgo, por entender que los mismos habían dejado de satisfacer las cuotas correspondientes, reclamando las cantidades de 133.361,29 € de principal y 40.008 € de intereses y gastos, como consecuencia del préstamo hipotecario que se constituyó en escritura pública de 26 de marzo de 2008.

La hipoteca gravaba la vivienda sita en «Island of Riviera Golf, bloque 6, planta 1.º, vivienda 3, de Mijas, Málaga», fijando esta dirección como domicilio para notificaciones. En la escritura, al describir los datos de los deudores, se hace constar que tienen su domicilio en Avenida de Andalucía 25, bloque 3, bajo B, de Écija, Sevilla. Se acompañó a la demanda copia de un burofax dirigido a los dos obligados en la vivienda de Mijas requiriéndoles de pago, que resultó no entregado por encontrarse «ausentes».

b) El conocimiento del procedimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, bajo el núm. 1241-2014, órgano que dictó, en fecha 29 de septiembre de 2014, Auto acordando despachar la ejecución y, entre otras actuaciones, requerir de pago a los deudores en el domicilio de la vivienda hipotecada y que se señalaba en la demanda.

El requerimiento se intentó practicar en el lugar antes señalado de Mijas. Según diligencia del servicio común de notificaciones de 20 de octubre de 2014, tras un primer intento por correo con resultado negativo, se persona el actuario en el lugar indicado «no encontrando al destinatario en la vivienda ni vecinos que se hagan cargo de la diligencia», haciéndose constar por la gestora procesal actuante que no constaba el nombre en los buzones, que «tras varias llamadas no abre nadie» y que se dejaba aviso bajo la puerta de la vivienda.

A la vista de la anterior diligencia negativa, Caixabank, S.A., presentó escrito en fecha 19 de febrero de 2015 solicitando que el requerimiento se llevara a cabo por edictos.

Por diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2015 se acordó practicar el requerimiento y notificación «en la forma prevista en el artículo 164 de la LEC, fijando la misma en el tablón de anuncios de esta oficina judicial durante diez días», lo que se llevó a cabo seguidamente.

c) Por diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2015, se acordó señalar la subasta para la venta de la finca el día 5 de octubre de 2015 a las 10:40 horas, señalamiento que se intentó notificar a los ejecutados en el mismo domicilio de la finca hipotecada por el servicio común en fecha 6 de julio de 2015. En la diligencia se indica que no constaba el nombre en los buzones, que se había intentado previamente por correo que resultó negativo, que personado en el domicilio aportado «no abre nadie ni encuentro a quien me informe» y que se deja aviso en el buzón.

Celebrada la subasta el día fijado, la entidad ejecutante solicitó que se le adjudicara la finca. En fecha 12 de mayo de 2016, de nuevo ante la solicitud de Caixabank, S.A., en presencia del Letrado de la Administración de Justicia, dicha entidad cedió el remate en favor de Buildingcenter, S.A., cesión que fue aceptada por esta última. En fecha 29 de junio de 2016 se dictó decreto de adjudicación, que fue notificado a los ejecutados directamente por edictos.

Por diligencia de ordenación de 26 de enero de 2017 se acordó el lanzamiento de la vivienda, señalándose el 31 de mayo de 2017 y ordenándose requerir a los ejecutados para este fin. La comunicación de lo anterior se intentó el 3 de febrero de 2017 en la misma finca de Mijas, resultando negativa y haciéndose constar que se dejó aviso. En la cédula consta una anotación manuscrita en la que se indica «ojo, hay inquilino», así como «nueva dirección», «Empadramiento n.º 2, 1.º, 41400, Écija», y un número de teléfono.

d) El 17 de febrero de 2017 don José María Montañó Hidalgo compareció personalmente ante el servicio común y, en su propio nombre y en el de su esposa doña María del Valle Gallardo Merinas, recibió cedula de notificación y copia de la diligencia de ordenación de 26 de enero de 2017.

Por escrito presentado en fecha 22 de febrero de 2017, los ejecutados comparecieron en el procedimiento e interesaron que se les tuviera por parte, al tiempo que interponían recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 26 de enero de 2017, «solicitando la nulidad de actuaciones». Alegaban en tal escrito que dicha diligencia de ordenación era el primer acto que conocían del procedimiento y que han tenido conocimiento de ella de forma

casual por tener un domicilio distinto de aquel en que se intentó la notificación, extremo que era conocido por el banco. Se invocaron los artículos 452 y 686 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) así como el artículo 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, y la doctrina contenida en las SSTC 122/2013, de 20 de mayo, y 86/2015, de 11 de mayo, transcribiéndose parte del contenido de la primera. Se terminaba suplicando al juzgado que «decrete la nulidad de actuaciones desde el momento siguiente a dictar despacho de ejecución».

e) Por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2017, la Letrada de la Administración de Justicia acordó admitir y tramitar el recurso así como tener a los ejecutados, debidamente representados por procurador, por personados y parte en el procedimiento.

Tras la presentación de alegaciones por la parte ejecutante, por decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 18 de abril de 2017 se desestimó el recurso. En el mismo se argumenta que «mediante un recurso de reposición contra una diligencia de ordenación posterior, no se puede combatir otra resolución anterior (en este caso, aquellas en las cuales se acordó la notificación de la demanda)».

f) En fecha 21 de abril de 2017, los hoy recurrentes en amparo presentaron escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones. En dicho escrito insisten en que todo el procedimiento ejecutivo se había llevado a cabo a sus espaldas, ya que las comunicaciones se intentaron solamente en el domicilio que se fijó en la escritura de constitución de la hipoteca, sin que se hubiere intentado en el domicilio real a pesar de ser perfectamente conocido por el banco ejecutante, lo que entienden vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Igualmente citan la doctrina contenida en las SSTC 122/2013, de 20 de mayo, y 86/2015, de 11 de mayo, a las que añaden la STC 200/2016, de 28 de noviembre, transcribiendo parte del contenido de esta última. Terminan suplicando al juzgado que decrete la nulidad de actuaciones «desde el momento siguiente a dictar despacho de ejecución».

Previo traslado y alegaciones de la parte ejecutante, por Auto de 21 de junio de 2017 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola acordó desestimar la nulidad interesada. Dicho Auto razona lo que sigue, literalmente transcrito:

«la parte [...] recurre en reposición una diligencia de ordenación ante la Sra. Letrada de la Administración de justicia la cual carece manifiestamente de competencia para declarar la nulidad de resoluciones del juzgado. Desestimando además acertadamente el recurso de reposición puesto que lo en él acordado en nada afecta a la cuestión de fondo suscitada, la parte deduce entonces de forma extemporánea el incidente con motivo de su primera personación, momento en el que era obvio que no cabía recurso ordinario alguno para remediar la situación que planteaba. En consecuencia, debiendo apreciarse la causa de nulidad de manera excepcional, la petición ha de ser desestimada.»

3. La parte recurrente aduce en su demanda de amparo que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al rechazar el juzgado el incidente de nulidad de actuaciones y al llevarse a cabo el emplazamiento edictal de los demandados sin realizar ninguna actividad previa averiguación del domicilio de los mismos.

a) En cuanto al primer aspecto, denuncian los demandantes la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) producida por las actuaciones procesales que han impedido restaurar la vulneración previa de este mismo derecho fundamental. Indica la demanda que: (i) en la primera ocasión que se le concedió, la parte formuló el recurso ordinario de reposición para denunciar la nulidad de actuaciones, pues de no haberlo realizado así le habría precluido el plazo para alegarlo; (ii) si se estimaba que el recurso no era medio idóneo para considerar la nulidad, al ser una cuestión de orden público, se tendría que haber elevado al Tribunal, como señalan los artículos 227 LEC y su correlativo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

(LOPJ); (iii) la nulidad solicitada se amparaba en el artículo 227.2 LEC, no en el 228, y en los artículos 11 y 240.2 LOPJ, y no está sujeta a plazo al no existir resolución que hubiese puesto fin al proceso; (iv) la nulidad denunciada tendría incluso que haberse apreciado de oficio (arts. 11 y 240.2 LOPJ y 227.2 LEC); (v) las resoluciones procesales impugnadas adoptan una actitud incomprensiblemente rigorista y formalista en contra de la efectividad del derecho fundamental y de la doctrina constitucional contenida, entre otras, en la STC 39/2015, de 2 de marzo.

b) En cuanto a la segunda queja, la demanda aduce que la notificación edictal llevada a cabo sin haberse agotado las vías para la averiguación del domicilio de los ejecutados vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Cita y transcribe parte del contenido de las SSTC 6/2017, de 16 de enero; 122/2013, de 20 de mayo, y 76/2006, de 13 de marzo.

La demanda termina suplicando que se reconozca el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que se restablezca a los recurrentes en la integridad de sus derechos y, a tal fin, «se anule en su totalidad el auto del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Fuengirola (Málaga) de fecha 21 de junio de 2017, que desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones promovida en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm.1241/2014 instado en contra de mis poderdantes por Caixa Bank SA» y se «anule el procedimiento de ejecución hipotecaria, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago a los demandados y despacho de ejecución para que se les comunique en legal forma».

4. Mediante diligencia de ordenación de 25 de julio de 2017 del Secretario de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal se acordó conceder al procurador de la parte recurrente un plazo de diez días para que suscribiera el escrito de demanda, lo que se llevó a cabo mediante escrito que se registró el 31 de julio siguiente.

5. Mediante diligencia de ordenación de 14 de noviembre de 2017 del Secretario de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal se acordó requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de la ejecución hipotecaria núm. 1241-2014. Recibidas las actuaciones judiciales, mediante Providencia de 5 de febrero de 2018, la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada, «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)].», y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola a fin de que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento reseñado, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo. Al tiempo se acordó la formación de pieza separada de suspensión.

6. Por providencia de la misma fecha, la Sección acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 LOTC, concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimaran pertinente sobre dicha suspensión. Evacuados los trámites correspondientes, mediante Auto de 5 de marzo de 2018, la Sala Primera acordó suspender cautelarmente la entrega de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola y ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

7. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal de fecha 4 de abril de 2018, se acordó tener por personados y parte en el

procedimiento a los Procuradores don Javier Segura Zariquiey y doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Caixabank, S.A., y Buildingcenter, S.A.U., ordenándose entender con ellos las sucesivas diligencias, y, con arreglo al artículo 52 LOTC, conceder a tales partes y al Ministerio Fiscal el plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

8. En fecha 7 de mayo de 2018 la Procuradora doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación Buildingcenter, S.A.U., presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que no se otorgue el amparo por entender, en primer lugar, que no se dan los requisitos del artículo 44.1 LOTC, al no haber denunciado en tiempo y forma la infracción procesal que determina la nulidad, y, en segundo lugar, que no procede declarar la nulidad de la notificación edictal al haberse acordado la misma conforme la redacción del artículo vigente al tiempo de la actuación procesal en cuestión.

Tras aludir a su posición procesal como adjudicataria de la finca hipotecada y a los antecedentes del asunto, argumenta lo que a continuación se resume:

a) En primer término, siguiendo la tesis mantenida por el Juzgado de Primera Instancia, entiende que no se da el requisito contenido en el apartado c) del artículo 44 LOTC, que exige para que sea admisible el recurso de amparo «que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello». La parte ejecutada no interpuso el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, planteando en su lugar, desafortunadamente, un recurso de reposición, dejando transcurrir el plazo de veinte días contenido en el artículo 228 LEC, lo que condujo a que se rechazase tal solicitud.

b) En segundo lugar, aduce que el juzgado actuó conforme a lo dispuesto en las normas procesales vigentes al acordar y efectuar la notificación por medio de edictos tras el intento negativo de notificación en el domicilio señalado en la escritura por la que se pacta el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Argumenta que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se acordó la notificación por medio de edictos en el mes de febrero del año 2015, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, que modificó el apartado tercero del artículo 686 LEC e impuso el deber de realizar, en estos casos, «las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor», exigencia que, a su juicio, no cabe imponer de modo retroactivo.

9. En fecha 8 de mayo de 2018 el Procurador don Javier Segura Zariquiey, en nombre y representación de Caixabank, S.A., presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que no se otorgue el amparo por entender, en primer lugar, que no se dan los requisitos del artículo 44.1 LOTC, al no haber denunciado en tiempo y forma la infracción procesal que determina la nulidad, y, segundo lugar, que no procede declarar la nulidad de la notificación edictal al haberse acordado la misma conforme la redacción del artículo vigente al tiempo de la actuación procesal en cuestión.

Tras relatar los antecedentes del caso, argumenta lo que a continuación se sintetiza, de modo coincidente con lo alegado por Buildingcenter, S.A.U.:

a) En primer lugar, de acuerdo con el criterio sostenido por el Juzgado de Primera Instancia, entiende que no se da el requisito contenido en el apartado c) del artículo 44 LOTC, que exige para que sea admisible el recurso de amparo «que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello». La parte ejecutada no interpuso el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, planteando en su lugar, desafortunadamente, un recurso de reposición, dejando transcurrir el plazo de veinte días contenido en el artículo 228 LEC, lo que condujo a que se rechazase tal solicitud.

b) Seguidamente sostiene que el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola actuó conforme a lo dispuesto en las normas procesales vigentes al acordar y efectuar la notificación por medio de edictos tras el intento negativo de notificación en el

domicilio señalado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Argumenta que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se acordó la notificación por medio de edictos en el mes de febrero del año 2015, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, que modificó el apartado tercero del artículo 686 LEC e impuso el deber de realizar, en estos casos, «las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor», exigencia que, a su juicio, no cabe imponer de modo retroactivo de acuerdo con el artículo 2.3 del Código civil (CC) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

10. En fecha 10 de mayo de 2018 el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que se otorgue el amparo, se reconozca vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.11 CE) de los recurrentes y se les restablezca en su derecho acordándose la nulidad del Auto de 21 de junio de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014.

Tras relatar los antecedentes fácticos y resumir las alegaciones formuladas por los recurrentes, el argumento del Fiscal ante el Tribunal Constitucional se sintetiza a continuación:

a) Es necesario, en primer lugar, fijar los límites en que debe moverse la resolución de este recurso de amparo. Los recurrentes dirigen, formalmente, dos quejas contra el Auto de 21 de junio de 2017: (i) la primera se refiere a la propia decisión sobre la inadmisión del incidente de nulidad, en la que, en realidad, lo que se está denunciando es una arbitrariedad en la resolución vulneradora de la tutela judicial efectiva; (ii) la segunda vulneración se refiere al derecho de acceso a la jurisdicción y se vincula a la citación por edictos sin que el órgano judicial efectuara ninguna actividad para la averiguación del domicilio real, lo que les provocó una imposibilidad de ejercer su derecho a intervenir en el proceso. Dicha vulneración no se la imputa al auto resolutorio del incidente de nulidad, si no que se habría producido desde la primera fase del procedimiento de ejecución, y de ahí que inste la retroacción del procedimiento al mismo momento en que se les requirió de pago. Siguiendo la doctrina de este Tribunal, habrá que acudir primero a examinar los defectos denunciados en aquella resolución cuya posible declaración de nulidad provocara una retroacción mayor en el tiempo, lo que lleva a analizar, en primer lugar, la denuncia de violación de la tutela judicial efectiva cometida en la práctica de los actos de comunicación.

b) Entrando en la queja anunciada, considera el Fiscal que nos encontramos ante un supuesto más sobre la validez de la notificación edictal, en un juicio de ejecución hipotecaria, al resultar negativa la que se intentó en el domicilio que se había determinado en la propia escritura de constitución del préstamo hipotecario. Comienza el Ministerio público exponiendo la doctrina general sobre comunicaciones edictales con reproducción de la STC 150/2008, de 17 de noviembre, FJ 2. A continuación se refiere al pronunciamiento del Tribunal sobre la vigencia de esta doctrina a pesar de la redacción del artículo 686 LEC dada por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre; concretamente, al contenido en la STC 122/2013, de la que transcribe su fundamento jurídico 6. Finalmente, argumenta que, trasladando la doctrina anterior al caso que nos ocupa, «no podemos más que concluir que es procedente la estimación de la demanda de amparo, pues el órgano jurisdiccional acudió a la mera reiteración de la citación por correo certificado, siempre en el mismo domicilio donde nunca se logró que fuera efectiva, y la citación edictal de manera inmediata, es decir, optó de forma explícita por la aplicación automática del art. 686.3 LEC, desoyendo la doctrina constitucional que acabamos de recoger, y que no podía desconocer porque el propio incidente de nulidad planteado recogía cita jurisprudencial en ese sentido». Añade que, en el caso, bastaba con que se comprobara en la propia escritura de constitución de la hipoteca que los dos deudores hipotecarios figuran en la misma con un domicilio en Écija (Sevilla); que no consta que el órgano judicial preguntase a la entidad bancaria ejecutante si conocía algún otro domicilio de los ejecutados, «siendo evidente que la entidad bancaria era perfecta

conocedora de la existencia de ese otro posible domicilio»; y que si bien la vulneración del derecho no la produce la actitud de la entidad bancaria de «ocultar» el auténtico domicilio de los ejecutados y sí la inactividad del órgano judicial, lo cierto es que cuando al Juzgado se le comunica en el incidente de nulidad esta actitud de la entidad bancaria, se le estaba dando al órgano judicial la oportunidad de restablecer a los hoy recurrentes en su derecho y no lo hizo, sino que se limitó a resolver de manera puramente formalista.

Termina el Fiscal ante el Tribunal Constitucional señalando que el pronunciamiento de amparo debe comprender, en coherencia con lo acordado por el Tribunal en otros casos precedentes (STC 122/2013, FJ 6), la nulidad del Auto impugnado de 21 de junio de 2017, y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al requerimiento de pago al demandante de amparo, con el fin de que se le comunique lo allí acordado en legal forma.

11. Por providencia de 12 de julio de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de 21 de junio de 2017, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes respecto del procedimiento ejecución hipotecaria núm. 1241-2014, así como contra las actuaciones procesales comprendidas en dicho procedimiento desde el momento del requerimiento de pago llevado a cabo por medio de edictos.

Como con más detalle se ha indicado en el apartado de antecedentes, los recurrentes sostienen que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en dos ocasiones: (i) en cuanto no tuvieron conocimiento del desarrollo del referido procedimiento ni, por lo tanto, pudieron hacer valer en él los medios de defensa que la ley les confiere, como consecuencia de que el juzgado acudió a la notificación y requerimiento de pago por medio de edictos tras el intento infructuoso en la finca hipotecada y sin tratar de averiguar su domicilio real, como exige la jurisprudencia constitucional; (ii) y en cuanto que, ante los intentos de reparar la lesión del derecho fundamental anterior, las resoluciones procesales resultan contrarias a Derecho e incurrir en un formalismo incomprensible en contra de la efectividad del derecho fundamental.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por considerar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), mientras que las entidades Caixabank, S.A., y Buildingcenter, S.A.U., oponen un óbice a la admisibilidad del recurso de amparo e interesan su desestimación por entender que no existe la lesión alegada.

2. Con carácter previo a cualquier consideración de fondo, debemos delimitar el objeto de debate y dar respuesta a la objeción procesal planteada.

Conforme al criterio de «mayor retroacción» que viene empleando este Tribunal (STC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3) y que implica conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal anterior, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC 25/2012, de 27 de febrero, FJ 2, y 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 2, y las que en ellas se citan), procede examinar los motivos según el orden con el que se han expuesto, inverso respecto del seguido en la demanda, comenzando, por tanto, con el que denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con la comunicación edictal del procedimiento de ejecución hipotecaria.

A esta primera queja se refiere precisamente el óbice opuesto por las entidades Caixabank, S.A., y Buildingcenter, S.A.U. De sus alegaciones se desprende que, a su entender, el cumplimiento del requisito de la denuncia previa y tempestiva exigido por el

artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) pasaba inexcusablemente por la interposición, en el plazo previsto por el artículo 228 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), del incidente de nulidad de actuaciones. Al no haberlo hecho así, la parte ejecutada, que planteó en su lugar, desafortunadamente, dicen, un recurso de reposición, no habría cumplido con la mencionada exigencia.

Procede rechazar el óbice opuesto en base a las siguientes consideraciones:

a) El artículo 44.1 c) LOTC, que condiciona la admisión de todo recurso de amparo al cumplimiento del requisito inexcusable de que «se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello», como ha destacado, entre otras muchas, la STC 242/2015, de 30 de noviembre, FJ 6, obedece al deber de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo que tiene como finalidad facilitar que los jueces y tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades, así como la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, y 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2, entre otras), dándoles «la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional» (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 228/2007, de 5 de noviembre)»

En el caso que examinamos, en la primera comparecencia, los ahora demandantes, por medio de escrito presentado en fecha 22 de febrero de 2017, manifestaron su voluntad de interponer recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de 26 de enero de 2017, que era la última resolución recaída en el procedimiento, y solicitaron «la nulidad de actuaciones». Según se deja constancia en los antecedentes de esta Sentencia, alegaban en tal escrito que dicha diligencia de ordenación era el primer acto que conocían del procedimiento de ejecución hipotecaria dirigida contra ellos, e invocaban, entre otros, el artículo 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, y la doctrina contenida en las SSTC 122/2013, de 20 de mayo, y 86/2015, de 11 de mayo, transcribiendo parte del contenido de la primera.

Como también se ha expuesto, tras ser rechazado este primer intento por la Letrada de la Administración de Justicia, los recurrentes presentaron un segundo escrito en el que solicitaban directamente del juez la declaración de nulidad de las actuaciones con reiteración de las alegaciones precedentes.

Con lo anterior cumplieron los recurrentes con lo que exige el artículo 44. 1 c) LOTC al permitir que el juzgado, hasta en dos ocasiones, se pronunciara sobre la cuestión planteada. Como ha señalado este Tribunal, «lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulen en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica o de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida» (STC 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2).

b) El óbice opuesto por las entidades demandadas, en tanto que toma como punto de partida el acierto del criterio del juez al desestimar el incidente de nulidad por razón de su extemporaneidad, sin entrar en el examen de la vulneración del derecho fundamental aducida, podría tener su acomodo, como defectuoso agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, equivalente a la falta de agotamiento [art. 44.1 a) LOTC].

Cabe recordar sintéticamente, con el ATC 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 6, que, de acuerdo con nuestra doctrina, «el agotamiento defectuoso de la vía judicial equivale a su falta de agotamiento» (STC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3), lo que significa que «cuando la vía judicial precedente se frustra porque el recurso intentado no resulta admisible ha de entenderse incumplido, en principio, el requisito de su agotamiento, deviniendo impracticable, por tanto, la vía de amparo ante este Tribunal» (STC 133/2001, de 13 de junio, FJ 2).

En hipótesis, siguiendo esta línea de razonamiento, la extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones habría impedido al mismo cumplir con la función que le es propia, de modo que, al no poder pronunciarse el órgano judicial sobre la originaria vulneración del derecho fundamental, no habría quedado preservada tampoco la subsidiariedad del presente recurso de amparo.

Tampoco así concebido el óbice puede acogerse.

Los recurrentes solicitaron ya en el primer escrito presentado en el procedimiento la «nulidad de actuaciones». En concreto, en dicho escrito pedían al «Juzgado» que decretara «la nulidad de actuaciones desde el momento siguiente a dictar despacho de ejecución»; y, como hemos visto, fundaban tal solicitud en el defecto procesal de relevancia constitucional que ha quedado expuesto.

Sin enjuiciar la validez constitucional de la respuesta, lo que se corresponde con la segunda de las quejas de este recurso de amparo, cabe ahora reparar en que ante este escrito, la calificación y el consiguiente trato procedimental dado por Juzgado obvian la exigencia de atender, más allá del *nomen iuris*, al verdadero sentido de lo demandado (art. 24.1 CE en relación con arts. 5.1 y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), lo que hubiera llevado a resolver, directamente por parte del órgano jurisdiccional, la solicitud de nulidad de actuaciones. Dicho de otro modo, dejando de lado la cuestión relativa a la idoneidad del recurso de reposición dirigido contra una diligencia de ordenación para denunciar la lesión del derecho fundamental ex artículo 240.1 LOPJ, lo pedido en este primer escrito exigía, inexcusablemente, una respuesta judicial.

No cabe desconocer, en íntima conexión con lo anterior, que el deber de dación de cuenta que pesa sobre los Letrados de la Administración de Justicia (art. 455 LOPJ) imponía la puesta en conocimiento del juez de dicho escrito en cuanto contenía una pretensión que exige pronunciamiento judicial (art. 178.1 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC), como es la nulidad de las actuaciones de un procedimiento de ejecución hipotecaria, pues el artículo 562.2 LEC dispone que «cuando [la] nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello». En este mismo sentido, en las SSTC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5, y 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, hemos destacado la obligación de dar cuenta al titular del órgano judicial de los escritos interesando la revisión de las resoluciones procesales dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia y, específicamente, de los escritos que contienen la pretensión de declaración de la nulidad de actuaciones, hasta el punto de considerar lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE las actuaciones procesales que impidieron a los recurrentes obtener una resolución judicial que diera respuesta a las mencionadas pretensiones.

Por todo lo anterior, cabe entender adecuadamente cumplidas en el presente recurso de amparo las exigencias del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

3. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los artículos 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón contra España*, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir el recurso de amparo al apreciar que concurría en el mismo 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)]. Esta «negativa», según viene sosteniendo este Tribunal desde el ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3 (como recuerda la STC 106/2017, de 18 de septiembre, FJ 2), «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: «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)».

Es precisamente «el 'elemento intencional o volitivo' el que caracteriza este concreto supuesto de especial trascendencia constitucional» (STC 5/2017, de 16 de enero, FJ 2) y lo distingue de un supuesto subjetivo, que no objetivo, de vulneración por inaplicación de la jurisprudencia constitucional. En definitiva, el incumplimiento por sí solo de la doctrina dictada por este Tribunal no puede ser considerado como un supuesto de especial trascendencia constitucional, pero una vez advertida la cualidad que hace del mismo un supuesto de trascendencia constitucional (es decir, la existencia de una negativa manifiesta) este Tribunal debe conocer del recurso y aplicar su doctrina al caso concreto.

Asimismo debe ponerse de relieve que en las SSTC 5/2017, 6/2017, 106/2017, 138/2017, y 5/2018 este Tribunal ha apreciado la concurrencia de dicho elemento intencional en supuestos en los que el órgano judicial, aun conociendo la doctrina constitucional, dado que había sido citada y extractada en lo fundamental en el escrito por el que se promovió el incidente de nulidad de actuaciones, lo resolvió sin hacer consideración alguna sobre ella. Hay que advertir al respecto que en tales casos, al igual que en el presente, se ponía de manifiesto la doctrina elaborada por este Tribunal sobre la interpretación que debía darse del artículo 686.3 LEC, en la redacción generada con la Ley 13/2009, para no incurrir en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el artículo 24.1 CE. Y es que, aparte del elemento volitivo o intencional de incumplimiento, «es necesario que este lo sea referido a una doctrina concreta y precisa del Tribunal, no siendo suficiente cualquier pronunciamiento jurisprudencial que se entienda incumplido» (STC 106/2017, FJ 2).

En el presente caso concurre la especial trascendencia constitucional indicada, puesto que los recurrentes citaban, tanto en el primer escrito en el que pedían la declaración de nulidad de actuaciones con ocasión del recurso de reposición como en el segundo en que promovían incidente con la misma finalidad, la doctrina consignada en la STC 122/2013, de 20 de mayo, para justificar la obligación del órgano judicial de practicar razonables diligencias de averiguación del domicilio real antes de acudir a la citación edictal. No obstante ello, el juzgado dispensó hasta en dos ocasiones una respuesta que elude cualquier tipo de consideración sobre la dimensión constitucional puesta de relieve, lo que denota una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional. En definitiva, de las resoluciones impugnadas en amparo puede inferirse una conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resultaba aplicable al caso, insistentemente invocada por los ahora recurrentes.

4. Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el problema aquí planteado acerca de 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 judicial agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a notificación por edictos.

En concreto, en la citada STC 122/2013, FJ 3, con cita de doctrina precedente, el Tribunal ha afirmado 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)». Incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real (por todas, STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 4, y 126/2006 de 24 de abril, FJ 4), siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora

sobre la efectividad del acto de comunicación (STTC 126/1999, de 28 de junio, FJ 4; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5, y STC 131/2014, de 21 de julio, FJ 2, entre otras).

Para este 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, que tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación por edictos 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, FJ 5).

5. La aplicación al presente caso de la doctrina sentada en la STC 122/2013, reiterada en 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; 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2; 5/2017 y 6/2017, FJ 2; 106/2017, FJ 4, 138/2017, FJ 3, y 5/2018, FJ 3), conduce a apreciar la vulneración del derecho de los recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Esto no supone el reconocimiento de eficacia retroactiva a la reforma llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sino la aplicación del contenido del artículo 24.1 CE de acuerdo con la doctrina constitucional antes referida.

En efecto, una vez que resultó infructuoso el intento de notificación personal en la finca hipotecada, el Juzgado de Primera Instancia ordenó, sin más trámites, que los deudores fueran notificados del despacho de la ejecución y requeridos de pago por medio de edictos. Pese a que en la escritura de constitución de la hipoteca aportada a las actuaciones constaba el domicilio real de los recurrentes, el juzgado no intentó efectuar ningún acto de comunicación en ese domicilio. Por otro lado, aun cuando de la diligencia negativa de notificación podía inferirse que los destinatarios no tenían su residencia habitual en el citado inmueble, tampoco efectuó el juzgado intento alguno de averiguación de dicho domicilio real a través de medios fácilmente accesibles como el punto neutro judicial, red informática al servicio de la Administración de Justicia, que permite a ésta el acceso a los datos que se contienen en diversos registros y organismos públicos, que éstos suministran al juez con sujeción a la normativa que les es propia (STC 50/2017, de 8 de mayo, FJ 4). En suma, el órgano judicial acudió a la comunicación edictal sin haber agotado previamente las posibilidades razonables de averiguación del domicilio real de los recurrentes, para proceder a la notificación personal.

La vulneración del derecho garantizado por el artículo 24.1 CE se colige también sin dificultad de la respuesta ofrecida tanto en el decreto de 18 de abril de 2017 como en el Auto resolutorio del incidente de nulidad, resoluciones en las que, según se ha visto más arriba, se elude abordar la cuestión planteada.

Por otra parte, es asimismo doctrina consolidada de este Tribunal que el conocimiento extraprocesal del proceso tramitado, supuestamente sin conocimiento del interesado, pues en caso contrario se vaciaría de contenido constitucional su queja de indefensión, no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas. Debe acreditarse suficientemente para que surta su efecto excluyente de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso, si así se alega. Sin perjuicio de que, como también hemos recordado, del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que el interesado tuvo conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia, lo que asimismo excluiría la indefensión alegada (entre otras muchas, SSTC 26/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 20/2000, de 31 de enero, FJ 5, y 102/2003, de 2 de junio, FJ 3).

En el presente caso resulta que de las actuaciones no puede deducirse que los recurrentes tuvieran conocimiento extraprocesal del proceso de ejecución hipotecaria más que en el momento inmediatamente anterior a su primera comparecencia con

solicitud de nulidad de actuaciones. Como se ha indicado en el apartado de antecedentes, el 3 de febrero de 2017 se intentó la notificación en la misma finca hipotecada de la diligencia de ordenación que acordó el lanzamiento de la vivienda, haciéndose constar de manera manuscrita, en la cédula correspondiente, que en la vivienda «hay inquilino», así como una dirección y un número de teléfono. Fue a raíz de este intento de notificación que los recurrentes pudieron tomar conocimiento extraprocésal de la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, procediendo inmediatamente a denunciar la lesión de su derecho fundamental.

6. Los razonamientos expuestos conducen al otorgamiento del amparo, que ha de comportar la declaración de nulidad del Auto impugnado, así como la retroacción de las actuaciones para que se proceda por el Juzgado a la notificación de la demanda de ejecución hipotecaria y del 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 el recurso de amparo interpuesto por doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montañó Hidalgo y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerles en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de 21 de junio de 2017, dictado en procedimiento ejecución hipotecaria núm. 1241-2014, así como de todo lo actuado a partir del requerimiento de pago, inclusive.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago a los demandados para que se les comunique el despacho de ejecución en legal forma.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3849-2017*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión del resto de Magistrados, por medio de este Voto particular quiero expresar mi discrepancia con los fundamentos y el fallo de la Sentencia dictada en este recurso de amparo, por dos razones: A) porque la Sentencia aprecia que el «órgano judicial ha incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal» y B) por la interpretación de la legalidad procesal, en lo concerniente al deber de dación de cuenta de los letrados de la Administración de Justicia en relación con las pretensiones de nulidad contenidas en un recurso de reposición frente a una diligencia de ordenación.

A) Desde la providencia de admisión del recurso de amparo, dictada el 5 de febrero de 2018, por la Sección Primera de este Tribunal, el motivo de especial trascendencia constitucional del recurso apreciado fue haber incurrido el órgano judicial en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal. La significación de este motivo de especial trascendencia se expone con acierto en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia, al indicar que no se identifica con la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, «incluso si fuera objetivable y verificable», sino que exige, como condición *sine qua non*, la concurrencia de un elemento intencional o volitivo, esto es, «la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación»; o dicho en otras palabras, se impone verificar la «consciencia de soslayarla». El «elemento intencional o volitivo» —como bien afirma la Sentencia— es el que caracteriza este concreto supuesto de especial trascendencia constitucional. De modo que, como atinadamente se indica en el citado fundamento tercero, «el incumplimiento por sí solo de la doctrina dictada por este Tribunal no puede ser considerado como un supuesto de especial trascendencia constitucional».

La valoración por el Tribunal de la concurrencia de dicho presupuesto intencional, exige extremar la prudencia, pues su sustento argumental se encuentra necesariamente en la formulación de un juicio de intenciones por el que se atribuye al órgano judicial una «decisión consciente» o una «voluntad manifiesta» de inaplicar la doctrina del Tribunal Constitucional. Reproche este, que por su naturaleza e intensidad, por ser el Tribunal Constitucional quien lo formula y por tener como destinatario a un órgano judicial debe ser utilizado con mesura. No es ocioso recordar —más cuando el Tribunal Constitucional deba adentrarse en la formulación de este tipo de consideraciones— que el artículo 54 LOTC, limita nuestra función cuando del recurso de amparo conocemos, «a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades», y dirige un mandato a la Sala o a la Sección, que no debemos pasar por alto, cuando indica que: «se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales». Considerar, como se hace en la Sentencia, que la actuación del órgano judicial «denota una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional», supone efectuar una apreciación que solo en casos excepcionales de evidencia indiscutible avalada por las resoluciones dictadas podrá sortear con éxito el deber de abstención que el citado precepto impone.

El caso que se presenta con la demanda de amparo no es uno de estos. Las resoluciones dictadas —el decreto del Letrado de la Administración de Justicia y el Auto del Magistrado titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Fuengirola— no evidencian, como se expondrá más adelante, la voluntad de contravenir la doctrina del Tribunal Constitucional, ni de modo explícito, ni tampoco implícito. La conclusión plasmada en la Sentencia de que la actuación del órgano jurisdiccional «denota una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional», no se muestra con la evidencia exigida.

Para sustentar estas afirmaciones es preciso por una parte examinar los dos remedios procesales utilizados por los ejecutados para reparar la vulneración denunciada —recurso de reposición e incidente de nulidad— y la respuesta obtenida por el Letrado de la Administración de Justicia y por el Magistrado titular del órgano jurisdiccional, pues en el remedio utilizado y en la respuesta obtenida ha sustentado la Sentencia la existencia de una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional. Y, por otra, ahondar en el razonamiento por el que la Sentencia discurre para alcanzar tan contundente conclusión.

a) Como bien se refleja en los antecedentes de la Sentencia de la que discrepo, los demandantes de amparo presentaron un escrito el 22 de febrero de 2017, interesando que se les tuviera por parte en el procedimiento, al tiempo que interponían un recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de 26 de enero de 2017 por la que se acordaba el lanzamiento de la vivienda para el 31 de mayo siguiente, ordenándose requerir a los ejecutados para este fin. En el recurso de reposición contra la diligencia de ordenación, manifestaban que habían tenido

conocimiento casual de la diligencia recurrida y solicitaban la nulidad de actuaciones desde el momento siguiente al dictado del despacho de la ejecución. Basaban dicha pretensión en la defectuosa tramitación del procedimiento del que afirmaban no haber tenido conocimiento, con infracción del artículo 686 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) y del artículo 24.1 CE. Citaban en su apoyo las SSTC 122/2013, 89/2015 y efectuaban una reproducción parcial de la STC 200/2016, todas ellas referidas a defectuosos emplazamientos edictales.

El Letrado de la Administración de Justicia resolvió por decreto el 18 de abril de 2017, indicando que «basa únicamente su recurso la parte ejecutada en una cuestión que no se refiere directamente a la diligencia de ordenación por ella recurrida, sino a una actuación anterior, cual es la notificación a los ejecutados de la demanda y auto que dio origen al presente procedimiento... Partiendo de lo cual, y dado que mediante un recurso de reposición contra una diligencia de ordenación posterior, no se puede combatir otra resolución anterior (en este caso aquellas en las cuales se acordó la notificación de la demanda), procede, (sin entrar en el fondo de la cuestión planteada), desestimar el recurso interpuesto». Dicha resolución del Letrado de la Administración de Justicia no parece irrazonable, ni incurso en un error patente, o, en fin manifiestamente arbitraria, y, menos aún no permite sustentar la conclusión de que existe «una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional».

No parece que el recurso de reposición frente a una diligencia de ordenación en que se acuerda el lanzamiento sea el mecanismo procesalmente adecuado para declarar la nulidad de todo el procedimiento. Para alcanzar dicha finalidad, para tutelar los derechos fundamentales frente a las vulneraciones no susceptibles de reparación y que no han podido ser invocadas con anterioridad, la legislación procesal ha puesto a disposición de las partes de un procedimiento, o de quienes debieron serlo, el incidente de nulidad de actuaciones.

Es precisamente dicho instrumento procesal el que se utiliza por los ejecutados, pero se hace con posterioridad a conocer la manifestada inidoneidad del recurso de reposición frente a la diligencia de ordenación. Lo hacen mediante escrito de 21 de abril de 2018, cuando ha transcurrido «el plazo para pedir la nulidad», «de 20 días», que se computa «en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión» (art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ). Precisamente dicha extemporaneidad es la que se aprecia en el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de 21 de junio de 2017, al advertir que «la parte deduce entonces de forma extemporánea el incidente de nulidad correspondiente habiendo dejado transcurrir los plazos necesarios y sin haber formulado el incidente con motivo de su primera personación, momento en el que era obvio que no cabía recurso ordinario alguno para remediar la situación que planteaba». La decisión adoptada por el órgano judicial, no se aparta del precepto rector del incidente de nulidad de actuaciones, que permite fundar dicha nulidad, en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE —como es el caso de la vulneración del artículo 24.1 CE por defectuoso emplazamiento edictal— siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

No es posible considerar que esa resolución sea manifiestamente irrazonable, arbitraria o incurso en error patente. Tampoco cabe apreciar en la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión (SSTC 158/1997, de 18 de marzo, FJ 2, y 25/1000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999,

de 4 de agosto, FJ 3), lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6, y 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

Ciertamente pudo existir en la tramitación del procedimiento una vulneración del derecho a no sufrir indefensión por un indebido y reiterado emplazamiento edictal de los ejecutados, pero no es constitucionalmente exigible que el Letrado de la Administración de Justicia y el Magistrado soslayan los presupuestos procesales que sustentan los remedios procesales diseñados por el legislador y menos aún que se les atribuya al no hacerlo, una «una voluntad implícita de no aplicar al caso» la doctrina constitucional relativa al carácter subsidiario del emplazamiento edictal.

b) Veamos ahora el discurso argumental por el que discurre la Sentencia para indagar en la voluntad del Letrado de la Administración de Justicia y del Magistrado que dictó el Auto recurrido en amparo y concluir de modo contundente que «puede inferirse una conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resultaba aplicable al caso, insistentemente invocada por los ahora recurrentes» (FJ 3)

Se indica en la Sentencia, para justificar la inferencia efectuada, con cita de las «SSTC 5/2017, 6/2017 y 106/2017, 138/2017, y 5/2018» (*sic*), que «este Tribunal ha apreciado la concurrencia de dicho elemento intencional en supuestos en los que el órgano judicial, aun conociendo la doctrina constitucional, dado que había sido citada y extractada en lo fundamental en el escrito por el que se promovió el incidente de nulidad de actuaciones, lo resolvió sin hacer consideración alguna sobre ella. Hay que advertir al respecto que en tales casos, al igual que en el presente, se ponía de manifiesto la doctrina elaborada por este Tribunal sobre la interpretación que debe darse del artículo 686.3 LEC, en la redacción generada con la Ley 13/2009, para no incurrir en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE:».

Para discernir el acierto del razonamiento cuya premisa se asienta en la relación de las Sentencias citadas, es obligado examinarlas pues solo de este modo se podrá verificar la realidad de la identidad entre los supuestos entonces decididos y el ahora contemplado.

(i) En la STC 5/2017, de 16 de enero, se puede leer en el antecedente d) que:

«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 artículo 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.»

(ii) En la STC 6/2017, de 16 de febrero, en el antecedente e), se indica:

«La pretensión anulatoria fue rechazada por Auto de 17 de junio de 2015, en la consideración de que, en ausencia de variación del domicilio consignado en la escritura pública a efectos de notificaciones, éste era vinculante para las partes y para el órgano judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 686 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), resultando indiferente la alegada vecindad y domicilio del demandado en el Principado de Andorra, expresados en el título objeto de ejecución, sin que le fuera exigible al Juzgado la mayor diligencia a la hora de llevar a cabo la notificación personal, al haberse adecuado la tramitación a las prescripciones legales.»

(iii) En la STC 106/2017, de 18 de septiembre, consta en su antecedente g):

«Por Auto de 15 de junio de 2016, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario acordó desestimar la nulidad solicitada por considerar que la notificación se hizo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 686 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) vigente en aquel momento, no siendo exigible que la oficina judicial realizara averiguaciones. El órgano judicial considera que si bien es cierto que el citado artículo se modificó por Ley 19/2015, dicha modificación no se contempla en la fecha en que se intentó la notificación, esto es, antes de noviembre de 2014.»

(iv) En la STC 138/2017, de 27 de noviembre, se transcribe en su antecedente f) lo siguiente:

«La pretensión anulatoria fue rechazada por Auto de 6 de diciembre de 2016, en consideración a que la diligencia de notificación y requerimiento era plenamente válida de conformidad con los artículos. 682.3 y 686 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), ya que el acto de comunicación se practicó en el domicilio a efectos de notificaciones que constaba en la escritura pública del préstamo hipotecario.»

(v) Finalmente en el antecedente d) de la STC 5/2018, de 22 de enero, consta:

«El Juzgado resolvió no haber lugar a declarar la nulidad pretendida, mediante Auto de 26 de septiembre de 2015, argumentando que el artículo 686.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, en su redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, vigente al momento en que se despacha la ejecución, establece que una vez intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del registro se procederá a la notificación por edictos, que es lo que se ha verificado en este caso.»

Las anteriores transcripciones permiten advertir que en todas las Sentencias citadas, el órgano judicial antepuso su propia interpretación del artículo 686.3 LEC a la constitucionalmente exigible, pese a que en todos los casos las partes le advierten, de la doctrina constitucional plasmada en la STC 122/2013, de 20 de mayo. Precisamente en esa contradicción sustentan las citadas sentencias el juicio de inferencia alcanzado. Tal *ratio decidendi*, no concurre en el presente caso. El enfrentamiento no se aprecia. La discrepancia no se observa. La doctrina del Tribunal Constitucional no imposibilita que el órgano judicial aprecie la extemporaneidad de los incidentes de nulidad de actuaciones cuando se interponen trascurridos veinte días desde que pudieron ser interpuestos. El Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado en tal sentido. La extemporaneidad apreciada no desoye la doctrina constitucional expuesta en la tantas veces citada STC 122/2013. Ni tan siquiera se imputa, arbitrariedad o error patente al órgano judicial al apreciar la extemporaneidad del incidente. Siendo que las Sentencias citadas son el único apoyo de la negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina constitucional que se atribuye al órgano judicial, y resultando que los asuntos no presentan identidad de razón con el que ahora nos ocupa, la contundente conclusión alcanzada, esto es, la afirmada existencia de una «conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resultaba aplicable al caso» queda huérfana de sustento.

Por lo anteriormente expuesto creo que no es posible apreciar que el órgano judicial «ha incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal», y por tanto que dicha «consideración» no se ha ajustado al estrecho margen que el artículo 54 LOTC nos impone, que debe llevarnos a la autocontención y a que dicha negativa manifiesta solamente sea apreciada en casos excepcionales de evidencia indiscutible.

B) No menor es la discrepancia, por lo que supone de injerencia en la interpretación de la legalidad procesal, respecto al razonamiento contenido en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia sostenido por la mayoría. En el mismo se impone al Letrado de la Administración de Justicia, que se dé cuenta al órgano judicial, cuando en un recurso de reposición frente a una diligencia de ordenación se solicite la nulidad de actuaciones.

El alcance del deber de dación de cuenta que se contiene en el artículo 178.1 LEC, por el que los letrados de la Administración de Justicia darán cuenta a la Sala, al ponente o al juez, de los escritos y documentos, presentados cuando contuvieran peticiones o pretensiones que exijan pronunciamiento de aquellos, y, la determinación de la proyección de dicha obligación sobre las solicitudes de nulidad contenidas en los recursos de reposición frente a diligencias de ordenación del Letrado de la Administración de Justicia, son cuestiones que pertenecen al campo de la interpretación de la legalidad ordinaria, ajena a esta jurisdicción constitucional, sobre la que no nos corresponde pronunciarnos. En tal sentido, «la interpretación de la legalidad procesal... constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, respecto de la que nuestro control se limita a verificar que no resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente (por todas, SSTC 121/1999, de 28 de junio, FJ 4; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3, y 225/2003, de 15 de diciembre, FJ 2).

Adentrarse en la interpretación de cuestiones procesales, propias de la jurisdicción ordinaria, no exentas de debate, supone invadir un espacio que no nos es propio. No lo hicimos en las SSTC 208/2015 y 115/1999, que se citan en el fundamento jurídico segundo como soporte de lo que la Sentencia resuelve. La realidad sobre la que se sustentaron tales pronunciamientos nada tenía que ver con la interpretación de las normas procesales o sobre el alcance del deber de dación de cuenta que les corresponde a los letrados de la Administración de Justicia. Lo que se planteaba en aquellos casos era una extralimitación del entonces secretario judicial, quien se arrogaba funciones jurisdiccionales de las que carecía e impedía que: (i) el órgano judicial tuviera conocimiento de los recursos de revisión que al mismo le dirigían las partes, a quienes se les vulneró con dicho proceder el derecho a la tutela judicial efectiva, al impedir que «haya recaído una decisión judicial que pudiera ser impugnada ante los órganos judiciales superiores mediante el sistema de recursos legalmente previsto en las leyes procesales para las resoluciones del Juez de Primera Instancia.» (STC 115/1999, de 14 de junio, FJ 4); que (ii) el órgano judicial tuviera conocimiento de su solicitud de declaración de nulidad radical de las actuaciones, incurriendo el secretario judicial en una extralimitación de sus funciones, al impedir que el órgano judicial pudiera resolver lo procedente respecto del incidente de nulidad que la diligencia de ordenación inadmitió mediante la devolución del escrito (STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5).

En este caso, la Letrada de la Administración de Justicia, sí dio cuenta al Magistrado del incidente de nulidad planteado y éste declaró su extemporaneidad. No se extralimitó en sus funciones. No usurpó al órgano judicial el conocimiento del recurso legalmente establecido. No privó a los recurrentes del acceso a los recursos ni a su resolución por quien tenía competencia. Resolvió el recurso de reposición contra la diligencia de ordenación, por Decreto, como correspondía aplicando el artículo 453.2 LEC. Y dio cuenta del incidente de nulidad de actuaciones posteriormente interpuesto dirigido al órgano judicial, quien lo resolvió mediante Auto, desestimándolo por ser extemporáneo. Nuevamente el paralelismo con las SSTC 115/1999 y 208/2015, que se citan como sustento de la decisión no existe.

La interpretación de la legalidad procesal en que ha incurrido la Sentencia de la que discrepo, puede llevar a la ilógica y dilatada tramitación bifronte de cualquier recurso de reposición que se interponga frente a una diligencia de ordenación de un letrado de la Administración de Justicia, en el que en alguna de las pretensiones se interese la nulidad de actuaciones. Por una parte, el letrado deberá tramitar el recurso de reposición (arts. 452 y 453 LEC), y, por otra, proceder a la formación, con testimonio del recurso de reposición, de una «pieza separada», de la que dará cuenta al órgano judicial, para tramitar el incidente de nulidad.

Debo finalizar recordando nuevamente que la interpretación de la legalidad procesal y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y formales para la admisibilidad de un recurso constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, respecto de la que nuestro control se limita a verificar que no resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente.

En tal sentido formulo el presente Voto particular.

Madrid, a veinte de julio de dos mil dieciocho.—Santiago Martínez-Vares García.—  
Firmado y rubricado.