

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015

LA NULIDAD DE LOS ACTOS
PROCESALES
(THE NULLITY OF
PROCEDURAL ACTS)

Realizado por la alumna D^a Noelia del Pozo de la Fuente

Tutorizado por el Profesor Dr. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

ÍNDICE

Resumen.....	8
Abstract.....	8
Palabras clave.....	9
Objeto del trabajo.....	10
Metodología.....	12
Capítulo I: La nulidad procesal: Supuestos de nulidad de pleno derecho.....	14
1. Concepto de nulidad procesal.....	14
2. Concepto de nulidad de pleno derecho.....	15
2.1 Supuestos de nulidad de pleno derecho: art.238 LOPJ.....	16
2.1.1 Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (arts. 238.1º LOPJ).....	17
2.1.2 Cuando se realicen bajo violencia o intimidación (arts.238.2º LOPJ).....	21
2.1.3 Cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esta causa hayan podido producirse indefensión (arts. 238. 3º LOPJ).....	23
2.1.4 Cuando se realicen sin la intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva (arts. 238.4º LOPJ).....	24
2.1.5 Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial (arts. 238.5º LOPJ).....	27
2.1.6 La nulidad de los actos procesales en los casos expresamente previstos en las leyes procesales (art.238.6º LOPJ).....	28
2.1.6.1 Proceso civil de declaración:.....	30

a. La omisión de la diligencia de reparto y la infracción de las normas de reparto como supuestos de nulidad (arts. 68.2 y 4 LECiv).....	30
b. La violación de la prohibición de un segundo incidente de acumulación de procesos (art. 97.2 LECiv).....	32
c. La nulidad de la resolución decisoria de un pleito cuando concurra en el titular del órgano causa de recusación desestimada en el incidente de recusación (art. 113 LECiv).....	32
d. La nulidad de pleno derecho de las vistas y comparencias sin la necesaria presencia judicial (art. 137 LECiv).....	33
e. La nulidad de los actos de comunicación (art. 166 LECiv).....	34
f. La nulidad de las resoluciones judiciales no autorizadas o publicadas mediante firma del Secretario Judicial (art. 204.3 LECiv).....	35
g. La nulidad de pleno derecho de las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (art. 224.1 LECiv).....	36
h. La inexactitud de las copias de los escritos y documentos (art. 280 LECiv).....	37
2.1.6.2 Proceso civil de ejecución:.....	38
i. La nulidad del despacho de la ejecución (art. 559.1.3º LECiv).....	38
j. La nulidad de actos ejecutivos concretos (art. 562.2 LECiv).....	39

k. La nulidad del embargo indeterminado (art. 588.1 LECiv).....	39
l. La nulidad de pleno derecho del embargo trabado sobre bienes inembargables (art. 609 LECiv).....	40
Capítulo II: Medios para hacer valer la nulidad procesal.....	41
1. Recursos.....	41
1.1.1. Recurso de revisión como novedad legislativa.....	41
1.1.2. Recurso de reposición: La solución ante el mismo órgano.....	42
1.1.3. Recurso de apelación: Un doble grado de jurisdicción.....	44
1.1.4. Recurso extraordinario por infracción procesal es una revisión de la norma procesal.....	51
1.1.5. Recurso de casación: 3ª Falsa instancia.....	57
1.1.6. Recurso amparo: Defensa de los derechos y libertades fundamentales.....	60
1.1.7. Recurso ante el TEDH conocido como Tribunal de Estrasburgo.....	63
2. Nulidad de oficio.....	64
a) Distinción: Instancia y fase de recurso.....	64
b) Intervención: Las partes y el órgano jurisdiccional.....	65
3. El incidente de nulidad de actuaciones.....	65
3.1 Introducción.....	65
3.2 Regulación: Una perspectiva histórica.....	66
3.3 Regulación actual.....	67
3.4 Naturaleza jurídica.....	69
a) El incidente de nulidad como incidente.....	70

b) El incidente de nulidad como recurso.....	72
c) El incidente de nulidad como proceso autónomo.....	73
3.5 Concepto.....	74
3.6 Características.....	74
3.7 Motivos.....	76
3.8 Procedimiento.....	77
a) Legitimación.....	77
b) Competencia.....	79
c) Iniciación del proceso y plazo para el ejercicio de la acción.....	79
d) Trámite de admisión.....	81
e) Escritos de alegación de las partes.....	82
f) Resolución del incidente.....	83
Capítulo III: El principio de conservación de los actos procesales.....	84
1. Principio de conservación de los actos procesales.....	84
1.1 Regulación.....	84
1.2 Concepto y contenido.....	84
1.3 Finalidad.....	86
2. Mención expresa al principio de subsanación de los actos procesales....	86
2.1 Regulación.....	86
2.2 Contenido.....	86
Conclusiones.....	88
Bibliografía.....	91
Jurisprudencia.....	94

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Apdo./-s: Apartado/-s

Art./-s: Artículo/-s

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: RD de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

CE: Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

CEDH: Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

D.F: Disposición Final.

Etc.: Etcétera

LECiv de 1881: Real Decreto de 3 de Febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

LECiv de 2000: Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil

LECrím: RD de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LO 13/1999: Ley Orgánica 13/1999, de 14 de Mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

LO 19/2003: Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

LO 6/2007: Ley Orgánica 6/2007, de 24 de Mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional

LOPJ: Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial

LOTCC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional

MF: Ministerio Fiscal

Núm.: Numero

Pág./-s: Página/-s

RD: Real Decreto

Ss.: Siguietes

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC/SSTC: Sentencia/-s del Tribunal Constitucional

STS/SSTS: Sentencia/-s del Tribunal Supremo

TB: Texto borrador

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Vid: Véase

V.gr.: Por ejemplo

RESUMEN

La nulidad de actuaciones es una institución muy importante en la actualidad, dada la importancia que tiene en la mayoría de los países desarrollados los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que pueden verse vulnerados por la actuación de los poderes públicos (concretamente los órganos jurisdiccionales) y causar indefensión.

En este estudio se ha realizado un análisis de dicha institución, explicando todos los supuestos de nulidad de pleno derecho del art. 238 LOPJ, los distintos recursos existentes en el ordenamiento jurídico español y por último el incidente de nulidad de actuaciones como medio de rescisión de sentencias firmes; sin olvidar el principio de conservación de los actos procesales que es un instrumento esencial para mantener la vigencia de los actos siempre que los mismos no estuvieren viciados.

ABSTRACT

The nullity of proceedings is a very important institution nowadays, given the importance that has in the majority of countries developed the rights and fundamental freedoms of citizens that may be infringed by the actions of the public authorities (specifically the courts) and cause helplessness.

In this study has made an analysis of this institution, explaining all the cases of nullity of full-fledged article 238 judicial power Organization Act, the various resources existing in the Spanish legal system and finally the incident of invalidity of proceedings as a means of termination of definitive judgments; without forgetting the principle of conservation of procedural acts which is an essential instrument for maintaining the validity of the acts are not always to the same flawed.

PALABRAS CLAVE (español/inglés)

- Acto procesal/ procedural act
- Nulidad/ nullity
- Anulabilidad/ nullity
- Recursos/ means
- Nulidad de oficio/ invalidity of trade
- Rescisión/ rescission
- Incidente de nulidad/ incident the nullity
- Subsanación/correction
- Conservación/ conservation
- Indefensión/ helplessness

OBJETO DEL TRABAJO

La nulidad de actuaciones como institución procesal, ha adquirido una importancia fundamental debido a que es esencial que en nuestro sistema legislativo los derechos y libertades de los ciudadanos sean garantizados mediante un conjunto de medios que pueden utilizar aquellas personas que se sientan ofendidas o indefensas frente a las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

Este trabajo se encuentra estructurado en tres grandes capítulos que tienen como finalidad estudiar más en detalle que es la nulidad de actuaciones y que instrumentos procesales se pueden utilizar por los ciudadanos para hacer valer la nulidad de actuaciones.

En el capítulo I, a modo de entrada, se explica la nulidad procesal distinguiendo entre anulabilidad y nulidad de pleno derecho ya que son dos conceptos que tienen diferencias entre ellos. Seguidamente se analizan los supuestos de nulidad de pleno derecho que se recogen en el art. 238 LOPJ.

En los distintos apartados de los que se compone el capítulo II, se estudian los recursos, la nulidad de oficio donde es el tribunal el que tiene la iniciativa de declarar nulo un acto que no cumpla con todos los requisitos procesales y para terminar el capítulo se hace referencia al incidente de nulidad de actuaciones, como medio de rescisión de sentencias firmes, que ha sido reformado a lo largo de su historia mencionando y explicando brevemente su regulación legal.

Por último, el capítulo III recoge el principio de conservación de los actos procesales como último remedio antes de acudir a la nulidad de actuaciones cuando no es posible subsanar los errores o vicios procesales que puedan existir.

Para explicar el contenido de estos tres capítulos que integran este trabajo, se ha utilizado jurisprudencia existente sobre la materia que es la que, muchas veces, ha completa las lagunas normativas que hay sobre este tema debido a la complejidad que él mismo ofrece.

Por tanto, dicho esto, el objeto de este trabajo es dar a conocer esta institución y explicar cuando nos encontramos ante un acto que hay que declararlo nulo porque está causando indefensión (art. 24 CE) y puede vulnerar el derecho a la tutela judicial

efectiva o derecho de acceso a los tribunales. Se explicará el incidente que se puede utilizar cuando la sentencia ya es firme, es decir, no cabe recurso pero si se reúnen todos los requisitos y presupuestos puede incoarse este instrumento procesal que también trae consigo mucha doctrina y jurisprudencia elaborada al respecto.

METODOLOGÍA

Para la elaboración de este trabajo se ha utilizado el siguiente método de investigación, el cual se puede exponer de la siguiente forma:

En primer lugar, se ha elegido este tema por consejo del profesor, encargado de la tutorización del mismo, dada la importancia que tiene esta institución porque están en juego los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que se encuentren inmersos en un pleito donde puede haber irregularidades en la forma de realizar los actos procesales.

En segundo lugar, antes de comenzar a escribir sobre el tema elegido se elaboró un índice ayudándose de manuales sobre derecho procesal, el cual fue supervisado por el tutor, para tener más claro los puntos que se iban a tratar. Índice al que se iban añadiendo más epígrafes si era necesario. En este caso en concreto, el índice empezó siendo de media página y se convirtió en un índice de tres páginas.

Después, se procedió a buscar bibliografía (incluyendo sentencias, doctrina, monografías, manuales, artículos de revistas...) relacionada con el asunto a investigar, dado que nosotros, como alumnos, no tenemos la suficiente experiencia para elaborar un trabajo sin tener apoyo doctrinal ni legal de ningún tipo. Se realizaron muchas notas a pie de página que sirvieron para elaborar el propio contenido del trabajo valiéndose de las perspectivas que sobre la materia muestran los distintos procesalistas que han abordado el estudio de esta institución.

También se buscó legislación al respecto, como la LECiv con sus respectivas modificaciones para dar a conocer las reformas de esta institución.

Además no hay que olvidar que la jurisprudencia juega un papel fundamental en estas materias que son complicadas de explicar por la abstracción con la que cuentan, por lo que se han utilizado sentencias y autos del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y de las Audiencias Provinciales. Jurisprudencia obtenida de la base de datos de Aranzadi.

Sobre el incidente de nulidad de actuaciones se han incorporado más sentencias que en el resto de los apartados porque este instrumento procesal tiene más

interrogantes o lagunas legales que hacen imprescindible acudir a la jurisprudencia existente, que es muy numerosa, para responder a los mismos.

PARTE CENTRAL DEL TRABAJO

Capítulo I: LA NULIDAD PROCESAL: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

1. Concepto de nulidad procesal

Comenzar señalando, que la práctica totalidad de los autores que han afrontado el estudio de las nulidades procesales han tomado como punto de partida la figura del acto procesal¹. De la misma manera que en todos los tratados y monografías sobre los actos procesales se reserva un apartado a la nulidad de los mismos, en la inmensa mayoría de las obras sobre la nulidad procesal se contiene una primera parte dedicada a los actos procesales para posteriormente proceder a desarrollar la nulidad procesal².

Antes de definir lo que se entiende por nulidad procesal, se puede mencionar que para explicar la institución de la nulidad de actuaciones desde la perspectiva procesal se utilizan por la doctrina distintas teorías³.

La nulidad de las actuaciones es muy difícil de explicar dada la naturaleza estrictamente procesal de esta institución, que se pone de manifiesto en su compleja abstracción que la

¹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada, 2004, págs. 30-31 la doctrina suele definir el acto procesal partiendo de la idea de que se trata de un acto jurídico y buscando aquellos rasgos que lo individualizan con respecto a éste. Así, GUASP DELGADO, tomando la definición de acto jurídico, como “el acaecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana, por el cual se crea, modifica o extingue una relación jurídica”, obtiene la de acto jurídico procesal añadiendo a la definición anterior que la relación jurídica afectada es una de las que componen la institución procesal. Para este autor lo que caracteriza a un acto como procesal es su tendencia a producir una influencia inmediata y directa (no a través de otros actos) sobre un proceso.

² GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando y HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*. Justicia. 1998, nº 1, pág. 39 la regulación de la nulidad procesal requiere una especial cautela. No sólo por las consecuencias negativas que puede tener desde el punto de vista del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el uso abusivo que puede hacerse de ella. También es preciso considerar que una correcta regulación de esta materia tienen una enorme incidencia en la valoración del derecho procesal como rama del ordenamiento jurídico y como disciplina científica. Basta con observar que en la crítica de las normas procesales es constante la referencia al formalismo y a la nulidad como puntos negros del proceso jurisdiccional. Y es lógico que así sea, pues ambos aspectos- muchas veces relacionados- son paradigmáticos de cómo lo que está concebido como instrumento se convierte en un fin, perdiendo su justificación.

³ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 19, 23 y 26 distingue y explica las tres teorías que son: la nulidad como vicio del acto, la nulidad como categoría extrínseca al acto y la nulidad como instrumento procesal.

aleja de los moldes, probablemente más fáciles de estudiar y definir, del derecho civil y penal firmemente entroncado con la realidad⁴.

Obviando dicha dificultad se puede definir la misma como la *infracción de la norma o la vulneración de los derechos fundamentales del orden procesal*⁵. Pero no toda infracción o vulneración de derechos conllevará la nulidad, sino sólo en la forma establecida en las leyes (la LOPJ regula este instrumento procesal en los arts. 238 a 243 y la LECiv en los arts. 225 a 231) y en la jurisprudencia. La nulidad puede llevar aparejada la sanción de la ineficacia, aunque la regla general será la de la subsanación del acto procesal nulo siempre que éste pueda cumplir su fin⁶.

2. Concepto de nulidad de pleno derecho

Para definir lo que se entiende por nulidad de pleno derecho es preciso mencionar a este respecto la distinción tradicional entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad o nulidad simple⁷.

- **Nulidad de pleno derecho:** Son actos nulos de pleno derecho los supuestos del art.238 LOPJ y de su correlativo en el art.225 LEC, sin perjuicio de alguna opinión discrepante, como la de MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, que considera que, en puridad, la nulidad de pleno derecho es predicable solo del supuesto de actos realizados bajo violencia o intimidación, únicos que subsisten

⁴ BORRAJO INIESTA, Ignacio. *La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Justicia. 1993, nº 1 y 2, págs. 81-82 la nulidad de actuaciones es un arma de dos filos. Por un lado, ofrece un poderoso instrumento para preservar los fines de garantía y acierto que son propios del proceso, o lo que es lo mismo, los derechos de defensa de los justiciables y el tino y eficacia de las sentencias; pues, mediante la nulidad de actuaciones, el Juez puede remediar los errores y defectos producidos al llevar a cabo la tramitación de cualquier litigio o causa. Por ello mismo, la nulidad de actuaciones brinda a quienes actúan ante los Tribunales un escudo para evitar la indefensión y, en último término, la injusticia.

⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*. Pamplona, 2008, pág. 15 recoge un concepto de nulidad procesal sabedor de las dificultades de definir esta institución.

⁶ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 16 el ámbito sobre el que opera la nulidad procesal es el del proceso jurisdiccional que sirve al fin constitucional de la impartición de justicia en el marco legal preestablecido y se define como un conjunto o sucesión de actos procesales de distinta clase, entre otros, de alegación; de prueba; de trámite; de formulación de recursos; etc.

⁷ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 49 la utilización en la Ley procesal de los conceptos de nulidad y calificación de ésta como simple o de pleno derecho conduce de forma automática a comparar e intentar explicar la nulidad procesal partiendo de la doctrina civil sobre la nulidad de los contratos, que distingue entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad o nulidad simple.

a la firmeza de la sentencia, en tanto que los restantes motivos de nulidad incluidos en ese precepto deberían ser considerados motivos de anulabilidad⁸. Se pueden considerar motivos de anulabilidad sometidos a un régimen de denuncia especial⁹.

- **Anulabilidad o nulidad simple:** Esta nulidad se produce en aquellos supuestos que no se hayan expresamente descritos en la ley. De modo que para apreciar la nulidad de un acto procesal será necesario que concurra un defecto de forma que impida que el acto produzca efecto o que se produzca indefensión, tal y como dispone el art.240.1 LOPJ cuando detalla que la nulidad simple tendrá lugar cuando se aprecien: “... *defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión*”, siendo necesario siempre que el tribunal lo determine así en cada caso, ya sea de oficio o a instancia de parte.

A modo de conclusión, un acto procesal es nulo de pleno derecho cuando se subsume el alguno de los supuestos enumerados en el art.238 LOPJ, ello sin perjuicio de lo explicado con anterioridad sobre las discrepancias existentes en la doctrina sobre encajar un acto procesal como nulo de pleno derecho o anulable.

2.1 Supuestos de nulidad de pleno derecho: art.238 LOPJ¹⁰

Una vez realizadas tales precisiones, la relación de los actos nulos de pleno derecho se contiene en el art. 238 LOPJ que establece la consecuencia de la nulidad para los actos procesales que se hallen en alguna de las siguientes circunstancias:

⁸ ASECIO MELLADO, José M^a. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia, 2008, pág. 200 comparte también dicha perceptiva.

⁹ ASECIO MELLADO, José M^a. *Introducción al Derecho Procesal*...pág. 200 contempla que nos hallamos frente a auténticas anulabilidades ya que el mero transcurso de los plazos establecidos comporta siempre la convalidación de los actos “nulos” y el mantenimiento de su eficacia. Opción legal que cohonesta con el principio de conservación de los actos procesales.

¹⁰ La LECiv en el núm. 6º del art. 225 añade otro supuesto causante de la nulidad de pleno derecho de los actos procesales que no recoge el art. 238 LOPJ en sus distintos apdos. que es el siguiente: “los *actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia*. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia, 2011, pág. 257 disponen que se trata de una causa introducida por la Ley 13/2009, impuesta por la atribución al secretario de una competencia que no tenía. Es de observar que para la ley no es causa de nulidad de actuaciones la situación contraria; es decir, que el juez resuelva cuestiones atribuidas al secretario, lo que es harto explicativo del pensamiento del legislador.

- Los actos realizados por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 238.1º LOPJ).
- Los realizados bajo violencia o intimidación (art. 238.2º LOPJ).
- Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión (art. 238.3º LOPJ).
- Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva (art. 238.4º LOPJ).
- Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial (art. 238.5º LOPJ).
- En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan (art. 238.6º LOPJ).

2.1.1. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 238.1º LOPJ)

En primer lugar, la LOPJ declara nulos e ineficaces¹¹ los actos procesales que se hubieren practicado por o ante un tribunal que carezca de jurisdicción¹² o competencia objetiva o funcional¹³.

¹¹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 65 dispone que dependiendo de la gravedad de la infracción, se oscilará entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido, según la importancia que el legislador haya otorgado a los valores de justicia y seguridad jurídica al regular este mecanismo procesal. La ineficacia del acto produce la eliminación del mismo.

¹² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 256 la jurisdicción hace referencia a la habilidad para enjuiciar dentro de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, de modo que se tiene falta de jurisdicción cuando, por ejemplo, el juez civil conoce de asuntos penales. La falta de jurisdicción no se refiere, pues, a la inexistencia de ésta: si el art. 238 LECiv se refiere a los actos procesales, ello implica que siempre provienen de un órgano judicial, sea unipersonal o colegiado, o se producen ante el órgano judicial.

¹³ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 256 la referencia a la falta de competencia objetiva o funcional implica que no son nulos de pleno derecho los actos judiciales emanados de un órgano territorialmente incompetente o producidos ante ese órgano, entre otras cosas porque, o bien la competencia territorial es dispositiva (como ocurre en determinados casos en el orden jurisdiccional) o bien, no siendo dispositiva, la ley establece distintos y sucesivos criterios de atribución de la competencia territorial hasta el punto de hacer prácticamente

Se trata de una nulidad que trae causa de la naturaleza imperativa y de orden público de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional¹⁴. Por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional opera como un presupuesto esencial del proceso, porque los actos procesales producidos por un órgano jurisdiccional incompetente carecerán de eficacia alguna, al no haber intervenido el órgano jurisdiccional predeterminado por la Ley según el asunto de que se trate¹⁵.

Pero, la redacción originaria de la norma introducida por la LOPJ no resultaba tan clara sobre las consecuencias de la nulidad, ya que exigía que la falta de jurisdicción y competencia fuera “*manifiesta*”¹⁶. La finalidad de esta norma era permitir un cierto grado de discrecionalidad en la posible subsanación y conservación de actos procesales en los casos de falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.

El problema consistía en que la redacción de la norma introducía un grado de incertidumbre inapropiado, ya que la falta de jurisdicción o competencia existe o no existe. Y si se aprecia que concurre el vicio procesal debe procederse inmediatamente, sin lugar a dudas, a la anulación de todo lo actuado sin posibilidad de calificar el grado en el que se produce la falta o ausencia de un presupuesto del proceso como son la jurisdicción y la competencia. Ni tampoco de la subsanación de los actos realizados por

competentes territorialmente a todos los órganos integrados en un orden jurisdiccional competente (vid., por ejemplo, art. 15 LECrim).

¹⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando y HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*. Justicia. 1998, nº 1, pág. 45 el carácter manifiesto de la infracción es el que determina la aplicación de la nulidad en todo caso, por establecerse así en el art. 238.1º y, por tanto, puede ser objeto de denuncia o valoración en cualquier momento del proceso. Por el contrario, cuando la aplicación de las normas de competencia no puede aplicarse con claridad, existen disparidades de criterios entre órganos o entre órdenes jurisdiccionales, etc., la aplicación de la nulidad estaría condicionada a la existencia de una denuncia realizada en la primera posibilidad de alegación o a la apreciación de oficio mientras tal posibilidad de alegación no haya tenido lugar.

¹⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 52 la CE establece los principios de exclusividad e integridad del Poder judicial en el art. 177.3 que dispone que: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales determinados en las Leyes*”. No obsta al principio de unidad jurisdiccional la organización de la función jurisdiccional en cuatro ramas distintas: la civil; la penal; la contencioso-administrativa y la social. Se trata de ramas especializadas de la jurisdicción, en razón de la materia, que conocerán de los asuntos que les atribuye el art. 9 LOPJ.

¹⁶ STC 26 de Abril de 1999, F.J. 5º (RTC/1999/70) “...Una de las reglas cardinales establecida por el nuevo marco legal, ajustado al art. 24 CE, es que solamente se puede decretar la nulidad de pleno derecho cuando la incompetencia del órgano judicial es «manifiesta»; y sólo, tras ponderar si la anulación respeta los derechos fundamentales de los justiciables, pues las nulidades procesales deben estar al servicio de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, nunca para quebrantarlos”.

un tribunal incompetente. Por esa razón la norma se modificó en la LO 19/2003 que suprimió la exigencia relativa a que el vicio fuera “*manifiesto*”.

La apreciación de la falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional se producirá de oficio en el proceso civil, conforme a lo previsto en los arts. 38, 48 y 62 LECiv, que disponen que el tribunal podrá apreciar de oficio su falta de jurisdicción y de competencia tan pronto como sea advertida la falta de presupuesto¹⁷. Igual ocurre en el proceso penal en el que los tribunales podrán apreciar de oficio su falta de competencia (arts. 8 y 19 y ss. LECrim). Esta infracción también puede ser denunciada por las partes mediante el incidente de declinatoria previsto en el art.63 LECiv, momento en el que precluye esta alegación.

Ya se ha mencionado que la nulidad por falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional lleva aparejada la sanción de la ineficacia¹⁸, como expresamente prevé el art. 48 LECiv que determina la nulidad de las actuaciones en las que se aprecie un vicio de esta naturaleza¹⁹.

También son nulos de pleno derecho los actos realizados por un tribunal penal carentes de jurisdicción o competencia. Así resulta de la aplicación de la LOPJ y de la LECrim que dispone que la pena debe imponerse necesariamente en virtud de sentencia dictada por Juez competente (art. 1 LECrim).

La nulidad de pleno derecho no alcanza a otros actos atinentes al órgano jurisdiccional que pudiera producirse con infracción de las normas legales que disciplinan otros

¹⁷ SAP de Madrid 8 de Junio de 2007, F.J. 2º, (AC 2007/1281) “...para que pueda estimarse la falta de competencia objetiva han de seguirse los trámites que el art. 48 de la LEC establece, y si bien es cierto que el mencionado precepto en su apartado primero dispone que “se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto”, por lo que nada impedía su apreciación, pese a no haberse admitido a trámite la correspondiente declinatoria planteada...”.

¹⁸ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 54 la consecuencia de la apreciación de un vicio de esta naturaleza es la de la nulidad radical y consiguiente ineficacia de los actos procesales afectados por la infracción que serán todos los que se hubieren celebrado ante el tribunal incompetente. No por ser la consecuencia necesaria de la nulidad de pleno derecho, que no es así, sino por establecerlo expresamente la Ley.

¹⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 54 así está previsto para el proceso civil en el art. 48 LECiv, que respecto a la falta de competencia objetiva dispone que: “Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 476.2 LECiv, que determina como única consecuencia de la apreciación de la falta de jurisdicción o competencia la de la nulidad de todo lo actuado.

criterios de competencia como, por ejemplo, la infracción de las normas en materia de reparto²⁰, de abstención y recusación o sobre competencia territorial²¹. Ello es así, porque el legislador considera que únicamente la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional debe producir la nulidad radical de todas las actuaciones practicadas. Ello sin perjuicio, de que pueda apreciarse la nulidad procesal (explicada anteriormente) por la infracción de las citadas normas, que se producirá conforme prevea la Ley procesal que regule esta cuestión.

El supuesto más característico es el relativo a las normas sobre competencia territorial en el proceso civil cuya infracción y consecuencias subsiguientes vienen determinadas por los arts. 58, 59 y 65 LECiv que no determinan en ningún caso la nulidad de lo actuado con falta de competencia territorial. Efectivamente, conforme con estas normas únicamente puede apreciarse la falta de competencia territorial en el caso de los fueros de competencia territorial imperativa previstos en el art. 52 LECiv²². Pero, aún en ese caso la infracción de las normas en esa materia no conduce a la nulidad e ineficacia de los actos procesales que se hubieren producido por falta de esa clase de competencia, sino que el art. 58 LECiv dispone que el tribunal deberá examinar de oficio su competencia territorial imperativa, inmediatamente después de presentada la demanda, y si considera que carece de esta clase de competencia, previa audiencia del Fiscal y de las partes personadas, así lo declarará por auto. Pero, en dicho auto no declarará la nulidad de actuación alguna, sino que el tribunal remitirá las actuaciones al tribunal que considere competente, aplicándose el principio de conservación de los actos procesales.

²⁰ ALMAGRO NOSETE, José. *Nulidades e irregularidades procesales*. LA LEY. 2 de diciembre de 2010, nº 7522, pág. 12 como conclusiones, cabe establecer que la naturaleza de la nulidad que define la Ley, cuando se infringen las normas de reparto, no tiene un carácter absoluto, tal como ocurriría con las normas, v.gr., sobre jurisdicción competente o capacidad para ser parte. Tiene un carácter relativo que exige la previa impugnación y la utilización, en su caso, de los recursos existentes para que pueda invocarse con éxito como motivo de infracción procesal. También, hay que concluir que no toda infracción procesal adquiere la categoría de nulidad, si se trata de una irregularidad sin proyección sensible sobre las reglas de la defensa jurídica.

²¹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 93-94 la ausencia de mención de la falta de competencia territorial, junto a la falta de jurisdicción, de competencia objetiva o funcional, como motivo de nulidad en el art.238.1º LOPJ, tenía su razón de ser, según HERNÁNDEZ GALILEA, en que la regulación de las normas de competencia territorial varía de unos órdenes jurisdiccionales a otros, siendo también diversa su trascendencia en el proceso, y por eso no puede mencionarse en una norma de aplicación general a todos los órdenes, aplicabilidad general que es una de las características de la regulación de la nulidad contenida en la LOPJ.

²² RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 55 no puede existir nulidad en un acto procesal por falta de competencia territorial fundada en fueros dispositivos, salvo que hubiera existido la vulneración procesal que causara indefensión por causa de una falsedad, falta de audiencia, etc.

2.1.2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación (art. 238.2º LOPJ)

El art. 238.2º LOPJ establece la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales realizados bajo violencia o intimidación²³. Se trata de un supuesto evidente de infracción procesal que debe conducir a la nulidad absoluta del acto, o actos, viciados de nulidad por esta causa²⁴.

La violencia o intimidación puede afectar a los tribunales, a las partes o a cualquier persona que intervenga en el acto procesal de que se trate y se declarará por el tribunal previa denuncia y conocimiento del tribunal de la existencia de esta circunstancia. En el caso especial en el que sea el propio juez el que sea afectado por la violencia o intimidación procederá de igual modo, declarando la nulidad de lo actuado, una vez que se vea libre de estas circunstancias (art. 239 LOPJ²⁵). En cualquier caso, el Juez deberá promover la formación de la causa penal contra los responsables de los hechos a cuyo

²³ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 98-99 la peculiaridad de este motivo de nulidad es doble: por un lado, no se refiere a la infracción de las normas que rigen la producción formal de los actos procesales, velando por su regularidad, o que instauran derechos o garantías procesales de los justiciables, sino que se refiere a los requisitos internos de estos actos y por otro lado, pone el acento en la voluntad del emisor del acto procesal. Quizá para comprender el porqué se trata de algo peculiar haya que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- La nulidad procesal se ha vinculado siempre a los defectos de forma de los actos procesales y, como prueba de ello, los mecanismos que los distintos ordenamientos han previsto a lo largo del tiempo para hacerla valer tienden a proteger la regularidad formal del procedimiento y a salvaguardar los derechos y garantías procesales de las partes, aún cuando se configuren como instrumentos para la consecución del acierto y justicia de la decisión final del proceso.
- A la voluntad le corresponde sólo un pequeño papel dentro del acto procesal. Es un elemento, necesario, en cuanto que la actividad realizada ha de ser querida por la parte, pero carece de la relevancia propia de la voluntad en los actos jurídico-privados, puesto que, en el Derecho procesal, no es necesario que la voluntad del sujeto se proyecte sobre los efectos de sus actos, sino que éstos se producen por ministerio de la Ley, con independencia de si son queridos o no por el sujeto. En atención a sus fines, el Derecho Procesal suele atender a la voluntad declarada, con independencia de que ésta coincida o no con la voluntad real.

²⁴ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 257 esta es una causa que ya está recogida en la LEC como motivo de revisión (art.509.4) y que ahora adquiere nota de generalidad y, por consiguiente, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. En definitiva, se recoge aquí el principio establecido en Teoría General del Derecho de que los actos que han sido realizados bajo violencia o intimidación son actos a los que les falta un requisito importantísimo cual es la voluntad.

²⁵ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 257 el art. 239 LOPJ establece que los jueces una vez que hubiere cesado la intimidación o la violencia declararán nulo todo lo actuado bajo aquéllas y promoverán la formación de la causa criminal correspondiente contra los culpables (vid. art. 226.1 LEC). En el art. 226.2 LEC se regula la nulidad por esta causa de los actos de parte o de terceros- testigos, peritos, etc.- que intervengan en el proceso.

efecto lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda iniciar las acciones penales oportunas sobre los que intimidaron o causaron la violencia²⁶.

El art. 239.1 LOPJ dispone que una vez libre el tribunal de la violencia o intimidación (o conocido su efecto sobre partes o terceros) procederá a declarar “... *nulo todo lo practicado*²⁷...”. Esta norma puede conducir a pensar que la nulidad afectará a todas las actuaciones procesales. Sin embargo, también en este caso operará el principio de subsanación y conservación de los actos procesales, de modo que no se declararán nulos los actos procesales que no hubieran resultado afectados por el vicio de nulidad. Por ejemplo, si un testigo o perito declara ante el tribunal bajo la amenaza de un mal. En ese caso, y puesto en conocimiento del tribunal esa circunstancia, lo que procede es declarar la nulidad del informe o del testimonio, pero no de todas las actuaciones practicadas ni tampoco se declarará la nulidad del juicio. Ello sin perjuicio de que el tribunal considere que deba protegerse la integridad de la unidad del acto del juicio y que, en consecuencia, declare la nulidad de todo el juicio. Pero, ésta no es una consecuencia necesaria de la estimación de la nulidad por este motivo, sino que puede proceder conforme a la necesidad de garantizar plenamente los derechos de las partes.

Por último, hay que poner de relieve que la nulidad por este motivo únicamente puede declararse mientras que el proceso no haya finalizado por sentencia firme, pero no en el caso que ya existiera sentencia firme recaída en el asunto.

²⁶ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 99-100 la doctrina ha entendido que se trata del único supuesto en que la declaración de nulidad de oficio no se encuentra a límite temporal, con lo que constituiría una excepción a lo dispuesto en el art.240.2 LOPJ. Ahora bien, los mismo autores (entre otros, destacan HERNÁNDEZ GALILEA y MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA) coinciden en afirmar que esta excepción rige sólo cuando la nulidad se proyecta sobre los actos del juez, no cuando se trata de actos de las partes o de otros intervinientes.

²⁷ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 101 efectivamente ni el art.226 LEC ni el art.239 LOPJ concretan qué órgano jurisdiccional es competente para declarar la nulidad en este caso. Una solución sería entender que es competente el mismo Tribunal ante el que tales actos se realizaron, bien sea el órgano que conoce en primera instancia, bien el que conoce en fase de recurso. Pero, puede ocurrir que tales actos se realizaron ante el órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia y que el momento en que se acredita la violencia o intimidación el asunto está ya pendiente de recurso. Creemos que, en este caso, y suponiendo que el motivo determinante de la nulidad no hubiera podido ser alegado antes, por causa no imputable a la parte que se trata de beneficiar de él, el órgano competente para la declaración de la nulidad será el que conoce del correspondiente recurso.

2.1.3. Cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esta causa hayan podido producirse indefensión (art. 238. 3º LOPJ)

La nulidad por la infracción de las normas del procedimiento es el supuesto de nulidad más frecuente en la sustanciación de los procesos judiciales. Ello es así, por la multiplicidad de supuestos en los que se puede producir una infracción procesal y la posible lesión de los derechos fundamentales de las partes en el ámbito del derecho procesal. Esta relación entre nulidad y derechos fundamentales de las partes pone en relación directa la nulidad procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida como derecho fundamental en el art. 24 CE²⁸.

La dificultad para entender el ámbito de nulidad regulado en el art. 238.3º LOPJ proviene de la asociación que la Ley establece entre la infracción del derecho de tutela judicial efectiva y la infracción legal, estableciendo que la nulidad se producirá: *“Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”*.

La regulación vigente de este motivo de nulidad fue introducida tras la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de Diciembre, que reproduce la letra de la LEC²⁹. Ahora, con la nueva redacción, la violación de una norma esencial del procedimiento (que frecuentemente se concretará en violación de las garantías procesales o constitucionales) provocará la nulidad de las actuaciones, siempre que se hubiera podido producir indefensión. La norma contenida en la LOPJ anterior a la reforma se diferencia de la norma vigente en que la indefensión (efectivamente producida) es el elemento que determina que el acto o serie de actos sea nulo de pleno derecho; mientras que con la

²⁸ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 62 el derecho protegido en este motivo es el de tutela judicial efectiva, entendido en sentido amplio, aunque en la redacción legal no se haga mención expresa del mismo.

²⁹ CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J.; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona, 2011, págs. 1113- 1114 en efecto, el art. 238.3º LOPJ y el art. 225.3º LECiv, en primer lugar, suprimen la exigencia de que el desprecio de las normas esenciales de procedimiento sea total y absoluto (“cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley”): basta, por tanto, que se prescinda de esas normas esenciales, sin graduación, para que las actuaciones sean nulas.

nueva redacción basta con la posibilidad de que se cause indefensión³⁰. La sustitución de la exigencia de efectiva indefensión por la de posible indefensión supone que basta la mera posibilidad de afectación del principio de defensa para que se aplique la nulidad, con la consiguiente ampliación del campo de operatividad de este instrumento procesal.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el desarrollo anterior, para proceder a la nulidad en este supuesto lo importante para la ley es que se haya actuado con desconocimiento de las normas de procedimiento, lo que es tanto como decir que se la violado el principio de legalidad; y, que esa violación haya podido producir indefensión en alguna de las partes³¹. En caso contrario, es decir, no produciéndose indefensión prevalece el principio de la conservación de los actos o el de la convalidación de ellos.

2.1.4 Cuando se realicen sin la intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva³² (art. 238.4º LOPJ)

Antes de la reforma de la LOPJ mediante la LO 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, el art. 238.3º LOPJ contemplaba como supuesto de nulidad la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, infracción que, a nuestro juicio, siempre conlleva una situación de

³⁰ LOURIDO RICO, Ana Mª. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 116-117 la sustitución del requisito de indefensión efectiva por el de la posibilidad de que ésta se haya producido es una modificación trascendente, afirmación que se comprenderá si se tienen en cuenta las conclusiones a que se ha llegado sobre las normas de procedimiento, las formas procesales y el objeto de protección de la nulidad. La exigencia de efectiva indefensión para la aplicación del supuesto legal presupone una concepción medial o instrumental de las normas de procedimiento, de modo que si la omisión de éstas no coloca a las partes en situación de indefensión, no podrá aplicarse la nulidad por este motivo, es decir, que si, pese a la vulneración de tales normas, los actos procesales cumplen con la finalidad que tienen asignada y, en consecuencia, tampoco se produce indefensión, luego no procede la nulidad.

³¹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 63 el TC se ha pronunciado clara y reiteradamente al respecto declarando que: “... no es suficiente con una mera vulneración formal para que pueda considerarse que ha existido una indefensión con relevancia constitucional, sino que es preciso que tal infracción formal origine un efecto material de indefensión, esto es, un quebranto real del derecho de defensa con el resultante perjuicio efectivo para los intereses del afectado”. STC 199/2006, de 3 de Julio de 2006. No puede ser de otro modo, ya que la indefensión es un resultado, que se produce o no. Pero que en tanto que no ha tenido lugar ningún efecto ha podido producir sobre la situación procesal del afectado por la infracción de la norma. De modo que no toda corrección o irregularidad en la sustanciación del proceso determinará la nulidad. A este fin será necesario que se haya producido efectiva indefensión y que no se hubiere generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia.

³² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 257 la norma se refiere a actos de partes que carecen del poder de postulación, por lo que son nulos de pleno derecho, con independencia de que produzcan o no indefensión.

efectiva indefensión para la parte. La amplitud con que se contemplaba este supuesto desaparece en el actual art. 238.4º LOPJ y, en cualquier caso, consideramos que la infracción de los citados principios ha de entenderse como una violación de una norma esencial del procedimiento.

El supuesto concreto de nulidad que prevé el art. 238.4º LOPJ consiste en la infracción del principio de asistencia de Abogado cuando la Ley la establece como obligatoria³³, lo que nos remite al art. 31 LECiv, en donde se consagra, como regla general, la intervención preceptiva de letrado³⁴. Las partes serán dirigidas por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto³⁵.

Sin embargo, y como excepción, no se precisa la asistencia técnica de abogado en determinados supuestos previstos expresamente en el art. 31.2 LECiv. Aunque, eso no significa, obviamente, que el litigante no pueda asistir o intervenir en el acto con abogado. En el ámbito del proceso civil no será precisa la intervención de abogado en los siguientes casos:

- 1º. Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 €y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta ley (art. 31.2.1º LECiv).

³³ LOURIDO RICO, Ana Mª. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 125 algunos autores consideran que la infracción del derecho de asistencia letrada puede producirse también cuando dicha asistencia no es preceptiva, siempre que se vulnere la igualdad de armas entre los litigantes, v. gr, cuando la contraparte decide, aun no siendo preceptivo, actuar asistido por un abogado y a él no se le ha dado la oportunidad de hacer lo mismo, se puede reconducir a la infracción de una norma esencial del procedimiento, sobre todo ahora que los arts. 32 y 33 LECiv están orientados a garantizar la igualdad de armas entre los litigantes también cuando la asistencia no es preceptiva.

³⁴ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 72-73 el derecho a la asistencia letrada por abogado constituye uno de los contenidos esenciales del derecho constitucional a la defensa incluido en el art. 24.2 CE. Al mismo tiempo su efectivo cumplimiento en el proceso supone una exigencia debida y consustancial a la garantía del derecho a un juicio justo. Mediante el derecho de defensa, en definitiva, se asegura la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, evitando desequilibrios entre las partes o limitaciones en las posibilidades de defensa que causen o puedan causar indefensión. Como derecho fundamental, debe garantizarse el derecho a la defensa y su plena efectividad exigiendo el tribunal la intervención de abogado cuando esté prevista su intervención. A este fin, no se admitirá a trámite ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado (arts. 31.1, 399.2 LECiv y 118, 277 y 767 LECrim).

³⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 73 el abogado actúa en el proceso con base en un contrato de arrendamiento de servicios de contenido típico por el cual asume la defensa técnica de la parte en los procedimientos judiciales (art. 33.1 LECiv). Sin perjuicio de la designación de oficio prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita cuando se den los presupuestos allí establecidos.

2º. Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio³⁶ o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones (arts. 188 y 193 LECiv). Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible (art.31.2.2º LECiv).

El derecho a la asistencia letrada por abogado en el proceso penal constituye una exigencia estructural de su propio desarrollo, en garantía del derecho a un juicio justo. Aunque, también en esta clase de procesos existen excepciones legales³⁷.

Por otra parte, tampoco es necesaria la asistencia de letrado en distintos supuestos específicos que se refieren a la fase de investigación e instrucción penal: - las diligencias de instrucción en las que por su momento de realización no se haya procedido a formalizar la imputación (v.gr, de registro domiciliario³⁸, de apertura del paquete postal en presencia judicial recogido en el art. 584 LECrim).

Un supuesto insólito se contiene en el art. 520.5 LECrim que prevé la posibilidad de renuncia del derecho de detenido a la designación de Abogado y su presencia en el lugar de custodia, en el caso de que la detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. Se trata de una norma de difícil fundamento, ya que resulta difícil que pueda renunciarse a un derecho que cumple una función de garantía objetiva de la legalidad y de los principios procesales.

³⁶ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 73 por ejemplo, la petición de diligencias preliminares, medidas cautelares urgentes o “provisionalísimas” en los procesos matrimoniales (arts. 256, 730.2, 771.1 LECiv).

³⁷ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 73 así no se precisa la asistencia técnica en el juicio de faltas, puesto que la presencia y asistencia del abogado resulta potestativa (art. 969.1 LECrim). Pero nada impide que la parte designe abogado, o bien que solicite el nombramiento de uno de oficio. Tampoco es necesaria la asistencia de letrado en la tramitación de los expedientes ante el Juez de vigilancia penitenciaria o en los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por aquél. En todos estos casos, únicamente se producirá indefensión en el supuesto que la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal.

³⁸ STS 17 de Abril de 2002, F.J. 2º, (RJ 2002/4779) “...La presencia de un Letrado en la entrada y registro no es, por lo tanto, una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en luego aparece protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal”.

Por tanto, con base en lo expuesto, serán nulos de pleno derecho todos los actos procesales en los que no intervenga abogado, siendo preceptiva su intervención ya que no se puede negar que la intervención de abogado, en los supuestos en que es obligatoria, merece ser protegida por el ordenamiento. La nulidad de estos actos determinará la inadmisibilidad del acto o escrito que se pretenda realizar sin abogado. Y para el caso que esta infracción hubiere pasado inadvertida se declarará la nulidad de todas las actuaciones que se hubieren sustanciado sin la debida intervención de abogado. Dicha nulidad podrá ser declarada de oficio o a instancia de parte.

Destacar, que la Ley no se refiere a la realización de actos procesales sin intervención del Procurador³⁹. En este caso, no existirá nulidad de pleno derecho, pero podrá declararse la nulidad del acto. La diferencia consistirá en la circunstancia de que la nulidad de los actos sustanciados sin la intervención del procurador será meramente anulable conforme a las reglas del art. 240.1 LOPJ que dispone la nulidad de los actos procesales cuando adolezcan de defectos de forma que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin. Y siempre que no quepa la subsanación, según disponen los arts. 239 y 243 LOPJ.

2.1.5 Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial (art. 238.5º LOPJ)

El motivo de nulidad basado en la celebración de la vista sin la preceptiva intervención del secretario judicial se introdujo en la LOPJ en la reforma operada por la LO 19/2003⁴⁰.

La razón de la inclusión de este motivo se fundamenta en la esencialidad de la función de los Secretarios Judiciales de dar fe pública judicial de los actos procesales⁴¹ (arts.

³⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 75 el hecho de que la Ley nada establezca con relación a la falta de intervención del Procurador, se fundamenta en la distinta calidad con la que abogado y procurador intervienen en el proceso. En este sentido, la función del Procurador es la de representar nominalmente al cliente y auxiliar en la notificación y sustanciación del juicio. Sin embargo, la intervención del abogado se fundamenta y relaciona con el derecho de defensa del litigante, que sin la defensa técnica del abogado quedaría indefenso en el proceso.

⁴⁰ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 127 la Exposición de Motivos de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, en su apartado VII, anticipa que la figura del Secretario Judicial se convierte en una de las claves de la reforma. Se tiende a reforzar su papel y, como una manifestación más de la importancia de sus funciones, se introduce un nuevo supuesto de nulidad en el art. 238.5º, declarando nulas las vistas que se celebren sin su intervención.

453 LOPJ y 145 LECiv). Esta función es especialmente importante respecto de las vistas y comparecencias en las que el secretario judicial tiene la función de levantar acta de todo lo actuado, sin perjuicio de la grabación de la imagen y el sonido en cuyo caso levantará acta sucinta en que se harán constar las circunstancias y las incidencias que no pudieran constar en la grabación (art. 146 LECiv). Esa calidad de fedatario público que se le ha atribuido al secretario judicial no puede quedar soslayada por ninguna clase de razón.

Como conclusión, la ausencia del Secretario Judicial impide la celebración de vistas o comparecencias y en el caso de que se hubieren realizado sin su efectiva asistencia el acto procesal que se hubiere celebrado será nulo. Nulidad que dada la clase de vicio no puede dar lugar a la subsanación, que como se ha explicado en apartados anteriores es la regla general antes de proceder a la declaración de nulidad del acto.

2.1.6 La nulidad de los actos procesales en los casos expresamente previstos en las leyes procesales (art.238.6º LOPJ)

Este último supuesto que acarrea la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, denominado también la cláusula de cierre del sistema, se introdujo en la regulación de la LOPJ cuando se reformó la misma por la LO 19/2003, que obró a este respecto adaptando su regulación a la que ya estaba prevista en la LECiv, que en su art. 225.5 establecía como causa de nulidad de pleno derecho aquellos actos en los que la LECiv así lo estableciera⁴². El fundamento de esta norma se halla en la necesidad de prever supuestos distintos de nulidad de pleno derecho que pueden regularse en la Ley

⁴¹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 76 la esencialidad de la función del Secretario Judicial como fedatario público fue, precisamente, la que determinó la supresión de las normas que permitían la sustitución de los secretarios judiciales con los oficiales de justicia del juzgado. En el momento presente no cabe esta clase de sustitución, puesta que las sustituciones entre secretarios judiciales se producirán, conforme con lo previsto en el art. 451 LOPJ, entre secretarios judiciales en ejercicio o sustitutos. No obstante, se mantiene la posibilidad de sustitución de Secretarios Judiciales por Oficiales (en la actualidad Cuerpo de Tramitación procesal y Administrativo -art. 475 LOPJ-), únicamente en el ámbito de la AN, siempre que no existieran suficientes secretarios judiciales y únicamente para el supuesto de asistir y levantar acta en las entradas y registros autorizados por la AN (art. 451.3 LOPJ).

⁴² LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 128 el art. 225.5º LEC introdujo una previsión novedosa, sin equivalente en aquel momento en la LOPJ. Ésta estableció unos supuestos más o menos generales de nulidad, sin aclarar si éstos eran los únicos casos en que es aplicable o si, por el contrario, existen también otros

Procesal, sin que para ello deba incluirse, con la consiguiente modificación, en la relación del art. 238 LOPJ⁴³.

Los motivos de nulidad de pleno derecho a los que se refiere la Ley lo son de la nulidad que se denomina objetiva y cuya finalidad es proveer a la “*protección y defensa*” de ciertas normas esenciales del procedimiento cuya infracción sanciona la ley de forma expresa con la nulidad de pleno derecho. Es decir, la nulidad sin que proceda la discrecionalidad judicial en orden a la imposición de la consecuencia de la nulidad del acto viciado. De esta forma se garantiza la indemnidad y correcta aplicación de las normas procesales respecto a determinadas reglas o exigencias cuyo incumplimiento determinará la nulidad de pleno derecho del acto de que se trate; independientemente de los efectos o consecuencias que hubiera tenido la infracción o de que se haya producido ninguna clase de efecto sobre la sustanciación del proceso. Tampoco es necesario que se haya producido efectiva indefensión, porque esto es una consecuencia que solo se exigirá en relación a la nulidad subjetiva que suponga vulneración de la tutela judicial efectiva.

Los supuestos previstos en las leyes procesales se encuentran, básicamente en la LECiv que fue la ley procesal en la que se reguló por primera vez esta causa abierta de nulidad de los actos procesales y con posterioridad se introdujo en la LOPJ. La razón de establecer motivos de nulidad de pleno derecho fuera de la relación del art. 238 LOPJ no responde a ninguna intención concreta, sino a la circunstancia de tener que proteger, especialmente, la debida sustanciación de determinados actos procesales con la amenaza de la nulidad en caso de infracción⁴⁴.

⁴³ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 128 el de la LOPJ es un régimen general de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, lo que no obsta a que en las Leyes procesales propias de cada orden se regulen supuestos específicos de nulidad, como ocurría en los arts. 74, 115, 249, 256, 279 y 1467 LEC de 1881 o 180, 677 y 680 LECrim. Pero, además, la propia LOPJ contiene dos supuestos concretos de nulidad, que son aplicables todos los órdenes. El más claro se contempla en el art. 228, que consiste en la posibilidad de emplear, en fase de recurso, la nulidad contra la resolución que decide un pleito o causa por estimar que concurre en el Juez o Magistrado causa de recusación que ya se hubiere intentado sin éxito. El segundo supuesto se deriva del art. 11.1 que, a pesar de no mencionar la nulidad en ningún momento, sanciona la falta de efectos de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos o libertades fundamentales.

⁴⁴ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 77 así, por ejemplo la correcta sustanciación de las vistas y comparencias con la debida y necesaria inmediación judicial (art. 137 LECiv).

También debe destacarse el hecho de que pueden darse supuestos de nulidad de pleno derecho que no se encuentren expresamente referidos en la Ley, pero que cuya nulidad se deduzca a partir de la prevista para determinados actos procesales⁴⁵.

Los supuestos previstos en la LECiv son los siguientes:

2.1.6.1 Proceso civil de declaración

a. La omisión de la diligencia de reparto y la infracción de las normas de reparto como supuestos de nulidad (arts. 68.2 y 4 LECiv)

El art. 68 LECiv no deja lugar a dudas sobre la procedencia de la nulidad. Estimamos que, en este artículo, pueden distinguirse dos causas diferenciadas de nulidad que son las siguientes:

- La omisión de la diligencia de reparto (art. 68.2 LECiv)
- La infracción de las normas de reparto (art. 68.4 LECiv)

Empezando por la **omisión de la diligencia de reparto**, no se debe confundir la falta de constancia de la diligencia de reparto con la omisión del reparto propiamente dicho. La falta de constancia de dicha diligencia constituye un defecto formal que, si bien es una señal de alarma de que efectivamente puede haberse omitido el reparto, también es posible que no se corresponda con una omisión real de éste⁴⁶.

Por tanto, aunque el comienzo del apdo.2 del art. 68 LECiv parece sugerir que la falta de constancia de la diligencia es el hecho que puede ocasionar la nulidad, la determinación final de que se extenderá la nulidad a cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto, avala la interpretación según la cual la falta de constancia de la diligencia es tomada en consideración en cuanto se presume que

⁴⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 77 éste es el caso, por ejemplo, de la nulidad de las sentencias dictadas por un Magistrado distinto al que hubiere celebrado el juicio (vid. el art. 194 LECiv). En ese supuesto, la norma que establece la obligación del Juez o magistrado no prevé la consecuencia de la nulidad de pleno derecho de la sentencia dictada por un Juez distinto al que inmedió la práctica de la prueba. Pero, no cabe duda que la sentencia así dictada será nula de pleno derecho por aplicación del art. 137 LECiv que prevé ese efecto para los actos procesales que se produzcan sin la debida intermediación.

⁴⁶ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* págs. 131-132 es imaginable un caso en que el reparto se haya efectuado, pero el órgano encargado del mismo haya olvidado hacer constar la diligencia correspondiente, en cuyo caso el defecto formal no se corresponde con una vulneración real de la finalidad que la fehaciencia de la diligencia trata de proteger.

supone la omisión del reparto⁴⁷. Según este precepto, son las partes las que pueden instar la nulidad de las actuaciones, pero deben dejarse a salvo las medidas urgentes adoptadas en asuntos no repartidos en aplicación del art.70 LECiv.

En relación con la **infracción de las normas de reparto**, existen normas relativas al reparto de los asuntos tanto en la LOPJ como en la LECiv. El apdo. 4 de este art. 68 LECiv abre la vía a la declaración de nulidad de las resoluciones dictadas por un Tribunal distinto de aquel al que hubiese correspondido el conocimiento del asunto si se hubiesen aplicado correctamente las normas de reparto. Las resoluciones dictadas en estos casos se declararán nulas a instancia de la parte a quien perjudicasen, siempre que la nulidad se hubiese instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al conocimiento por la parte de susodicha infracción y siempre que ésta no se hubiese corregido a través de la impugnación de la infracción de las normas de reparto establecida en el apdo. 3⁴⁸.

Para comprender el apdo. 4 como una especificación del 3, permite dotar de significación a las previsiones contenidas en ambos. Se ha dicho que la posibilidad de denunciar la infracción de las normas de reparto aplicables, se concede a las partes desde el primer momento en que tengan conocimiento de tal infracción. En cambio, si las partes no tienen conocimiento de la misma hasta después de que exista una resolución del Juez o Sección que ha conocido indebidamente, o bien, que la denuncia efectuada en su debido momento no sea estimada por ese órgano que conoce inapropiadamente. En este caso, tiene especial importancia el apdo. 4, así como los dos requisitos que deben concurrir cumulativamente y que se concretan en que la nulidad se haya instado tan pronto como se haya conocido la infracción de las normas de reparto y que esa infracción no hubiere sido ya corregida en aplicación del número anterior.

⁴⁷ CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J.; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...* pág. 602 el reparto, que se deberá producir dentro de los dos días siguientes a la presentación del escrito o solicitud de incoación de actuaciones (art. 69), se hará constar mediante una diligencia, por lo que el Secretario Judicial no permitirá que se reparta ningún asunto si no consta en él tal diligencia (art. 68.2).

⁴⁸ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 133 la impugnación de la infracción de las normas de reparto y la petición de nulidad de las resoluciones producto de tal infracción, además de constituir esta última una infracción específica, difieren en cuanto al momento temporal en que se produce la vulneración, lo que determina que para la segunda hipótesis, la más correcta se prevea también un régimen de denuncia específico.

b. La violación de la prohibición de un segundo incidente de acumulación de procesos (art. 97.2 LECiv)

La sustanciación de un segundo incidente de acumulación de procesos, vulnerando la prohibición establecida en el art. 97.1 LECiv, origina el deber del órgano jurisdiccional ante el que se hubiese tramitado de declarar la nulidad de lo actuado, imponiendo las costas al solicitante de la acumulación del segundo proceso.

c. La nulidad de la resolución decisoria de un pleito cuando concurra en el titular del órgano causa de recusación desestimada en el incidente de recusación (art. 113 LEC)

El art. 113 LEC otorga la posibilidad de hacer valer, en fase de recurso, contra la resolución decisoria de un pleito, la nulidad de la misma, por concurrir en el Juez o Magistrado que dictó dicha resolución una causa de recusación de las expresadas en el art. 219 LOPJ, siempre que la recusación hubiera sido intentada sin éxito por las partes en el tiempo y forma legalmente previstos.

La causa de recusación se convierte así, en estos casos, en causa de nulidad de la sentencia y, si frente a la misma no cupiera recurso alguno, podrá fundamentar incluso el incidente de nulidad de actuaciones del art. 225.1 LOPJ⁴⁹.

⁴⁹ CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J.; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...* pág. 760 pero tal y como defiende la STC 140/2004, de 13 de Septiembre (RTC 2004/140), “desde la perspectiva del derecho fundamental que nos ocupa, la concurrencia de una causa de recusación no concede, pues, a la parte que cuestiona la imparcialidad de un Tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al Juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la Sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada ésta”.

d. La nulidad de pleno derecho de las vistas y comparecencias sin la necesaria presencia judicial⁵⁰ (art. 137 LECiv)

La LECiv sanciona con la nulidad de pleno derecho⁵¹ la infracción de la norma que establece la obligatoria presencia de los Jueces y Magistrados en las: “*declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente*” (art. 137.1 LECiv); y en: “*Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución*” (art. 137.2 LECiv).

El cumplimiento de esta norma garantiza la debida intermediación judicial que constituye un principio general de derecho y cuya implantación y salvaguarda legal fue uno de los principales aciertos de la LECiv del 2000, ya que con el anterior sistema de la LECiv de 1881 la prueba se practicaba mediante interrogatorios presentados por escrito en presencia no del tribunal que debía enjuiciar el asunto, sino de un funcionario del juzgado que se limitaba únicamente a tomar nota escrita de las respuestas. Posteriormente el tribunal resolvía el asunto basándose en los documentos que componían los autos.

La parte que insta la nulidad no tendrá que acreditar ni probar que de la infracción de la intermediación se ha derivado un perjuicio para ella, sino que al ser este principio de intermediación un elemento estructural del sistema, bastará la constancia de su infracción para declarar la nulidad, pues se ha de presumir que de ella siempre se deriva un daño

⁵⁰ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones...* pág. 78 también debe incardinarse en este supuesto el de la infracción del art. 194 LECiv, que prevé la obligatoriedad de que los Jueces y Magistrados que hubieren asistido a la vista o juicio dicten la sentencia aunque hubieren dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto. Como se exponía supra este es un supuesto de nulidad de pleno derecho, que se deduce por ser una concreción del art. 137 LECiv, fundado en la obligatoriedad de que el juez presencie e inmedie la prueba determine que la sentencia deba dictarse por ese Juez con independencia de que ya no ejerza sus funciones en el tribunal donde se sustanció el asunto. En consecuencia, la sentencia dictada por Juez distinto al previsto en la Ley es nula de pleno derecho.

⁵¹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 135 aunque el precepto no lo dice, habrá que entender que esta nulidad puede ser solicitada por las partes, a través de los medios que pone a su disposición el art. 240.1 LOPJ, o declarada de oficio, pero en este segundo caso, en la medida en que el supuesto constitutivo de la nulidad es una infracción de un órgano jurisdiccional, lo lógico es entender que será otro, en fase de recurso, el que la aprecie de oficio.

para la parte, al privársele de la garantía que supone la presencia del Juez llamado a resolver en las pruebas y vistas.

e. La nulidad de los actos de comunicación (art. 166 LECiv)

En este caso, lo determinante para la aplicación de la nulidad es la infracción de las normas que rigen la producción de los actos de comunicación, puesto que estas disposiciones representan verdaderas garantías para los justiciables, cuya infracción conllevará normalmente una situación de indefensión⁵².

No se da esa situación de indefensión cuando la incomunicación procesal es imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, a pesar de tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia.

Aún cuando los actos de comunicación no se hubieren realizado de conformidad con lo dispuesto en la Ley, éstos se entenderán subsanados cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el Tribunal, desde cuyo momento la comparecencia surtirá todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley, pues siempre que a la parte se le haya podido dar la oportunidad de hacer valer sus derechos con posterioridad a la producción de la situación anómala, la indefensión que inicialmente pudiera concurrir queda solventada⁵³.

⁵² CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J.; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...* pág. 920 en este sentido, es doctrina reiterada del TC que “la notificación defectuosa no siempre produce vulneración del art. 24 CE, sino solamente cuando impide el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución”, esto es, cuando produce indefensión; pues no toda irregularidad procesal por el mero hecho de serla implica una situación de indefensión para la parte, sino que ésta se tiene que haber producido de forma efectiva.

⁵³ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 137-138 la segunda novedad del art. 166 LECiv incide sobre el régimen de subsanación automática de los actos de comunicación. El art. 279 exigía como único requisito para que el acto se reputase sanado que el destinatario del mismo se diese por enterado en el juicio, es decir, que actuase como si la comunicación se hubiese efectuado válidamente, llevando a cabo la actividad que con el acto de comunicación se pretendía. Este requisito subsiste en el art. 166 LECiv, pero se le ha añadido otro, consistente en la falta de denuncia, por el destinatario, de la nulidad de la diligencia de comunicación, en su primer acto de comparecencia ante el Tribunal. Este primer acto de comparecencia ha de entenderse como la primera

f. La nulidad de las resoluciones judiciales no autorizadas o publicadas mediante firma del Secretario Judicial (art. 204.3 LECiv)

Este supuesto de nulidad tiene su antecedente en el art. 249 LECiv de 1881, aunque establece con respecto a éste dos modificaciones.

La primera modificación consiste en una restricción del ámbito de aplicación de la nulidad, puesto que la autorización del Secretario ya no se exige, a efectos de validez, para todas las actuaciones judiciales, sino solo para las resoluciones. Mientras que la segunda se refiere a que mientras el art. 249 LECiv de 1881 exigía, bajo pena de nulidad, la autorización de las actuaciones, el art. 204 de la nueva LECiv se refiere a la autorización o publicación⁵⁴. Dicha LECiv no clarifica qué resoluciones están sujetas a autorización con firma del Secretario y cuáles a publicación. La LOPJ ofrece alguna pista al respecto, al establecer en el art.248 que las providencias serán firmadas por el Secretario, previsión que los autores extienden también a los autos. En cuanto a la diligencia de publicación se aplicaría a las sentencias y a los autos definitivos como así se deriva del art. 212 LECiv.

g. La nulidad de pleno derecho de las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (art. 224.1 LECiv)

Las diligencias de ordenación son dictadas por el Secretario Judicial y se trata de unas resoluciones de trámite en la que constará únicamente lo que se disponga, con el nombre del Secretario Judicial que las dicte, la fecha y la firma de aquél.

oportunidad de alegación después de que haya tenido conocimiento del acto nulo. Concurriendo ambos requisitos, el acto de comunicación surtirá todos sus efectos como si se hubiese practicado correctamente, surtiendo efecto la subsanación desde que el destinatario del acto lleve a cabo la actividad que con él se pretendía, lo que equivale a decir desde que el acto de comunicación cumpla su finalidad.

⁵⁴ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...*pág. 139 el problema consiste en determinar qué resoluciones están sujetas a autorización y cuáles a publicación. La LECiv de 1881 era bastante clara al respecto, puesto que los arts. 251 y 252 se referían a la autorización de las resoluciones judiciales en general, lo que daba a entender que se requería tanto para las providencias, como para los autos y sentencias. Por su parte, el art. 364 se refería a la publicación de las sentencias, que debía autorizar el Secretario, de donde se deriva que la publicación mediante firma de éste se requería sólo para sentencias. Aunque el art. 249, a diferencia del 204 LECiv 1/2000, no exigía la publicación con firma del Secretario, bajo pena de nulidad, creemos que, ya al amparo de este artículo, la publicación podía ser entendida como una forma de autorización y por tanto estar incluida en el supuesto de nulidad.

Lo que resulta claro es que el Secretario Judicial no puede dictar diligencias de ordenación para resolver cuestiones que conforme con la Ley requieren una resolución judicial que la Ley reserva a los jueces o tribunales (art. 456 LOPJ). Para ese supuesto el art. 224.1 LECiv prevé la consecuencia de la nulidad de pleno derecho⁵⁵.

La Ley regula en régimen de compatibilidad la sanción de nulidad de pleno derecho y la de la nulidad simple. Así, por una parte sanciona con la nulidad de pleno la posibilidad de que se pueda decidir por diligencia de ordenación una cuestión que requiera una resolución judicial, sin distinguir entre éstas. A continuación establece un régimen especial referido al caso en el que la resolución judicial sustituida fuera una providencia. En ese supuesto las diligencias de ordenación podrán ser anuladas a instancia de parte, siempre que se acrediten unos requisitos: perjuicio e infracción legal⁵⁶.

Como conclusión, para que se proceda a la nulidad de pleno derecho de las diligencias de ordenación, las mismas han de resolver cuestiones que la ley reserve para ser solucionadas mediante providencia, auto o sentencia, es decir, resoluciones que solo pueden dictar los jueces y magistrados.

h. La inexactitud de las copias de los escritos y documentos⁵⁷ (art. 280 LECiv)

El motivo que puede dar lugar a la nulidad es la falta de correspondencia entre las copias de un escrito o documento entregado a un litigante y el original, bien sea porque

⁵⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones...* pág. 78-79 la Ley dispone, al mismo tiempo, de un régimen subsidiario de nulidad limitado a un supuesto concreto. En su virtud, las diligencias de ordenación también podrán ser anuladas, a instancia de la parte a la que causen perjuicio, cuando infrinjan algún precepto legal o resuelvan cuestiones que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deban ser decididas mediante providencia (art. 224.2 LECiv).

⁵⁶ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 142 tratándose de la infracción de algún precepto legal en general, será necesaria la instancia de la parte a la que la diligencia de ordenación perjudique para que pueda declararse la nulidad, impugnación que, conforme al apdo. tercero, se tramitará y sustanciará conforme a lo previsto para el recurso de reposición (arts. 451 a 454 LECiv).

⁵⁷ GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando y HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*. Justicia. 1998, nº 1, pág. 60 se trata de un supuesto también novedoso y que tiene su explicación en la regulación establecida por el TB en cuanto al traslado de escritos y documentos de parte en los procesos en que la intervención del procurador sea preceptiva. En esos casos el traslado del escrito o documento a la parte contraria se lleva a cabo por el procurador. La copia sellada por la contraparte con indicación de la fecha, será entregada en la secretaría del tribunal al presentar el escrito. Están excluidos de este régimen la demanda- lógicamente- o cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio.

la copia es incompleta o está alterada⁵⁸. Pero, no basta con la mera inexactitud, sino que, para la procedencia de la nulidad, se requiere también que ésta hubiera podido afectar a la defensa de la parte, es decir, que haya podido producirle indefensión, cuestión que habrá de valorar el órgano jurisdiccional caso por caso⁵⁹.

En cuanto al régimen de valoración de la nulidad, se requiere denuncia de la parte afectada, debiendo el Juez escuchar a las demás partes antes de decidir sobre la procedencia de la nulidad. La duda que se puede plantear es la admisión de una declaración de nulidad de oficio por el órgano jurisdiccional, pero creemos que el art. 280 LECiv establece como peculiaridad de esta causa de nulidad, con respecto al régimen general del art. 227 LECiv, la necesaria instancia de parte, desechando la actuación de oficio.

2.1.6.2 Proceso Civil de declaración

i. La nulidad del despacho de la ejecución (art. 559.1.3º LECiv)

El art. 559.1.3º LECiv dispone que *“el ejecutado podrá también oponerse a la ejecución de la nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520”*.

Fraccionando este artículo, las causas de nulidad son las tres siguientes:

⁵⁸ CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J.; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...* pág. 1309 el concepto de copia es el vulgar de reproducción del escrito o documento por cualquier medio (siempre que sea “literal”), porque su eficacia se agota en ese dar noticia del contenido de uno u otro a la parte contraria. Por consiguiente, en ningún caso se refiere la Ley (cuando se trata de documentos públicos) al concepto técnico de copia, entendida como la reproducción del original obrante en una matriz o protocolo expedida por el funcionario público encargado de su custodia conforme a Derecho. Este concepto de copia y su distinción entre fehaciente y simple, hace referencia al modo normal de circular un buen número de documentos públicos (en concreto, todos los notariales, que son los más abundantes en el tráfico jurídico civil) y es relevante a otros efectos (la eficacia probatoria del documento), pero intrascendente a los efectos de este precepto.

⁵⁹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 143 en nuestra opinión, el criterio a tener en cuenta será la medida en qué la inexactitud ha afectado al cumplimiento de la función que atribuye a las copias el art. 279 LECiv, esto es, servir de base a las partes para la deducción de sus pretensiones.

- 1º. No contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena⁶⁰, y prohíbe que se despache ejecución de sentencias meramente declarativas o constitutivas porque estas sentencias no precisan ejecución, sino solo la realización de operaciones registrales.
- 2º. El incumplimiento por el documento presentado de los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución⁶¹. Para precisar el contenido de esta causa de nulidad habrá que atender a los requisitos exigidos por el art. 517 LECiv para la ejecutividad de los diferentes títulos. Tomando como ejemplo la escritura pública, entre los incumplimientos que ocasionarían la nulidad, se incluirían la presentación de escrituras que no sean ni primera copia ni segunda, en este último caso, dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a que deba perjudicar o de su causante o expedida con la conformidad de todas las partes.
- 3º. La infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art. 520 LECiv. Este precepto exige que, cuando el título ejecutivo sea una escritura pública, una póliza de contrato mercantil, un título al portador o nominativo, un certificado expedido por las entidades encargadas de los Registros contables sobre valores cotizables en Bolsa o la adición de varios de estos títulos, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada si excede de 50.000 ptas (300 €), en dinero efectivo, en moneda extranjera convertible, siempre que la operación de pago en la misma esté autorizada o permitida legalmente o en cosa o especie computable en dinero.

j. La nulidad de actos ejecutivos concretos (art. 562.2 LECiv)

El motivo que puede dar lugar a la nulidad es la infracción de las normas que regulan los actos concretos del proceso de ejecución.

⁶⁰ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 145 esta causa de nulidad está en consonancia con el art. 517.2.1º LECiv, que apareja la ejecución, no a cualquier sentencia, sino a la sentencia firme de condena.

⁶¹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 145 la referencia al documento ha de ser interpretada como relativa a los títulos ejecutivos extrajudiciales pues de este modo se incluyen tanto los defectos relativos al propio título, como los que afectan a los documentos que, en algunos casos, han de acompañarlos necesariamente para que lleven aparejada ejecución.

Están legitimadas para denunciar la infracción de esas normas reguladoras de actos ejecutivos concretos no sólo el ejecutante y el ejecutado, sino también ciertos terceros que se vean afectados por esos actos y que debieran ser partes. Ello sin olvidar que también el órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio la nulidad, como parece derivarse del precepto en cuestión, así como de las reglas generales sobre la nulidad a que éste se remite.

k. La nulidad del embargo indeterminado⁶² (art. 588.1 LECiv)

A través del embargo se individualizan los bienes del deudor que quedan afectados a la ejecución, en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda. Por embargo indeterminado no debe entenderse el que recae sobre cosas genéricas, cosas futuras o expectativas jurídicas sino aquel que recae sobre bienes y derechos de los que no conste su efectiva existencia. Las situaciones más frecuentes de indeterminación, se darán cuando se practiquen embargos genéricos y cuando se embarguen bienes descritos de forma individualizada, pero sin que se haya comprobado su existencia.

l. La nulidad de pleno derecho del embargo trabado sobre bienes inembargables (art. 609 LECiv)

La Ley sanciona con la nulidad de pleno derecho el embargo realizado sobre bienes inembargables⁶³. Con esta norma se pretende garantizar el pleno respeto a los principios que rigen la búsqueda y selección de bienes que se fundamenta en la existencia de unos determinados bienes que se declaran expresamente inembargables por distintas razones. Así conforme con los arts. 605 y 606 LECiv no puede ser objeto del embargo: los bienes inalienables, los sacros o destinados al culto, los que carezcan de contenido patrimonial, los destinados a la profesión u oficio, las cantidades que la Ley considera

⁶² LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 148 no se deben confundir los embargos genéricos con los indeterminados, que son los que acarrear la nulidad. Que un embargo sea genérico, por ejemplo, el practicado sobre los bienes del ejecutado que se encuentren en un cierto local, no implica necesariamente que sea indeterminado, porque es posible que se haya comprobado la real existencia de esos bienes del ejecutado en dicho local. De hecho, no debe olvidarse que el art. 624 LECiv exige la inclusión de determinados particulares referentes a los bienes muebles en el acta de la diligencia de embargo, lo que exige un examen de tales bienes.

⁶³ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de actuaciones...* pág. 80 en caso de embargo sobre estos bienes el ejecutado podrá denunciar esta circunstancia mediante recurso de reposición o de reforma o bien mediante simple comparecencia ante el Juez a efecto de que, de oficio, ordene la nulidad del embargo y su levantamiento.

inembargables y aquellos objetos que son imprescindibles para que las personas puedan atender razonablemente sus necesidades esenciales.

Capítulo II: MEDIOS PARA HACER VALER LA NULIDAD PROCESAL⁶⁴

1. Recursos

1.1.1 Recurso de revisión⁶⁵ como novedad legislativa

Como consecuencia del protagonismo que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, atribuyó a los Secretarios Judiciales en la tramitación procesal civil, el legislador se vio en la necesidad de incorporar la regulación del “**recurso de revisión**”.

Se regula en los arts. 451 a 454 bis LECiv y es un recurso nuevo en el Ordenamiento Jurídico español y por ello carece de semejanzas en los ordenamientos de los países culturalmente próximos al español. El recurso de revisión se presenta ante el tribunal que conoce del proceso⁶⁶ y procede de modo directo ante las siguientes tres situaciones:

⁶⁴ VERGE GRAU, Joan. *La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal*. Justicia, 1993. nº 3 y 4, pág. 419 El agotar los recursos ordinarios o extraordinarios o el no haberlos utilizado pudiendo hacerlo convierte a la sentencia en firme y, cuando resuelve sobre el fondo y el proceso es válido, en cosa juzgada material, subsanándose todas las posibles nulidades. El principio de disponibilidad rige, en general, en el proceso civil y junto con el principio de seguridad jurídica, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, explican este postulado. Ello es perfectamente lógico por cuanto si el objeto es disponible y se alcanza un resultado aceptado por las partes, ni el interés público ni el privado justifican que se declare la nulidad por posibles defectos procesales que, sin embargo, no han impedido llegar a un resultado “justo”.

⁶⁵ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia*. Pamplona, 2011, pág. 394 Junto al tradicional recurso de reposición frente a las resoluciones interlocutorias del tribunal y como consecuencia de la atribución de nuevas funciones al secretario judicial, se ha expandido el ámbito del recurso de reposición a las resoluciones interlocutorias del secretario judicial y se ha creado ex novo el llamado recurso de revisión frente a los decretos definitivos del secretario.

⁶⁶ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia...* pág. 395-396 El recurso de revisión no tiene fácil encaje en las tradicionales categorías que distinguen entre recursos devolutivos y no devolutivos, pues siendo evidente que no se trata de un recurso no devolutivo, es muy dudoso que sea un recurso devolutivo. Parece

- 1º. Las diligencias de ordenación y decretos no definitivos en los que se prevea de modo directo y expreso la revisión (art. 451.1 LECiv).
- 2º. Decretos del secretario por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación⁶⁷.
- 3º. Decretos sobre los que se prevea de modo expreso el recurso de revisión directo⁶⁸, por ejemplo, contra la resolución judicial que acuerde el alzamiento de la suspensión podrá ser interpuesto recurso directo de revisión (art. 41.3 LECiv).

El recurso de revisión debe interponerse en el plazo de cinco días a través de un escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido. El recurso lo admite el secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, pero lo inadmite el tribunal por providencia. Si el secretario judicial lo admite, concederá a las demás partes personadas un plazo común de cinco días para impugnarlo, si lo estiman conveniente. Una vez transcurrido el plazo para la impugnación, se hubieran presentado o no los escritos, el tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de cinco días. Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno. En cambio, contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión sólo cabrá recurso de apelación cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación.

implícito en el concepto de recurso devolutivo que tanto quien dicta la resolución como quien resuelve la impugnación ejercen función jurisdiccional y son titulares de esa potestad, pues solo se entiende la referencia al superior jerárquico si ambos-el superior y el inferior- tienen atribuida la función jurisdiccional. Y así, si se admitiera que el recurso de revisión es un recurso devolutivo, necesariamente habría de asumirse la naturaleza jurisdiccional de las decisiones del secretario judicial y ninguna de las posibles lecturas que pueden hacerse del art. 117 CE admite que el secretario judicial dicte resoluciones que sean manifestación o expresión de la potestad jurisdiccional. Realmente, la regulación del recurso de revisión pone de manifiesto alguno de los desajustes que conlleva atribuir al secretario judicial-de manera generalizada- la resolución de cuestiones procesales que tienen lugar en el curso de un proceso y que debieran estar reservadas al tribunal.

⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia, 2013, págs. 1076-1077 el problema es saber cuándo se está ante un decreto definitivo y otro no definitivo, pues ya hemos dicho que el secretario no puede dictar una resolución de naturaleza definitiva (no se refiere a ellas el art. 207 LECiv), pero con todo lo prevén los artículos 20.3, 22.1, 22.4, 237, 258 (aunque las diligencias preliminares no son proceso).

⁶⁸ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación civil*. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, pág. 226 en cuanto a las resoluciones recurribles en reposición, el art. 451 LECiv ha dispuesto que contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabe interponer este recurso ordinario, no devolutivo, ante el Secretario Judicial que dictó la resolución recurrida (art. 206 LECiv-modificado parcialmente por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles-), excepto en aquellos casos en los que la ley haya previsto recurso directo de revisión.

1.1.2 Recurso de reposición: La solución ante el mismo órgano

El recurso de reposición, regulado conjuntamente con el recurso de revisión, es un recurso ordinario⁶⁹ no devolutivo⁷⁰ que, según dispone el art. 451.2 LECiv, cabe contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil. Este recurso tiene carácter ordinario porque podrá interponerse alegando únicamente la infracción en la que la resolución ha incurrido a juicio del recurrente y la existencia de un perjuicio para el recurrente (art. 452 LECiv).

Este recurso puede fundarse en la existencia de cualquier motivo de impugnación que puede ser una infracción legal o procesal, pero preferentemente se alegará la infracción procesal que se hubiere cometido durante la sustanciación de las actuaciones⁷¹. El vicio puede estar contenido en una resolución del tribunal o se puede haber cometido por acción u omisión procesal o material del tribunal o de las partes.

En el caso de que el motivo de impugnación esté contenido en una resolución del tribunal, el recurso de reposición se dirigirá a impugnar la resolución judicial que a juicio del recurrente ampare el vicio procesal. En cambio, en el supuesto de que el vicio se cometa por acción u omisión procesal, el recurso de reposición va a poner de manifiesto al tribunal el acto u omisión que hubiere causado la infracción procesal solicitando la declaración de nulidad⁷².

El recurso de reposición no suspenderá la eficacia del acto. De acuerdo con el art. 452 LECiv se interpondrá el escrito en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución⁷³.

⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1079 es ordinario porque todo lo conocido y decidido por el tribunal de primera instancia puede llevarse, por medio del recurso, al conocimiento y decisión del tribunal de la apelación, sin que existan motivos taxativamente determinados en la ley.

⁷⁰ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...* pág. 162 en los recursos no devolutivos o remedios corresponde al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada realizar un nuevo examen de la misma.

⁷² RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones...* pág. 117 en cualquiera de los casos el recurso de reposición permitirá a la parte salvar su derecho al efecto de reproducir su impugnación en segunda instancia o en el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme con lo previsto en los arts. 459 y 469.2 LECiv que exigen la acreditación, por el recurrente, de la denuncia oportuna del vicio o quebrantamiento procesal si hubiere tenido oportunidad para ello.

⁷³ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones...* pág. 117 la ley no se refiere expresamente al escrito de recurso. Ahora bien no cabe duda de que será así, entre otras

Una vez admitido a trámite el recurso de reposición, se concederá a las partes personadas un plazo común de cinco días para impugnarlo si lo creen conveniente. Transcurrido dicho plazo el tribunal resolverá el recurso mediante auto motivado también en un plazo de cinco días. Este auto no es recurrible en apelación, a no ser que se tratase de una reposición previa al recurso de queja, pero la cuestión objeto del recurso podrá reproducirse en el recurso de apelación que proceda frente a la resolución definitiva.

El procedimiento escrito de la reposición no se modifica en el supuesto de la impugnación de resoluciones dictadas oralmente. En este caso, el art. 210.2 in fine LECiv dispone que “*el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada*”. En cambio, esta norma general tiene dos excepciones en las que el recurso de reposición se sustanciará oralmente y en el acto y son las siguientes:

- Las resoluciones sobre la admisión de la prueba que se dictarán oralmente en la audiencia previa (art. 429 LECiv para el juicio ordinario y en la vista para el juicio verbal art. 443.4 LECiv). Estas resoluciones se impugnarán en reposición que se sustanciará y resolverá en el acto.
- La denuncia de la ilicitud de la prueba que la parte perjudicada deberá alegar de inmediato con traslado a las partes de la denuncia (art. 287.1 LECiv). Esta cuestión se va a resolver en el acto del juicio antes de comenzar la práctica de la prueba. Contra la resolución de este incidente dictada oralmente, cabe recurso de reposición que se interpondrá y sustanciará en el acto del juicio o de la vista (art. 287.2 LECiv).

razones porque se concederá a las partes personadas un plazo de cinco días para oponerse al recurso a cuyo efecto deberán presentar escrito de impugnación-art. 453.2 LECiv-. En el recurso se expresará la infracción cometida y la solicitud de revocación o modificación de la resolución impugnada por otra más favorable para los intereses del recurrente, sin perjuicio de que se contenga la fundamentación que proceda. A este respecto, reponer tiene un significado general sinónimo de “*retrotraer a un estado anterior*”, pero en Derecho Procesal significa, también, reformar el contenido de una decisión (generalmente sustituyéndola por otra distinta o, más frecuentemente, por su contraria).

1.1.3 Recurso de apelación⁷⁴: Un doble grado de jurisdicción

El recurso de apelación⁷⁵, regulado en los arts. 455 a 467 LECiv es el recurso ordinario y devolutivo por excelencia, que procede contra las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000€⁷⁶ (art. 455.1 LECiv).

Este recurso se trata de una segunda instancia, ya que el art. 456 LECiv configura el recurso de apelación como la llave que da acceso a una eventual revisión plena de lo que ha sido el objeto de lo tramitado en la primera instancia⁷⁷. No obstante, no se trata- en rigor- de un nuevo juicio. Por un lado, porque solo podrá revisarse aquello que ya fue objeto del proceso en primera instancia, con sujeción a los fundamentos de hecho y de derecho allí esgrimidos por las partes⁷⁸. Y por otro lado, porque solo se revisarán

⁷⁴ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones...* pág. 120 La apelación es un recurso devolutivo ordinario que puede interponerse con base en motivos de fondo y de forma para que un tribunal superior realice una revisión, un nuevo examen de una resolución definitiva y estimado el recurso prive de eficacia jurídica a la resolución impugnada, es decir al resultado procesal obtenido, y la sustituya en su caso, por otra favorable a los intereses del recurrente.

⁷⁵ VERGE GRAU, Joan. *La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal...* pág. 418 Ordinariamente, la nulidad de la sentencia se denuncia a través del recurso de apelación, que históricamente absorbió a la *querella nullitatis*, pero también mediante el recurso de suplicación laboral, casación, de audiencia al rebelde, de anulación penal, de amparo, etc.

⁷⁶ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 229 en el ámbito del proceso civil, una primera medida de “agilización procesal” ha consistido en suprimir el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en toda clase de juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000€ Esta medida, que se ha pretendido justificar en la necesidad de limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales, resulta a todas luces, más allá de la loable intención de poner coto al colapso de los órganos jurisdiccionales, ciertamente criticable desde un punto de vista constitucional. Ello es así, porque dicha medida no sólo vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), sino que también supone una clara manifestación de las consecuencias erróneas que derivan de la doctrina elaborada por nuestro TC sobre el “derecho al recurso”.

⁷⁷ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia...* págs. 403-404 consideramos que la naturaleza de la apelación, como recurso ordinario, justifica las plenas facultades revisoras del tribunal ad quem, que incluye- por tanto- la valoración de la prueba efectuada por el tribunal a quo y así lo ha constatado la SAP de Madrid (sección 10ª) de 22 de Septiembre de 2011.

⁷⁸ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a*

aquellas cuestiones que las partes expresamente combatan en sus escritos. Se ha optado por consagrar un sistema de apelación limitada (arts. 456 y 460 LECiv) porque el tribunal superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas.

Son competentes para el conocimiento de este recurso los juzgados de primera instancia cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los juzgados de Paz de su partido judicial (arts. 85.3 LOPJ y 455.2.1º LECiv), en caso de juicios verbales de cuantía no superior a 90 €. Pero la situación cambió con la Ley de Agilización Procesal de 10 de Octubre de 2011, ya que ésta dispuso que no exista recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000 € y por ello en la actualidad contra las sentencias dictadas por los jueces de paz no hay apelación.

En cambio, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de primera instancia serán competentes para conocer de este recurso las Audiencias Provinciales. Serán objeto de tramitación preferente los recursos de apelación legalmente previstos contra autos que inadmitan demandas por falta de requisitos que la ley exija para casos especiales (art. 455.3 LECiv).

La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos (art. 456.2 LECiv), sin que, en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que hubiese resuelto. Las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga el recurso de apelación, sus pronunciamientos tendrán la eficacia que regula la LECiv para la ejecución provisional, según la naturaleza y contenido de esos pronunciamientos (art. 456 LECiv).

Atendiendo a la sustanciación y procedimiento del recurso de apelación, en la redacción originaria de la LECiv de 2000, se procedió a distinguir dos escritos: el de preparación de la apelación (art. 457 LECiv) y el de interposición del recurso (art. 458 LECiv).

El escrito de preparación (se interponía ante el órgano judicial que hubiese dictado la resolución que se impugna, es decir, ante el órgano a quo) tenía como finalidad que el

los diez años de su vigencia... pág. 402 con la salvedad, eso sí, de los hechos nuevos y de nueva noticia acaecidos o conocidos con posterioridad a la preclusión de su alegación (arts. 271 y 286 LECiv en relación con el art. 460 LECiv).

recurrente manifestara anticipadamente-y en un breve plazo- su voluntad de impugnar la resolución, concretando los pronunciamientos que pretendía combatir y posteriormente, una vez confirmados por el secretario una serie de extremos de los que dependía la admisibilidad del recurso⁷⁹, se le emplazaba para que interpusiera su recurso con la fundamentación pertinente. Después de la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se ha suprimido el trámite de preparación del recurso de apelación⁸⁰. Esta preparación permitía conocer en un breve espacio de tiempo si la resolución ganaba o no firmeza y, por lo tanto, si procedía la ejecución provisional o definitiva. Ahora, la solicitud de ejecución provisional se retrasa al momento de la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso y también la ejecución definitiva se ve retrasada, ya que habrá que esperar a que transcurran los veinte días de la interposición, en lugar de los cinco días de la preparación; además, a esos veinte días habrá que sumar otro veinte que exige el art. 548 LECiv. No tiene mucho sentido que dictada una sentencia de condena en primera instancia, que no es recurrida, el actor deba necesariamente esperar al menos cuarenta días para obtener el despacho de la ejecución.

Suprimida la fase de preparación del recurso de apelación, en la tramitación de este recurso únicamente se presenta por el recurrente el escrito de interposición, ante el tribunal a quo, dentro del plazo de veinte días, contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución. En ese escrito se deberá: 1) Citar la resolución apelada, 2) Fijar los extremos que impugna y 3) Exponer las alegaciones en que basa la

⁷⁹ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia...* pág. 405 básicamente, que se preparase en plazo y la resolución fuese recurrible.

⁸⁰ BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia...* pág. 405 la supresión de la preparación de los recursos devolutivos nos parece negativa por varias razones: i) porque alarga el plazo que ha de transcurrir antes de la ejecución provisional y la ejecución definitiva de la resolución y, ii) porque hace inútil el trabajo de fundamentación del recurso, si después resulta inadmitido (problema que se agrava en los recursos extraordinarios).

impugnación⁸¹ (art. 458.1 y 2 LECiv). Si no se presenta este escrito en ese plazo la resolución recurrida adquiere firmeza.

El art. 459 LECiv, por su parte, regula la llamada “apelación por infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia”. En este caso, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.

Los documentos que pueden acompañar al escrito de interposición solo podrán ser aquellos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 LECiv que se refieren a la presentación de documentos que no hayan podido ser aportados en la primera instancia.

Como la apelación configurada por el ordenamiento jurídico español es una apelación limitada, en el escrito de interposición se podrá pedir, con un carácter muy restrictivo, la práctica en segunda instancia de una serie de pruebas (art. 460.2 LECiv) que son las siguientes:

- a) Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista.
- b) Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.

⁸¹ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1091-1092 esas alegaciones son la fundamentación del recurso y pueden ser de dos tipos:

1) Procesales: Referidas a la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, con la cita correspondiente. La infracción puede haberse producido: 1) En la tramitación de la instancia, y entonces deberá acreditarse que se denunció oportunamente la infracción, con lo que se pedirá, normalmente, la nulidad de todo o de parte de lo actuado, con retroacción de las actuaciones, o 2) En la sentencia, caso en el que no hubo oportunidad de denunciar la infracción, pidiéndose que la sentencia sea revocada dictándose otra que resuelva las cuestiones objeto del proceso y del debate (art. 459 LECiv).

2) Materiales o de fondo: Atinentes bien a cuestiones de hecho, bien a razones de derecho, pidiéndose que se revoque la resolución impugnada y se dicte otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo en la primera instancia (y, en su caso, más la prueba practicada ante el tribunal de la apelación) (art. 456.1 LECiv). En este segundo caso, que es en el que estamos ante una apelación limitada, el recurrente no puede alegar hechos distintos de los que se alegaron oportunamente en la primera instancia, aunque sí cabe la petición de que se practiquen medios de prueba que no se practicaron antes.

- c) Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia, podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Teniendo en cuenta el art. 460 LECiv, en la segunda instancia no se pueden aportar nuevos hechos al proceso excepto cuando se trata de hechos de relevancia para la decisión del pleito que hayan sucedido con posterioridad al momento de preclusión de las alegaciones en la primera instancia (nova producta), o que, se trate de hechos que aunque hubieran acaecidos antes de la preclusión, fueron desconocidos por la parte a quien beneficien hasta después de ese momento (nova reperta).

Este escrito de interposición del recurso de apelación será objeto de traslado por el Secretario Judicial a las demás partes, empanzándolas para que en el plazo de diez días presenten, ante el órgano a quo⁸², escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable (aunque en el art. 461.1 LECiv no se utilice esta terminología se está haciendo referencia a la tradicional “adhesión a la apelación”⁸³).

Los escritos de oposición y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo previsto para el escrito de interposición del recurso de apelación. También podrán acompañarse a éstos los documentos y solicitarse las pruebas que la parte o partes apeladas consideren necesarios, con arreglo a lo dispuesto en el art. 460 LECiv, así como formularse las

⁸² VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 234 órgano judicial que dictó la resolución apelada.

⁸³ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1100-1101 la existencia de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes, a la que llamaremos apelante principal, puede ser aprovechado por la parte inicialmente apelada para interponer un segundo recurso de apelación contra la misma resolución. Este supuesto, que tradicionalmente se ha conocido como adhesión a la apelación, se mantiene en la LECiv, aunque en ella se evita la palabra “adhesión”.

alegaciones que estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas que propuso el apelante.

El Secretario Judicial dará traslado al apelante principal de los escritos de impugnación y este apelante dispondrá de un plazo de diez días para manifestarse sobre la admisibilidad de la impugnación, los documentos aportados y sobre las pruebas propuestas por el apelado.

Una vez interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el Secretario Judicial ordenará la remisión de los autos al órgano judicial competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por un término de diez días⁸⁴ (art. 463 LECiv).

Cuando el órgano ad quem ha recibido los autos, que es el órgano judicial que ha de resolver la apelación, acordará lo que proceda sobre su admisión en un plazo de diez días si se hubieren aportado nuevos documentos o propuesto prueba. Si tiene que practicarse prueba (art. 464 LECiv) el Secretario Judicial señalará día para la vista, celebrándose dentro del mes siguiente, con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal (arts. 443 a 446 LECiv). Por el contrario, si no se ha propuesto prueba o si toda propuesta ha sido inadmitida, también cabe la posibilidad de acordar, mediante providencia, la celebración de vista, siempre que lo haya solicitado alguna de las partes o el órgano judicial lo considere necesario.

En cuanto a la resolución del recurso, el art. 465 LECiv dispone que el órgano ad quem resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando dicho recurso hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario. La resolución, que podrá ser tanto estimatoria como desestimatoria de la impugnación, deberá ser dictada dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista. En caso de no celebrarse vista, la resolución deberá dictarse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hayan recibido los autos en el órgano jurisdiccional competente para la apelación).

⁸⁴ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 235 la incomparecencia del apelante en el plazo referido, llevará a que el Secretario Judicial se vea abocado a declarar desierto el recurso de apelación, de tal forma que la resolución recurrida devendrá firme. En el caso de haberse solicitado la ejecución provisional, quedará en el órgano de primera instancia testimonio de cuanto sea necesaria dicha ejecución (de haberse solicitado después de haber remitido los autos al órgano competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario a los efectos de la ejecución (art. 527.2 LECiv).

Cuando la infracción procesal alegada se cometió al dictar sentencia en la primera instancia, el órgano judicial de apelación, después de revocar la sentencia apelada, resolverá sobre las cuestiones objeto del proceso⁸⁵. Si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, no es necesario declarar la nulidad de actuaciones, y el órgano judicial concederá un plazo no superior a diez días, salvo que el vicio tuviere lugar en la vista y fuere subsanable en el acto.

La resolución de apelación también tiene que ser exhaustiva y congruente (art. 465.5 LECiv), pues en la apelación sigue rigiendo el principio dispositivo y por ello la sentencia o el auto que se dicte deberá ajustarse a los pronunciamientos de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de la primera instancia que fueron recurridos⁸⁶.

Por último, en materia de costas se puede aplicar el art. 398 LECiv, según el cual, cuando se desestimen todas las pretensiones del recurso se aplicará el art. 394 LECiv (las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones) y si se estima total o parcialmente la apelación, no procederá condenar en costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes enfrentados.

Contra las sentencias dictadas por las AP en la segunda instancia por cualquier tipo de proceso civil, las partes legitimadas pueden optar por interponer el recurso de casación o el recurso extraordinario por infracción procesal que a continuación pasamos a analizar.

1.1.4. El recurso extraordinario por infracción procesal es una revisión de la norma procesal

Se regula en los arts. 468 a 476 LECiv y se concibe como un medio de impugnación en sentido estricto, de naturaleza devolutiva y extraordinaria⁸⁷ que se dirige frente a

⁸⁵ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 236 cuando ello no es así y la infracción procesal es de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o parte de ellas, el órgano jurisdiccional lo declarará así por providencia, reponiéndolas al estado en que se encontrasen cuando la infracción fue cometida.

⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1102 la correlación que supone la congruencia no puede referirse al objeto del proceso determinado en la demanda.

⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*. 2ª edición. Valencia, 2012, pág. 40 Se trata de un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones (actualmente sólo las sentencias dictadas en segunda instancia que sean recurribles en casación, D.F. 16ª. 1, primer párrafo) y por motivos tasados (los del art. 469 LECiv).

resoluciones dictadas por las AP en grado de apelación⁸⁸ y que tiene por finalidad revisar la aplicación e interpretación de la norma procesal posibilitando, en su caso, la tutela ordinaria de los derechos fundamentales de dicha condición.

Los motivos en los cuales puede fundarse este recurso son los siguientes (art. 469 LECiv):

- 1º. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional⁸⁹: Verificada tal infracción, si se actuó con defecto de jurisdicción o competencia, se anulará la resolución dictada y con ella las actuaciones indebidamente realizadas, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las acciones ante quien corresponda; si se apreció de forma errónea esa falta de jurisdicción o competencia, se procederá a la anulación y se ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto.
- 2º. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: Este motivo incide en las normas procesales, no sustantivas, que rigen las sentencias y se contienen, principalmente, en la CE, en la LOPJ y, sobre todo, en la LECiv⁹⁰. Este vicio procesal alegado se corrige sin necesidad de devolver las actuaciones.

⁸⁸ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal...* pág. 47 El recurso de infracción procesal no es procedente contra los autos dictados por las AP al resolver el recurso de apelación interpuesto contra un auto definitivo o contra un auto de los expresamente declarados apelables, pues dichos autos no son recurribles en casación (recurso que sólo cabe contra las sentencias).

⁸⁹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil.* 21ª edición. Valencia, 2013, pág. 473 Recoge las vulneraciones que se hayan podido cometer en preceptos que o bien delimitan el ejercicio de la potestad administrativa y la jurisdiccional, o bien rigen la sumisión de la controversia a arbitraje, o bien disciplinan la extensión y límites de la jurisdicción española, la competencia genérica- de los tribunales civiles y respecto de los especiales constitucionales o de los pertenecientes a otro orden jurisdiccional- y la atribución de competencia objetiva y funcional en sus diversas manifestaciones.

⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil...* págs.473-474 Entre ellas pueden destacarse las relativas a determinados requisitos externos o de formación y a los internos sin excepción – forma y contenido, votación y fallo, número de magistrados e invariabilidad, exhaustividad, congruencia y motivación-, las referidas a ciertas modalidades de tutela- meramente declarativa, condenas de futuro, con reserva de liquidación- o, tal y como viene sosteniendo el TS, las atinentes a la cosa juzgada o a la carga de la prueba.

3º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión⁹¹.

4º. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE.

La atribución del conocimiento de este recurso se hace a favor de la Sala de lo Civil del TS⁹². Los TSJ carecen de competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que sean competentes por razón de la materia para conocer del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

La falta de competencia de un TSJ para conocer del recurso por infracción procesal determina, obviamente, la falta de competencia para conocer del recurso de queja interpuesto contra la resolución de la AP que inadmite a trámite o deniega la preparación de aquel recurso extraordinario.

En cuanto al procedimiento aplicable, aunque existe una regulación procedimental individualizada para cada uno de los recursos extraordinarios, la DF 16ª de la LECiv nos remite a una tramitación en gran medida unitaria. A ella se estará teniendo en cuenta lo siguiente:

1º. El recurso por infracción puede presentarse en solitario cuando se trate de impugnar una sentencia incluida en los apartados 1º⁹³ y 2º⁹⁴ del art. 477.2 LECiv.

⁹¹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil...* pág. 474 No es suficiente con la violación de una norma que rija actos y garantía del proceso, se requiere además que el quebranto invocado sea determinante de una nulidad de actuaciones o genere indefensión. Por esta razón han de eliminarse las simples irregularidades formales, que no están comprendidas, y aquellas otras que no tengan trascendencia para el fallo.

⁹² MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal...* Pág. 42 Ahora bien, cuando por razón de la materia la competencia para conocer del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia correspondiera a la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ, en tales supuestos, las resoluciones que sean recurribles en casación ante esas Salas (por infracción de normas de Derecho civil, foral o especial, de una Comunidad Autónoma) podrán impugnarse también ante ellas por infracción procesal por los motivos previstos en el art. 469 LECiv.

⁹³ Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

⁹⁴ Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

2º. El recurso de infracción procesal ha de interponerse conjuntamente con la casación cuando la resolución impugnada se determine en función del interés casacional.

3º. Si se interponen de forma conjunta ambos recursos, ello obliga a examinar primero el de infracción procesal y solo en caso de desestimación o estimación sin nulidad se entrará a resolver la casación⁹⁵.

En su redacción original, la LECiv del 2000 distinguía dos fases iniciales (comunes para todos los recursos devolutivos): una de preparación y otra de interposición del recurso, que debían realizarse ante el mismo tribunal que dictó la sentencia que se pretendía recurrir.

El recurso debía prepararse, primero, por escrito ante el tribunal de la AP que hubiera dictado la sentencia que puso fin a la segunda instancia, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación⁹⁶. La finalidad de la preparación era anunciar a la AP y a las demás partes, el propósito de una de ellas de impugnar la sentencia proferida por dicho órgano jurisdiccional al resolver un recurso de apelación ya que se entendió que no se respetaron en la tramitación del juicio las normas que rigen los actos y garantías procesales. Ello generaba la suspensión de que se produjera la firmeza de la resolución durante el plazo establecido para la interposición del recurso, concluyendo si no se formalizaba.

El establecimiento de estos dos momentos de preparación y de interposición no constituía ninguna novedad, pues lo mismo se establecía en la LECiv de 1881 respecto del recurso de casación. Pero en dicha ley, cada uno de aquellos actos se realizaba ante

⁹⁵ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal...* Pág. 41 En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.

⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal...* Pág. 506 En ese escrito de preparación debía proceder el recurrente a: 1) Citar la resolución que pretenda recurrir (la sentencia de segunda instancia); 2) Manifestar su voluntad de recurrirla (bien en casación, bien por infracción procesal y en casación conjuntamente); 3) Expresar la infracción cometida (con cita de la concreta norma procesal o sustantiva que se considere infringida) y 4) Justificar la procedencia del recurso, si era el de casación, conforme a las previsiones de los números 1º, 2º y 3º del art. 477.2 y, si era el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a las del art. 469.2 y a las de la DF 16ª, párrafo 1, último inciso (sólo son recurribles por infracción procesal las sentencias que sean recurribles en casación) y párrafo 1, regla 2ª (a propósito de la interposición conjunta o separada con el de casación)

un órgano jurisdiccional distinto, en cambio en la LECiv del 2000 se desarrollan ambos actos ante el mismo órgano que dictó la resolución recurrida.

El TC estableció que la función de la preparación consistía en fijar el marco en el que ha de situarse el objeto de recurso en la fase ulterior de interposición (citar la STC 225/2003, de 15 de diciembre, dictada con referencia a un recurso de apelación, pero aplicable también a la preparación de los recursos de casación y por infracción procesal).

En cambio, en la práctica nunca se entendió correctamente la finalidad de la preparación y por ello se acabó considerando un acto prescindible que provocaba una dilación innecesaria en la tramitación del recurso. Por ello, el legislador suprimió este trámite de la preparación con la ya mencionada Ley de Medidas de Agilización Procesal de 2011.

Suprimida dicha fase de preparación del recurso, el acto inicial del procedimiento es la interposición del recurso por escrito ante la Sección de la AP que dictó la resolución que puso fin a la instancia, dentro del plazo de 20 días contados desde el día siguiente al de su notificación (art. 470.1 LECiv), siendo preceptiva la intervención de procurador y la firma de abogado conforme a las reglas generales de la LECiv.

Con el acto procesal de la interposición se formaliza el recurso de infracción procesal o los recursos (en el supuesto de que se interpongan conjuntamente infracción procesal y casación) mediante la exposición ordenada y razonada de las menciones exigidas por la ley⁹⁷.

Presentado el escrito de interposición, se ha de controlar su formulación en plazo y ante el órgano competente. También ha de controlarse si la resolución es recurrible y si el

⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil...* pág. 480 El contenido de este escrito será: 1º) Una referencia a la procedencia y admisibilidad del recurso con mención especial para la recurribilidad de la resolución y, si fuera el criterio, para el interés casacional (acompañando el texto de aquellas sentencias en las que se produzca la contradicción afirmada). 2º) La exposición de las razones en que la parte recurrente fundamenta su impugnación. De manera ordenada y separada se alegarán los motivos del recurso argumentando al respecto con cita de la norma infringida y, en su caso, con justificación de la denuncia previa, la petición de subsanación o su influencia en el proceso (infracción procesal). Tratándose de una interposición conjunta, se comenzará con los motivos referentes a la vulneración de norma procesal, con referencia a la causal concreta, para luego introducir las infracciones de la norma material. 3º) El suplico, que se adaptará al motivo alegado. 4º) Y peticiones adicionales y opcionales son la celebración de vista y, solo en el recurso por infracción procesal, la práctica de prueba para acreditar el quebrantamiento alegado.

escrito reúne los requisitos formales, de contenido y de postulación exigidos con carácter general o especial por la ley.

El incumplimiento de algún requisito (si no es posible subsanarlo), conduce a la inadmisión del recurso y a la advertencia sobre la facultad de recurrir en queja. En cambio, si se cumplen todos los requisitos se tendrá por interpuesto debiendo remitirse las actuaciones al órgano superior funcionalmente competente con emplazamiento de las partes por plazo de 30 días.

Recibidos los autos y personado el recurrente (si no lo hiciera se declarará desierto el recurso), TS o TSJ decidirán sobre la admisión de la impugnación y, en función de su sentido, continuarán o pondrán fin al procedimiento.

Aunque se haya tenido por interpuesto el recurso, el juzgador ad quem ha de controlar de oficio lo siguiente: primero, su propia competencia; después, la recurribilidad de la resolución y la concurrencia del resto de requisitos de admisibilidad. Si el tribunal se considera competente, en el caso de que puedan existir razones de inadmisibilidad, el tribunal dará audiencia a las partes para que formulen alegaciones al respecto y luego disponer en consecuencia. Si se inadmite el recurso ello conlleva la firmeza de la resolución impugnada, la admisión, sea o no en su totalidad, comporta la continuación de la tramitación.

La posibilidad de contradicción surge una vez admitido el recurso y con el traslado a las demás partes a efectos de su contestación, en el plazo de 20 días y por escrito, también firmado por abogado y procurador⁹⁸. No siendo posible la denominada adhesión al recurso, el contenido de este acto consistirá en la oposición a la pretensión impugnatoria y con petición de desestimación. Previamente se habrá podido plantear la presencia de causa de inadmisión y se podrá terminar con solicitud de vista y, en infracción procesal, de práctica de prueba.

⁹⁸ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal...* Pág. 1022 Si la parte o partes recurridas que hubieran decidido personarse, deciden también evacuar este trámite de audiencia, en el escrito en que lo hagan podrán efectuar las alegaciones que consideren oportunas.

Una vez que concluye el plazo y se hayan presentado o no alegaciones, se señalará día para la votación y el fallo o de forma eventual se dispondrá fecha para la vista⁹⁹.

La Sala dictará sentencia dentro de los 20 días siguientes al de la finalización de la vista, si se hubiere celebrado, o al señalado para la votación del fallo que será irrecurrible, estimando o desestimando la impugnación.

La estimación comporta que el tribunal “case” la sentencia impugnada. Los pronunciamientos se diferencian dependiendo del recurso y la justificación utilizada. En infracción procesal y si el defecto apreciado incidiera en la decisión recurrida, la sentencia dictada resolverá sobre el objeto del proceso. Y cuando se trate de una interposición conjunta solo si se desestima el de infracción procesal o su estimación por motivo que obligue a resolver el fondo del asunto permitirá el conocimiento de la casación (arts. 476, 487 y DF 16^a. 7^a LECiv).

1.1.5 Recurso de casación: 3^a Falsa instancia

Pasamos a analizar el recurso de casación de forma breve, dado que dicho recurso no tiene mucha importancia como medio para hacer valer la nulidad de actuaciones procesales porque se interpone fundamentalmente contra la vulneración de normas sustantivas o materiales, no procesales.

Aunque hay diversidad de opiniones entre los estudiosos de la materia¹⁰⁰, hay que decir que la casación española no se parece en ninguna de sus características propias con su homóloga francesa, ya que en contraposición al planteamiento político de la casación francesa, la española, siempre se ha fundamentado, desde su origen, en razones jurisdiccionales y técnicas. Desde su recibimiento en España a mitad de siglo XIX se

⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil...* pág. 481 Ésta se celebrará si se propuso prueba y fue admitida o si a juicio del tribunal fuera conveniente para la mejor impartición de la justicia.

¹⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1107 Decía Piero Calamandrei, al concluir su estudio sobre los orígenes y el desarrollo de la casación, que ésta, en sus elementos esenciales, es de origen claramente francés, careciendo de fundamento todas las tentativas de descubrirlo fuera de Francia; todavía más, la casación moderna proviene de la fase revolucionaria de finales del siglo XVIII y de principios del siglo XIX.

contempló en un único recurso que se denomina recurso de casación que va a corregir tanto errores *in iudicando*¹⁰¹ como *in procedendo*¹⁰².

Este sistema regulado en la LECiv de 1881, subsistió hasta la ley 1/2000 con importantes reformas, la cual optó por una nueva regulación de los recursos extraordinarios, procediéndose a distinguir, en realidad, dos recursos que son los siguientes:

- **Recurso extraordinario por infracción procesal:** El cual fue objeto de análisis anteriormente.
- **Recurso de casación:** Se encamina a controlar el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de los litigios, así como a unificar los criterios a seguir en orden a la interpretación de aquéllas.

El recurso de casación se regula en los arts. 477 a 489 LECiv y es un recurso extraordinario¹⁰³, devolutivo, suspensivo y subsidiario del de apelación que habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, es decir, el fondo del litigio. Por infracción debe entenderse tanto que la norma sea objeto de aplicación incorrecta, como que ni siquiera se la tenga en cuenta para resolver, pero en cualquier caso afectando directamente al fondo del fallo. La norma que se estime infringida debe tener carácter sustantivo y

¹⁰¹ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1120 Nació como consecuencia de la desconfianza de los legisladores frente a los jueces, como un instrumento para impedir que el poder judicial invadiera el campo del poder legislativo. No importaba, pues, que el tribunal de instancia hubiera aplicado bien o mal el derecho objetivo, ni siquiera en el grado de falsa interpretación, pues esto quedaba definitivamente juzgado por los órganos jurisdiccionales y el Tribunal de cassation no lo era, ni podía convertirse en una tercera instancia. La sentencia podía ser casada sólo cuando el juez hubiera considerado inexistente una ley o cuando considerara vigente una ley que no existía ya, es decir, cuando negara la obligatoriedad general de una ley.

¹⁰² MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1120 La admisión de la casación por errores in procedendo significó una desvirtuación de su carácter político. Se ha pretendido justificar aduciendo que si las normas procesales son también leyes que el juez debe observar, su incumplimiento debía dar paso también a la casación, pero en realidad su admisión no estaba de acuerdo con la finalidad originaria de la casación de impedir que los jueces se convirtieran en legisladores en el caso concreto. Tanto era así que no cualquier quebrantamiento de forma implicaba la casación, sino sólo aquellos relativos a las formas prescritas bajo pena de nulidad, cuando si se hubiera sido consecuente la casación era la solución lógica para todas las violaciones de norma procesal.

¹⁰³ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1155 Sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

naturaleza civil, por lo que deberían excluirse, por ejemplo, las de naturaleza fiscal, administrativa o laboral¹⁰⁴.

Según dispone el art. 478 LECiv, este recurso de casación en materia civil, corresponde su conocimiento a la Sala Primera del TS. No obstante, la competencia para conocer de este recurso, en su ámbito territorial y en las materias propias del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma que lo posea, corresponde a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Serán recurribles en casación, en la redacción que deriva de la Ley 37/2011, las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP, en los siguientes casos (art. 477. 2 LECiv):

- 1º. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la CE.
- 2º. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 €¹⁰⁵.
- 3º. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 € o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional: El Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del TS, de 12 de Diciembre de 2000, desarrolló el concepto de interés casacional tipificado en el art. 477.3 LECiv (que no fue modificado por la Ley 37/2011) y existe dicho interés cuando concurra vulneración de la jurisprudencia del TS¹⁰⁶; jurisprudencia contradictoria de las

¹⁰⁴ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 246 También se plantean interrogantes (especialmente por el despropósito de nuestro legislador de 2000 que, con claro desconocimiento de la práctica de la casación, se ha empeñado en separar los vicios in indicando de los vicios in procedendo), acerca de si pudiesen tener acceso a la casación aquellas normas procesales cuya infracción puede llegar a tener, en ciertos casos, influencia directa relevante sobre los pronunciamientos de la sentencia.

¹⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1161 La determinación de esa cantidad superior a 600.000 € como límite por debajo del cual no cabe el acceso a la casación se configura en este caso como un requisito para la admisibilidad del recurso, pero dicha exigencia no es equiparable, como a veces se ha considerado (incluso por la jurisprudencia), a la denominada *summa gravaminis* o cuantía mínima del gravamen. Una cosa es que la ley exija que el asunto concreto que haya de ser objeto del recurso de casación tenga una cuantía mínima (lo que se llama *summa cassationis*), y otra diferente la fijación de un valor mínimo del agravio sufrido por la parte para que ésta pueda recurrir.

¹⁰⁶ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 249 Se exigen dos sentencias concordantes del TS que se opongan a la tesis de la recurrida, o bien de una sola que provenga del Pleno de la Sala, o que haya sido pronunciada expresamente fijando doctrina por razón del interés casacional).

AP¹⁰⁷; o la sentencia aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, y no exista jurisprudencia sobre normas anteriores de igual o similar contenido¹⁰⁸.

En cuanto al procedimiento, se distinguían dos fases:

- Fase de preparación: Cuya finalidad era anunciar a la AP y a las demás partes el propósito de una de ellas de impugnar la sentencia dictada por dicho órgano jurisdiccional, pero la Ley 37/2011 ha optado por suprimir este trámite.

- Fase de interposición: Supone la formalización del recurso a través de la exposición ordenada y razonada de las alegaciones en las que el recurrente fundamenta la existencia de cada una de las infracciones procesales o de normas sustantivas que integran los motivos en que el recurso se base. Esta fase tiene lugar ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia que se pretendía recurrir.

El recurso debe interponerse ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugna dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella¹⁰⁹. Ante ese tribunal, es decir, la AP la parte recurrente formulará su pretensión impugnatoria y, siendo admitida, continuará la tramitación con la remisión de las actuaciones al órgano ad quem. Presentado el escrito de interposición, se ha de controlar su formulación en plazo y ante órgano competente para su admisión o inadmisión. Admitido el recurso se da traslado del mismo al resto de las partes a efectos de su contestación por escrito en el plazo de 20 días con la firma del abogado y del procurador. Concluido dicho plazo y se hubiesen presentado o no alegaciones, se señalará día para la votación y el fallo o, eventual y de forma excepcional se celebrará vista si lo pidieron todas las partes.

¹⁰⁷ VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación Civil...* pág. 250 además de la recurrida, se exige que el recurrente localice dos sentencias de una misma Sección de una Audiencia en un determinado sentido, y dos sentencias más de la misma u otra Sección, aun cuando sean de la misma Audiencia, pero en sentido opuesto.

¹⁰⁸ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* pág. 1165 El cómputo de ese plazo de cinco años normalmente no ofrecerá dificultad, ya que el diez a quo tiene que ser el de la entrada en vigor de la norma y el día final la fecha en que se dicte la sentencia recurrida; el plazo se computará de fecha a fecha.

¹⁰⁹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; Calderón Cuadrado, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil...* Valencia, 2013, págs. 479-480 Como en la mayoría de los recursos devolutivos el procedimiento se divide en dos fases correspondiendo la inicial al tribunal que dictó la sentencia impugnada, es decir, a la AP.

En el plazo de 20 días siguientes al de finalización de la vista o al señalado para la votación o el fallo la Sala dictará sentencia (art.478 LECiv). En este caso, siempre habrá de fallarse la cuestión litigiosa declarando, si concurre interés casacional, lo que corresponda respecto a la doctrina jurisprudencial.

1.1.6 Recurso de amparo¹¹⁰: Defensa de los derechos y libertades fundamentales

Una de las principales competencias atribuidas por la CE al Tribunal Constitucional es el conocimiento del recurso del amparo, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. La única pretensión que puede hacerse valer a través del recurso de amparo es la del restablecimiento o preservación de los derechos o libertades por razón de los cuales se promueve el recurso¹¹¹.

No está regulado en una ley procesal, sino en la LOTC la cual distingue tres modalidades de recurso de amparo dependiendo del origen del acto del poder público al que se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales:

1º. Recurso de amparo contra decisiones parlamentarias¹¹² (art. 42 LOTC).

¹¹⁰ VERGE GRAU, Joan. *La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal...* pág. 427 En fin, después de la sentencia firme cabe también el recurso de amparo cuando se han infringido derechos constitucionales, muchos de los cuales son, al mismo tiempo, motivos de nulidad procesal, y siempre que se den los demás presupuestos de este recurso. Con ello queda patente que no todas las nulidades se subsanan al alcanzarse sentencia definitiva y firme. La sentencia definitiva y firme, que normalmente conlleva el efecto de cosa juzgada material, puede resultar que solamente lo aparente, por estar viciada por uno de estos motivos que permiten la revisión, la audiencia al rebelde o el recurso de amparo constitucional. Sólo cuando no es así o cuando no es estima ninguno de estos “recursos” podemos decir que *se ha producido la cosa juzgada material y se han sanado todas las posibles nulidades*. Como ha dicho en diversas ocasiones el TC “la cosa juzgada (...) es un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica (STC 15 de noviembre de 1990, F.J. 2º).

¹¹¹ YÉLAMOS BAYARRI, Estela. *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*. Barcelona, 2006, pág. 160 el recurso de amparo procede sólo en los casos de indefensión causada por irregularidades cometidas por el órgano judicial.

¹¹² El art. 42 LOTC dispone que “*Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes*”.

2º. Recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas¹¹³ (art. 43 LOTC).

3º. Recurso de amparo contra decisiones judiciales¹¹⁴ (art. 44 LOTC).

Cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el defensor del pueblo y el MF están legitimados para interponer recurso de amparo¹¹⁵. Se inicia mediante demanda dirigida al TC donde se debe hacer constar con claridad y concisión los hechos que fundamenten este recurso, los preceptos constitucionales infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considera vulnerado.

La demanda debe presentarse en el Registro General del TC dentro del plazo legalmente previsto (dependiendo del tipo de recurso de amparo de que se trate) o hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo en el registro del Tribunal o en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales Civiles de cualquier localidad. Las personas físicas y jurídicas, para comparecer en los procesos constitucionales, deben conferir la representación a un Procurador y actuar bajo la dirección de un Abogado, que debe estar incorporado en calidad de ejerciente a cualquiera de los Colegios de Abogados de España.

¹¹³ El art. 43 LOTC dispone que “*Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo*”.

¹¹⁴ El art. 44 LOTC dispone que “*Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo es un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) *Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.*
- b) *Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC.*
- c) *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.*

El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

¹¹⁵ YÉLAMOS BAYARRI, Estela. *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas...* pág. 161 Su función es vigilar la correcta interpretación de las normas constitucionales y sólo interviene si la vulneración no se hubiere podido reparar en vía ordinaria.

La sentencia dictada al conocer del fondo del asunto puede otorgar o denegar el amparo solicitado. En caso de otorgar el amparo, la sentencia contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:

- a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución impugnada.
- b) reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado.
- c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Si el recurso de amparo debe ser estimado porque el órgano judicial que conoce del mismo entiende que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la cuestión se elevará al Pleno del Tribunal, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el proceso de amparo, hasta que el pleno se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley aplicable.

Como regla general, cuando se interpone un recurso de amparo dicha interposición no suspende los efectos del acto impugnado, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución de la decisión recurrida pudiera producir al demandante un perjuicio que hiciera perder la finalidad del amparo y siempre que la suspensión de la ejecución no ocasione perturbación grave a los derechos y libertades de otra persona o algún interés constitucionalmente protegido.

1.1.7 Recurso ante el TEDH conocido como Tribunal de Estrasburgo

El TEDH se encarga de enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el CEDH y en sus protocolos por parte de los Estados parte de dicho convenio.

El ciudadano español dispone desde noviembre de 1998, y con legitimación directa, de la posibilidad de interponer demanda ante el TEDH cuando en la vía interna se han visto vulnerados los derechos que el CEDH reconoce¹¹⁶. Según dispone el art. 35 CEDH, la demanda debe presentarse antes de que transcurran seis meses desde la fecha de la

¹¹⁶ YÉLAMOS BAYARRI, Estela. *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas...* pág. 164 El convenio recoge un catálogo de derechos y libertades similares a los de nuestra CE, algunos de ellos procesales. Es un texto, recuerda Ramos Méndez, “en el cual pueden encontrarse reflejados la mayor parte de los valores que nosotros mismos hemos colocado como objetivos del sistema”.

resolución interna definitiva, es decir, de la sentencia, auto o providencia del TC desestimatorio o inadmisorio del amparo.

Este recurso no constituye propiamente un medio de impugnación de resoluciones judiciales, ya que el mismo convenio condiciona la eficacia de las sentencias condenatorias a los medios de reparación internos. Por tanto, en el caso español, el Gobierno, cuando recibe la notificación de la sentencia por su representación ante el Consejo de Europa de Estrasburgo, se encarga de ejecutarla, paga las sumas de dinero señaladas con cargo al presupuesto del Ministerio de Justicia y adopta las medidas que estima necesarias para hacer efectivo el pronunciamiento del tribunal.

En fin, esta demanda serviría como satisfacción económica pero también como coerción moral a nuestro TC, forzándolo a un cambio en su doctrina de la indefensión material.

2. Nulidad de oficio¹¹⁷

a) Distinción: Instancia y fase de recurso

Hay que distinguir entre la declaración de oficio de la nulidad en la instancia y en fase de recurso.

En relación con la primera distinción, el art. 240.2 LOPJ¹¹⁸ se refiere a la apreciación de oficio de la nulidad como una posibilidad, cuando en algunos supuestos se trata más bien de un deber del órgano judicial o jurisdiccional¹¹⁹. Lo que el Juez o tribunal debe apreciar de oficio es su falta de jurisdicción o competencia, pero también a esta apreciación ha de seguir una declaración de nulidad de las actuaciones practicadas hasta el momento. Puede decirse que se prevé la apreciación de oficio como una facultad o posibilidad porque existen supuestos en que es imprescindible la instancia de parte para que el tribunal pueda actuar.

En cuanto a la segunda situación, parece que a priori las facultades del órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de declarar de oficio la nulidad son mayores que las del Juez o Tribunal de instancia, ya que mientras éste solo puede declarar de oficio la nulidad de sus propias resoluciones, el Tribunal que conoce del recurso puede apreciar de oficio las nulidades cometidas en la tramitación del recurso ordinario o

¹¹⁷ DE LA LEONA ESPINOSA, José M^a Martín. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Madrid, 1996, pág. 320 Esta facultad del órgano jurisdiccional para vigilar de oficio la regularidad del proceso, que no es nueva en nuestro sistema procesal civil, aunque sí la amplitud con que viene formulada en el momento presente, encuentra su fundamentación, desde un punto de vista general, en el marcado carácter de orden público que tienen las normas procesales, que las hace de obligado cumplimiento, de modo que su quebrantamiento provoca la nulidad de los actos procesales afectados, nulidad que los Tribunales deben declarar tan pronto como lo perciban, incluso cuando las partes no hubiesen reclamado declaración expresa de la misma. Posibilidad ésta que la jurisprudencia había reconocido con anterioridad-STC 6^a, de 17 de Julio de 1981.

¹¹⁸ Dicho artículo dispone que “sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

¹¹⁹ LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal...*pág. 191 En este sentido, los arts. 38, 48, 58 y 62 LECiv, que contemplan supuestos concretos de nulidad reconducibles al supuesto más genérico del núm. 1 del art. 238 LOPJ de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, se expresan en términos imperativos, obligando al órgano jurisdiccional a apreciar de oficio su falta de jurisdicción, competencia objetiva, territorial determinada imperativamente y funcional, respectivamente.

extraordinario, pero también las que hubieran tenido lugar durante la primera instancia como argumenta el art. 48.2 LECiv.

b) Intervención: Las partes y el órgano jurisdiccional

A raíz de la norma contenida en el art. 240.2 in fine LOPJ¹²⁰, la potestad del tribunal para declarar de oficio la nulidad de actuaciones está limitada en vía de recurso dependiendo de la infracción cometida. Si ésta consiste en la falta de jurisdicción, competencia objetiva o funcional o en la violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal, entonces se puede proceder a declarar la nulidad de oficio también en esta fase del proceso. En cambio, si se trata de otras infracciones, no podrá el tribunal que conoce del recurso proceder a su declaración, sino que es necesario la actuación a instancia de parte.

También las partes podrán pedir la nulidad poniendo en conocimiento del juez o tribunal la existencia de un determinado defecto procesal. Esto será posible cuando éstas no puedan hacer uso de los medios que establecen las leyes procesales y el vicio procesal causa a cualquiera de las partes indefensión, por ejemplo, en cualquier acto de comunicación donde el órgano judicial puede perfectamente desconocer que ese defecto es causante de indefensión o vulneración.

3. El incidente de nulidad de actuaciones

3.1 Introducción

Comenzar diciendo que el incidente de nulidad de actuaciones es un medio de rescisión contra sentencias firmes, no es un recurso¹²¹ que se utiliza como un remedio frente a la cosa juzgada pero de forma excepcional¹²².

¹²⁰ El art. 240.2 in fine LOPJ dispone que “*En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*”.

¹²¹ Hay que diferenciar entre los recursos y los medios de rescisión. Los recursos se conciben como medios de impugnación contra sentencias definitivas, mientras que los medios de rescisión (categoría donde se encuentra integrado el incidente de nulidad de actuaciones) se utilizan para impugnar sentencias firmes, es decir, aquellas resoluciones que tienen efecto de cosa juzgada.

¹²² Destacar al respecto, v.gr, la STC 13 de Febrero de 2006, F.J. 3º, (RTC 2006/38) que trata sobre el incidente de nulidad de actuaciones y dispone que “No debe olvidarse que la posibilidad de declarar la

La necesidad de crear una institución que combatiera los vicios de nulidad cuando ya no se podía utilizar ningún cauce procesal, hizo que se creara el incidente de nulidad de actuaciones. El recurso de amparo se concebía como una solución para luchar contra dichos vicios, pero no era del todo completa ya que para poder interponerlo el defecto debía haber ocasionado una vulneración del art. 24 CE.

Debido a que esa solución no era la más adecuada, el legislador creó la institución del incidente de nulidad de actuaciones en la LECiv de 1881 que se fue reformando en las sucesivas leyes especiales sobre la materia y con la jurisprudencia dictada al respecto.

3.2 Regulación: Una perspectiva histórica

Esta institución hunde sus raíces, como se ha dicho anteriormente, en la LECiv de 1881, pero no se puede olvidar la LECiv de 1855 que también hacía referencia a los incidentes¹²³.

Siguiendo con la LECiv de 3 de Febrero de 1881, se mantiene en la sistemática de la Ley Procesal un Título III (ubicado dentro del Libro II relativo a la jurisdicción contenciosa) donde se regulan los incidentes. Aquí se encuentra el art. 745.1º LECiv que considerará incidente de pronunciamiento previo “la nulidad de actuaciones o de alguna providencia”¹²⁴. En cuanto a su regulación, la posibilidad de hacer valer la nulidad de actuaciones se contempla como un incidente en sentido técnico, lo cual

nulidad de una Sentencia firme es un remedio en sí mismo excepcional, pues la Sentencia firme, por definición, pasa en autoridad de cosa juzgada y ha de estarse en todo caso a lo dispuesto en ella (art. 207 LECiv), sin que sea posible, una vez denegada, reabrir la posibilidad de volver sobre lo decidido al margen de un claro precepto legal que así lo autorice; no en balde hemos calificado el incidente de nulidad frente a Sentencias firmes como un «remedio procesal de carácter extraordinario» (ATC 327/2003, de 20 de octubre [JUR 2003/ 244765] , F. J. 3º), por dirigirse, en definitiva, contra Sentencias en principio inalterables como consecuencia de su firmeza.

¹²³ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*. Madrid, 2015, pág. 17 Nos dice al respecto LOURIDO RICO que la LECiv de 1855 regula los incidentes pero no se refiere al de nulidad. A pesar de esta omisión la doctrina incluía la nulidad de actuaciones entre los incidentes que suponían un obstáculo a la continuación de la demanda principal y sin cuya previa resolución era imposible la sustanciación de aquella.

¹²⁴ MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones*. Lisboa, 2010, pág. 102 La parquedad en su regulación-el art. 745.1 LECiv lo aceptaba, sin mayores precisiones, a fin de hacer frente a “la nulidad de actuaciones o de alguna providencia”- ocasionó una severa, casi grosera, disfunción en el foro: su operatividad en supuestos totalmente ajenos a su ámbito material. Ahora bien, la utilización (sin autorización formal, se insiste) a modo de nueva fase donde refutar la declaración expresada “hipertrofia las posibilidades de este remedio en beneficio del fraude procesal, sin que exista una razón legal para ello”. Es más, incluso el TS, en los primeros fallos en que aludía a este cauce, aceptó-contra toda lógica y sistemática- la condición de oportunidad excepcional y procedente tras haber sido agotados sin éxito los recursos ordinarios.

supone que tenga lugar dentro del procedimiento principal y antes de que éste concluya, que ocurriría una vez alcanzada la sentencia firme.

Después es conocida que la Ley 34/1984 de 6 de Agosto reformó el art. 742 LECiv de 1881¹²⁵. A partir de la reforma operada por dicha ley, será inadmisibile cualquier incidente de nulidad, tanto en sus justos términos, como en su incorrecta- pero hasta cierto punto provechosa- aplicación extensiva. Esta modificación sirve para hacer de nuevo notoria la significativa y perenne falta de ordenación tantas veces referida. La solución a todos los problemas no se conseguía con la eliminación de la vía del art. 745.1 LECiv de 1881, sino por ofrecer al sistema un cauce adecuado a fin de corregir lo impropiamente disimulado por aquella.

La aprobación de la LOPJ mediante la LO 6/1985, de 1 de Julio asumió el régimen general de la nulidad de los actos procesales, previendo el art. 240 como cauces para hacer valer las mismas el trámite de los recursos (que ya lo contenía el art. 742 LECiv de 1881 después de la reforma operada por la Ley 34/1984), también a la posibilidad de acordar la nulidad de oficio y “los demás medios que establezcan las leyes procesales”¹²⁶.

3.3 Regulación actual¹²⁷

En cuanto al nuevo incidente de nulidad de actuaciones, constituye un momento decisivo en este proceso legislativo la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de LO

¹²⁵ Dicho artículo en su nuevo párrafo segundo pasó a establecer que “será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos”.

¹²⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid, 2002, pág. 30 En cuanto a los “demás medios” previstos por las leyes procesales, no había acuerdo en la doctrina acerca de cuáles eran los que, conforme tales leyes procesales, podían ser utilizados para la denuncia de la nulidad. Para algunos autores, como DE LAMO RUBIO, J., esta alusión a otros medios se refería al recurso de amparo.

¹²⁷ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José M^a. *No puede considerarse manifiestamente improcedente la interpretación de un incidente de nulidad de actuaciones cuando el mismo haya sido admitido a trámite por el órgano judicial*. LA LEY, 15 de Abril de 2010, N° 7381, pág. 6 Es cierto que a la vista de la nueva redacción del citado artículo 241.1 de la LOPJ operada por la LO 6/2007 de 24 de Mayo, y mediante la que se ha pretendido la reparación en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria del derecho fundamental supuestamente vulnerado, anticipando así una respuesta disuasoria de su planteamiento ante la colapsada Jurisdicción Constitucional, resultará difícil, por no decir imposible, inadmitir a trámite un incidente de nulidad cuando se denuncie con razón o sin ella, la lesión de cualquier derecho fundamental, como acontece en el caso presente, en el que los actores aducen la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial¹²⁸. Se han planteado muchísimos problemas debido a las sucesivas posturas del TC recogidas en diversas sentencias como, se puede destacar, la doctrina constitucional contenida en la STC 8 de Junio de 1988 (RTC 1988/110) en la que se interpretaba la facultad de declarar de oficio la nulidad al amparo del art. 240.2 LECiv de manera que "por sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones"¹²⁹.

Después de relatar las posturas del TC contenidas en su jurisprudencia, fue finalmente LO 5/1997, de 4 de diciembre, la que modificó el art. 240 LOPJ e introdujo en nuestro ordenamiento un incidente de nulidad por el que se podía hacer valer la misma una vez que la sentencia era firme.

La propia Exposición de Motivos justificaba la necesidad de recuperar el incidente de nulidad de actuaciones en nuestro ordenamiento ya que disponía que "los problemas planteados, las sucesivas posturas del TC en distintas sentencias y la ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables y también sumamente inconveniente, en otro orden de cosas, para el propio TC, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual"¹³⁰.

¹²⁸ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas*. Boletín del Ministerio de Justicia. 1998, nº 1831, pág. 2486 La Exposición de Motivos de la LO 5/1997, después de señalar que la modificación del art. 240 LOPJ, introduce un sencillo incidente "para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad" cuando en el proceso hubiere recaído resolución definitiva irrecurrible, enfáticamente proclama que la nueva modalidad procesal pretende dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 53.2º CE que, dirigido al legislador ordinario, le compelmía a la regulación de un procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales que colmara el vacío normativo hasta dicho momento existente, puesto de relieve, además, por el propio TC en una reiterada doctrina.

¹²⁹ MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones...* pág. 119 Frente a la perspectiva recogida por la STC de 8 de Junio de 1988, es preciso destacar la STC de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990/185) donde se concluye que, aun cuando el amparo es, por naturaleza, un remedio subsidiario por necesidad, cabe, en circunstancias excepcionales, transformarlo en cauce común y general, de última instancia, frente a vulneraciones reales de garantías básicas (señaladamente, el derecho a no padecer indefensión), huérfano el particular de otras alternativas para su corrección dentro de la jurisdicción ordinaria. Casi silenciando cualquier valoración sobre la expresión discutida, finaliza por convertir al instrumento del art. 53.2 CE en una vía que suple la ausencia de una alternativa procesal ordenada a favorecer la invalidación de los actos anómalos una vez incuestionable la resolución. Con todo ello, pretende los loables propósitos de salvaguardar el principio de cosa juzgada y evitar la inseguridad jurídica dimanante de apreciaciones no coincidentes.

¹³⁰ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 49 La reacción que suscitó el incidente en el ámbito doctrinal se puede resumir en la existencia de

Sin embargo, el nuevo incidente de nulidad de actuaciones que encontramos es completamente novedoso respecto al anterior (debido a las numerosas reformas), por lo que de incidente solo mantiene el nombre. Solo hay que ver las sucesivas reformas que tenemos y, por ello, la denominación de incidente se puede decir que únicamente es de carácter histórico (como así lo demuestra la jurisprudencia y la doctrina) y a día de hoy es impropia ya que el incidente de nulidad de actuaciones no responde a lo que suponen los incidentes en el proceso judicial; y que la regulación que se hace del incidente constituye el régimen específico y propio del incidente de nulidad de actuaciones, como corresponde a un trámite nuevo y singular del ordenamiento procesal

3.4 Naturaleza jurídica

La cuestión que vamos a abordar en este momento es muy importante, pero a la vez conlleva realizar un análisis en profundidad de la misma que muchas veces no nos lleva a conclusiones claras ya que esta institución ha sido reformada a lo largo de la historia y en consecuencia su naturaleza jurídica se ha modificado¹³¹.

En la LECiv de 1881 en su art. 745.1º se contenía la regulación específica del incidente de nulidad de actuaciones y el incidente de nulidad realmente lo era. Y era un incidente por la sistemática de la Ley, por el procedimiento que debía seguirse cuando se planteaba el mismo, por el motivo que amparaba la norma y por el objeto que expresamente preveía la ley, que al referirse a la “nulidad de actuaciones o de alguna providencia” habla de un incidente que atiende a irregularidades en la tramitación de un proceso.

No obstante, dicha regulación requirió del análisis de la doctrina científica para determinar la naturaleza del mecanismo procesal que la Ley instrumentaba. Se puede

dos opiniones encontradas: una, sin duda mayoritaria en la doctrina, que considera que hubiera sido preferible hacer pequeñas reformas en algunos medios procesales que ya existían en nuestro ordenamiento, antes que volver a instaurar un incidente que- como ya había quedado demostrado- ofrece el peligro de un uso indebido por parte de los litigantes; y otra, la de aquéllos que estiman reinstauración del incidente de nulidad de actuaciones es una buena medida para remediar situaciones de indefensión que carecían de salvaguarda en el proceso.

¹³¹ MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones...* pág. 130 Con todo, las mayores dificultades emergen al elucidar su verdadera naturaleza, pues confluyen en el detallado una amalgama de elementos de origen diverso-su incorrecta denominación, la previsión de un plazo de caducidad de la acción, el hecho de no afectar directamente al objeto del pleito o, entre más, su incoación después de un fallo de ordinario incontrovertible-, que bien pueden llevar a su inclusión en una categoría inapropiada.

mencionar al respecto el estudio de SERRA DOMÍNGUEZ¹³² en el que justifica que aquel incidente no era un recurso extraordinario¹³³. Y niega que pueda ser considerado como un recurso por las siguientes razones: 1º no está sometido a plazo preclusivo de interposición (que es una característica común a todos los recursos); 2º no se dirige solo contra resoluciones sino contra actuaciones judiciales (concepto más amplio ya que comprende los actos judiciales distintos de las resoluciones) 3º su estimación no determina la sustitución por otra de la actuación anulada, sino simplemente la revocación de dicha actuación, y en su caso de las posteriores, y normalmente la retroacción del proceso al momento en que se produjo la nulidad; y 4º el art. 745.1º LECiv se concibe como una de las cuestiones incidentales que pueden surgir en el transcurso del proceso, ya que no se encuentra situado sistemáticamente junto a los recursos.

Sin embargo, de la anterior regulación a la actual ha habido muchos cambios. Para ir adelantando aspectos de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones, destacar que actualmente es considerado como un remedio procesal para la denuncia de la infracción procesal fundada “*en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE*” que cabe frente a resoluciones firmes.

Bien es cierto, que de las distintas instituciones procesales cuya naturaleza jurídica puede ser atribuible al nuevo incidente de nulidad, las más cercanas son la de un incidente, un recurso y un proceso autónomo. A continuación pasamos a analizar estas tres posibilidades:

a. El incidente de nulidad como incidente

Lo primero que se afirma es que la naturaleza del incidente desmiente su denominación¹³⁴. Así lo ponen de manifiesto MONTERO Y FLORS¹³⁵ cuando

¹³² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “El incidente de nulidad de actuaciones”, Justicia, 1981, número especial, pág. 56.

¹³³ Se refiere dicho autor a una jurisprudencia realmente consolidada en el tiempo, citando las STS de 11 de Mayo de 1895, 22 de Enero de 1908, 11 de noviembre de 1911, 6 de Julio de 1915, 14 de febrero de 1942, 18 de Febrero de 1960, 9 de mayo de 1962 y 22 de octubre de 1965. Añade que la sentencia de 3 de noviembre de 1970 llega a declarar extemporáneo el juicio de responsabilidad civil por no haberse formulado previamente incidente de nulidad de actuaciones.

¹³⁴ MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones...* pág. 57 es cierto que tanto el incidente existente en la LECiv de 1881 hasta la reforma del 84 como el actual incidente de nulidad tienen un rasgo importante común, como es el tender a la declaración de nulidad de actos afectados por un

afirman que pese a la denominación utilizada por el art. 241 LOPJ, la institución que en dicho artículo se regula no es propiamente un “incidente”, ni siquiera de carácter excepcional, ya que sólo puede hablarse de incidente con relación a un proceso principal en marcha y nunca cuando éste ya ha concluido.

Se niega al incidente de nulidad la naturaleza de incidente por varias razones que se exponen a continuación:

- Tanto el incidente existente en la LECiv de 1881 hasta la reforma de 1984 como el actual incidente de nulidad tienen en común declarar la nulidad de actos viciados. Pero, entre ambos incidentes hay una diferencia esencial referida al momento procesal en el que se preveía su incoación; el incidente anterior se podía incoar solo pendiente el proceso, mientras que el actual está previsto para el momento en el que ya existe una sentencia firme, es decir, que ya ha puesto fin al proceso. Esa nueva regulación del incidente elaborada por la LO 5/1997 es, a juicio de la mayoría de la doctrina, la que ha modificado la naturaleza jurídica de esta institución respecto a la regulación de 1881¹³⁶.
- El otro motivo es la ausencia de relación con el objeto principal del proceso que hace que ya no tenga la condición real de incidente, porque se trata más bien de una acción que se ejerce de forma autónoma como se explica más adelante.

vicio. Sin embargo, entre ambos incidentes hay una diferencia esencial: el momento procesal en el que se prevé su incoación; si el incidente anterior se podía incoar solo pendiente el proceso, el actual está previsto para el momento en que ya existe una sentencia firme, que ha puesto término al proceso.

¹³⁵ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo Constitucional y Proceso civil*. Valencia, 2008.

¹³⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 57-58 En este sentido, la mayoría de la doctrina estima que lo determina la naturaleza jurídica del incidente es el que se resuelva una cuestión pendiente el proceso. Así lo parece entender también el legislador, puesto que en el art. 393.1 LECiv se establece con toda claridad un momento preclusivo pendiente el pleito-distinto para los juicios ordinario y verbal- a partir del cual no cabe la incoación de ninguna cuestión incidental. Aunque de manera implícita, la misma exigencia se deduce de la regulación de los incidentes de los arts. 741 y sig LECiv 1881, vigente en el momento de promulgarse la LO 5/1997. Éste sería el principal argumento en contra de la naturaleza jurídica incidental del denominado incidente de la LO 5/1997, puesto que el momento procesal para el que está prevista su interposición es cuando el pleito ya ha finalizado y existe una sentencia firme. En la medida en que el denominado incidente de nulidad del art. 240 LOPJ no está legalmente concebido para ser tramitado pendiente el proceso y antes de que se dicte sentencia que ponga fin al mismo, no puede entenderse que constituya un verdadero incidente.

b. El incidente de nulidad como recurso

Como el incidente está previsto para aquellos casos en que el proceso haya concluido por resolución judicial, se puede plantear la cuestión de si nos encontramos ante un medio de impugnación de dicha resolución¹³⁷.

Podemos comparar el incidente con los recursos, puesto que el incidente tiene algunas peculiaridades que lo asemejan a los recursos: se interpone en un momento en que el proceso ya ha terminado y existe una resolución que lo ha resuelto, se prevé un plazo para la incoación del incidente, que puede recordar al plazo de interposición de un recurso, y además, normalmente el órgano jurisdiccional que conoció del proceso vuelve a revisar el acto sobre el que recae el vicio de nulidad para pronunciarse al respecto.

A diferencia del recurso¹³⁸, el incidente no se dirige contra la resolución, sino contra la actuación concreta, la existencia de una resolución es consecuencia del momento en que el legislador permite al litigante interponer el incidente, pero no constituye su objeto; el incidente tiene por finalidad declarar de forma directa la nulidad de las actuaciones que tuvieron su origen en un acto viciado, que es el que va a constituir el objeto del incidente. Si el incidente prospera, se declarará también la nulidad de la resolución que puso fin al proceso, pero si se trata de un acto viciado por la nulidad de otro acto anterior; en consecuencia la resolución que ha puesto fin al proceso queda afectada, pero de modo indirecto¹³⁹.

¹³⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme...* pág. 53 En nuestro contexto normativo podemos decir que hablar de remedio es hablar de “no-recurso” en sentido técnico, de una impugnación que no es un recurso. Y de esa forma podemos admitir hablar del incidente como remedio, pero sabiendo que poco estamos diciendo. Aun así, o debemos tener en poco esa calificación como remedio. Baste para ello atender a las palabras de MONTERO AROCA, cuando después de negar que el llamado incidente de nulidad pueda ser calificado como un incidente y de exponer su efecto rescisorio concluye afirmando que estamos de modo muy claro ante “algo” que guarda muchas similitudes con la impugnación de la cosa juzgada.

¹³⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 60 Es característica esencial del recurso el hecho de estar destinado a atacar una resolución judicial y ése constituye precisamente su objeto directo.

¹³⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 61 Este argumento quiebra, sin embargo, en el caso en que se insta el incidente por incongruencia de la sentencia que, aunque no es objeto típico del incidente de nulidad de actuaciones, fue incluido como tal en la LO 5/1997, por tanto, en los supuestos en que el ámbito del incidente sea una sentencia incongruente, sí que se puede afirmar que su objeto es la resolución judicial.

Pero también hay que destacar que la característica del incidente que más se opone a su consideración como recurso es que cuando se incoa el incidente la resolución ha de ser firme y, por tanto, irrecurrible, con lo que no cabe interponer ningún tipo de recurso contra ella. Ya que si fuera posible interponer algún tipo de recurso con el que se enerve el efecto de cosa juzgada producido por una resolución, hay que llegar a la conclusión de negar al incidente su naturaleza de recurso.

c. El incidente de nulidad como proceso autónomo

Se afirma constantemente que el incidente se prevé como un mecanismo a utilizar cuando la sentencia ya es firme y se puede concluir que ya no se puede revisar el objeto del pleito que ha finalizado, sino que el cauce procesal que se inicia, se constituye por el ejercicio de una pretensión de naturaleza procesal que es autónoma respecto de la anterior y que da lugar a un nuevo proceso¹⁴⁰.

Por ello, se entiende que el incidente de nulidad de actuaciones se asemeja a los otros dos medios de rescisión de la cosa juzgada existentes en nuestro ordenamiento jurídico que son la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde y la revisión.

El incidente tendría, pues, autonomía respecto del objeto principal y el objeto de este proceso consistiría en un derecho autónomo de anulación de las actuaciones que se han visto afectadas por la existencia de un acto viciado de nulidad. La pretensión que se sustancia a través del incidente no se funda en la lesión de un derecho de contenido material, sino que se trata de que el órgano judicial se pronuncie sobre un defecto procesal producido en un juicio ya terminado.

Al concebirse como un proceso autónomo, hay que admitir que el litigante que lo inicia está ejercitando una acción, independiente de la ejercitada en el proceso anterior en el cual se produjo el vicio que causó la nulidad. Por ello, el objeto de esta acción es la declaración de nulidad de un acto viciado y de los que se produjeron como consecuencia de él; tiene, por tanto, carácter rescisorio.

¹⁴⁰ Esta es la opinión que sostiene la doctrina de forma prácticamente unánime como se puede nombrar a NÁRVAEZ RODRÍGUEZ el cual considera que a pesar de que el legislador le otorga la denominación de incidente para crear esta nueva figura procesal, su configuración corresponde propiamente a la de un verdadero procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles.

3.5 Concepto

Una vez hechos varios comentarios sobre la naturaleza jurídica del incidente, teniendo en cuenta las perspectivas de varios autores antes citados, hay que pasar a concretar la definición o concepto del incidente de nulidad de actuaciones.

Éste se puede definir como un remedio procesal extraordinario que se utiliza para la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva con la finalidad de impugnar resoluciones judiciales, una vez que éstas hayan adquirido firmeza. Destacando siempre que no es un recurso, sino un medio de rescisión de sentencias firmes, es decir, no recurribles.

3.6 Características

Las notas características de esta institución son las siguientes:

- a. Excepcionalidad: Esta nota constituye la principal y más significativa peculiaridad de esta nueva figura procesal. En primer lugar, porque, el incidente no tiene vocación ni de universalidad ni tampoco de generalidad. Así se puede extraer del art. 241.1 LOPJ y 228.1 LECiv donde se regula el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, ya que únicamente se podrá interponer cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE¹⁴¹.

Pero además, la excepcionalidad de incidente implica que los órganos judiciales tienen que adoptar una postura restrictiva a la hora de la admisión, procurando que los supuestos en los que se insta se ciñan a los previstos en la ley; del mismo modo, no es dable que, con ocasión del incidente, el juez entre a conocer de cuestiones de fondo ajenas al mismo.

Esta interpretación es la más defendible, teniendo en cuenta que el incidente supone un sacrificio de la seguridad jurídica que proporciona la cosa juzgada en

¹⁴¹ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 66 La mera existencia de motivos para denunciar la nulidad ya es reveladora del carácter excepcional del incidente, puesto que, de entrada, no todas las causas de nulidad de los actos procesales pueden dar lugar a que se solicite su declaración mediante el incidente de nulidad. Cuando el motivo de nulidad alegado por el litigante no se corresponda con alguno de los previstos en la Ley, el órgano judicial no deberá entrar a conocer del incidente planteado.

aras del logro de la justicia material en un caso concreto¹⁴². Por ello, los medios procesales por los que se rescinde la cosa juzgada-y éste lo es- necesariamente tienen que ser excepcionales, porque si no tuvieran este carácter, la cosa juzgada no sería tal.

- b. Subsidiariedad: Únicamente queda abierta esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia formal durante la vigencia del procedimiento. Por tanto, de esto se deduce que no podrá utilizarse este incidente cuando, habiéndose advertido la concurrencia de alguno de los vicios formales indicados en la norma, no se haya instado, bien la oportuna subsanación o bien la correspondiente nulidad de las actuaciones utilizando la vía de los recursos ordinarios. Tampoco se podrá hacer uso de esta institución en los casos en que, habiéndose denunciado dichos vicios procesales e instando durante la vigencia del procedimiento los oportunos recursos ordinarios, se hubieren resuelto de forma motivada por parte de los órganos jurisdiccionales competentes.
- c. Complementariedad: Se refiere a que esta figura se introdujo en nuestro ordenamiento procesal con la única finalidad de suplir los vacíos normativos presentes en la regulación anterior, especialmente al momento en que se podía instar el incidente que era exclusivamente antes de dictar la resolución definitiva.
- d. Carácter dispositivo: Ello significa que para que pueda declararse la nulidad de actuaciones, en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario el impulso de

¹⁴² ATS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª) 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009/467732) dispone que “con carácter general no es admisible el incidente de nulidad de actuaciones para evitar que su utilización se convierta en una anómala y rechazable modalidad de recurso contra sentencias o, en general, contra resoluciones judiciales no susceptibles de impugnación, este criterio debe mantenerse de modo singular en lo que se refiere a las sentencias de este TS, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, contra las que no cabe recurso.

En estos términos de excepcionalidad en la admisión del incidente de nulidad de actuaciones se expresa reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala y así resulta del Auto de 4 de Abril de 2005 en el que sobre esta cuestión se dijo lo que sigue:”El precepto parte de la regla general de la inadmisión de incidentes de nulidad de actuaciones con el establecimiento de determinados y exclusivos motivos susceptibles de hacerse valer el incidente”. De tal manera que éste resulta inviable cuando los motivos alegados no se correspondan con alguno de los establecidos en la Ley, debiendo adoptar los órganos jurisdiccionales un criterio restrictivo para procurar que los supuestos en que se insta el incidente se correspondan realmente con las previsiones legales. Dado su carácter excepcional, el incidente debe ser aplicado de manera restrictiva, al afectar a la permanencia de la cosa juzgada sujeta al principio de seguridad jurídica”.

parte¹⁴³. De tal manera, que si el litigante no quiere iniciar el incidente, el juez no podrá hacerlo de oficio. En la regulación anterior, cuando se permitía instar el incidente de nulidad de actuaciones antes de ser declarada definitiva la resolución, era posible la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, pero con la reforma que se realizó únicamente es posible interponer el incidente de nulidad de actuaciones a instancia de parte una vez que se ha declarado la firmeza de la resolución.

3.7 Motivos

El motivo que se puede alegar para acudir al incidente es “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE¹⁴⁴” siempre que la infracción cometida hubiera causado indefensión. Por tanto, para invocar y apreciar la nulidad han de concurrir, por un lado, el efecto subjetivo (indefensión) y el hecho objetivo que legalmente lo determine (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴⁵).

Destacar que la LO 19/2003, de 23 de diciembre, traslada la regulación del incidente al art. 241 LOPJ. Pero es en el año 2007 en el que se produce la variación legislativa más significativa con efectos particularmente intensos sobre la protección de los derechos de

¹⁴³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas...* pág. 4 Entendiendo por tal, como veremos posteriormente, no sólo las comparecidas en el proceso sino también aquéllas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo, que haya sido resuelta, aún cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme...* pág. 107 Pero la comprensión de este motivo pasa necesariamente por la toma en consideración del texto en el que se habla del plazo para la interposición del incidente. El art. 241.1.II LOPJ dispone que “el plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión”. Por ello, es necesario deducir que la nulidad de actuaciones necesita para su apreciación de esta circunstancia: que la infracción cometida haya sido determinante de indefensión. A esta conclusión se llega partiendo de una interpretación amplia del requisito objetivo de los defectos de forma. Esta es la opinión de LOURIDO RICO cuando afirma que por defecto de forma ha de entenderse, tanto el modo de exteriorización de la voluntad, es decir, el requisito de forma strictu sensu, como los restantes requisitos exteriores que deben reunir los actos procesales para su validez (tiempo, lugar, orden de colocación en el curso del procedimiento, etc). Añade la misma autora que el riesgo de que una interpretación demasiado extensa supusiese una ampliación de los supuestos que legitiman el recurso a este mecanismo excepcional de denuncia de la nulidad, con la consiguiente relativización de su excepcionalidad y de los motivos que la justifican, se elimina porque, a la exigencia de que se haya cometido un defecto de forma, se añade la de que éste haya provocado un determinado resultado, la indefensión de una de las partes o de ambas.

¹⁴⁵ Encontramos al respecto el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 9 de Marzo de 2010, F.J. 3º, (RJ 2010/3786), cuando al referirse a la regulación del incidente posterior a la LO 6/2007, apunta que su extensión ha sido ampliada “hacia un mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales, quizás por ello, antaño se ha considerado implícito en el incidente cualesquiera actuación irregular que entrañara indefensión”.

los ciudadanos. La LO 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC, reserva ya el incidente de nulidad de actuaciones por razones de fondo (la regulación de los defectos de forma no experimenta cambio alguno) para la vulneración de cualquier derecho fundamental de los referidos en dicho artículo de la CE.

3.8 Procedimiento

a. Legitimación

Según recoge el art. 241.1 LOPJ y el art. 228.1 LECiv, después de la reforma operada por la LO 13/1999¹⁴⁶, están legitimados para incoar el incidente de nulidad de actuaciones “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”. También se aclara en ambos preceptos que será posible utilizar este instrumento procesal “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 o extraordinario”.

Por tanto, a partir de la reforma se evidencia de forma explícita que el incidente de nulidad no lo es solo para quienes están (estuvieron) personados en el proceso concluido por sentencia firme puesto que es posible, incluso frecuente, que ante la nueva pretensión de nulidad se persone como legitimado quién no llegó a ser parte e invoca precisamente esa circunstancia como determinante de la nulidad pretendida.

También pueden existir personas ajenas al proceso que se vean afectadas por éste, lo cual nos lleva a determinar si es necesario conceder legitimación a los terceros. Fue la doctrina del TS la que empezó a vislumbrar la posibilidad de que terceros acudieran al incidente¹⁴⁷. Pero GARCIMARTÍN MONTERO considera que el tercero no está

¹⁴⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 131-132 La legitimación para la interposición del incidente fue una de las materias que, tras haber sido regulada por la LO 5/1997, fue objeto de reforma por la LO 13/1999. La redacción originaria del incidente reconocía legitimación activa “a quienes sean parte legítima”. Esta regulación fue criticada por un sector de la doctrina que la tachaba de insuficiente, puesto que entendía que, si el incidente estaba llamado a resolver-entre otros defectos- el problema que planteaba la falta de comparecencia de quien había sido citado defectuosamente, podía suceder que esa persona que había sufrido las consecuencias del acto nulo no hubiera llegado a ser parte en el proceso, con lo cual tampoco estaba legitimado para interponer el incidente de nulidad. En su día se señaló que lo correcto hubiera sido, por consiguiente, ampliar la posibilidad de incoar el incidente a aquéllos que, “habiendo debido ser parte en el proceso”, no lo habían sido por una defectuosa notificación que había impedido su comparecencia. La reforma llevada a cabo por la LO 13/1999 introdujo la modificación que venía solicitando el sector doctrinal, destacando por ejemplo, a DÍEZ-PICAZO Y SERRA DOMÍNGUEZ.

¹⁴⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme...* pág. 140 Encontramos resoluciones en este sentido durante los años de supresión del incidente que dieron lugar a que se planteara la nulidad de actuaciones mediante un

legitimado para ser parte en el incidente de nulidad de actuaciones porque al no afectarle la cosa juzgada que se produce en el proceso en que no es parte; precisamente porque no fue parte, difícilmente puede hablarse de indefensión.

En cuanto al MF, lógicamente, podrá reclamar en aquellos procesos en los que ha intervenido como parte. En caso contrario, no estará legitimado porque no se puede entender que exista un interés público que justifique su intervención¹⁴⁸. También hay argumentos que justifican la legitimación del MF (aunque la ley guarde silencio en este punto) como son los siguientes:

- ✓ El MF es un órgano constitucional que se encarga de velar por el cumplimiento de la legalidad, tanto sustantiva como formal, y del interés público que, en definitiva, no es otro que el interés general del conjunto de los ciudadanos, comprometiéndose por la defensa de sus derechos. Esta perspectiva de actuación, se contiene de forma genérica en el art. 124 CE y desarrollada en los arts. 1 y 3, apartados 3 y 12 del EOMF, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de Diciembre.
- ✓ El incidente al concebirse como un proceso autónomo ello avala la intervención del MF. Estamos ante un verdadero proceso con trascendencia constitucional de tutela de derechos fundamentales y por ello no se puede decir que sea un incidente en sentido estricto.

proceso independiente y posterior. Sobre estos “procesos sobre nulidad” declara la STS de 14 de noviembre de 1990, F.J. 1º (RJ 1990/8711) que “la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, operada por Ley 34/84 no autoriza a sustituirlo por un juicio declarativo, sin más, pues, con ello, se conseguirá un efecto contrario al que pretendió el legislador eliminarlo. Sólo el tercero que se viera directamente envuelto en una ejecución indebida ya sea por actos nulos, ya sea por actos inicuos, podría acudir a esta vía procesal tan amplia de oposición.

¹⁴⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 12 Son varias las razones que pudieran argumentarse para negar legitimación al Fiscal en este tipo de procedimientos:

En primer lugar, porque en la medida en que el proceso del que trae causa el incidente no afecta al interés público, sino que lo único que se enjuicia en aquél son derechos de contenido estrictamente privado o particular, por lo que no tendría sentido que el Fiscal interviniera en el mismo, al permanecer totalmente ajeno a las pretensiones allí enjuiciadas. Fortalecería este argumento la tesis de que, incluso, en algunos procedimientos penales el Legislador ha excluido expresamente su participación de los mismos-como es el caso, por ejemplo, de los delitos contra el honor-, por lo que iría contra la propia finalidad legislativa permitir la intervención del Ministerio Público en ellos.

En segundo término, porque en determinados procedimientos de tutela de derechos fundamentales, sustentados ante las Jurisdicciones civil, contencioso-administrativa o social, que pudieran tener alguna semejanza con el ahora estudiado dado el fin que éste persigue, el legislador ha previsto expresamente la intervención del MF en los mismos, regulando dicha participación en las actuaciones de forma detallada y estableciendo cuál era su posicionamiento dentro del proceso, lo que en este caso no sucede, por lo que podría interpretarse que en este caso no interviniera tampoco.

b. Competencia

Tanto el art. 241.1.II LOPJ como el art. 228.1.II LECiv disponen que será competente para conocer del incidente el mismo tribunal que dictó la resolución que hubiera adquirido firmeza al considerarse¹⁴⁹, que ningún otro se encuentra en mejor situación de enjuiciar los motivos de la nulidad invocados, que aquel mismo que los originó.

Esta norma tiene sus pros y contras. Entre los inconvenientes, lo más criticable de esta norma es que el legislador ha introducido un alto grado de indeterminación a la hora de establecer el órgano encargado de conocer del incidente, puesto que, según las fases que haya llegado a tener el pelito y las posibilidades de recurso que haya tenido el litigante, en unos casos conocerá el juez a quien se debe el defecto de nulidad y en otros no, dado que conocerá el juez superior en grado que tenía competencia funcional para conocer del recurso devolutivo. Esta situación resulta altamente perturbadora, puesto que nos hace llegar a un distinto tratamiento en la competencia en asuntos semejantes que puede llegar a depender de hechos causales¹⁵⁰.

Pero como ventaja se puede señalar, que pese al recelo que puede generar la decisión normativa de atribuir el conocimiento del incidente al mismo órgano que lo causó, esto es un acierto del legislador, ya que permite al mismo juzgado o tribunal que provocó el vicio, rectificar la irregularidad invocada y así preservar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva relacionándolo con el principio de inmediación.

c. Iniciación del proceso y plazo para el ejercicio de la acción

En cuanto al proceso a seguir para instar el incidente, se puede hablar de una auténtica ausencia de regulación en la generalidad del proceso a seguir. Ello es debido a la falta de claridad a la hora de introducir este instrumento y hay que acudir a la LOPJ y a la LECiv donde encontramos algo regulación específica al respecto. FERNÁNDEZ CABALLERO,¹⁵¹ apunta que la doctrina entiende que el escrito deberá observar los

¹⁴⁹ Baste mencionar, entre otros autores, a GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* y NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas...*

¹⁵⁰ Fragmento extraído de GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil...* pág. 128-129

¹⁵¹ FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia. *El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la Ley Orgánica 6/2007*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2012, nº2, pág. 17.

requisitos generales de los recursos, además de los requisitos específicos para su admisión previstos en el art. 241 LOPJ como cumplimiento de plazo de interposición, legitimación, imposibilidad de denuncia previa, etc.

El plazo para pedir la nulidad, atendiendo a los arts. 228.1. II LECiv y 241.1.II LOPJ, es de 20 días desde la notificación de la resolución¹⁵² o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos 5 años desde la notificación de la resolución.

La determinación del plazo en un principio mereció críticas por la doctrina. VERGE GRAU opinaba que la posibilidad de presentar el incidente en el plazo de 20 días desde el momento en que la parte “tuvo conocimiento del defecto”, va a permitir, tanto a las partes como a los ausentes (ya sean involuntarios o rebeldes) mantener, indefinidamente, la precariedad de una sentencia firme perpetuando la inseguridad jurídica *ad libitum*¹⁵³.

Si no hubiera existido comunicación efectiva, el plazo mencionado con anterioridad debe computarse¹⁵⁴ desde que la parte impugnante tuvo conocimiento suficiente y fehaciente de la resolución.

¹⁵² El plazo de veinte días es el que se establece para interponer el recurso de apelación contra una resolución “desde el día siguiente a la notificación de aquélla recogido en el art. 458 LECiv.

¹⁵³ VERGE GRAU, Joan. *¿Un nuevo incidente de nulidad?*, en Justicia, 1997, nº1, págs. 26-27. Continúa diciendo el autor que esto ocurrirá, por ejemplo, si el demandado ausente del proceso puede demostrar la existencia de vicios de forma en el emplazamiento, que le ha causado indefensión, y pretende años después, anular una sentencia de divorcio o nulidad matrimonial o sobre una acción reivindicatoria.

¹⁵⁴ Sobre el cómputo del plazo, hay que mencionar la STC 29 de Junio de 2009, F.J. 2º, (RJ 2009/157), que “en relación con los plazos y su computo, este Tribunal tiene declarado que la interpretación y aplicación judicial de una norma relativa al cómputo de plazos es una cuestión de legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el Ordenamiento Jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o que se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión recogido en el art. 24.1 CE (SSTC 179/2003, de 13 de Octubre, F.J. 3º; 314/2005, de 12 de Diciembre, F.J. 5º; 57/2006, de 27 de Febrero, F.J. 3º; 122/2007, de 21 de Mayo, F.J. 4º).

d. Trámite de admisión

A este respecto, hay que atender a una jurisprudencia muy elocuente. Claramente sobre este punto se pronuncia la STC de 27 de Enero de 2014, F.J. 3º (RTC 2014/9) afirmando que “las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, cuando es procedente su planteamiento, implican la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria”.

Se considera que el análisis de la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones cobra en la actualidad un extraordinario interés. Para admitir a trámite el incidente se han de cumplir los siguientes dos presupuestos:

- La imposibilidad de denuncia previa: El art. 241.1 LOPJ, prevé la admisión del incidente de nulidad “siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso”¹⁵⁵.

Se puede citar a RICHARD GONZÁLEZ, el cual justifica que este requisito halla su razón en el respeto al principio básico en materia de denuncia de la nulidad que establece que debe denunciarse tan pronto se conozca el vicio de nulidad, sin que se pueda guardar su alegación para un momento posterior. De manera que cualquier infracción procesal que produzca vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) tiene que denunciarse durante la sustanciación del proceso según lo previsto en el art. 240.1 LOPJ. En ese caso si se desestima la denuncia se pondrá fin a la cuestión en la instancia. La cuestión podrá debatirse en sede de recursos, pero no se podrá interponer el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Lo que cabría sería el recurso de amparo que se analizó con anterioridad en el capítulo dedicado a los recursos.

- Imposibilidad de recurso ordinario o extraordinario: Este requisito tiende a evitar la proliferación de incidentes de nulidad y a evitar recursos de amparo. Entonces para que se admita el incidente a trámite no puede haber ningún tipo de recurso

¹⁵⁵ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme...* pág. 160-161 Así, por ejemplo, la AP sólo deberá conocer el incidente de nulidad en el proceso civil cuando la pretendida nulidad no haya podido ser impugnada ni a través de la correspondiente reposición ni mediante el recurso de apelación.

para alegar la vulneración procesal, de lo contrario la vía para defender el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sería la de los recursos.

Cumplidos estos dos requisitos o presupuestos, se admite el incidente y el proceso continúa con la siguiente fase que se expone a continuación.

e. Escritos de alegación de las partes

Una vez admitido a trámite el incidente, el art. 241.2 LOPJ¹⁵⁶ contiene la esencia del procedimiento previsto para el incidente de nulidad de actuaciones.

El escrito de alegación, según se desprende del art. 241 LOPJ y acepta PÉREZ DAUDÍ¹⁵⁷, no está sujeto a formalidad alguna pero su contenido mínimo ha de ser el siguiente:

- Justificar que se interpone en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia o, en su defecto, desde que tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, siempre que no transcurran más de 5 años desde la notificación de la resolución.
- Alegar y motivar la vulneración del derecho fundamental.
- Acreditar que no se ha podido denunciar antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y que ésta no es susceptible de ningún recurso ordinario y extraordinario.

También hay que identificar los antecedentes procesales previos a la solicitud y la concreta nulidad de actuaciones que se pretende, con petición expresa de que se haga declaración de tal nulidad.

El escrito de oposición de las demás partes personadas deberá presentarse en el plazo común de cinco días. Dicho plazo de computará a partir del día siguiente al de la

¹⁵⁶ El artículo en cuestión establece que “admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes.

¹⁵⁷ PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La función del incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme*. Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos. Barcelona, 2013, pág. 272.

notificación del escrito de interposición acompañado de las copias de los documentos que haya aportado.

Del escrito de solicitud y los documentos que puedan acompañarse para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, se dará traslado al resto de las partes para que formulen por escrito sus alegaciones, acompañándolas de los documentos que estimen pertinentes.

f. Resolución del incidente

Una vez resuelto el incidente, éste puede adoptar dos posturas, es decir, la resolución¹⁵⁸ del incidente de nulidad de actuaciones puede ser estimatoria o desestimatoria.

Por un lado, si la resolución es estimatoria el art. 241.2.II LOPJ declara que “si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido”. Esta regulación se relaciona con el principio de conservación de los actos procesales recogido en el art. 243 LOPJ, el cual es objeto de análisis a continuación en este trabajo.

Por otra parte, en caso de que la resolución del incidente sea desestimatoria¹⁵⁹ se condenará al solicitante por medio de auto en todas las costas del incidente y, si el

¹⁵⁸ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme...* pág. 199 Respecto del tipo o forma de la resolución que ponga fin al incidente tampoco encontramos regulación expresa en el art. 241 LOPJ, salvo lo dispuesto en el apartado 2 párrafo segundo, por el cual “si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente”. En cualquier caso, parece bastante la previsión del art. 206.1.2 LECiv cuando dispone que “se dictarán autos cuando se decidan (...) nulidad o validez de las actuaciones.

¹⁵⁹ Es de reseñar la citada STC 3 de Julio de 2006, (RTC 2006/215) en la que se enjuicia la desestimación de un incidente de nulidad. En el auto que había puesto final a aquel incidente, “una vez proclamada la situación de indefensión padecida por la ahora demandante de amparo, el órgano judicial razona que “hay que tener en cuenta que, en un primer análisis, la demanda se interpuso en plazo y con una base documental suficiente para que prosperase, aunque hubiera habido efectivo conocimiento y eventual oposición por los demandados. El incidente de nulidad que han elegidos éstos, en caso de ser estimado, tendría unos efectos excesivamente radicales para el daño jurídico efectivo causado por la omisión procesal que se alega. Este tribunal considera que sería más razonable y equitativo que se acudiera a un procedimiento de daños y perjuicios o incluso, que en este trámite de ejecución de Sentencia, y en aras de la economía procesal, sin modificación de la sentencia, se llegara a un acuerdo sobre las costas causadas”. No dejan de ser singulares los argumentos, y los propios hechos de que traen razón los mismos, ya que en aquella ocasión, “el Juzgado de Primera Instancia en el Auto dictado en el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la demandante de amparo reconoce, como el MF señala, que se ha causado a la recurrente una situación de indefensión constitucionalmente proscrita por haber sido emplazada mediante edictos publicados en el tablón de anuncios del Juzgado (...) y nada se hizo para averiguar su domicilio o número de teléfono.

Sin embargo, aunque reconoce la situación de indefensión padecida por la demandante de amparo como consecuencia de su emplazamiento edictal en el proceso, el Juzgado de Primera Instancia desestima el

juzgado o tribunal entiende que se promovió con temeridad, le impondrá, además una multa de 90 a 600 €

Capítulo III: EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

1. Principio de conservación de los actos procesales

1.1. Regulación

El denominado “Principio de conservación de los actos” se encuentra recogido en los arts. 230 LECiv y 243.2 y 3 LOPJ.

1.2. Concepto y contenido

El art. 230 LECiv dispone lo siguiente: *“La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”*.

Este principio se configura como un instrumento procesal a través del cual se pretende dar cumplimiento al derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva¹⁶⁰. El AAP Salamanca (Sección 1ª) núm.61/2006, de 17 de Mayo, F.J. 4º (JUR 2006/271308) aclara al respecto que “la idea de que no debe haber trabas al acceso a la jurisdicción trae consigo ciertas consecuencias que básicamente se resumen en el principio “pro accione” que desde un punto de vista positivo supone el deber de interpretar y aplicar las Leyes, en especial las procesales de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso. Ello implica el evitar formalismos procesales enervantes, puramente ritualistas y que, en gran medida son debidos a la práctica forense más que a la, y que impiden o dificultan el ejercicio de las acciones. Por ello debe garantizarse que guarden los jueces y tribunales

incidente de nulidad de actuaciones, al considerar, en síntesis, que la demanda de retracto contaba con suficiente base documental y que hubiera prosperado pese a que la demandada y ahora recurrente en amparo hubiese sido llamada debidamente al proceso y a la eventual oposición que hubiera podido formular.

¹⁶⁰ Tal y como apunta el AAP Salamanca (Sección 1ª) núm.61/2006, de 17 de Mayo, F.J. 3º (JUR 2006/271308) el auto recurrido olvida que el art. 403 LECiv establece con toda claridad que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley y además el art. 230 obliga al tribunal a cuidar de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley.

la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad para favorecer la conservación de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial”.

En la regulación anterior, el principio de conservación de los actos procesales tenía dos vertientes contenidas en el art. 230 LECiv en función de que nos encontrásemos ante la nulidad de un acto procesal que eran las siguientes:

- “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido no pudiese haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”¹⁶¹.
- “La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla”¹⁶².

También hay que mencionar el art. 243 LOPJ¹⁶³, como manifestación de dicho principio, en sus apartados primero¹⁶⁴ (“La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la

¹⁶¹ Como ejemplo de la primera vertiente expuesta, se puede nombrar la SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 428/2006, de 13 de Octubre de 2006 F.J. 2º (AC 2007/151).

¹⁶² Y en relación con la segunda vertiente podríamos reseñar la SAP Málaga (Sección 4ª) núm. 128/2004, de 20 de Febrero de 2004 F.J. 2º (AC 2004/596).

¹⁶³ STS 23 de Mayo de 2013, F.J. 2º (RJ 2013/3707) que declara al respecto que por el principio de conservación de actuaciones previsto en el art.243 LOPJ, la nulidad de un acto no implicará la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad, ni la nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula. Por tanto, todas las actuaciones relativas a la acción ejercitada contra el administrador social, incluida su condena, no resultarían afectadas por la nulidad de las actuaciones motivada por indebida acumulación de la acción dirigida contra la sociedad.

¹⁶⁴ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 256 En el primero porque, aun siendo el proceso una concatenación de actos en los que unos son la causa de otros, y, por consecuencia, la inexistencia o nulidad de uno debería acarrear la de los otros, establece el legislador el principio contrario de que la nulidad de un acto no implica por sí misma la de los sucesivos que fueran independientes de aquél, ni tampoco de aquellos otros cuyo contenido quedaría invariable en el supuesto de que no se hubiere cometido la infracción a que se dio lugar.

nulidad”) y segundo¹⁶⁵ (“La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula”).

1.3. Finalidad

En conclusión, el principio de conservación, que tiene vigencia y tratamiento en la Teoría General del Derecho, cumple en el proceso la misma función que en el resto del ordenamiento jurídico que consiste en que la seguridad y la certeza jurídicas imponen que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismos acarrea o puede acarrear más perjuicios que beneficios.

2. Mención expresa al principio de subsanación de los actos procesales de parte

2.1 Regulación

El principio de subsanación se recoge en los arts. 231 LECiv y 243.3 y 4 LOPJ.

El art. 231 LECiv dispone lo siguiente: *“El tribunal y el Secretario Judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes”*.

Por su parte, los apartados 3 y 4 del art. 243 LOPJ recogen lo siguiente:

- El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley (art. 243.3 LOPJ).
- Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales (art. 243.4 LOPJ).

2.2 Contenido

La redacción anterior, tanto del art. 231 LECiv como del art. 243. 3 LOPJ, contemplaban la exigencia de un requisito para que pudiera operar la subsanación de los actos procesales que era la manifestación de la voluntad de cumplir los requisitos

¹⁶⁵ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal...* pág. 256 Se permite que la nulidad de una parte de un acto no implique la nulidad de las demás partes siempre que sean independientes entre sí. Por ejemplo, la nulidad de la vista del juicio oral no implica la nulidad de la declaración del testigo.

exigidos por la ley. Sin embargo, la novedosa redacción del precepto objeto de análisis elimina esta exigencia aunque tal y como sucede en el caso del art. 230 LECiv precedente no se comprende por qué el legislador no ha procedido del mismo modo en el apartado tercero del vigente art. 243.3 LECiv, que permanece inalterado.

La explicación que se da al respecto se viene recogiendo en la jurisprudencia que será la que se ocupará de disipar las dudas surgidas al amparo de la discordancia originada entre la nueva redacción del art. 231 LECiv y el art. 243.3 LOPJ¹⁶⁶.

Además hay que poner de relieve que la posibilidad de subsanación contenida en el art. 231 LECiv no puede amparar cualquier tipo de pretensión que persiga salvar aquellos defectos en que incurran los actos procesales de las partes que impliquen, por su trascendencia, una clara vulneración de los requisitos esenciales procedimentales¹⁶⁷.

¹⁶⁶ TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Valladolid, 2012, pág. 231 En cualquier caso, y entrando ya en lo que es el análisis del instrumento procesal de la subsanación, es la misma jurisprudencia la que afirma que aquella sólo puede desplegar sus efectos sobre los actos defectuosamente realizados, pero no- y esto es muy importante en la práctica- sobre los no realizados, según se recoge en el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 13 de Octubre de 2004, F.J. 3º (RJ 2004/7891) En la misma resolución de referencia se aborda igualmente la cuestión de la subsanabilidad de la omisión del traslado de copias, “para lo que se impone una solución negativa, en primer lugar porque la subsanación a la que se refiere con carácter general el art. 231 LECiv del 2000 está referida a los actos defectuosos, pero no a los no realizados, de tal modo que podrá corregirse la falta acreditación o un traslado deficiente (por ejemplo, estar incompleta una de las copias), pero en ningún caso el omitido. Esta misma sentencia recoge en su F.J. 5º que estos criterios generales deben verse completados, sin duda, con los que emanan de la doctrina constitucional sobre la subsanabilidad de los actos procesales, que se asienta sobre la distinción entre *acto omitido* y *acto defectuoso* para establecer los límites de la posibilidad sanatoria inherente a una adecuada relación entre el cumplimiento de las formalidades y requisitos procesales y el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre, claro está bajo la consideración de que la subsanación no es incompatible con la obligación de cumplir oportunamente los requisitos y presupuestos procesales, y de que no impone una interpretación favorable al derecho a la tutela judicial que determine la ineficacia de tales requisitos y presupuestos.

¹⁶⁷ Así, de conformidad con el AAP de Ciudad Real 17 de Abril de 2006, F.J. 2º (JUR 2006/220733) “El presente recurso de apelación viene a sustentarse en denuncia de infracción por ausencia de aplicación de los arts. 230 y 231 de la Ley Rituaria Civil, en relación al art. 243 LOPJ, al sostenerse que debió en los autos de juicio monitorio núm. 162/2003, proceder a la subsanación del defecto de haberse formulado oposición a la solicitud inicial sin intervención de abogado y procurador. A tal efecto ha de recordarse a la parte apelante que la posibilidad de subsanación a la que aluden los preceptos reputados como infringidos, no puede entenderse como un cajón de sastre susceptible de amparar cualquier tipo de pretensión tendente a venir a salvar aquellos defectos en los actos procesales de las partes que impliquen, por su trascendencia, una clara y frontal vulneración de requisitos esenciales procedimentales, como son los de defensa y postulación procesales, pues en caso contrario se vendrían a alterar las reglas de juego del procedimiento, convirtiendo al Juzgador en juez y parte e ignorando que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por la contraparte también exige que no se pueda venir a dar amparo a pretensiones como la aquí enjuiciada, en la que perfectamente conocedor el apelante de la obligación de comparecer en el procedimiento monitorio de referencia para oponerse a la solicitud mediante la inexcusable asistencia letrada y representación procesal por procurador, tal y como exige el art. 818/1 de la Ley Rituaria Civil, vino a incumplirla.

CONCLUSIONES

Una vez elaborado este trabajo, las conclusiones a las que he llegado son las que se exponen a continuación:

1. Nulidad simple/nulidad de pleno derecho: Se distingue entre nulidad simple y nulidad de pleno derecho, pero solo se considerará que un acto procesal es nulo de pleno derecho cuando se encuentre incluido en alguno de los supuestos del art. 238 LOPJ el cual fue analizado apartado por apartado. Si una vez analizado dicho acto, el mismo cumple con todos los requisitos no será declarada nulo y surtirá eficacia.
2. Recursos ordinarios y no devolutivos: Dentro de los medios existentes en el ordenamiento jurídico español para hacer valer la nulidad procesal, nos encontramos el recurso de revisión, de reposición y el recurso de apelación que se interponen directamente ante el órgano que dictó la resolución que se pretende impugnar porque tenga inmerso algún vicio procesal. Siempre estamos hablando de resoluciones definitivas, es decir, aquellas resoluciones contra las que cabe recurso porque no son firmes (con la particularidad de los autos definitivos que ponen fin al proceso que son recurribles en apelación). Dichos recursos tiene un plazo de interposición de 5 días, excepto el recurso de apelación que se interpone en un plazo de 20 días.
3. Recursos extraordinarios y devolutivos: Son el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. Bien es cierto, que el recurso de casación se incoa contra defectos sustantivos, no procesales pero lo he incluido en el estudio debido a que se encuentra en conexión con el recurso extraordinario por infracción procesal porque se pueden interponer conjuntamente.
4. Vulneración de derechos y libertades fundamentales: El recurso de amparo solamente se utiliza como remedio procesal cuando se ha vulnerado algún

derecho fundamental de los recogidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE mediante algún actuación desleal de los poderes públicos.

5. Tribunal de Estrasburgo: El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente se utiliza, de forma excepcional, cuando utilizando los instrumentos que prevé la vía interna no se ha alcanzado la nulidad del acto procesal y se han vulnerado los derechos de alguna de las partes litigantes.

6. Nulidad de oficio: Se utiliza la declaración de nulidad de oficio cuando el órgano judicial, sin petición expresa de las partes, entiende que el acto procesal en cuestión puede declararse nulo siempre que tenga algún vicio o defecto que no se pueda subsanar. Bien es cierto, que en fase de recurso el tribunal solo podrá declarar la nulidad de oficio cuando la infracción se hubiese cometido concurriendo falta de jurisdicción, competencia objetiva o funcional o violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal. En caso de que se trate de otra infracción, el órgano jurisdiccional que conoce del recurso no podrá declarar la nulidad, sino que se precisa de la actuación a instancia de parte.

7. Proceso Autónomo: En cuanto al incidente de nulidad de actuaciones, es un medio de rescisión de sentencias firmes. Se considera un medio procesal excepcional que se interpone únicamente cuando no se hubiera podido realizar la denuncia del vicio previamente y no fuera posible interponer un recurso ordinario o extraordinario. En cuanto a su naturaleza jurídica, se concibe, según la mayoría de la doctrina, como un proceso autónomo ya que se interpone cuando ya no es posible utilizar ningún recurso ni tampoco es considerado un incidente en sentido estricto porque es necesario que la sentencia todavía fuese recurrible, es decir, que no se tratase de una sentencia firme. En este caso, el incidente de nulidad de actuaciones, después de la reforma operada por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, que fue la que modificó el art. 240 LOPJ e introdujo en nuestro ordenamiento un incidente de nulidad por el que se podía hacer valer la misma una vez que la sentencia era firme.

8. Conservación: El principio de conservación de los actos procesales se encuentra regulado en los arts. 230 LECiv y 243.2 y 3 LOPJ y es esencial mencionar este principio porque siempre se tiende a conservar el acto procesal en cuestión siempre que el vicio o vicios de los que adolezca el mismo puedan ser subsanables. Si no es posible tal subsanación y el acto produce indefensión o vulnera cualquier derecho fundamental se pedirá la nulidad de las actuaciones.

9. Subsanación: Nos detendremos brevemente con el principio de subsanación de los actos procesales (arts. 231 LECiv y 243.3 y 4 LOPJ), ya que guarda relación con el principio de conservación de los actos procesales, porque tanto el tribunal como el secretario judicial se encargarán de que sean subsanados los defectos de que adolezcan los actos procesales de las partes. Por el contrario, si esos vicios no pueden ser subsanados se tendrá que pedir la nulidad, bien de oficio o a instancia de parte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José. *Nulidades e irregularidades procesales*. LA LEY. 2 de diciembre de 2010, nº 7522.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*. Madrid, 2015.
- ASECIO MELLADO, José M^a. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia, 2008.
- BANALOCHE PALAO, Julio; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro; PINEROS POLO, Elena; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *Los procesos declarativos de la ley de enjuiciamiento civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia*. Pamplona, 2011.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. *La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Justicia. 1993, nº 1 y 2.
- CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa; MUERZA ESPARZA, Julio J. y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona, 2011.
- DE LA LEONA ESPINOSA, José M^a. Martín. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial* (2^a edición). Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia. *El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la Ley Orgánica 6/2007*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2012, nº2.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid, 2002.

- GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando y HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*. Justicia. 1998, nº 1.
- LOURIDO RICO, Ana M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada, 2004.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales definitivas*. Boletín del Ministerio de Justicia. 1998, nº 1831.
- MARÍN CASTÁN, Francisco. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Tomo I*. Valencia, 2015.
- MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones*. 2010, Lisboa.
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo Constitucional y Proceso civil*. Valencia, 2008
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*. 2^a Edición. Valencia, 2014.
- MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia, 2013.
- MONTERO AROCA, Víctor; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*. 21^a Edición. Valencia, 2013.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia, 2011.
- MORÓN PALOMINO, Manuel. *La nueva casación civil*. Madrid, 2001.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La función del incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme*. Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos. Barcelona, 2013.

- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*. Pamplona, 2008.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Justicia*, 1981, número especial.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2012.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigación civil*. Barcelona, 2012.
- VERGÉ GRAU, Juan. *La nulidad de Actuaciones*. Barcelona, 1987.
- VERGER GRAU, Joan. *¿Un nuevo incidente de nulidad?*, en *Justicia*, 1997, nº1.
- VERGER GRAU, Joan. *La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal*, *Justicia*, 1993, nº 3 y 4.
- YÉLAMOS BAYARRI, Estela. *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*. Barcelona, 2006.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN EL TRABAJO

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 8 de Junio de 1988
- STC 15 de Noviembre de 1990 (RTC 1990/185)
- STC 26 de Abril de 1999 (RTC 1999/70)
- STC 15 de Diciembre de 2003 (RTC 2003/225)
- STC 13 de Septiembre de 2004 (RTC 2004/140)
- STC 13 de Febrero de 2006 (RTC 2006/38)
- STC 3 de Julio de 2006 (RTC 2006/215)
- STC 29 de Junio de 2009 (RJ 2009/157)

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 20 de Octubre de 2003 (JUR 2003/244765)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 17 de Abril de 2002 (RJ 2002/4779)
- STS 14 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/8711)
- STS 23 de Mayo de 2013 (RJ 2013/3707)

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- ATS 13 de Octubre de 2004 (RJ 2004/7891)

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Málaga 20 de Febrero de 2004 (AC 2004/596)
- SAP de Madrid 13 de Octubre de 2006 (AC 2007/151)
- SAP Madrid 8 de Junio de 2007 (AC 2007/1281)

AUTOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP de Ciudad Real 17 de Abril de 2006 (JUR 2006/220733)
- AAP de Salamanca 17 de Mayo de 2006 (JUR 2006/271308)